

FUNDAÇÃO  
LUSO-AMERICANA

AS FUNDAÇÕES  
NA EUROPA  
ASPECTOS JURÍDICOS  
FOUNDATIONS  
IN EUROPE  
LEGAL ASPECTS



RUI CHANCERELLE DE MACHETE  
HENRIQUE SOUSA ANTUNES  
(Coordenação / Editors)





EDIÇÃO • PUBLISHED BY  
Fundação Luso-Americana  
para o Desenvolvimento

APOIO À COORDENAÇÃO • EDITORS ASSISTED BY  
Paula Vicente

DESIGN  
Atelier B2

CAPA • COVER  
Salette Brandão

PRÉ-IMPRESSÃO E IMPRESSÃO • PRINTED BY  
Textype – Artes Gráficas, Lda.

TIRAGEM • FIRST PRINTING  
1000 exemplares • 1000 copies

LISBOA, JANEIRO 2008 • LISBON, JANUARY 2008

ISBN  
978-972-8654-34-4

DEPÓSITO LEGAL • LEGAL DEPOSIT  
270 491/08

FUNDAÇÃO  
LUSO-AMERICANA

AS FUNDAÇÕES  
NA EUROPA  
ASPECTOS JURÍDICOS  
FOUNDATIONS  
IN EUROPE  
LEGAL ASPECTS



RUI CHANCERELLE DE MACHETE  
HENRIQUE SOUSA ANTUNES  
(Coordenação / Editors)

# Índice

<b>Programa do Seminário.....</b>	<b>6</b>
<b>Discurso de Abertura</b>	
RUI MACHETE <i>Presidente, Fundação Luso-Americana .....</i>	10
<b>Observações Introdutórias</b>	
VOLKER THEN <i>Director de Projecto, Fundação Bertelsmann.....</i>	12
<b>PRIMEIRA SESSÃO</b>	
<b>O Conceito de uma Fundação Europeia</b>	
EMMANUELLE FAURE <i>Directora, Assuntos Europeus, Centro Europeu de Fundações (CEF).....</i>	20
Perguntas e respostas.....	39
<b>SEGUNDA SESSÃO</b>	
<b>O Projecto do <i>Centro Europeu de Fundações</i></b>	
<b>e o Projecto da Fundação Europeia</b>	
(coordenado pela Fundação Bertelsmann, com a cooperação da <i>Compagnia di San Paolo</i> , da Fundação Zeit – <i>Ebelin und Gerd Bucerius</i> e da Faculdade de Direito <i>Bucerius</i> )	
KLAUS HOPT <i>Director, Max-Planck-Institut, Hamburgo .....</i>	44
RUI MACHETE <i>Presidente, Fundação Luso-Americana .....</i>	58
Perguntas e respostas.....	74
<b>TERCEIRA SESSÃO</b>	
<b>Tipos de Fundações</b>	
(Fundações de Origem Pública/Fundações Privadas; Fundações de Utilidade Pública/Fundações de Fins Particulares; Fundações Empresariais)	
HANS RAINER KUENZLE <i>Advogado, Professor da Universidade de Zurique .....</i>	132
JOÃO CAUPERS <i>Professor da Faculdade de Direito, Universidade Nova de Lisboa .....</i>	165
Perguntas e respostas.....	176
<b>QUARTA SESSÃO</b>	
<b>O Governo das Fundações e a sua Supervisão</b>	
JOHN EDIE <i>Director, PricewaterhouseCoopers, Washington D.C. ....</i>	200
HENRIQUE SOUSA ANTUNES <i>Assistente da Faculdade de Direito,</i> <i>Universidade Católica Portuguesa.....</i>	223
Perguntas e respostas.....	254
<b>Projecto do <i>Centro Europeu de Fundações</i> .....</b>	<b>270</b>
<b>O Projecto da Fundação Europeia .....</b>	<b>310</b>

# Index

Seminar Program.....	7
<b>Welcome Speech</b> RUI MACHETE <i>President, Luso-American Foundation</i> .....	11
<b>Introductory Remarks</b> VOLKER THEN <i>Project manager, Bertelsmann Foundation</i> .....	15
FIRST SESSION	
<b>The Concept of a European Foundation</b> EMMANUELLE FAURE <i>Director, European Affairs, European Foundation Centre (EFC)</i> ..... Questions and answers.....	30 40
SECOND SESSION	
<b>The <i>European Foundation Centre</i> Project and the European Foundation Project</b> (run by the Bertelsmann Foundation with the cooperation of the <i>Compagnia di San Paolo</i> , the <i>Zeit – Ebelin und Gerd Bucerius Foundation</i> and the <i>Bucerius Law School</i> ) KLAUS HOPT <i>Director, Max-Planck-Institut, Hamburg</i> ..... RUI MACHETE <i>President, Luso-American Foundation</i> ..... Questions and answers.....	51 66 103
THIRD SESSION	
<b>Types of Foundations</b> (Public Origin Foundations/Private Origin Foundations; Public Benefit Foundations/Private Purpose Foundations; Corporate Foundations) HANS RAINER KUENZLE <i>Attorney-at-law, Professor at the University of Zurich</i> ..... JOÃO CAUPERS <i>Professor at the Faculty of Law, Universidade Nova de Lisboa</i> ..... Questions and answers.....	149 171 187
FOURTH SESSION	
<b>Foundations' Governance and Supervision</b> JOHN EDIE <i>Director, PricewaterhouseCoopers, Washington D.C.</i> ..... HENRIQUE SOUSA ANTUNES <i>Assistant Professor at the Faculty of Law, Universidade Católica Portuguesa</i> ..... Questions and answers.....	212 239 261
<i>European Foundation Centre Project</i> .....	289
<b>The European Foundation Project</b> .....	331

PROGRAMA DO SEMINÁRIO

## **As Fundações na Europa: Aspectos Jurídicos**

Fundação Luso-Americana/Bertelsmann Stiftung

16 de Junho de 2005 | Auditório da Fundação Luso-Americana

**09h00 • Abertura**

RUI MACHETE, Presidente, Fundação *Luso-Americana*

VOLKER THEN, Director de Projecto, Fundação *Bertelsmann*

PRIMEIRA SESSÃO

### **O Conceito de uma Fundação Europeia**

09h15 • EMMANUELLE FAURE, Directora, Assuntos Europeus,

*Centro Europeu de Fundações (CEF)*

09h45 • Debate

10h15 • Pausa para café

SEGUNDA SESSÃO

### **O Projecto do *Centro Europeu de Fundações* e o Projecto da Fundação Europeia**

(coordenado pela Fundação *Bertelsmann*, com a cooperação da *Compagnia di San Paolo*, da Fundação *Zeit – Ebelin und Gerd Bucerius* e da Faculdade de Direito *Bucerius*)

10h45 • KLAUS HOPT, Director, *Max-Planck-Institut*, Hamburgo

11h15 • RUI MACHETE, Presidente, Fundação *Luso-Americana*

11h45 • Debate

12h45 • Intervalo para almoço

TERCEIRA SESSÃO

### **Tipos de Fundações**

(Fundações de Origem Pública/Fundações Privadas; Fundações

de Utilidade Pública/Fundações de Fins Particulares; Fundações Empresariais)

14h00 • HANS RAINER KUENZLE, Advogado, Professor da *Universidade de Zurique*

14h30 • JOÃO CAUPERS, Professor da Faculdade de Direito, *Universidade Nova de Lisboa*

15h00 • Debate

15h45 • Pausa para café

QUARTA SESSÃO

### **O Governo das Fundações e a sua Supervisão**

16h00 • JOHN EDIE, Director, *PricewaterhouseCoopers*, Washington D.C.

16h30 • HENRIQUE SOUSA ANTUNES, Assistente da Faculdade de Direito,  
*Universidade Católica Portuguesa*

17h00 • Debate



SEMINAR PROGRAM

## **Foundations in Europe: Legal Aspects**

Fundação Luso-Americana/Bertelsmann Stiftung

June 16, 2005 | Luso-American Foundation's Auditorium

09h00 • **Welcome Speech**

RUI MACHETE, President, *Luso-American* Foundation

VOLKER THEN, Project manager, *Bertelsmann* Foundation

FIRST SESSION

### **The Concept of a European Foundation**

09h15 • EMMANUELLE FAURE, Director, European Affairs,

*European Foundation Centre (EFC)*

09h45 • Discussion

10h15 • Coffee break

SECOND SESSION

### **The *European Foundation Centre* Project and the European Foundation Project**

(run by the Bertelsmann Foundation with the cooperation

of the *Compagnia di San Paolo*, the *Zeit – Ebelin und Gerd Bucerius* Foundation  
and the *Bucerius* Law School)

10h45 • KLAUS HOPT, Director, *Max-Planck-Institut*, Hamburg

11h15 • RUI MACHETE, President, *Luso-American* Foundation

11h45 • Discussion

12h45 • Lunch break

THIRD SESSION

### **Types of Foundations**

(Public Origin Foundations/Private Origin Foundations;

Public Benefit Foundations/Private Purpose Foundations; Corporate Foundations)

14h00 • HANS RAINER KUENZLE, Attorney-at-law, Professor at the *University of Zurich*

14h30 • JOÃO CAUPERS, Professor at the Faculty of Law, *Universidade Nova de Lisboa*

15h00 • Discussion

15h45 • Coffee break

FOURTH SESSION

### **Foundations' Governance and Supervision**

16h00 • JOHN EDIE, Director, *PricewaterhouseCoopers*, Washington D.C.

16h30 • HENRIQUE SOUSA ANTUNES, Assistant Professor at the Faculty of Law,  
*Universidade Católica Portuguesa*

17h00 • Discussion



AS FUNDAÇÕES  
NA EUROPA  
ASPECTOS JURÍDICOS  
FOUNDATIONS  
IN EUROPE  
LEGAL ASPECTS



Discurso de Abertura

•

Welcome Speech

---

Observações Introdutórias

•

Introductory Remarks

## DISCURSO DE ABERTURA

Estas são sessões de trabalho e gostaria, antes de mais, de agradecer à Fundação Bertelsmann e ao Volker Then terem colaborado na organização do seminário. É ainda meu propósito agradecer a todos aqueles que aceitaram participar.

O nosso primeiro objectivo é o de tornar público o trabalho efectuado pelo CEF (Centro Europeu de Fundações), assim como o trabalho levado a cabo pela Fundação Bertelsmann e os seus parceiros. Ambas as entidades elaboraram um projecto de Fundação Europeia e a ideia principal é informá-los da actual situação e, posteriormente, discutir, não somente os dois projectos, mas também os problemas que a regulamentação das fundações necessariamente implica. Pretende-se, em última análise, realizar progressos de modo a apresentar o trabalho à Comissão Europeia, logo que as reflexões tenham amadurecido, tanto da nossa parte, como da parte deles.

Simultaneamente, gostaria de passar em revista questões que são úteis para os projectos em apreço. Como os participantes portugueses sabem, foram apresentados, recentemente, dois projectos de reforma da legislação relativa às fundações em Portugal. Trata-se de matéria que requer uma decisão.

Por último, gostaria de agradecer à Fundação Bertelsmann, que sempre teve a amabilidade de colaborar no projecto de legislação europeia. Penso que teremos a oportunidade de aprofundar o conceito de Fundação Europeia e de discutir algumas das diferenças entre o projecto Bertelsmann e o do CEF de modo a analisarmos os benefícios de ambos os textos.

Uma vez mais, dou as boas-vindas a todos e espero que os nossos convidados estrangeiros tenham uma estadia agradável e frutuosa.

RUI CHANCERELLE DE MACHETE

## WELCOME SPEECH

These are working sessions and first of all I would like to thank the Bertelsmann Foundation and Volker Then for having cooperated in the organization of this seminar. I would also like to thank all of you who have accepted to participate.

Our first goal is to make public the work done by the EFC (European Foundation Centre) and the work carried out by the Bertelsmann Foundation and its partners. Both have prepared a draft for a European Foundation and the main idea is to inform you what the current situation is and then discuss – not only the two projects – but the problems that the regulation of foundations necessarily involves. Our final goal will ultimately be to make progress in order to present the work to the European Commission as soon as things have matured sufficiently on our part and on their part.

At the same time we would like to pass in review issues that are also useful for discussing the projects at hand. As our Portuguese participants know, recently, two projects to reform legislation regarding foundations in Portugal have been published. It is an issue that requires a decision.

Lastly, I would like to thank the Bertelsmann Foundation, which has always been kind enough to cooperate in the project to approve European legislation. I think we will have the opportunity to deepen the concept of the European Foundation and discuss some of the differences between the Bertelsmann project and that of the EFC in order to see and analyze the benefits of both texts.

Again, I welcome you all and I hope that our foreign guests will have a pleasant and fruitful stay.

RUI CHANCERELLE DE MACHETE

## **OBSERVAÇÕES INTRODUTÓRIAS**

Em nome da Fundação Bertelsman, gostaria de saudar calorosamente todos os presentes. Gostaria, sobretudo, de expressar a minha gratidão ao Dr. Rui Machete, Presidente da Fundação Luso-Americana, pelos muitos anos de amável cooperação e, claro, por esta ocasião especial de hospitalidade em Lisboa. Estamos gratos por poder estar aqui presentes e, mais uma vez, juntarmo-nos num esforço comum a favor de uma meta partilhada, que é a de trabalhar no sentido de um quadro europeu que permitirá às fundações florescerem e trabalharem em prol do público europeu. Estou grato pela possibilidade de realizarmos este encontro aqui e por podermos unir esforços na realização de sessões de trabalho sobre tudo aquilo que foi até ora conseguido e elaborado, assim como sobre as implicações desta abordagem.

Permita-me que faça algumas breves observações sobre as razões pelas quais estas sessões poderão ser valiosas, e por que é que nos últimos anos surgiu a discussão relativamente ao desenvolvimento de um quadro jurídico europeu para as fundações. Se atentarmos nas tradições jurídicas europeias verificaremos que elas são muito diferentes. Esta pesquisa já foi efectuada por vários grupos em finais da década de 90 e na viragem do século. As tradições jurídicas europeias são tão diversas que quaisquer esforços na tentativa de identificar um denominador comum ou uma matéria jurídica geralmente partilhada têm sido praticamente infrutíferos.

Em alguns países, considera-se que as fundações têm forma jurídica autónoma, enquanto noutros tal não se verifica. Em certos países, as fundações são definidas segundo o direito civil. Na tradição do direito comum, elas são definidas como instituições de caridade. Em alguns países, existe uma série de opções

quanto ao modo de constituição de uma organização que exerce as funções de uma fundação, não acontecendo o mesmo noutros países.

Não vou desenvolver esta matéria. Vou somente retirar a ilação que se afigura a muitos de nós (e por ‘nós’ quero dizer aqueles que participaram nas discussões que se realizaram no conselho directivo do Centro Europeu de Fundações e no grupo de juristas com quem, neste âmbito, falámos) ser desejável pensar numa estratégia de desenvolvimento jurídico europeu que não tenha necessariamente como objectivo a harmonização. Como consequência, o acordo genérico de que partimos é o de que o regime jurídico europeu deve ser facultativo, de modo a que os doadores possam optar entre as formas jurídicas nacional e europeia.

Como referi, temos vindo a abordar esta questão desde 2001, tanto no CEF, como no âmbito do projecto de pesquisa que a Fundação Bertelsmann iniciou e tem vindo a conduzir com a colaboração e o apoio da Compagnia di San Paolo, de Itália, e a Fundação Zeit, da Alemanha. Vou-lhes fornecer um quadro hipotético e curioso das possíveis implicações de uma Fundação Europeia. Imaginem só, por um momento (eu conheço pessoalmente um caso destes), que uma família empresarial europeia detém participações sociais em quase todos os países da União Europeia; que tem parentes em quase todos os países da União Europeia; e que tem interesses filantrópicos em prol do bem público europeu que gostaria de prosseguir em muitos países da Europa. O que é essa família faria neste momento? No caso que descrevo, esta família criou 11 personalidades jurídicas diferentes a fim de prosseguir os seus interesses. Isto é de uma total ineficiência, para além de depauperar recursos que, de outro modo, poderiam ser utilizados em benefício do público.

Estou encantado por ver que o Presidente da Fundação Gulbenkian, o D. Rui Vilar, está hoje aqui presente. O mesmo se

pode aplicar a instituições culturais chave da Europa. Se cada uma delas se constituísse como Fundação Europeia, poderia desfrutar do apoio de países europeus sem ter de recorrer ao que é actualmente a forma comum de resolução deste problema: organizações ou filiais amigas em cada país da União por motivos de ordem fiscal. Referi estes exemplos para vos dar que pensar e como razões da nossa convicção de que vale a pena empreender esforços de carácter jurídico a nível europeu, sustentando uma solução política europeia.

Gostaria de expressar mais uma vez a minha gratidão ao Dr. Rui Machete e à Fundação Luso-Americana por nos ter proporcionado esta oportunidade de dialogar e de desfrutar da hospitalidade deste país, num maravilhoso dia de Verão em Lisboa.

VOLKER THEN



## INTRODUCTORY REMARKS

I would like to extend a warm welcome to all of you on behalf of the Bertelsmann Foundation. In particular, I would like to express my gratitude to Rui Machete, the president of the Luso-American Foundation, for many years of kind cooperation and, of course, for this special occasion of hospitality in Lisbon. We are grateful to be able to come here and to again join forces in a common endeavor and in favor of a shared goal, which is to work toward a European framework that would allow Foundations to flourish and work for the good of the European public. I am grateful that this meeting can be held here and that we can join forces to have working session discussions on what has so far been accomplished and elaborated; and also on what the implications of this approach are.

Let me just make a few brief remarks on why it may be valuable and why, in the last few years, the discussion of developing the European legal form of a Foundation has come up. When you look at Europe's legal traditions you will discover that they are very different. This research was already done by various parties in the late 90s and the turn of the century. European legal traditions are so diverse that any effort at identifying a common denominator or generally shared legal substance is virtually fruitless.

In some countries, foundations are seen as a legal form. In others they are not necessarily a legal form. In some countries they are defined by civil law. In the common law tradition they are defined as charities. In some countries you have a variety of choices as to the legal form of how to establish an organization that has the functions of a foundation. In other European countries you do not.

I will not elaborate on this. I will only draw the conclusion that it seemed to many of us (and by "us" I mean those par-

ticipating in conversations held in the governing council of the European Foundation Center and the group of legal experts we talked to in this context) that it was desirable to think about a strategy of European legal development that would not necessarily aim at harmonization. As a result, the general agreement from which we start is that a European legal form should be developed as an option, so that donors have a choice between national legal forms and the European legal form.

As I mentioned, starting from the year 2001 we have been dealing with this issue both on EFC levels and on the level of a research project that the Bertelsmann Foundation initiated and that has been conducted with the collaboration and support of the Compagnia di San Paolo from Italy and the Zeit Foundation from Germany. I will give you a few anecdotal remarks on what the important implications of a European Foundation could be. Just imagine for a moment (and I am personally acquainted with such a case) an entrepreneurial European family that has corporate assets in almost all European Union countries; that has family members in almost all European Union countries; and that has philanthropic interests in the European public good that it would like to pursue in many European countries. What would that family do at the moment? In the case I am describing, the family has created 11 different legal persons to pursue their interests. This is utterly inefficient and is eating into the resources that might otherwise go to the public good.

I am delighted to see that the President of the Gulbenkian Foundation, Mr. Vilar, is with us today. The same may apply to key cultural institutions of Europe. If they were to set up as a European Foundation, they could enjoy support from all European countries without having to resort to what is currently the common way to solve this problem--"friends of" organizations or subsidiaries in each European Union country for tax reasons.

I have offered these brief anecdotes as food for thought and as reasons for why we all felt it was worthwhile to embark on a European legal effort and advocate a solution on European policy levels.

Again, I would like to express my gratitude to Rui Machete and the Luso-American Foundation for allowing us to have this opportunity to converse and enjoy Portugal's hospitality on a wonderful summer day in Lisbon.

VOLKER THEN



AS FUNDAÇÕES  
NA EUROPA  
ASPECTOS JURÍDICOS  
FOUNDATIONS  
IN EUROPE  
LEGAL ASPECTS



PRIMEIRA SESSÃO | FIRST SESSION

**O Conceito  
de uma Fundação Europeia**

•

**The Concept  
of a European Foundation**

***Emmanuelle Faure***

É um prazer encontrar-me aqui hoje convosco neste seminário em Lisboa. Espero que este encontro sirva para catalisar o nosso objectivo comum, que consiste em melhor entender e promover o ambiente em que funcionam as fundações na Europa. Nesta sessão, pediram-me para, contextualizando, explicar de que modo o Centro Europeu de Fundações (CEF) empreendeu a tarefa de desenvolver aquilo que designamos de “Conceito de Fundação Europeia” ou, na gíria de Bruxelas, o *Estatuto da Fundação Europeia*. Elucidarei, também, de forma sucinta, como é que o trabalho do CEF se enquadra no âmbito mais alargado da reforma europeia do direito das sociedades.

Antes de o fazer, no entanto, gostaria de me referir ao Centro Europeu de Fundações, pois, tanto a sua composição, como a sua missão, explicam por que é que nos lançámos neste projecto. O CEF é uma associação internacional regida pela lei belga. Estamos sediados em Bruxelas e fomos criados em 1989. Temos um núcleo de membros – fundações e empresas financiadoras – que ascende a cerca de 200, encontrando-se alguns deles aqui hoje connosco, nesta sala. Também servimos mais de 300 organizações de filantropia comunitária, como sejam as fundações comunitárias que funcionam a nível local. Estamos associados a um elevado número de organizações através de uma rede de centros de informação e de apoio à formação no âmbito do sector sem fins lucrativos em toda a Europa. E, por fim, ao longo dos últimos anos temos agido como organização de acolhimento da WINGS, uma rede internacional que congrega associações de fundações e organizações de recolha de donativos, tais como o Centro Português de Fundações e outras organizações de natureza similar, dentro e fora da Europa.

Estas informações justificam-se porque a vertente europeia e a vertente internacional estão no cerne do trabalho do CEF e

do trabalho dos nossos membros. Antes de se tornar um conceito jurídico, a Fundação Europeia constituiu aquilo que o CEF defende – a sua visão e a sua missão.

A missão fulcral do CEF tem consistido sempre no apoio ao trabalho das fundações dentro e fora da Europa e em facilitar a cooperação das mesmas além-fronteiras. Tal missão é levada a cabo pela prática de uma série de actividades, e incentivamos os nossos membros a reunirem-se com o fim de discutirem e agirem em matérias de interesse, como sejam o ensino, a saúde global ou a região geográfica em que desenvolvem o seu trabalho, por exemplo, a respeito das relações latino-americanas e transatlânticas.

O trabalho relativo ao conceito de Fundação Europeia foi conduzido por um dos nossos comités – o Comité da União Europeia –, que é composto pelos nossos membros e presta assessoria em matéria estratégica ao conselho de administração. São significativas preocupações deste Comité proporcionar uma maior visibilidade e um melhor entendimento do sector na Europa, e também valorizar o ambiente em que operam as fundações e os fundadores. No sentido de prosseguir este objectivo, o Comité criou dois grupos específicos: a Comissão para os Assuntos Legais, presidida pelo Dr. Machete, da Fundação Luso-Americana, e a Comissão para os Assuntos Fiscais, presidida por Simon Hebdittch, da Charities Aid Foundations. Estes dois grupos têm quatro objectivos principais. O primeiro consiste em promover o conhecimento da legislação sobre fundações na Europa. O segundo pretende acompanhar os importantes desenvolvimentos que ocorram em matéria legal e fiscal. Também apurámos recentemente que o papel crescente das fundações no domínio público tem suscitado um maior interesse e uma maior atenção, não só relativamente às suas actividades, mas também acerca da sua administração e fiscalização. Estes grupos pretendem, ainda, proporcionar uma plataforma para o debate destas

questões. Por último, mas não menos importante, os dois grupos estão a trabalhar com o propósito de melhorar o enquadramento jurídico e fiscal das fundações na Europa.

Em muitos aspectos, os actuais ordenamentos não têm em conta o facto de os fundadores e as fundações funcionarem, cada vez mais, num plano internacional e certamente não têm em conta o facto de os mesmos poderem dispor de património em diferentes países. Por conseguinte, o que sucede quando os fundadores e as fundações pretendem mobilizar este património para um objectivo público comum? Esta é também uma questão para o nosso grupo abordar.

Ao longo dos últimos quatro anos, os grupos de trabalho produziram relevantes documentos que ajudam a repensar e a melhorar o enquadramento em que operam as fundações. O trabalho iniciou-se com um levantamento das disposições legais e fiscais vigentes em todos os então 15 Estados-membros da União Europeia. Com base nesta informação, um segundo passo consistiu em identificar boas normas e práticas legais e fiscais, as quais foram codificadas naquilo a que se chamam os *Princípios Fundamentais de Carácter Legal e Fiscal para as Fundações de Utilidade Pública*.

Uma terceira medida pretendeu conferir funcionalidade a estes princípios e, deste modo, fornecer um exemplo de tradução em lei dos princípios acordados. É este o trabalho que foi realizado com a redacção de um *Modelo Legal para as Fundações de Utilidade Pública*, que é um instrumento jurídico destinado à legislação nacional. Devo sublinhar que o *Modelo Legal* é somente uma das hipóteses de tradução destes princípios em legislação. Por fim, este trabalho e estes documentos contribuíram para a elaboração das recomendações destinadas à concepção de um modelo jurídico europeu para as fundações. Sem entrar em pormenores, deixem-me apenas dizer que a lista dos 18 princípios incluídos neste modelo jurídico começa com a identificação do



direito fundamental de qualquer pessoa singular e colectiva criar uma fundação. Estes princípios foram acolhidos nos 22 artigos do *Modelo Legal*, relativo à definição de fundação e à estatuição dos requisitos para a sua constituição e dissolução. O enunciado normativo requer a outorga da mais ampla capacidade jurídica. É explicado o significado de fins de utilidade pública. As normas tratam, também, do sistema de registo e da estrutura de governo, definem os requisitos da prestação de contas e de transparência das fundações de utilidade pública, e, ainda, dos meios de supervisão destinados a promover a fundação enquanto pessoa colectiva, promovendo a vontade do instituidor e o interesse público em geral. Finalmente, a última secção trata de questões fiscais, da tributação das fundações, assim como dos seus doadores e beneficiários. A este respeito, a abordagem consiste em solicitar incentivos fiscais e/ou uma redução da carga fiscal, soluções que inerem à utilidade pública das fundações e ao seu trabalho em prol da colectividade.

Por que motivo empreendeu o CEF esta tarefa de redacção dos documentos mencionados? A primeira razão afigura-se bastante simples: pretendíamos dispor de uma informação comparada sobre a legislação existente. O trabalho, como já referi, destinava-se a formatar as boas práticas legais e fiscais e as normas em que assenta o *Modelo Legal*. É também propósito da elaboração dos documentos, sempre que tal se revele adequado, facilitar e influenciar o desenvolvimento de novas leis acerca das fundações, bem como a sua revisão. Alguns dos nossos membros em França e em Espanha utilizaram estes documentos com relativo sucesso nos anos 2000 e 2003.

Constituíam outra razão deste trabalho a circunstância de nos permitir identificar os elementos básicos de um modelo legal europeu para a fundação e o género de instrumentos de que uma fundação pode necessitar em vista da promoção do seu trabalho além-fronteiras. As recomendações do CEF para um

estatuto europeu prevêem que a Fundação Europeia tenha de desenvolver a sua actividade em pelo menos dois Estados-membros. Perspectivamos este instrumento como uma faculdade de que as fundações e os seus instituidores poderão, ou não, beneficiar, conforme a actividade e os fins da mesma. Trata-se, é claro, de um instrumento complementar da legislação existente e não se destina a substituí-la. É um instrumento concebido, essencialmente, para a promoção do bem público europeu e pode ser visto, em última análise, como um modelo de boas práticas a respeito da transparência e do dever de prestação de contas.

Em simultâneo com a revisão destes documentos, os grupos de trabalho e os nossos membros analisaram a eventual mais-valia do instrumento em apreço. O primeiro argumento a favor de um modelo legal europeu é bastante simples. Consiste ele em facilitar a atribuição e a recepção transfronteiriça de donativos e subsídios, promovendo, assim, o trabalho das fundações além-fronteiras.

De igual modo, o modelo fomenta a cooperação transfronteiriça entre as fundações. Na verdade, é crescente a justificação para a concepção de uma Fundação Europeia. O incremento da prática do financiamento comum, por exemplo, já encontrou expressão no aumento do número de projectos de cooperação transfronteiriça, não só dentro da Europa, mas também noutras regiões do mundo.

O terceiro argumento favorável à concepção do estatuto assenta, em larga medida, numa lógica que previna a discriminação. Pretendeu-se conferir às fundações os mesmos direitos que têm sido concedidos a outras pessoas colectivas no âmbito europeu. Sustentamos que seja dada a plena liberdade de estabelecimento a todas as actividades que contribuam para os objectivos da União Europeia, independentemente da forma que assumam, incluindo a forma de fundação. Sabemos que os tratados europeus garantem a liberdade de circulação de pessoas,

de bens, de capitais e, progressivamente, como ouvimos no mês passado, de serviços. Os tratados também garantem a não discriminação, mas, sejamos francos e claros, as fundações e os seus fundadores não beneficiam, de modo pleno, dessas liberdades, constituindo tal aspecto um problema nuclear que o modelo legal de Fundação Europeia pretende resolver.

No entanto, além de indagar a utilidade que proporciona às fundações, foi, ainda, necessário apurar os benefícios colhidos pelos cidadãos europeus com a adopção deste novo instrumento jurídico europeu – de outro modo, a concepção desse estatuto revestiria um interesse limitado para os governos nacionais e para as instituições da União Europeia. Sabemos que as fundações têm um papel preponderante, nomeadamente, no apoio a actividades desenvolvidas na saúde, na previdência, na investigação, na cultura e no ambiente, e, algumas vezes, no fornecimento directo desses serviços. Pode-se, aliás, afirmar que elas contribuem para o desenvolvimento de uma série de objectivos de interesse público, os quais abrangem, quer competências partilhadas entre os Estados-membros e a União Europeia, quer deveres em que a União Europeia tão-só desempenha um papel auxiliar. Acreditamos, pois, que o Estatuto da Fundação Europeia pode constituir um novo instrumento de apoio à acção e à participação dos cidadãos na Europa em função dos seus diversos interesses, de que a saúde pública e os direitos dos consumidores são meros exemplos. O estatuto pode, ainda, facilitar a congregação de conhecimentos e de recursos em domínios como a investigação e o desenvolvimento, ou a inovação e as novas tecnologias, onde existe uma clara necessidade de aumentar o financiamento. Por fim, pode também constituir uma ferramenta útil na promoção do desenvolvimento sustentável e da coesão social numa Europa alargada.

Julgo que o Dr. Machete nos vai dar alguns elementos sobre a proposta de Estatuto da Fundação Europeia apresentada pelo CEF,

e, por isso, prescindindo de uma análise pormenorizada do documento. A proposta abrange 18 artigos, que incluem a definição de Fundação Europeia – capital mínimo, tipo de actividade –, bem como o enquadramento geral da sua constituição e do desenvolvimento da sua actividade. A proposta do CEF tem um cunho resolutamente europeu; pensamos que a fundação que é constituída sob a forma de uma Fundação Europeia deve ter uma dimensão genuinamente europeia. Esse aspecto reflecte-se na exigência de um número mínimo de países onde opera. Por fim, tem de revestir utilidade pública a natureza das actividades desenvolvidas.

No que concerne ao tratamento fiscal da Fundação Europeia, limito-me a breves palavras. Sabemos que existe, a este respeito, um amplo problema, pois a União Europeia tem uma competência limitada na tributação directa. Contudo, as nossas recomendações sugerem dois conjuntos de propostas acerca do tratamento fiscal das Fundações Europeias constituídas à luz das disposições do estatuto. Tais propostas baseiam-se, essencialmente, nos princípios do reconhecimento mútuo e da igualdade de tratamento, tanto no que se refere à tributação da fundação, como ao tratamento fiscal dos donativos transfronteiriços que ela recebe.

Sabemos que a reforma da tributação depende do legislador nacional. No entanto, o processo pode receber um impulso europeu. Como é, provavelmente, do vosso conhecimento, a Comissão Europeia e o Tribunal de Justiça investigaram recentemente a compatibilidade de algumas leis fiscais nacionais com as disposições do Tratado da UE. Há pouco tempo, após uma investigação levada a cabo pela Comissão Europeia, a Bélgica foi obrigada a rever e a alterar o regime do imposto sobre sucessões e doações, pois discriminava organizações estrangeiras. Aprecia, neste momento, o Tribunal Europeu de Justiça a aplicação da lei alemã do imposto sobre o rendimento das pessoas colectivas a fundações estrangeiras que possuam bens na Alemanha. Este processo está em curso, mas os casos referidos

podem induzir a posterior revisão dos regimes fiscais nacionais, contribuindo, espera-se, para a promoção das transferências gratuitas de natureza transfronteiriça e da concepção de uma Fundação Europeia.

Para concluir, gostaria de expor, de forma concisa, como é que o trabalho do CEF se enquadra no âmbito mais alargado da evolução do direito das sociedades na Europa. As nossas recomendações para um Estatuto da Fundação Europeia surgiram após 30 anos, ou mais, de impasse, chegando os Estados-membros da UE a um acordo em 2001 sobre a adopção do Estatuto relativo à Sociedade Europeia (SE) e, mais recentemente, no Verão de 2003, a respeito do Estatuto relativo à Cooperativa Europeia. Presentemente, existem outras propostas, em diferentes fases de desenvolvimento, acerca das associações e das mutuárias, assim como um estudo de viabilidade sobre um estatuto europeu para as pequenas e médias empresas. Contudo, até à data, não houve qualquer proposta da Comissão que visasse especificamente as fundações. As fundações foram, é certo, referidas na proposta relativa ao Estatuto da Associação Europeia, mas o Centro Europeu de Fundações diversas vezes alertou a Comissão para a circunstância de que, sem prejuízo da bondade do instrumento constituído pelo Estatuto, não se revelava talhado às necessidades das fundações, enquanto organizações com base na gestão de uma dotação patrimonial e animadas pelo preenchimento de um fim. Em conformidade, pedimos à Comissão que considerasse a possibilidade de conceber um estatuto autónomo para as fundações.

Como reagiu a Comissão Europeia? Desde logo, a menção às fundações foi retirada do texto relativo às associações e mais recentemente, em Maio de 2003, a Comissão comunicou um Plano de Acção para o Direito e o Governo das Sociedades na Europa, onde se refere, especificamente, que antecede uma proposta de estatuto europeu para as fundações o lançamento de um estudo destinado a apurar a viabilidade desse instrumento

jurídico. Estas recomendações surgiram após dois anos de consultas. Em 2001, a Comissão constituiu um grupo de peritos de alto nível em tema do direito das sociedades na Europa, sendo o Dr. Hopt, que se encontra aqui hoje connosco, um membro activo desse grupo. O grupo apresentou o seu relatório em 2002, e, embora não perspectivasse a criação de uma Fundação Europeia como uma prioridade a curto prazo, declarou que a redacção de modelos legais facilitaria a elaboração daquela forma jurídica. Deste modo, eu diria que o relatório apoiou o trabalho que os membros do CEF têm vindo a realizar com a redacção do *Modelo Legal*.

Outra reacção muito positiva ocorreu há menos de um mês, durante uma reunião que foi organizada graças aos membros portugueses do Centro Europeu de Fundações. Nesta reunião, o presidente da Comissão Europeia, o Dr. Manuel Barroso, fez, claramente, notar o seu interesse no estatuto europeu para as fundações.

Onde estamos, pois, agora? Partilhámos as nossas recomendações com vários serviços da Comissão Europeia. Devo dizer que o interesse desses serviços revelou-se diverso, porque dependente de quadros de referência bastante diferentes. Os serviços competentes nas matérias da segurança e justiça pediram-nos que apresentássemos as recomendações. Desejavam avaliar a contribuição desta ferramenta para a prevenção da utilização abusiva de organizações sem fins lucrativos no financiamento de actividades terroristas. O departamento responsável pela investigação e pela tecnologia na Comissão Europeia constituiu um grupo de peritos incumbido de analisar a valência do Estatuto da Fundação Europeia como um instrumento de mobilização de investimentos em trabalho de pesquisa na Europa. Esperamos, ainda, a reacção dos serviços da Comissão que tratam da política empresarial, tema que fundou as propostas de outros estatutos. Recebemos, porém, algumas respostas positivas do Comissário

Europeu que coordena o mercado interno, no que se refere ao estudo de viabilidade.

Um trabalho considerável foi desenvolvido ao longo dos últimos quatro anos pelos membros do CEF na elaboração do conceito de Fundação Europeia. Encontramo-nos, hoje, noutra fase, a fase de discussão e negociação com a Comissão Europeia – desde logo, com o propósito de garantir que o estudo de viabilidade é efectivamente realizado em tempo útil e, posteriormente, de modo a assegurar que a Comissão apresenta, oficialmente, uma proposta que o Conselho de Ministros e o Parlamento Europeu adoptem.

Obrigado. Estou agora à vossa disposição para responder às perguntas que entendam por bem fazer.

***Emmanuelle Faure***

It is a pleasure to be here with you today at this workshop in Lisbon. I trust that this gathering will move us forward in our common objective, which is to better understand and enhance the operating environment for foundations in Europe. In this session I have been asked to set the scene and explain how the European Foundation Centre (EFC) has embarked on developing what we call the “European Foundation Concept” or, in Brussels jargon, a *European Foundation Statute*. I will also briefly explain how the work of the EFC fits into the wider framework of the reform of company law at the European level.

Before doing so, I would like to say a few words about the European Foundation Centre because both its composition and its mission explain why we embarked on this work. The EFC is an international association under Belgian law. We are based in Brussels and we were established in 1989. We have a core membership – foundations and corporate funders – of around 200 members, some of whom are in the room with us today. We also serve over 300 community philanthropy organisations such as community foundations working at the local level. We are linked to numerous organisations through a network of information and training support centres for the non-profit sector across Europe. And finally, over the last few years we have been acting as the host organisation for WINGS, which is an international network bringing together associations of foundations and grantmaking support organisations such as the Portuguese Foundation Centre and similar organisations in Europe and beyond.

The reason I am giving you these details is because the European and indeed international dimensions are at the very core of the work of the EFC and the work of our members. Before it became a legal concept, the European Foundation



was always very much what the EFC has stood for – its vision and its mission.

The core mission of the EFC has always been to support and strengthen the work of foundations in Europe and beyond and to facilitate their cooperation across borders. We do that through a series of activities; and we also encourage our members to come together to discuss and act on issues of interest such as education, global health or the geographical region in which they work such as Latin America and transatlantic relations, to name a few.

Our work on the European Foundation concept was led by one of our policy committees – the European Union Committee – which is made up of our members and which advises our board on policy matters. This committee is very concerned with promoting better visibility and a better understanding of the sector in Europe but it is also concerned with enhancing the operating environment of foundations and funders. To address this objective, in the year 2000 the Committee set up two specific groups: a legal task force, which is chaired by Dr. Machete of the Luso-American Foundation and a tax task force chaired by Simon Hebditch of the Charities Aid Foundations.

These two groups have four key objectives. The first one is to promote knowledge about legislation on foundations in Europe. The second objective is to monitor key legal and fiscal developments in the field. We have also recently seen that the growing role of foundations in the public arena has led to greater interest and attention – not only in their activities – but also in their governance and their oversight. These groups also aim to provide a platform for debating such issues. Last but not least, the two groups are working toward improving the legal and fiscal environment for foundations in Europe.

In many respects the current legal environments do not take into account the fact that funders and foundations are increas-

ingly working at an international level and they certainly do not take into account the fact that they may have assets in different countries. So what happens when funders and foundations want to mobilize these assets for a common public objective? This is also an issue for our group to address.

Over the last four years the legal and task forces have been developing key materials to help rethink and enhance foundations' operating environments. The work first started with a mapping of existing legal and fiscal provisions across what were then the 15 European Union member-States. Based on this information, a second step was to identify good legal and fiscal rules and practices and these were compiled into what we have called the *Fundamental Legal and Fiscal Principles for Public Benefit Foundations*.

A third step was to make these principles as operational as possible and thereby provide an example of how the agreed principles could be translated into law. This is the work that has been done with the drafting of the *Model Law for Public Benefit Foundations*, a legal instrument for use at national level. I need to underline that the *Model Law* is only one of the possibilities of how these agreed principles could be translated into legislation. Finally, this work and these documents provided input for the drafting of recommendations for developing a European legal form for foundations. Without going into detail, let me just say that the 18 principles included in this legal form start with the fundamental right of every individual and legal person to set up a foundation. These principles have been translated into 22 articles of the *Model Law* which addresses the definition of a foundation and requirements for its creation and dissolution. The articles call for an extensive legal capacity. They explain what we mean by public benefit purposes. They also address the registration system and governing structure. They set out transparency and accountability requirements for public

benefit foundations as well as means of supervision aimed at promoting the foundation as a legal entity, promoting the will of the founder and the interest of the public at large. Finally, the last section deals with taxation issues, taxation of the foundations, its donors and its beneficiaries. Here the approach is to call for tax incentives and tax relief, which are linked to the public benefit nature and the public work of the organisation.

Why did the EFC embark on the task of drafting all these documents? The first reason is quite straightforward: we wanted to have an informed comparative overview of existing legislation. The work, as I already mentioned, aimed to outline good legal and fiscal practices and rules on which the *Model Law* is based. These documents are also aimed, where appropriate, to be used to facilitate and influence the development of new foundation laws as well as their revision. Some of our members in France and Spain in the years 2000 and 2003 have used these documents with some success.

Another reason was that this work would help us identify what the basic elements for a European legal form for a foundation would be and what type of instruments a foundation may need to promote its work across borders. The recommendations of the EFC for the European statute set out that the European Foundation has to work in at least two member-States. We see this instrument as an optional instrument that foundations and founders may want to use or not, depending on their activity and purpose. It is, of course, additional to existing legislations and does not aim to replace them. It is very much meant as an instrument to promote the European public good and finally can be viewed as a benchmark of good practice in terms of transparency and accountability.

While reviewing these recommendations, some work was carried out by the working groups and our members to review and assess the possible added value of such an instrument. The

first argument in favour of a European legal form is quite straightforward. It would be to facilitate the receiving and the giving of gifts and grants across borders, thereby promoting the work of foundations across borders.

It would also promote cooperation between foundations across borders. In fact, the case for a European Foundation is growing. The developing practice of co-funding for instance has already translated into a growing number of transnational cooperative projects – not only within Europe – but also in other regions around the world.

The third argument in favour of such a statute is to a large degree based on an approach of non-discrimination. Here we wanted to give foundations the same rights that are already being granted to other legal entities at the European level. We believe that the full freedom of establishment should be given to all operations that contribute to the objectives of the European Union regardless of the form they take, including that of a foundation. We also know that the European treaties guarantee the free movement of persons, goods, of capital and increasingly, as we have heard over the last month, of services. They also guarantee non-discrimination but frankly and clearly, foundations and their founders do not fully benefit from these freedoms at present and this is also a key issue that the European Foundation legal form aims to address.

However, being of benefit to foundations is one thing, but we also had to document and review how this new European legal instrument would be of benefit to European citizens – otherwise it would be of very limited interest to national governments and to EU institutions to push for such a statute. We know that foundations figure very prominently in the support and sometimes in the direct provision of a range of services in the fields of health, welfare, research, culture and the environment, to name just a few. Indeed we can say that they con-

tribute to the development of a series of public policy objectives, which cover both shared competence between the member-States and the European Union, as well as areas in which the Union only has a supporting role. So here we trust that the European Foundation Statute could be a new instrument to support citizens' action and citizens' participation at the European level in their various fields of interest such as public health and consumer rights, among many possible others. The statute could also be a new instrument for pooling expertise and resources in fields such as research and development, innovation and new technologies where there is a clear need for scaling up funds. Finally, we also thought that it could be a useful tool in promoting sustainable development and social cohesion in an enlarged Europe.

I think Dr. Machete is going to provide details on the EFC proposal for a European Foundation Statute so I will not go into any details at the moment. The proposal covers 18 articles ranging from the definition of a European Foundation – minimum capital, type of activity, and they also address the framework under which European foundations would be established and would operate. The EFC draft is designed to be resolutely European; and we think that the foundation set up as a European foundation must have a genuine European dimension. This is reflected in the minimum number of countries where they would have to carry out their activities. Finally, the nature of the activities themselves needs to be of public benefit.

As far as the tax treatment of the European Foundation is concerned, I will only say a few words. We know that there is a major problem here and that is that the European Union has limited competence concerning direct taxation. However, our recommendations do put forward two sets of proposals to address the tax treatment of the European foundations set up according to the statute. These are essentially based on the principles of

mutual recognition and equal treatment, both in terms of taxation of the foundation and the tax treatment of cross-border donations to the foundation.

We know that improvements in the field of taxation would primarily have to come from the national level. However, the trigger might come from the European level. As some of you probably know, the European Commission and the European Court of Justice have recently investigated the compatibility of some national tax laws with EU treaty provisions. Recently, after investigation by the European Commission, Belgium was obliged to review and amend its gift and inheritance tax laws, which were seen as discriminating against foreign organisations. There is also another case at the moment before the European Court of Justice concerning corporate income tax law for foreign foundations in Germany that have assets in the country. This case is still under review but both cases could open the door to the further review of national tax laws, hopefully in favour of cross-border giving and a European Foundation.

To conclude, I would briefly like to discuss how the work of the EFC fits into the broader framework of developments regarding company law in Europe. Our recommendations for a European Foundation Statute came after 30 years or more of deadlock, after which European Union Member States could eventually come to an agreement in 2001 on the adoption of the European Company Statute (SE) and more recently, in the summer of 2003, on a European Statute for Cooperatives. There are some additional proposals in the pipeline at different stages of development regarding associations and mutuals as well as a feasibility study that is being carried out on a European statute for small and medium-size enterprises. However, to date, there has been no proposal from the Commission specifically addressing foundations. Foundations were actually mentioned in the proposal regarding the European Association Statute and the

European Foundation Centre alerted the Commission several times to the fact that whereas the European Association Statute can be a very good instrument indeed, it is not tailored to the needs of foundations as asset-based and mission-driven organisations. So we have asked the Commission to consider a separate foundation statute.

How did the European Commission react? First, foundations are no longer mentioned in the text for associations and more recently, in May of 2003, the Commission published a communication for an action plan on company law in Europe and corporate governance where it specifically mentioned that before submitting a proposal for a European Foundation Statute they would launch a study to assess the feasibility of such a legal instrument. These recommendations came after two years of consultations. In the year 2001 the Commission set up a high level expert group on company law in Europe and Dr Hopt, who is with us here today, was an active member of the group. The group submitted its report in 2002 and although it did not see the creation of a European Foundation as a short term priority, it outlined that the drafting of model laws could facilitate the drawing up of a European legal form. In this way, I would say, that it backed up the work that EFC members have been doing with the drafting of the *Model Law*.

Another very positive reaction came less than a month ago at a meeting that was organised thanks to the Portuguese members of the European Foundation Centre. At this meeting, Mr Barroso, the president of the European Commission, clearly noted his interest in the European Foundation Statute.

So where are we now? We have shared our recommendations with a series of services of the European Commission. I must say that their interest varies and is based on very different frames of reference. We have been asked by the services dealing with security and justice to present the recommendations. They

wanted to review whether the tool could be one of the instruments that could prevent abuses of non-profit organisations in terrorist financing. The department dealing with research and technology at the European Commission set up an expert group and reviewed the possibility of looking at this European Foundation Statute as an instrument to mobilise investments in research in Europe. We have not received feedback from the Commission services dealing with enterprise policy which was at the origin of the other proposals regarding other statutes. However, we have had some positive answers from the European commissioner in charge of internal markets regarding the feasibility study.

A lot of work has been done over the last four years by the members of the EFC to draw up this European Foundation concept. Today we are in another phase which is one of discussion and negotiation with the European Commission – first to ensure that the feasibility study is actually carried out in due course and then to ensure that the Commission will officially table a proposal for further review and adoption by the Council of Ministers and the European Parliament.

Thank you. I will now take any questions you might have.



## Perguntas e respostas

*Pergunta – Quando fala da Fundação Europeia ou do estatuto europeu das fundações, parece estar a referir-se a duas realidades diferentes. Uma coisa é a criação de um estatuto para as fundações europeias e outra é uma via ou uma ponte para se chegar à Fundação Europeia. Não ficou claro para mim se representavam a mesma coisa ou não.*

*Ms. Faure* – Existem dois aspectos diferentes. Há já alguns anos que Fundações para a Europa tem sido o lema do Centro Europeu de Fundações. É também nesse sentido que alguns dos nossos membros trabalham.

Mas o Estatuto da Fundação Europeia é algo distinto. Trata-se de um instrumento jurídico que permite às fundações desenvolver o trabalho e a cooperação além-fronteiras – prosseguindo um fim que é partilhado pela União Europeia, ou, de qualquer modo, desenvolvendo actividades e objectivos transfronteiriços que constem da missão das respectivas organizações.

*Pergunta – As duas abordagens que referiu, o Estatuto da Fundação Europeia e o modelo de código que propõem são, evidentemente, duas alternativas. Sabemos isso por referência ao direito comparado, também dos Estados Unidos, onde existe, há vários anos, a experiência de modelos de códigos. Tenho, por isso, interesse em saber se já houve respostas aos vossos modelos jurídicos propostos. Como é que foram acolhidos nos Estados-membros, se os Estados-membros os adoptaram e se, no âmbito europeu, existe uma tendência para agir nesse sentido?*

*Ms. Faure* – As duas abordagens não são mutuamente exclusivas. Quando os membros do CEF se propuseram versar os obstáculos jurídicos ou fiscais que as fundações encontram, quer nos seus países, quer além-fronteiras, acharam por bem conceber instrumentos que pudessem ser utilizados em ambos os casos – no plano interno (e é isso que o *Modelo Legal* pretende con-

seguir) – e no âmbito europeu ou transfronteiriço (fim prosseguido com a adopção do Estatuto da Fundação Europeia). As reacções que conhecemos foram transmitidas pelos nossos membros. Como referi, os instrumentos revelaram utilidade quando houve reformas jurídicas nalguns países da UE, incluindo a Espanha e a França, em 2002 e 2003. As alterações foram, porventura, menos radicais em Espanha do que em França. A parte do trabalho que causou maior impacto foi a análise comparativa elaborada pelos nossos grupos de trabalho acerca da tributação das fundações e da tributação dos doadores individuais e societários, em todos os Estados-membros. Estes eram 15 quando iniciámos o nosso trabalho. O trabalho alargar-se-á aos 10 novos Estados-membros. Trata-se de uma ferramenta prática que demonstrou utilidade a respeito das discussões havidas pelos nossos membros com os ministérios competentes acerca da revisão da tributação do sector.

## Questions and answers

*Question – When you speak about the European Foundation or the european statute for foundations, it seems you are referring to two different realities. One thing is to create a statute for European foundations and another thing is a way or a bridge for arriving at a European Foundation. It was not clear to me whether they were the same thing or not.*

*Ms Faure* – There are two different things. Foundations for Europe has been the motto for the European Foundation Centre for some years now. It is also what some of our members work towards.

But the European Foundation Statute is something different. It's a legal instrument that enables foundations to further develop cross-border work and cooperation – whether they work towards

certain objectives that might be shared by the European Union, or develop cross-border activities and objectives which are set in the missions of the respective organisations.

Question – *The two approaches that you mentioned, the European Foundation Statute and your model code are, of course, two alternatives. We know that from comparative law, also from the United States where they have many years of experience with model codes. So I would be interested in knowing whether there have already been any responses to your model laws. How were they received in member-States, whether member-States adopted them and whether, on the European level, there is a trend toward doing something?*

Ms Faure – The two approaches are not mutually exclusive. When the members of the EFC wanted to address some legal and fiscal obstacles foundations might be encountering at home and across borders, they thought they should try to establish some instruments that could be used in both cases – at the national level (and that's what the *Model Law* or the template aims to address) – as well as at the European level and across borders (and that is what the European Foundation Statute aims to address). What we know about the reactions is what our members have reported. As I mentioned, it was of help when there were law revisions in some EU countries including Spain and France in 2002 and 2003. Maybe the changes have been less radical in Spain than in France. The part of the work that has had a great impact was the comparative overview that our task forces have drawn up on the taxation of foundations and the taxation of both individual donors and companies across the member-States, which were 15 when we began our work. Now we will enlarge that work to the 10 new member-States. It is a practical tool and proved to be useful when some of our members were holding discussions with their competent ministries to review taxation of the sector.



AS FUNDAÇÕES  
NA EUROPA  
ASPECTOS JURÍDICOS  
FOUNDATIONS  
IN EUROPE  
LEGAL ASPECTS



SEGUNDA SESSÃO | SECOND SESSION

**O Projecto do *Centro Europeu de Fundações*  
e o Projecto da *Fundação Europeia***

(coordenado pela Fundação *Bertelsmann*, com a cooperação  
da *Compagnia di San Paolo*, da Fundação *Zeit – Ebelin und Gerd Bucerius*  
e da Faculdade de Direito *Bucerius*)

•

**The *European Foundation Centre* Project  
and the *European Foundation* Project**

(run by the *Bertelsmann* Foundation with the cooperation  
of the *Compagnia di San Paolo*, the *Zeit – Ebelin und Gerd Bucerius* Foundation  
and the *Bucerius* Law School)

***Klaus J. Hopt***

Permitam-me que, desde já, agradeça, muito sinceramente, ao Dr. Rui Machete e à Fundação Luso-Americana para o Desenvolvimento o convite para vir a Lisboa. Não apenas o local é maravilhoso – quer a própria Fundação, quer a cidade –, como têm ambas um significado simbólico. Foi de Lisboa que nós, europeus, partimos em direcção ao Novo Mundo. De certo modo, a nossa Fundação Europeia é também uma espécie de descoberta de um mundo novo, e, neste contexto, entendo constituir uma feliz coincidência o facto de que o Presidente Barroso seja também português e esteja aberto a estas novas ideias. É neste espírito que devemos continuar a prosseguir este Projecto de Fundação Europeia.

Não pretendo descrever o projecto da Fundação Bertelsmann. A Senhora Faure já o fez com o projecto do Centro Europeu de Fundações. Vou, também, saltar as partes que descrevem os fundamentos da necessidade de uma Fundação Europeia, pois esse foi assunto tratado pelo Dr. Then.

Em vez disso, verso quatro aspectos. O primeiro consiste numa apreciação histórica e institucional da Fundação Europeia no âmbito da União Europeia. De seguida, direi algumas palavras sobre o fundamento europeu da Fundação Europeia, tema que constitui um ponto de vista jurídico não isento de controversia. Então, pronunciar-me-ei, de modo mais alargado, sobre as diferenças entre os dois projectos, na medida em que a questão nos fornece matéria destinada a ulterior discussão. Por último, debatarei os princípios que orientam o Projecto Bertelsmann, isto é, a transparência e o governo das sociedades.

Em primeiro lugar, a perspectiva histórica e institucional da Fundação Europeia. Sabemos, e também ouvimos a Sra. Faure dizê-lo, que, na União Europeia, já em 1993 foi ensaiada a sua previsão no Estatuto da Associação Europeia. É sabido que não

teve grande êxito, e, naquela altura, constituía somente um anexo ao Estatuto da Associação Europeia. Afigura-se possível especular acerca das razões desse insucesso político, mas este permanece um facto. Sabíamos-lo quando iniciámos o Projecto Bertelsmann, pelo que tentámos a abordagem do assunto sob um prisma diferente, nomeadamente na perspectiva de harmonização das leis sobre sociedades. Eu próprio sou jurista especializado em direito das sociedades/direito financeiro e estou envolvido no processo legislativo, tanto em Berlim, como na UE.

Até há alguns anos atrás, a harmonização do direito das sociedades constituía um imenso problema, sendo mérito da então Comissão Bolkestein a articulação da harmonização das leis sobre sociedades e a previsão de novas formas societárias com uma iniciativa muito bem sucedida na harmonização das normas que regulamentam os mercados financeiros. Como todos sabem, devido ao Plano de Acção para os Serviços Financeiros, de 1999, os mercados bancários e financeiros são agora amplamente europeus, característica de que necessitam. A ideia de Bolkestein, designada como Plano de Acção para a Harmonização do Direito das Sociedades, articulou todos estes elementos. O nosso Grupo de Alto Nível de Peritos em Direito das Sociedades, que preparou o Plano de Acção, tentou também fazê-lo – conceber algo que tivesse, para o direito das sociedades, êxito idêntico ao que o outro plano tivera para a lei do mercado. Integrando este Grupo de Alto Nível, devo dizer que achei, pelo menos, particularmente difícil convencer os meus colegas a ponderarem o tema da fundação, pois situando-se na perspectiva do direito societário e do direito financeiro, não conheciam, ou não se interessavam, pelo sector sem fins lucrativos. Ao tempo do período de consultas em Bruxelas e na *Web*, foi interessante apurar que as opiniões provenientes da área do direito societário não estavam interessadas ou, na verdade, não viam qualquer necessidade na criação de uma Fundação Europeia. As pessoas ligadas

às fundações, e em especial o Dr. Then, foram aquelas que, realmente, se pronunciaram a favor. Escusado será dizer que lhes estamos muito gratos por o terem feito.

As vozes em apreço utilizaram dois argumentos interessantes e que devem ser considerados, desde logo, que o ideal de harmonização do direito das fundações se situa fora de cogitação. Os regimes apresentam-se muito diferentes de país para país, e no meu parecer, isso é bom. Fazem parte integrante do nosso património cultural e não devem ser alterados. No entanto, revela-se atraente a ideia de uma nova forma, facultativa, que acresça aos regimes previstos nos ordenamentos nacionais. De novo, verifica-se um desenvolvimento paralelo entre o sector do direito societário e, agora, o sector das fundações. No direito das sociedades, a Sociedade Europeia tomou forma após quatro décadas. Na actualidade, é possível aos interessados optar, verificando-se um certo grau de concorrência entre a assunção de uma forma societária nacional ou europeia. E isso é positivo. Foi esta mesma ideia que, por razões políticas e racionais, desenvolvemos no Grupo de Alto Nível. Felizmente, a Comissão Europeia praticamente acatou todas as nossas sugestões. Considerando que o direito das fundações em geral é, de certo modo, lateral, hesitaram em conferir-lhe lugar de destaque, mas, pelo menos, faz parte do Plano de Acção. Existe um compromisso da Comissão acerca da realização de um estudo de viabilidade e estou certo de que algo farão em 2006. Eis, portanto, a história e algumas boas novidades.

Ouvi, com amplo interesse, a referência da Senhora Faure aos contactos existentes com várias direcções-gerais. Essa é uma boa ideia, pois, assim como em todo o lado, verifica-se alguma concorrência entre as direcções-gerais: se uma delas não apanhar o comboio, talvez a outra o faça. Aconteceu-nos, de certo modo, o mesmo noutros domínios, sendo o Estatuto da Associação da competência de outra direcção. E podemos, ainda, atentar na



comparação entre o direito do consumo e o direito financeiro, onde se vê que, na realidade, é possível jogar com esta concorrência no seio da Comissão Europeia.

Gostaria, entretanto, de dizer algumas palavras sobre o fundamento jurídico. O artigo 308.º CE é a cláusula de alcance genérico que tudo engloba, incluindo o direito das fundações. No entanto, as decisões baseadas neste artigo devem ser unâni- mes. Em consequência, esta não se revela, porventura, a melhor via. O artigo 95.º constituiria um fundamento manifestamente mais favorável. Esta base normativa apresenta boas possibilidades, embora a seu respeito se apurem dificuldades de ordem jurídica, pois, tal como se referiu, o artigo 95.º respeita, essencialmente, à liberdade de circulação e de estabelecimento, e foi concebido para os capitais. Ora, seguindo a interpretação moderna e funcional do direito, abrangendo o direito comunitário, poder-se-ia de facto inserir as sociedades sem fins lucrativos no âmbito de aplicação do artigo 95.º. Porém, também no meu país, levámos algum tempo a acordar que as sociedades, na acepção do artigo 95.º, incluem, quer aquelas que são movi- das pela maximização dos lucros, quer as sociedades que não prosseguem o mesmo fim. E, contudo, as actuais discussões versam as empresas enquanto tais: se elas funcionam ou não com fins lucrativos é julgado um assunto diverso, sem relevân- cia directa para os objectivos da harmonização. Há uma lógica de equiparação a outras organizações que estão presentes no mercado e que nele participam. Diria, portanto, que a longo prazo estamos salvaguardados, mas poderão surgir alguns pro- blemas jurídicos.

Mais importantes revelam-se as diferenças entre os dois pro- jectos. Quando falo em diferenças, não insinuo que um é melhor do que o outro. Penso, até, que politicamente se afigura prefe- rível ter dois modelos distintos. A esse propósito, recordo que Wellington e Bluecher chegaram a Waterloo vindos de lados

diferentes e, unindo esforços, ganharam a batalha. A diferença inicial respeita ao instrumento jurídico. O projecto do CEF opta pelo regulamento, enquanto nós, na Fundação Bertelsmann, fomos, de um ponto de vista político, mais cautelosos. O que fizemos pode converter-se num estatuto se a Comissão Europeia caminhar nessa direcção. No entanto, pode, ainda, funcionar como uma espécie de directiva, dando assim acrescida margem de manobra aos Estados-membros, ou, até, revestir a natureza de um modelo padrão para os Estados. Mesmo no cenário mais pessimista, isto é, se nada resultar em virtude de razões políticas, o nosso trabalho terá certamente valido a pena como um exercício académico e, assim, influenciando discussões ulteriores.

A diferença seguinte concerne à dimensão europeia, aspecto que constitui um requisito do artigo 1.º, n.º 4, do documento do CEF. Por outras palavras, segundo o CEF, para uma fundação revestir a forma de uma Fundação Europeia deve operar em mais de um Estado-membro. A questão foi por nós discutida, mas decidimos prescindir dessa exigência. A minha experiência como jurista especializado em direito nacional e europeu das sociedades justificou a opção. Tivemos um debate semelhante acerca da Sociedade Europeia. É evidente que a previsão de um tal requisito enfatiza a dimensão europeia, porém não se revela verdadeiramente necessário. Havendo plena concorrência entre as formas nacionais e europeias, porquê restringir a forma europeia? Veremos, depois, qual a forma preferida e se os interessados a pretendem utilizar no plano interno ou internacional. Deixem-nas competir. É esse o espírito do modelo. Na mesma ordem de ideias, penso que é bom ter ambos os modelos – a abordagem mais estreita e a nossa abordagem mais liberal. Apuremos mais tarde como tudo isto funciona na União Europeia.

É claro que existem, também, diferenças no que diz respeito à definição da utilidade pública e aos exemplos que devem ser incluídos na lista exemplificativa do projecto. Verifica-se, ainda,

uma diferença acerca do capital mínimo. Segundo a abordagem tradicional (e o projecto do CEF apresenta um argumento válido), o capital mínimo constitui, evidentemente, uma certa garantia para os credores e para o bem comum. Em contraste, na óptica do desenvolvimento moderno, salientada e defendida pelo Grupo de Alto Nível, o capital jurídico constitui um duvidoso dispositivo de protecção. A esse respeito, partilhamos a opinião dos ingleses que gostariam de se libertar da segunda directiva. Há uma boa possibilidade de a Comissão facultar aos Estados-membros a opção entre manter o requisito do capital mínimo ou seguir o modelo anglo-americano, que envolve declarações de solvência, talvez aprovadas por auditores que apresentem certas garantias – de qualquer modo, proporcionando uma maior liberdade. O que os economistas afirmam é bem claro: o capital mínimo não presta grande utilidade.

Por último, numa vertente mais filosófica, a nossa proposta é, por certo, acrescidamente liberal. Em vez de salientar a clássica fiscalização do Estado, procurámos incluir elementos de transparência e de bom governo. É claro que os americanos e os ingleses reconhecem a origem e a filosofia que subjazem ao projecto, pois a transparência e o tema do bom governo das sociedades e das fundações derivam do seu modo de pensar. Contudo, hoje em dia, quase todos os países da Europa Continental seguem o mesmo modo de regulamentação das sociedades e empresas. Este regime tem sido aplicado, com vasto alcance, na discussão comunitária do direito societário e do direito dos mercados financeiros. Estas ideias devem incluir-se no debate sobre as fundações. A transparência constitui ideia nuclear – qualquer um deve ser responsável na gestão do dinheiro de outrem (o título do famoso livro de Brandeis). A transparência não pode substituir, na integralidade, o direito imperativo, mas pode revelar-se um bom começo na prevenção de uma tutela excessiva – de excessivas disposições imperativas.

O bom governo das sociedades é uma ideia simultaneamente muito nova e muito antiga. Ao tempo em que efectuava a minha investigação, encontrei excelentes citações que remontam a Adam Smith, declarando este que os administradores de empresas por vezes olvidam que não gerem o seu dinheiro, mas o dinheiro de outrem, pelo que, ao menos em certos casos, algumas normas são necessárias para os manter no caminho adequado. É disso que trata a discussão sobre o governo das sociedades. No meu ponto de vista, apurada a disseminação do debate sobre o governo das sociedades, não somente pelos Estados-membros, mas pelo mundo inteiro, e na medida em que articula de forma excelente a economia e o direito, porque não apanhar o comboio e promover esta ideia no sector das fundações: o bom governo das fundações? Julgo que a transferência é simples, e como podem verificar nas propostas que vos demos, a ideia foi incluída a respeito das normas que regem a administração: deveres e responsabilidades, dever de lealdade, dever de prudência, normas de transparência para a administração, e uma dicotomia facultativa entre o conselho de administração e o conselho de supervisão. É possível, ainda, combinar estes dois órgãos num único conselho, pelo que se integram as duas tradições, a tradição inglesa e a tradição da Europa continental. Há, ainda, algumas menções cautelosas à remuneração dos administradores. Enfim, a transparência e o bom governo das sociedades constituem elementos filosóficos primordiais do nosso projecto. É claro que existe o recurso à supervisão, sobretudo a supervisão pela autoridade tributária. Tal é, porém, necessário apenas como recurso.

Obrigado.

***Klaus J. Hopt***

First of all I want to very sincerely thank Dr. Rui Machete and the Luso-American Foundation for inviting us to Lisbon. Not only is the place wonderful – the Foundation itself as well as the city – but they also have symbolic meaning. It was from Lisbon that we Europeans started toward the New World. In a way, our European Foundation is also a type of venture into a new world, and in this context I consider it fortuitous that President Barroso is also Portuguese and that he is open to these new ideas. It is in this spirit that we should continue to pursue this European Foundation Project.

I don't want to present the Bertelsmann Foundation project per se. Madame Faure has done that with the European Foundation Center. I will also skip the parts about why we need a European Foundation because Dr. Then has dealt with that.

Instead, I would like to make four points. The first is a historical and institutional perspective of the European Foundation in the European Union. Then I will say a couple of words about the European basis for a European Foundation, which is a legal point of view and not uncontroversial. Then I will speak a bit longer on the differences between the two projects because that will provide us with material for discussion later on. Finally, I will discuss the leading principles of the Bertelsmann Project, i.e., transparency and corporate governance.

First I will discuss the history and institutional perspective of the European Foundation. We know, and we have also heard from Madame Faure, that in 1993 there were early attempts in the European Union to deal with the European Association Statute. As we all know it was not very successful, and at that moment it was only an annex to the European Association Statute. One could speculate about why this occurred politically, but it remains a fact. We knew this when we started the Ber-

telsmann Project, so we tried to approach things from a different angle, namely from the perspective of company law harmonization. I myself am a company/financial lawyer also involved in law-making both in Berlin and in the EU.

Company law harmonization itself was a huge problem until a few years ago. And it was the merit of the then Bolkestein Commission that linked company law harmonization and new company forms to a very successful venture it had in the harmonization of the financial law market. You all know that, due to the Financial Markets Action Plan of 1999, the banking and financial markets are very European now, and markets need that. Furthermore, Bolkestein's idea, labeled the Company Law Action Plan, linked these elements together. Our High Level Group of Company Law Experts which prepared the Action Plan also tried to do this – to develop something that would be as successful for company law as the other plan had been for market law. As a member of this High Level Group, I found it rather difficult – and that's an understatement in English – to convince my colleagues in the high level group to pick up the foundation issue, because they came from the company and financial market law perspective and either did not know or did not care about the non-profit sector. When we had our hearings in Brussels and on the Web, it was interesting to note that those who came from the company law side were not interested and did not really see a need for a European Foundation. The foundation people – and particularly Dr. Then – were those who really spoke up. Needless to say, we are very grateful that they did so.

They made two points that were interesting and should be kept in mind, namely that the ideal of the harmonization of foundation law is out. Things are very different from country to country, and in my opinion this is good. It is part of our cultural heritage and should not be touched. But on the other

hand, the idea of an optional new form which comes as an addition to what we already have on the member-State level is an attractive one. Again, things are moving in parallel between the company law sector and now the foundation sector. In the company law sector, after four decades the European Corporation has come into existence. Now we have an option, with a certain element of competition among European and national company law forms. And that's good. This is the same idea that we developed in this high level group for political and rational reasons. Fortunately enough, the European Commission incorporated practically everything what we had suggested. Since general foundation law is a bit to the side they were hesitant to put it at the forefront, but at least it is part of the action plan. There is a commitment by the Commission to have a feasibility study, and I am pretty sure that they will do something in 2006. So, this is the history and also a bit of good news.

I listened with great interest when Madame Faure said that you are in contact with different directorates general. That is a good idea because, as everywhere, there is some competition between the directorates, and if one does not jump on the bandwagon, maybe the other will. We had a bit of that in other fields with the Association Statute being in the competence of another directorate. And we can also take the comparison between consumer law and financial law where we see that one can really play on this competition within the European Commission.

Now I would like to say a couple of words about the legal base. Article 308 EC is the catch-all clause for everything, including foundation law. But, of course, decisions based on it must be unanimous. So that may not be the best way of doing things. Article 95 EC would be much better. That legal base has fine possibilities, but there are legal difficulties in it because, as was mentioned, Article 95 basically concerns free movement and

establishment, and it was designed for capital. Now following the modern, functional interpretation of law, including EC law, you could indeed bring non-profit corporations under Article 95. But in my own country too, we took quite a while to agree that companies in the sense of Article 95 include those with and those without profit maximization motives. Yet current discussions are rather about enterprises as such, and whether they work for profit or not is considered as a different issue that is not directly relevant for harmonization purposes. Somehow you have to deal with them as with other organizations that are present at and participating in the market. In the long run, therefore, I would say we are in the clear, but legal problems may arise.

More important are the differences between the two projects. When I talk about the differences I am not trying to imply that either one or the other is better. I even think that politically it is better to have two different models. I am reminded of Wellington and Bluecher coming to Waterloo from different sides, joining forces, and winning the battle. The first difference regards the legal instrument. The EFC project really goes for regulation, while we at the Bertelsmann Foundation were a bit more careful from the political point of view. What we have done could be a statute if the European Commission goes in that direction. But it could also work as a kind of directive, thus giving more leeway to the member-States and, at the end of the day, it could also work as a kind of model standard for nation states. Even in the worst scenario, i.e., if nothing pans out for political reasons, our work has certainly been a worthwhile academic exercise and, as such, will influence later discussions.

The next difference concerns the European dimension that is a requirement you have in Article 1, number 4, on the EFC activities. In other words, for the EFC, in order to be a European Foundation a foundation must be active in more than one mem-



ber-State. We discussed that, but then decided to drop this requirement. The reason for this comes from my experience as both a national and a European company lawyer. We had the same discussion for the European Corporation. Of course, such a requirement emphasizes the European dimension, but it is not really necessary. If you really have full competition between European forms and national forms, why restrict the European form? Let them compete. Then we will see which form is better accepted and whether people want to use it on the national or international level. That is the model's spirit. In the same vein, I think it is good that we have both models – the more narrow approach and our more liberal approach. We will see later how it works out in the European Union discussion.

Of course, there are also differences as far as the definition of public benefit is concerned and what examples should be included in the list of examples in the draft. There is further difference with regard to minimum capital. The traditional approach (and the EFC project has a point here) is, of course, that minimum capital is a certain guarantee for creditors and the general good. On the other hand, the modern development, which our high level group has emphasized and advanced, is that legal capital is a doubtful protection device. In this respect we are on the side of the English, who would love to get rid of the second directive. There is a good possibility that the Commission will open up a choice to the member-States either to keep the minimum capital requirement or to follow the Anglo-American way, with certain solvency declarations, maybe approved by auditors with certain guarantees – but giving more freedom. What the economists tell us is very clear: minimum capital is not of very much use.

Finally, in a more philosophical vein, our draft is certainly more liberal. Instead of emphasizing traditional state supervision, we tried to build in transparency and governance elements.

Of course, the Americans and English recognize the origin and philosophy of this because transparency and corporate and foundation governance come from their mode of thinking. But today nearly all Continental European countries follow the same mode in regulating companies and enterprises. To a great degree, this mode has also been entering into both the corporate law discussion and the financial market law discussion on the European Community level. These ideas should also enter into the foundation discussion. Transparency and the idea of disclosure is a leading idea – that you should really be responsible with other people's money (the title of the famous Brandeis book). Transparency cannot replace all mandatory law, but it can be a good start in leading us away from too much tutelage – too much mandatory law.

Corporate governance is both a very new and a very old idea. When I was doing my research I found some wonderful quotes from even as far back as Adam Smith, who made the point that corporation managers sometimes forget that they are not dealing with their own money but other people's, and that – at least in some cases – some rules are needed to keep them on the right path. That is what the corporate governance discussion is all about. My idea is that, since the corporate governance discussion is now sweeping not only through the member-States but the whole world, and since it links economics and law very nicely, why not also jump on that bandwagon and start this idea in the foundation sector: foundation governance? I think it is easily transferable, and as you can see in the drafts we have given you, we have built this idea in as far as rules for the board are concerned: duties and responsibilities, duty of loyalty, duty of care, transparency rules for the board, and optional dichotomy between the management board and the supervisory board. You can also combine that into a single board, so you have the two traditions – the English tradition and the continental European

tradition – and you have some careful remarks on directors' remuneration. So transparency and corporate governance are leading philosophical elements of our draft. Of course, there is a fallback to supervision, particularly supervision by tax. This is necessary, though only as a fallback.

Thank you.

***Rui Machete***

Dada a natureza deste Seminário, poderei dispensar-me de fazer um exame exegético de todo o articulado dos dois projectos de estatutos das Fundações Europeias, um elaborado pelo Centro Europeu de Fundações e o outro organizado pela Fundação Bertelsmann. O Prof. Hopt, aliás, já teve oportunidade, com a sua habitual mestria, de sublinhar as principais diferenças entre ambos. Assim, permito-me apenas debruçar-me sobre alguns pontos da filosofia dos projectos e da forma como são desenvolvidos e deste modo analisar também as suas justificações que repute particularmente importantes.

Começarei por me referir de modo necessariamente breve ao porquê da criação da figura jurídica de uma Fundação Europeia.

Existem duas razões principais. A primeira, de carácter mais filosófico do que jurídico, radica na importância das fundações como instrumento técnico de realização da personalidade dos homens que promovem a sua constituição ou dela beneficiam, e está estreitamente ligada aos motivos por que o Tratado de Maastricht, no já distante ano de 1992, instituiu a cidadania europeia. É, na verdade, importante que, uma vez superada a natureza basicamente económica das comunidades europeias, a União faculte aos cidadãos os meios jurídicos para o pleno desenvolvimento da sua personalidade, atribuindo-lhes completa capacidade como sujeitos de direito no quadro de competências em que se movem os órgãos comunitários.

Considerações idênticas podem, de resto, também fazer-se em paralelo e com igual força para as associações.

Numa perspectiva funcional mais utilitarista, a possibilidade da constituição de Fundações Europeias permitirá prosseguir com eficácia acrescida fins culturais, científicos e filosóficos, tendo por referência um domínio mais vasto do que o de cada Estado

individualmente considerado e não se encontrando sujeita às diversidades de tratamento quanto à personalidade e capacidade jurídicas, a *governance* e às discriminações em matéria fiscal que cada ordenamento nacional facilita ou até impõe. As Fundações Europeias ficam também libertas das particularidades de regulamentação impostas pelas legislações nacionais nas actividades instrumentais de carácter económico que desenvolvem.

Bastará pensar no apoio e aceleração que as fundações podem imprimir à investigação científica e à inovação tecnológica, como preciosos colaboradores dos esforços comunitários para desenvolver institutos europeus de pesquisa, para se compreender a relevância que aquelas poderão assumir nas estratégias de revitalização da Europa programadas pelo Conselho e pela Comissão.

Por último, ao agirem numa óptica comunitária, as fundações ajudarão poderosamente no reforço do movimento de integração europeia, tão carecido de novos agentes e factores que o dinamizem.

Ao enunciar a questão mais geral do fundamento de um estatuto para as Fundações Europeias, pré-anunciei já os problemas que sumariamente vou abordar a seguir, todos eles centrados na *summa quaestio* das relações entre a soberania dos Estados-membros da União Europeia e a autonomia das fundações que neles actuem.

Os Estados europeus não são comparáveis aos Estados Unidos da América. Os nossos Estados são soberanos, ainda que com limitações importantes e são regidos por ordenamentos jurídicos com um grau de autonomia completamente diferente do dos ordenamentos, mesmo no direito privado, que possuem os Estados federados americanos. Os Estados europeus membros da União são muito ciosos da sua soberania. Portanto, o problema das relações entre as fundações e cada Estado nacional constitui uma questão muito presente na regulamentação que

propomos para uma Fundação Europeia, revestindo dois aspectos particularmente relevantes e interdependentes: quais as limitações impostas aos poderes legislativos dos Estados nacionais em matéria de disciplina das fundações, e consequentemente, depois, às respectivas administrações, e qual a estrutura organizatória das Fundações Europeias e a competência fiscalizadora que sobre elas exercem os órgãos comunitários.

É, em primeiro lugar, necessário limitar alguns poderes da capacidade legiferante dos Estados, quanto às Fundações Europeias, deixando espaço livre ao direito comunitário. Em segundo lugar, os Estados-membros serão mais relutantes no caso das fundações do que quanto às sociedades comerciais, em darem uma opção aos sujeitos de direitos dos seus ordenamentos, incluindo a de escolher, com maior ou menor liberdade, entre um estatuto europeu para as fundações e o estatuto nacional. Trata-se, no fundo, de incluir na autonomia do sujeito de direito essa liberdade de opção.

A escolha do ordenamento jurídico aplicável, isto é, a faculdade de por um acto voluntário do sujeito de direito, escolher a regulamentação que vai disciplinar determinadas instituições jurídicas, é problema que não se põe apenas a propósito das fundações; coloca-se hoje também em vários outros sectores do direito comunitário em relação ao direito nacional. Em muitos casos há igualmente questões de concorrência reguladora entre os próprios ordenamentos nacionais. Assume, por isso mesmo, grande delicadeza e particular interesse. Em conexão com este problema, importa averiguar a via legal através da qual se legitima caminhar para um estatuto europeu das fundações. As fontes possíveis até agora aventadas são as de usar o artigo 95.º, ou, em alternativa, o artigo 308.º do TCE. A escolha entre um e outro preceito é relevante – não só pela questão processual de obrigar a reunir unanimidade (no caso do artigo 308.º) ou uma maioria qualificada do Conselho (no caso do artigo 95.º) para

elaborar o respectivo regulamento, mas também porque invocar uma ou outra disposição envolve fundamentos bem diferentes. Assim, socorreremo-nos do artigo 95.º tem um significado preciso: pressupõe-se que as fundações possam contribuir decisivamente para o aperfeiçoamento do mercado interno. Se optarmos pelo artigo 308º, as razões serão de espectro mais amplo, estarão relacionadas, quer com a concretização da cidadania europeia, quer com o modo de encarar e tratar juridicamente as actividades económicas instrumentais das fundações que lhes permitem obter rendimentos para a prossecução dos seus fins. Neste segundo percurso, assumirão maior relevo os problemas de concorrência com pessoas colectivas de fins lucrativos que actuem nos mesmos sectores económicos.

No caso do estatuto organizado pelo CEF, esta foi uma matéria muito discutida e vem a propósito referir que optámos por uma redacção que favorece a possibilidade de fundamentar a intervenção do direito comunitário pela invocação do artigo 95.º do TCE. Foi, contudo, propositadamente escolhida uma solução compromissória que não obsta a que se use o âmbito mais largo coberto pela previsão do artigo 308.º. Aqui queremos apenas sublinhar as implicações da escolha de um ou outro preceito.

Entrando mais especificamente no cotejo entre as grandes linhas de orientação dos dois projectos de estatutos, vale a pena mencionar mais detidamente as diferenças quanto ao domínio de aplicação da lei entre o projecto de estatuto do Centro Europeu de Fundações e o da Fundação Bertelsmann. Este último admite a livre concorrência entre o estatuto comunitário e as normas respeitantes à estrutura e funcionamento das fundações em cada Estado, dependendo a aplicação de um ou outro da livre escolha do fundador ou fundadores. A proposta de regulamento do Centro Europeu de Fundações exige, ao definir uma Fundação Europeia, que esta exerça actividades em pelo menos dois Estados-membros, não permitindo assim que uma fundação

que circunscreve a sua acção apenas a um território de um Estado possa estar submetida ao estatuto europeu. Deu-se, porém, resposta à questão de saber se uma fundação subsumível no conceito de Fundação Europeia, tal como definida no Estatuto, tem obrigatoriamente de ficar submetida a esse estatuto europeu ou pode ainda assim permanecer sujeita ao ordenamento jurídico do Estado-membro em que tem a sua sede, concluindo-se pela liberdade de escolha. Deve, aliás, esclarecer-se que na definição de Fundação Europeia proposta no projecto do Centro Europeu de Fundações a nota decisiva se refere às actividades da fundação e não à origem dos seus fundos, pois se julgou que esta última não reflecte a individualidade própria de cada uma destas instituições de fim desinteressado.

Não ignoramos que a liberdade de escolha proposta no projecto Bertelsmann segue o caminho já percorrido pelas directivas comunitárias em matéria de sociedades, mas por mim julgo que os legisladores nacionais, sobretudo se da qualificação europeia ou nacional se retirarem consequências em matéria fiscal, terão alguma relutância em seguir uma via paralela à da regulamentação comunitária sobre as entidades de fins lucrativos. Daí a importância de circunscrever o âmbito de aplicação do estatuto através da definição do conceito de Fundação Europeia.

Poder-se-ia também seguir um outro caminho menos radical, o de admitir que as fundações nacionais pudessem obter uma espécie de declaração de utilidade pública comunitária. Neste caso haveria uma declaração de utilidade pública europeia que lhes permitiria o acesso a um conjunto de direitos resultantes de normas comunitárias que derrogassem ou constituíssem uma alternativa ao direito nacional.

Esta possibilidade de repartição do estatuto das fundações entre o direito comunitário e o direito nacional pode ter, aliás, um alcance maior ou menor se pensarmos nos problemas do



registo e da supervisão. É possível imaginar soluções em que a fundação tenha natureza europeia e o registo e a supervisão carácter nacional. No projecto do CEF fomos mais ambiciosos e propusemos que a fundação seja europeia, com uma supervisão e um registo europeus. Propendemos assim para instituir uma comissão a nível comunitário que cumule competências de registo e de supervisão.

O registo representa o exercício de poderes vinculados e não oferece particularidades dignas de menção. Já quanto aos poderes de supervisão, admitimos dotar a comissão de amplos poderes de inquérito e de competência para avançar com propostas de medidas cautelares e sanções disciplinares. Houve, todavia, o cuidado de sublinhar que todos os actos dessa entidade de supervisão são objecto de recurso para os tribunais (tribunais comuns ou tribunais administrativos). Há de resto aqui uma questão que é interessante levantar: se o recurso ou acção, tanto faz, é proposto nos tribunais nacionais ou nos tribunais da comunidade. A inclinação é, naturalmente, para o direito comunitário; uma instituição comunitária deverá conduzir a que a fiscalização dos seus actos se faça pelos tribunais comunitários. A verdade, porém, é que não se tomou uma posição clara sobre esta matéria.

No que concerne à utilidade pública, não penso que haja divergências significativas entre os dois projectos que tenho vindo a referir. Há em ambos um enunciado daquilo que, em princípio, é desde logo considerado como utilidade pública, mas abre-se a possibilidade de se acrescentarem outras matérias. Neste capítulo, somos, portanto, extremamente flexíveis.

Gostaria de referir um último aspecto. Reporta-se ao conjunto de fontes de direito de onde provêm as normas que devem reger as Fundações Europeias — é a matéria que se encontra prevista no art. 8º do Projecto do CEF. Apesar de este ter uma regulamentação mais ambiciosa do que aquela que sobre a mesma

matéria faz o projecto Bertelsmann, procurou-se regular apenas algumas questões fundamentais. Tornamo-nos a encontrar perante o problema da conjugação das normas de dois ordenamentos ou da repartição das tarefas entre estes, quer no que se reporta ao conjunto da disciplina do instituto fundação, quer quanto ao modo da sua harmonização.

Sem me atardar na análise da hierarquia das fontes de direito e do seu relacionamento, que poderão colocar algumas questões delicadas de compatibilização, saliento, apenas, que se procurou salvaguardar, falta saber se com êxito, o papel da autonomia da vontade do fundador e consequentemente limitar o âmbito de aplicação das disposições imperativas. O ponto carece, todavia, de maior aprofundamento.

Termino como comecei. Numa época indubitavelmente de crise para a União Europeia, a ideia de haver Fundações Europeias poderá, se for utilizada com prudência e *self-restraint*, revelar-se extremamente útil. Não há que exagerar sobre a sua importância, mas certamente reforçará a solidariedade e a coesão comunitárias no sentido de que efectivamente também na zona do voluntariado, do apoio à inovação científica e da filantropia, existem instrumentos particularmente relevantes, como as fundações, que podem reforçar o sentimento colectivo de se pertencer à Europa.

Neste processo das Fundações Europeias, estamos ainda numa fase inicial e há um longo caminho a percorrer. Se se conseguir ultrapassar dúvidas compreensíveis dos governos nacionais, e encontrar soluções equilibradas e tranquilizantes para as autoridades fiscais de cada Estado membro, poderemos ter a legítima esperança de alcançar não apenas o beneplácito dos legisladores nacionais, mas ainda o seu apoio de modo a que se passe dos projectos de estatutos a um regulamento europeu. Será, aliás, mais fácil que a iniciativa e o entusiasmo avancem dos Estados membros para a Comissão e para o Parlamento Europeu do que

seguir o caminho inverso. Por mim, entendo que se presta um bom serviço a estas instituições fundamentais do terceiro sector se se lhes propiciar melhor eficiência na sua actuação através da consecução de um estatuto europeu. Engrandecer-se-á a capacidade de actuação das fundações que actuam em diversos Estados europeus e com ela uma maior elevação da dignidade da pessoa humana e mais amplas possibilidades de realização das suas potencialidades.

A recente entrevista com o Presidente da Comissão Europeia, Dr. Durão Barroso, deu-nos, pelo menos, a esperança de haver um caminho a percorrer. Poderá ser mais no sentido daquilo que o Projecto Bertelsmann propõe, ou mais no sentido daquilo que o CEF prefere, ou ainda alguma forma compromissória que a capacidade inventiva de quem estudar o assunto vier a sugerir. Mas, o que parece um facto adquirido neste momento é que podemos prosseguir com utilidade nestes estudos, pois daí resultarão benefícios para uma acção das fundações mais ágil ao nível europeu e menos emperrada por teias burocráticas domésticas.

***Rui Machete***

Given the nature of this seminar, I will refrain from making a detailed examination of the contents of the European Foundation projects: one drawn up by the European Foundation Centre and the other by the Bertelsmann Stiftung. In any case Prof. Hopt, with customary mastery, has already underlined the principal differences between the two. Thus, I am only taking the liberty of addressing certain features concerning the philosophy underlying both projects and the way they have been worked out, in order to analyze the rationales behind them, which I believe to be particularly important.

I will start by briefly discussing the reasons for creating the legal form of the European Foundation.

There are two main reasons. The first is more philosophical than legal and lies in the importance of foundations as technical instruments for achieving aims that emerge from the personalities of the men and women who work toward setting the foundation up or those who are to receive the benefits from them. This is closely tied to why the Maastricht Treaty, in the now far distant year of 1992, enshrined European citizenship. It is important that, now that the basically economic nature of the European Community has been superseded, the Union would attempt to avail its citizens of the legal means to fully develop their personalities by providing them with the fullest of capacities as subjects under the law, within the framework of competencies in which Community bodies act.

In effect, the same could be said, and with equal assertiveness, about associations.

From a functional and more utilitarian point of view, the creation of a European Foundation will lead to enhanced efficiency in pursuing cultural, scientific and philosophical aims with a wider scope than each State singly and without these

foundations being subjected to the wide range of legal forms and capacities, different governance rules and to the tax treatment discriminations that each national system facilitates or sometimes imposes. The European Foundation would also be freed from a number of regulatory peculiarities imposed by national legislation on the instrumental activities of an economic nature that these foundations carry out.

We need only to consider the support and drive foundations can bring to scientific research and technological innovation by acting as indispensable collaborators in Community efforts to bolster European research institutions, to understand the relevance foundations stand to achieve in the strategies for revitalizing Europe set down by the Council and the Commission.

Finally, by acting with a Community approach, foundations will be a powerful aid in bolstering up the movement toward European integration, which at this time is so in need of factors and actors to spur it on.

By addressing the general issue of the basis for European Foundations, I have heralded to some degree the problems that I will broach now – all of which center on the *summa quaestio* of the relationship between the sovereignty of the EU member-States and the autonomy of the foundations acting within those States.

EU member-States cannot be compared to the states of the USA. Our States are sovereign, within certain significant bounds, and are ruled by legal frameworks that enjoy a degree of autonomy that is completely different from those frameworks, even under private law, that the United States possess. EU member-States are very jealous of their sovereignty. Therefore, the issue of the relationship between foundations and each national state is a very salient question in the regulation we have proposed for the European Foundation. The issue displays two facets that are particularly relevant and interdependent: what limitations

are to be imposed on legislative powers of the member-States with regard to disciplining foundations and, subsequently, their respective administrations; and what should the organizational structure of the European Foundation and the supervisory powers that Community bodies exert over them be?

First, it is necessary to limit some of the law-making powers of the States when it comes to European Foundations, leaving space free for Community law. Second, the member-States would be more reluctant with foundations than with commercial companies to give legal persons within their respective legal frameworks the opportunity, including the option to choose, with greater or lesser freedom, between a European Foundation statute and a national statute. What we are actually dealing with is the inclusion of that freedom to choose within the autonomy of that legal person.

Choosing the framework to be applied, i.e. enabling legal persons to choose the regulations that will govern certain legal institutions is a question that is not only confined to foundation issues. We find it today in a number of other sectors of Community law with regard to national law. In many cases, there are also issues of regulatory competition among national frameworks themselves. That is why the question is extremely sensitive and relevant. In tandem with this issue, we must also ascertain the legal path on which one can make strides toward a European Foundation Statute. Possible bases put forth to date have been Article 95, or, alternately, Article 308 of the TEC. The choice between one precept or the other is relevant: first there is the procedural issue in that Article 308 requires unanimity, while Article 95 requires a qualified majority of the Council to draw up respective regulation. Second, summoning either one of the two provisions involves fundamentals that are quite different. There is a precise meaning to summoning up Article 95: it subsumes that the foundations can decisively contribute to perfecting the

internal market. The reasons for choosing Article 308 would be more wide-ranging and be related to the solidification of European citizenship and the way of legally viewing and dealing with the economic activities of a foundation that enables it to obtain the income to pursue its aims. With this second option, issues involving competition with profit-making companies that operate in the same economic spheres will come to the fore.

This matter has been widely discussed in the statute put out by the EFC and, *apropos* of this, we would like to mention that we have opted in favor of a text that allows for the intervention of Community law, by invoking Article 95 of the TEC. In any case, a solution was purposely chosen that is a compromise and that does not prevent the utilization of the wider spectrum covered by Article 308. Here we have simply been aiming to highlight the implications of choosing either one of the two precepts.

Now let us discuss, more specifically, the comparison between the major guidelines of the two draft statutes. At this time it is worth examining in more detail the differences regarding the application of the law that one finds in the European Foundation Centre Project and that of the Bertelsmann Foundation. The latter allows for free competition between the Community statute and the norms regarding foundation structure and function of each State; whether one or the other is to be applied depends on the free choice of the founder or founders. The regulation proposal of the European Foundation Centre requires, in defining a European Foundation, that the latter operate in at least two member-States, and thus does not allow foundations whose actions are confined to only one country to be eligible for the European Foundation status. Here an answer was given to the question of whether a foundation, taken to be a European Foundation by the concept as defined in the statute, is obligatorily subject to the European statute or if it can remain subject to the legal framework of the member-State where it is head-

quartered, thus ending up with freedom of choice. At this point, it should be stressed that in its definition of the European Foundation, the European Foundation Centre makes the decisive point the activity of the foundation and not the origin of its funds. From this project's standpoint, the origin of the funds does not reflect the inherent individuality of these institutions with disinterested aims.

We are aware that the freedom of choice in the Bertelsmann draft follows the route already trodden by Community directives with regard to companies. However, in my estimation, national legislations, especially if they relate tax benefits to either a national or European qualification, will be reluctant to follow a course parallel to that of Community regulation on profit-making entities. That is why it is so important to define the scope of the foundation statute precisely, by defining the concept of European Foundation.

Yet there is another, less radical route. One could admit that national foundations could obtain a type of Community public benefit declaration. This declaration would give them access to a set of rights based on Community norms that would derogate or act as an alternative to national law.

This possibility of dividing the European Foundation statute between Community law and national law may in fact have greater or lesser impact if we think in terms of registry and supervision issues. There could be solutions in which the foundation by nature is European, while the registry and supervision are of the national ilk. In the EFC project we were somewhat more ambitious by proposing that the Foundation be European with European registry and supervision. Thus, our inclination was to set up a Community-level commission that would aggregate registry and supervisory functions.

Registry does not involve the exercise of discretionary powers and does not warrant further discussion. With regard to



supervision, however, we admit that the commission could be given wide-ranging powers of enquiry and scope to propose provisional remedies and disciplinary sanctions. In any case, we have been careful in stressing that all the actions undertaken by this supervisory entity would be subject to court appeal (judicial or administrative courts). Here, an interesting question arises: if the appeal or action – regardless of which – is to be brought to the national or European courts. One naturally leans more toward the laws of the Community; a Community institution should entail the oversight of its acts by European courts. The truth of the matter is, though, that we have not adopted a clear position on this subject.

On the issue of public benefit, I think that there are no significant differences between the two projects I mentioned. Both detail that which, in principle, is considered of public benefit and room is left for adding items. In this respect, I believe we have been extremely flexible.

I would like to mention one last subject. It deals with the set of legal sources of the norms that go into governing European Foundations – it is the subject matter provided for by Article 8 of the EFC project. Even though the regulatory matter here is more ambitious than that of the Bertelsmann Foundation with regard to the same issue, we have sought only to regulate in a few fundamental areas. Here again we find ourselves confronted with either coordinating the norms of two frameworks or splitting the tasks between them, both with regard to the whole subject of a foundation as an institution, and the method of harmonization.

I will not dwell on the hierarchy of legal sources and their relationships, which may pose some delicate compatibility issues. Suffice it to say that we attempted to safeguard (how successfully, remains to be seen) the autonomy of the founder's wishes and subsequently limited the extent to which imperative provi-

sions were to be applied. In any case, it is a subject that needs to be examined in greater depth.

I will end as I began. At this critical juncture for the European Union, the idea of having European Foundations can, if it is carried out with caution and self-restraint, turn out to be extremely useful. Though its importance cannot be exaggerated, the European Foundation stands to reinforce Community solidarity and cohesion, since, with regard to volunteerism, support for scientific innovation and philanthropic activities, foundations can play a particularly significant role in strengthening the collective spirit of belonging to one Europe.

We are in the beginning stages of the process of creating European Foundations; the road still stretches out before us. If we manage to overcome the understandable doubts of national governments, and find balanced and reassuring solutions to the concerns of each State's tax authorities, we can rightly expect to receive not only the blessings of national legislatures, but their support as well, so that we can move forward from draft statutes to a Europe-wide regulation. It is, in any case, easier if the initiative and the enthusiasm trickle up from the member-States than if they trickled down from above. I myself believe that we are rendering a valuable service to these fundamental institutions of the third sector if we provide them with the opportunity to work more efficiently by achieving our European statute aims. The sphere of action of foundations operating in various European States will widen, bringing with it the elevation of human dignity and a better chance for people to realize their goals and potentials.

In a recent interview, European Commission President, Dr. Durão Barroso, gave us at least the hope of there being a pathway to follow. It may be more in line with the Bertelsmann project, or more in accordance with the EFC's proposal, or perhaps some form of compromise that the creative skills of those

studying the matter will bring to light. In any case, we can rest assured at this point that we are right in proceeding our productive search because it is almost certain to benefit foundations in streamlining their activities at the European level and easing the encumbrance of domestic bureaucracy.

## Perguntas e respostas

*Klaus Hopt* – Partilho, na íntegra, o seu ponto de vista sobre a necessidade de alguma prudência e comedimento na apresentação das nossas ideias. E também estou de acordo consigo no que respeita à flexibilidade. Neste contexto, gostaria de relatar uma experiência que tive no domínio do direito societário, relacionada com o artigo 9 e o regime da lei aplicável no estatuto do CEF. Lendo esse artigo, vê-se que o mesmo acompanha, de perto, o modelo da Sociedade Europeia. Veja-se a lei que prevalece: se for aprovado, o Estatuto da Fundação Europeia, em seguida os estatutos, os termos do acto de constituição (expressão que pode ser equívoca), depois a legislação interna e assim por diante. E o que se apura na Fundação Europeia é o alarme da medida: da marca “Sociedade Europeia.” Bem certo que esse facto é inescapável, mas uma parte significativa do regime contido nos estatutos da Sociedade Europeia não é da competência do direito europeu, mas dos direitos nacionais. Diversos aspectos se alicerçam em práticas internas. Em consequência, muitos afirmaram que não se trata verdadeiramente de uma sociedade europeia, antes de uma sociedade europeia alemã, ou francesa, ou portuguesa. Quando, daqui a alguns anos, houver, finalmente, a oportunidade de aprovar um regime semelhante no que à Fundação Europeia concerne, as pessoas terão de perceber que não se trata de uma fundação nacional com o nome Fundação “Europeia”. Esta é uma matéria que, mais tarde, teremos de debater.

Também realçou, do ponto de vista do CEF, a ideia do registo e da supervisão. Satisfez-me ouvi-lo dizer que, na hipótese de um registo e supervisão europeus, estes devem apresentar uma pequena dimensão. Isso é certamente importante. Do ponto de vista político, julgo que a criação de uma superestrutura jurídica despertaria o interesse do Parlamento Europeu. Ao invés, recor-

rendo à minha experiência acerca da harmonização do direito societário, e considerando a existência das autoridades nacionais, afirma-se a tendência para, no contexto de diferentes directivas, aquelas cooperarem. Elas encontram-se vinculadas, por instrumentos europeus, a essa cooperação pela partilha de informação, pela execução comum, pelas rondas de discussões, e pelo intercâmbio de funcionários. Assim, sob um outro prisma, sem uma agência europeia de títulos, estamos a movimentar-nos na mesma direcção. E isso poderia, também, constituir um modelo que aqui seguíssemos.

Desconheço que modelo a Comissão adoptará, porém, de acordo com a minha experiência em direito das sociedades, afigura-se do tipo ascendente e visando a cooperação. Apreciei, contudo, o ênfase que conferiu à impugnação judicial. A este respeito, existe uma importante diferença entre os dois modelos, porquanto se, no nosso projecto, é dada primazia aos tribunais nacionais, no vosso modelo de Fundação Europeia, é provável a competência primária do Tribunal Europeu de Primeira Instância.

*Pergunta – Gostaria de voltar ao último tema referido pelo Prof. Hopt, ou seja, a questão da relação entre a supervisão do Estado e a transparência e o governo das sociedades ou das fundações. Lendo ambos os projectos, Bertelsmann e CEF, não notei muitas diferenças entre os poderes conferidos à entidade supervisora. Existem mais alguns poderes no projecto do CEF, mas são, na essência, muito semelhantes. Afirmou, no entanto, na sua intervenção que a transparência e o bom governo das fundações propiciariam uma oportunidade adequada à superação da intervenção do Estado. Gostaria que se pronunciasse um pouco mais sobre o tema.*

*Klaus Hopt* – Tenho muito gosto em responder. Se atentarmos no projecto Bertelsmann, verificamos, sem dúvida, que mais texto é dedicado à matéria da administração. E isso corresponde à discussão da administração modelo – é claro que se trata da

discussão sobre a administração à luz do direito das sociedades, mas essa é a sede do tema do bom governo. Tentámos colher nesse domínio alguns conceitos, como o dever de prudência e o dever de lealdade, e contextualizá-los em certos esquemas de responsabilidade, designadamente, pela divisão da administração, facultando a opção de dispor entre uma administração monista ou dualista. Determinadas soluções podem ser menos tradicionais e mais originais, como o direito de intervenção do fundador (4.3), ou o direito de os beneficiários terem uma palavra no conflito. Isto é novidade; não existe no direito alemão, nem em qualquer outro direito. Embora de forma muito cautelosa, acolhe-se o direito de terceiros à denúncia perante a entidade do Estado com competência para o exercício da supervisão. Enfim, tentámos integrar estas disposições que emanam do governo das sociedades, salientando a auto-responsabilidade, mas também a prática de algum controlo sobre os órgãos de administração.

Entramos depois, de forma mais detalhada, nos aspectos relativos à prestação de contas e à transparência. Se examinarmos o artigo 5, vemos que dele consta alguma informação sobre a auditoria em geral, estando a prestação de contas anual de harmonia com os conceitos-chave das 4<sup>a</sup> e 7<sup>a</sup> directivas, nomeadamente, o conceito de imagem fiel. Este, é claro, provém do Reino Unido e foi exportado para outros países com um sentido bastante diverso e desvirtuado. A figura do auditor foi amplamente regulada. Na parte final do artigo 4.3, inserimos uma disposição segundo a qual o auditor deve informar por escrito, com prontidão, a entidade supervisora do Estado sobre qualquer irregularidade grave que apure – esta inclusão pode revelar-se polémica e desagradar a alguns auditores. A integração destes aspectos teve como fim compensar o que retirámos à supervisão tradicional do Estado.

Pergunta – *As questões que vou colocar podem ser um pouco básicas, mas gostaria de ouvir as opiniões dos dois oradores sobre*

*este assunto. Acerca do pressuposto a que o Dr. Rui Machete aludiu, da necessidade de actividade em, pelo menos, dois países da União Europeia, gostaria de perceber se essa actividade é, tão-só, o desenvolvimento de actividade noutra país da comunidade europeia ou se passa, de alguma forma, pelo estabelecimento. Relativamente ao Sr. Professor Hopt, gostaria de perceber quais são os requisitos de uma Fundação Europeia, ou seja, se há requisitos mínimos que devem ser preenchidos para que essa qualidade seja reconhecida.*

Rui Machete – O que nós pusemos no n.º 4 do artigo 1.º do Projecto, refere-se apenas a actividades. Não se exige, pois, que haja qualquer tipo de representação estruturada em termos organizatórios. É evidente, todavia, que o problema tem a sua razão de ser, porque “actividades”, no caso das fundações, é muito vago. São “actividades” bolsas de estudo atribuídas a um estudante de uma fundação portuguesa que depois vai estudar para Paris? Ou têm essas actividades que ter uma conexão mais íntima com o território de um outro Estado? A questão foi debatida e pareceu-nos que não poderia ser algo que só de uma maneira muito secundária tivesse a ver com o território do Estado, antes se relacionando com as actividades desenvolvidas pela própria fundação (quer dizer pela sua própria organização) num segundo Estado – contudo, isso não requer que haja uma delegação da fundação. Nós temos dois ou três casos completamente diferentes nesse capítulo: temos a Fundação Gulbenkian, que tem uma delegação em Paris e uma outra em Londres – com edifícios e estruturas próprias. De uma maneira menos estruturada, a Fundação Oriente também tem uma delegação em Goa, na Índia. E a Fundação Luso-Americana tem uma parte substancial das suas actividades realizada nos Estados Unidos. Não tem, porém, nenhuma delegação, nenhuma estrutura, nem sequer nenhum representante através dum contrato de mandato representativo.

Foi nosso propósito que essas actividades revelem algum grau de conexão com o território do Estado, que se destinem, fun-

damentalmente, a serem desenvolvidas nesse território. Exige-se, pois, uma conexão de tipo directa. No entanto, na verdade, nem sequer se estabeleceu uma lista, embora se admita que esse problema venha a merecer um esclarecimento mais aprofundado.

*Klaus Hopt* – A questão que me dirigiu referia-se à constituição da fundação e à existência de alguma restrição. Dou-vos, em primeiro lugar, uma resposta genérica. Trata-se aqui do direito europeu. Se for aprovado o Estatuto da Fundação Europeia, rege o Tratado da CE, e, em consequência, a liberdade de estabelecimento, a liberdade de circulação de capitais, e assim por diante, que, é claro, constituem direitos. Neste contexto, há o benefício de todos os direitos que os acompanham e, além dos direitos conferidos pelo Tratado, tem competência o Tribunal Europeu de Justiça – os direitos fundamentais. Temos, portanto, ambos: o Tratado e o Tribunal Europeu de Justiça. Esta é a resposta genérica.

Consideremos, agora, uma resposta mais específica. Se examinarem a nossa proposta de estatuto, verificam que procurámos ser muito liberais a respeito dos requisitos prévios, pois, em conformidade com o direito previsto no artigo 3.1, qualquer pessoa tem o direito de constituir uma Fundação Europeia, desde que observe certas normas relativas à forma e ao conteúdo. Somos muito liberais no que diz respeito à forma de constituição. Esta realiza-se por meio de escritura pública, declaração escrita, ou disposição testamentária. Evidentemente, é preciso registar, de modo a que tudo se revele claro para o público. No entanto, se a autoridade registal pública (que, em nosso entender, é nacional) declarar que o interessado não preencheu os requisitos, pode este recorrer aos tribunais. Todas as decisões da autoridade registal são susceptíveis de impugnação judicial. É evidente que se ficássemos por aí, abusos ocorreriam. O projecto prevê, pois, meios de controlo no artigo 7 – supervisão do Estado –, podendo o órgão competente para o exercício da



supervisão intervir ou devendo fazê-lo se ocorrer qualquer grave violação da lei. Logo, a intervenção normal do Estado dá-se numa segunda fase, não em momento inicial. Penso que este constitui um aspecto muito relevante, quer para os fundadores e doadores na Europa, quer para as pessoas que à Europa se desloquem. Evita-se a relação com o pessoal administrativo dos órgãos de supervisão, indivíduos que, segundo a minha experiência alemã, têm, por vezes, conforme o local onde se encontrem, uma percepção muito estreita dos assuntos.

A terceira resposta relaciona-se com a presença constante das autoridades fiscais. Elas existem em todo o lado. E, de certo modo, as autoridades fiscais são os verdadeiros órgãos supervisores.

Henrique Sousa Antunes – *Dirijo a minha pergunta ao Professor Hopt. Quando se referiu à aplicação das regras de corporate governance em matéria de fundações, disse que houve, da parte do Projecto da Fundação Europeia, uma visão liberal. Devo dizer que, sendo um tema que me interessa particularmente, foi com algum cepticismo que, acerca das consequências dessa motivação subjacente na eficiência da actividade das fundações, apreciei o reconhecimento dos direitos de intervenção do fundador, do doador, dos beneficiários, de terceiros, na articulação com a supervisão exercida pela entidade competente.*

*Enquanto membro da Comissão para os Assuntos Legais do Projecto do Centro Europeu de Fundações, posso referir que, na elaboração do texto, foi clara, em matéria de supervisão do Estado, a preocupação de enumerar os actos, designadamente de natureza sancionatória, que a entidade supervisora pode praticar. Analisando o texto do Projecto da Fundação Europeia, verifico a opção por uma cláusula geral.*

*Associando a esse facto as regras, que são relativamente elaboradas, sobre o conselho fiscal e as funções do auditor, parece-me que, do ponto de vista da filosofia geral do documento, há, no*

*Projecto da Fundação Europeia, uma preocupação com os stakeholders (partes interessadas) que pode, eventualmente, converter-se num factor de ineficiência da actividade das fundações. Pergunto se essa questão chegou a ser debatida quando o documento foi preparado?*

*Klaus Hopt* – Na Fundação Bertelsmann somos da opinião de que a nossa proposta é mais liberal e penso que foi isso que pretendeu dizer. No liberalismo está implícita a possibilidade de agir. No entanto, com a liberdade surgem os abusos. Não se pode ter tudo. Nós debatemos a posição dos *stakeholders*. Embora aqui não se verifique uma identidade com a noção de *stakeholder*, existe certa proximidade ao conceito. À semelhança do que antes afirmei, procurámos conferir algumas faculdades ao fundador, aos beneficiários e aos terceiros. É evidente que, no direito das sociedades, os accionistas exercem algum controlo. Nas fundações não existem accionistas, e não há mercados, pelo que restam os *stakeholders*. Esse constituiu o mote. A transferência destes conceitos deve-se, porventura, à minha formação no direito societário. No entanto, em certa medida, julgo que combinam. Em suma, é um ponto de partida.

No que concerne à supervisão do Estado ou de uma autoridade europeia – e o facto pode constituir, pelo menos de início, um obstáculo à nossa proposta –, há o risco de nos depararmos com entidades nacionais de supervisão extremamente restritivas, enquanto, havendo, somente, uma entidade europeia de supervisão, operada esta com um espírito aberto, o regime funciona. Porém, esse facto caracteriza, também, os direitos societários. Existem direitos societários mais modernos e direitos societários mais restritivos. Uma ideia que me é querida, e querida de muitos daqueles que debatem o direito das sociedades, começa a suscitar amplo interesse. É a ideia da concorrência. Se, em certo país, a supervisão do Estado se apura bastante restritiva, entravando o progresso, a Fundação Europeia elege Portugal, o

Reino Unido ou outro país para a sua instituição. Eis uma concorrência saudável entre as fundações nacionais e a Fundação Europeia. Esta constitui uma ideia nuclear. Não é infalível, mas também não é infalível a solução defendida no texto do CEF, pois esta depende do modo como a entidade europeia exerce a supervisão.

*Pergunta – O estatuto da Fundação Europeia pode ser adoptado por regulamento ou por directiva. O grupo de trabalho para os assuntos legais do Centro Europeu de Fundações optou pelo regulamento. No Projecto da Fundação Europeia prevê-se que, acerca da supervisão do Estado, a entidade competente pode tomar as medidas que entender necessárias à sanção da infracção. O Professor Hopt afirmou que as medidas concretas são variáveis, pois diferente pode ser a supervisão do Estado, de país para país. Ora, mesmo que se opte por uma directiva, é possível reconhecer ao Estado esse amplo poder sancionatório. Não deverá o assunto ser abordado com prudência, de modo a prevenir a comissão de abusos no exercício da supervisão?*

*Klaus Hopt* – Já tinha aludido a essa hipótese quando referi o artigo 7. Examinemos de novo o modelo de Sociedade Europeia. Trata-se de um estatuto e de um regulamento. Assim, como afirmou, deve ser aplicado – claro que deve ser. Há, no entanto, vários temas que se encontram à margem do estatuto. O mesmo sucede no caso do Estatuto da Fundação Europeia. Depois, claro, há que contar com a competência do direito nacional. Ocorre a intervenção das autoridades nacionais, mesmo havendo um registo europeu. A lei nacional intervém amplamente. É, pois, inevitável a ocorrência de atitudes diversas. Penso que é algo inescapável. Julgo que em teoria lhe assiste a razão: embora exista o documento europeu, que, assim, deve ser aplicado, é com frequência que a lei e a administração do país respectivo se intrometem. E tal acontece certamente em matéria fiscal.

*Hans Rainer Kuenzle* – Colaborei na primeira versão do Projecto Bertelsmann e penso que, quando redigimos as normas respeitantes à supervisão, sabíamos que a supervisão exercida pelo Estado, e mesmo regional, nem sempre se revela muito profissional. A situação seria muito diversa se reconhecessemos a competência de supervisão a uma autoridade europeia. Acrescentámos, depois, ao regulamento os auditores e pensámos (facto que constitui uma grande diferença entre os dois projectos) que as sociedades de auditoria são muito profissionais, permitindo-nos obter uma solução que é, pelo menos, comparável à supervisão exercida por uma autoridade central europeia. Devo dizer que, até há pouco tempo, trabalhei para um dos quatro grandes, não sendo, pois, plenamente imparcial acerca desta questão. Julgo, no entanto, que é muito relevante dispor dos serviços de auditores, constituindo a supervisão do Estado, apenas, um acréscimo.

Gostaria de regressar à pergunta que a senhora fez sobre o que deve ser uma Fundação Europeia. Posso dar-lhe um exemplo. Eu tinha um cliente que era uma fundação suíça com um fim internacional. O fundador sentia alguma pressão devido à sua situação fiscal e a fundação tinha que ser instituída no prazo de um mês. Era sabido que a fundação teria carácter internacional, mas desconhecia-se até que ponto seria internacional, ou europeia. Há, pois, hipóteses em que se afigura impossível, no início, apurar quão europeia ou internacional será a fundação. É, assim, muito útil beneficiar de um estatuto liberal ou de uma regulamentação liberal, que permite instituir uma fundação portuguesa ou alemã, ciente, porém, de que no futuro o alcance internacional prevalecerá sobre o âmbito nacional.

*Rui Machete* – Gostaria de, muito brevemente, abordar a questão da conversão. A ideia de permitir a conversão de fundação nacional em Fundação Europeia não levanta dificuldades, a não ser que o processo se torne demasiado burocrático. A ideia

da conversão é acolhida na nossa proposta, como creio que o é na vossa. É, pois, inteiramente possível.

*Volker Then* – Gostaria de aduzir uma observação, agradecendo a insistência neste equilíbrio da supervisão, previsto nos projectos. Pretendo, contudo, destacar a harmonia entre o direito de intervenção do *stakeholder*, por um lado, e o artigo 7 pelo outro, que, embora na penúltima frase confira à autoridade supervisora do Estado a competência relativa a quaisquer medidas que repute necessárias, duas frases antes, estatui: “pode intervir apurando-se uma violação significativa da lei ou dos estatutos”. Por conseguinte, existe um claro requisito a respeito do momento em que a autoridade estatal pode intervir. E a segunda parte da frase afirma: “...estando vedada, em qualquer outra hipótese, a faculdade de escrutinar as decisões discricionárias do conselho de administração”.

Congratulo-me com o facto de ter versado este tema, pois ele revela que o nosso propósito foi dotar o regime de uma solução que ponderasse, simultaneamente, a interpretação liberal que encoraja e permite a acção e a necessidade liberal de lidar com os abusos. Se, por um lado, reagimos aos abusos pela concessão de direitos de intervenção aos beneficiários, a terceiros e aos fundadores, por outro lado, restringimos a competência das autoridades estatais. A questão consiste em saber se a solução é o equilíbrio adequado. Esta foi, porém a resposta da equipa, definindo, pelo menos, estes dois critérios claros: a intervenção pressupõe a violação da lei ou a violação de normas estatutárias.

Gostaria, ainda, de fazer uma apreciação muito breve às anteriores observações do Dr. Machete sobre o requisito europeu, na concepção do CEF. Admito que houve um amplo debate no seio da equipa do projecto Bertelsmann a respeito da exigência do desenvolvimento de actividades em mais do que um Estado-membro. Apurámos, no entanto, dificuldades acerca de uma

Fundação Europeia, que, a trabalhar em prol da identidade e da coesão europeias (estou-lhe grato por essa referência no fim da sua declaração), claramente contribuindo para esses fins, não desenvolvesse actividades em diferentes países. Pensávamos em reputadas instituições europeias, de propósito cultural, educativo ou académico, que, sem dúvida, contribuem para a identidade europeia, considerando a verdadeira natureza do seu fim, mas não desenvolvem actividades em vários países. Trata-se dos grandes museus de arte das capitais europeias, ou universidades de prestígio, que estando usualmente sediados num só local, constituem, inequivocamente, um património fundamental da identidade e da cultura europeias. De que modo tratar essas fundações? A preocupação referida levou-nos a abandonar o requisito do exercício de actividades em vários países. Sentimos que o contributo para a identidade europeia e, de certo modo, o conceito de bem público, deve constituir o critério chave, em prejuízo do alcance das operações.

Pergunta – *Eu gostaria de pôr uma questão ao Dr. Rui Machete, em função da intervenção de há pouco sobre a real importância que as fundações poderão ter, depois desse encontro com o Presidente da Comissão Europeia, e o papel que poderão desempenhar neste momento em que estamos num período de crise europeia. Se a Europa nasceu, realmente, à base de uma política de Estados e, neste momento, existe uma crise devido à resposta negativa de muitos cidadãos às pretensões dos seus Estados, penso que as fundações podem ter uma palavra importante a dizer, pela sua isenção e a sua independência. Temos sentido, nas reuniões do Centro Europeu de Fundações, ao nível da assembleia-geral, que, paralelamente às fundações em si mesmas, e aos seus objectivos, há uma forte pressão sobre as organizações não governamentais. A minha pergunta reside em saber se há uma fronteira entre fundações e organizações não governamentais? Ou será que as próprias fundações, a caminho dessa europeização, poderão constituir parceiros*

*legítimos e serem cobertura de iniciativas de organizações não governamentais de outros países diferentes daqueles de origem ou sede das fundações?*

*Eu penso que as organizações não governamentais, por mais dinâmicas e necessárias que sejam – e são o espelho da sociedade real – encontraram no mundo fundacional uma ponte para realizar aquilo que por si só elas não têm meios para fazer. Portanto, não sei se há fronteiras a definir ou, se pelo contrário, devemos procurar essas bases de cidadania com as fundações a cobrirem tais dinâmicas.*

Rui Machete – É evidente que o estatuto de uma Fundação Europeia ou as leis nacionais sobre as fundações são também uma opção política. Quando se define uma fundação também se define o que não é uma fundação. As fundações têm tido sempre, pelo menos na tradição do *civil law* (e suponho que o mesmo acontece no direito anglo-saxónico, embora aí mais influenciado por considerações de ordem fiscal), uma grande preocupação de manterem a sua qualidade de *universitas rerum*. Quer dizer, nem tudo o que é não governamental, e que resulta do direito de associação, é necessariamente uma fundação. E penso que isso é útil porque o instrumento da fundação é um instrumento suficientemente importante para não ser diluído num conceito vago.

Isto não significa, em primeiro lugar, que não haja possibilidades de cooperação entre fundações e organizações que não são fundações e, em segundo lugar, que as fundações não possam ajudar. No nosso país, temos o exemplo da Fundação Gulbenkian, que foi, no princípio e durante muitos anos, o arquétipo. Não foi a primeira fundação portuguesa, mas foi o arquétipo das fundações portuguesas e ajudou, até do ponto de vista político com grande habilidade, muitas organizações da sociedade civil, que, porventura, eram dissonantes em relação ao sentimento dominante do Estado Novo.

Mas acho que é extremamente importante que se mantenha um critério claro sobre o que são fundações e o que não são fundações, sob pena de nos perdermos. É claro que há problemas complicados. A nós surgiram-nos duas questões. Uma já foi aqui aflorada pelo Prof. Hopt, que é a de saber em que termos o instituidor, ou o fundador, pode, de algum modo, beneficiar das actividades da fundação. De resto, na comissão que foi nomeada pelo governo socialista anterior, este problema foi discutido e houve algumas tentativas de abertura.

A outra questão, que é ressuscitada designadamente pelas fundações bancárias italianas, é a de haver entidades que não são propriamente sócios, mas que pertencem (no caso daquelas fundações, algumas delas pertencem) ou querem pertencer à estrutura organizatória das fundações. Ou seja, fazem parte de um órgão com competências próprias dentro da organização da fundação, e portanto, não correspondem àquela estrutura pura de uma clara separação entre associações e fundações. Tudo isto é para revelar (e o estudo de direito comparado que fizemos evidenciou isso claramente) que há uma multiplicidade de formas impuras nos diversos países europeus.

Por último, gostaria de dizer que, na última assembleia do CEF, houve uma declaração que me pareceu feliz a propósito da crise europeia e que significou uma certa viragem quanto à sensibilidade política das fundações. Houve uma manifestação de preocupação a propósito da crise europeia, que é, simultaneamente, a afirmação da sociedade civil, ali corporizada pelas fundações, e de confiança e estímulo quanto à construção europeia. Mas voltando ao princípio, eu penso que a existência de um estatuto claro das fundações não inibe, pelo contrário, reforça a sua possibilidade de cooperação com outros tipos de organizações da sociedade civil.

Pergunta – *Chamo-me Graham Dawes, de Londres. Sou contabilista e o meu interesse reside nas questões relativas à prestação de contas e à supervisão com o propósito de uma gestão eficiente*



*da fundação mediante a auto-regulação. De acordo com a prática inglesa, a Charity Commission, como entidade reguladora, recebe inúmeras queixas e sugestões provenientes de todo o género de pessoas acerca da gestão imprópria de determinada instituição de caridade. De acordo com a sua experiência, quase todas estas queixas se revelam infundadas. Assim, a Comissão recusa-se a agir. Penso, pois, que isto elimina o risco de qualquer stakeholder, que intervenha junto das autoridades, submeter a fundação a inspecção, evitando, pois, perigar a eficiência das actividades da fundação. Compete à entidade reguladora apreciar, em juízo relativo, as questões que lhe são apresentadas e cingir-se àquelas que são do interesse público. Quando a dimensão da questão não justifica a utilização de fundos públicos, a entidade reguladora dirá “desculpem, mas não podemos prosseguir com a vossa queixa”. E isto serve de escudo. No nosso país, esta abordagem constitui uma protecção eficaz, pois as instituições de caridade, embora, em geral, muito ciosas das suas capacidades de auto-regulação, submetem-se à entidade reguladora, a Charity Commission. Subsiste, porém, a dúvida se o regime é compreensivo, pois, em muitos fins de caridade, não é possível identificar um beneficiário. Esta questão merece, porventura, análise.*

Rui Machete – Gostaria de acrescentar algo ao seu comentário – as fronteiras entre a regulação (que a autoridade pratica) e a supervisão das fundações pode ser muito estreita. Em Portugal, as “instituições particulares de solidariedade social” ilustram um perigo eventual. O grupo que as compõe, que inclui fundações e associações (não se limita, pois, às fundações), submete-se a regulamentação especial. E aqui a intervenção do Estado é bastante significativa. Existem duas razões para tanto. Uma funda-se na isenção fiscal de que beneficiam; a outra – que é muito mais relevante –, respeita aos objectivos da organização. Na verdade, muitas destas instituições não sobreviveriam se o Estado, além das isenções fiscais, não lhes concedesse outros benefícios. As regras são, assim, muito burocráticas. O perigo

de esta burocracia se estender às fundações é enorme. Seria, pois, interessante investigar sobre o sentido da supervisão, considerando os *stakeholders*, e o conceito de regulação.

Penso que um aspecto em falta nos dois projectos concerne o tratamento pormenorizado da questão fiscal: o sistema fiscal e as isenções fiscais. Constitui uma das razões desse facto a proibição dos tratados comunitários. É, no entanto, um ponto-chave. E se considerarmos a história das fundações nos Estados Unidos, apuramos como o assunto se revela importante na compreensão das relações com o governo. Realizámos ínfima pesquisa sobre esta matéria e, infelizmente, julgo que a maioria dos juristas que dedicam a sua atenção às fundações não são peritos em direito fiscal, nem revelam especial preocupação com a lei fiscal, excepto no que a eles diz respeito como indivíduos.

Uma outra questão que gostaria de suscitar respeita ao estatuto das fundações constituídas por iniciativa pública, problema relevante para cada nação-estado. Por um lado, se o Estado pretende criar uma fundação, deve submeter-se a certas regras, em particular acerca da autonomia da gestão, da independência da fundação relativamente ao Estado – e não misturar as coisas, constituindo uma espécie de Administração Pública sujeita ao direito privado. Por outro lado, entendo que não pode ser vedada ao Estado a faculdade de instituir fundações. Revelar-se-ia uma limitação, não só inaceitável, como injusta. O conceito de Fundação Europeia poderia servir de modelo.

Pergunta – *Se a autoridade supervisora do Estado interviesse, poderia a fundação dizer, “desculpem, mas não vamos cooperar, porque não têm o direito de intervir nas decisões discricionárias da administração”?*

Klaus Hopt – Essa é uma pergunta bem fundada, à qual respondo de dois modos. Há que distinguir a parte substantiva da parte processual da sua questão. Acerca da parte substantiva, o artigo 7 explicita, com clareza, que o órgão supervisor deve

intervir verificando-se uma violação da lei ou dos estatutos e não pode fazê-lo a respeito de decisões discricionárias da administração. É uma evidente questão de competências. No que concerne às decisões discricionárias da administração, o verdadeiro problema respeita à apreciação da existência dessa liberdade de julgamento. Em geral, pode afirmar-se que o conceito de decisões discricionárias tem implícita tal liberdade. Bem certo que as decisões em apreço estão limitadas pelo escopo da Fundação Europeia, pois se um administrador o ultrapassa, excede o seu poder discricionário. No entanto, acerca da sua forma de actuação, deve dispor de discricionariedade ou de liberdade de gestão. Nesse âmbito, o Estado não pode intervir, e, mesmo que a lei lhes reconheça faculdades, os fundadores, os beneficiários ou os terceiros nada podem fazer.

Temos, ainda, a questão da resposta fundamentada ou do relatório. Partimos da ideia de que as sociedades têm accionistas com o direito de intervir, prosseguindo um certo modelo de governo das sociedades. Também partimos da ideia de que, pelo menos segundo a nossa experiência, existem entidades com competência para o exercício da supervisão amplamente inactivas. Talvez esse facto ocorra devido à falta de funcionários, ou em razão da natureza antiquada ou demasiado conservadora da entidade, ou, por vezes, em virtude de motivações políticas. Precisam, por isso, de alguém que as instigue. Eis o fundamento subjacente aos artigos 4.3 a 4.5.

Criámos, pois, diferentes patamares. O fundador, porque é do seu interesse, deve ter, de facto, o direito de intervir, cabendo à entidade do Estado, responsável pela supervisão, responder. O fundamento desta solução, bem como a ideia dos 60 dias, provém da legislação *antitrust*. Aí, também, as autoridades com competência *antitrust*, não actuavam. Em conformidade, declararam as novas leis *antitrust*: a autoridade estatal deve responder no prazo de 60 dias.

A respeito dos beneficiários (4.4 e 4.5), apurando-se um interesse legítimo, é-lhes reconhecido o direito a uma verdadeira resposta. Se é alguém em geral que pretende intervir, compete inteiramente ao Estado responder. Em teoria, julgo que esta constitui uma distinção adequada. É evidente que isto suscita a questão do conceito de interesse legítimo. Ora, a autoridade estatal poderá afirmar (e com fundamento), “você não tem um interesse legítimo.” Nesse caso, caberia no artigo 4.5, isentando a autoridade do dever de responder. Se esta é a resposta genérica, é depois necessário apurar, na prática, se o regime funciona ou não. Em geral, no entanto, penso revelar-se uma abordagem bastante inovadora, acolhida de outros ramos do direito, e, de certo modo, confere um “impulso” à Administração do Estado, que é, por vezes, lenta.

*Pergunta – Gostaria de voltar ao tema das fundações criadas pelo Estado. Penso que se revelaria vantajoso para o Estatuto da Fundação Europeia conhecer, de algum modo, as outras experiências na Europa sobre o modo como as fundações se articulam com o Estado.*

*Afirmou que, se o Estado pretender criar uma fundação no sector privado, tem de respeitar as regras aplicáveis. Portugal é disso um bom exemplo, pois, basicamente, todas as fundações públicas são criadas pelo Estado, e não constituem, na realidade, fundações, mas sim institutos públicos. Infelizmente, existem já alguns exemplos problemáticos de fundações criadas em Portugal ao abrigo de normas privadas. Julgo, porém, que muito há a aprender com os exemplos espanhol e britânico e penso existir mesmo uma solução para o problema, que consiste em aprender com o exemplo das PPP (parcerias público-privadas).*

*Sou particularmente sensível a este assunto, porque, em geral, estudo o problema do ponto de vista do Estado, que é responsável por zelar pelo dinheiro dos contribuintes. Colocando-se dinheiro nas fundações, dinheiro que pertence aos contribuintes, é preciso*

*precavermo-nos contra as queixas dos contribuintes. Assim, penso que a solução consistiria em contratar aquilo que o Estado antes só podia legislar. Acolhida a fundação no âmbito do sector privado, nada poderá impor aos seus parceiros privados, pelo que a solução reside, provavelmente, em transplantar para os contratos os mesmos deveres, protecções e garantias que a lei consagra, o que já acontece no caso das parcerias entre o sector público e o sector privado. Os hospitais em Espanha, alguns dos quais são fundações geridas por parcerias público-privadas, constituem um bom exemplo. O Reino Unido é outro bom exemplo, embora com uma ligeira diferença, pois são instituições de caridade.*

*Klaus Hopt* – Um comentário breve. A ideia de obrigar o Estado, se este acolher ao sector privado, a obedecer às normas desse sector não constitui uma ideia nova, criada por nós. É um conceito que vem sendo desenvolvido na legislação *antitrust* alemã e de outros países. Inicialmente, pensou o Estado: “Bem, posso colocar as minhas entidades no mercado livre, mas benefício de tratamento especial no âmbito da legislação *antitrust*”. Pouco a pouco, a doutrina e as decisões dos tribunais têm-se pronunciado em sentido contrário. Uma vez que se encontra neste outro sector, joga o mesmo jogo. O mesmo se aplica à concorrência desleal. Recordo, ainda, a mesma ideia na decisão do Tribunal de Justiça Europeu, que também afectou o vosso país.

Outro aspecto que reputo interessante consiste no facto de que, se o Estado se deslocar para o sector privado, comparando os deveres que lhe competem como Estado e as obrigações do contrato, verifica-se que, em certos aspectos, as normas do direito privado, pelo menos no que se refere ao direito das sociedades, são mais estritas. Se considerarmos a Alemanha e o modo de alguns legisladores lidarem com o dinheiro público, a situação é revoltante. Se fossem membros de uma administração, haveria responsabilidade civil. A aplicação destes conceitos ao Estado revelar-se-ia bastante útil.

Pergunta — *Eu queria colocar uma questão ao Dr. Rui Machete. Prende-se com o processo de constituição, designadamente as hipóteses de recusa do registo. Refiro-me concretamente ao nº 6 do artigo 6º. Consagra-se uma formulação muito restritiva. Há uma indicação taxativa de causas para essa recusa, que se prendem com a violação da legalidade. Estando a forma jurídica da fundação sujeita a certos requisitos, quem controla a verificação, em concreto, desses requisitos? Pode não haver uma ilegalidade no sentido da violação de qualquer dos itens indicados no n.º 6, mas pode, por exemplo, não ser possível prosseguir aqueles fins com a forma jurídica da fundação. Isso, entre nós, é resolvido de uma forma completamente distinta. Percebo a colocação ideológica no sentido amplo dessa norma, mas não sei, na prática, se não se justificam alguns ajustamentos.*

*A própria dotação inicial, se for, por exemplo, uma contribuição anual em valor inferior ao que a proposta indica permite questionar o preenchimento desse requisito; para não falar no tema que levanta mais dificuldades e que é a percepção do interesse público. Há aqui uma enumeração — tenho dúvidas sobre a sua taxatividade —, mas não sei se tem de haver a determinação prévia de um fim que seja um fim possível para fins fundacionais. Isto leva-me à seguinte questão: partindo este projecto dos próprios destinatários (e não tenho a intenção de ser provocatório), provavelmente não terá havido a preocupação, comum na legislação europeia, de compromisso com as tradições nacionais. Isso nota-se claramente em quase todas as directivas. Sendo este um projecto de Regulamento com a força jurídico-vinculativa que tem um Regulamento, pergunto se terá alguma viabilidade de consagração no plano europeu?*

*Há tradições nacionais nesta matéria que são ainda mais estadualistas do que a nossa. Estou a pensar no caso francês. Não sei até que ponto soluções deste tipo têm viabilidade. A questão concreta que eu levanto enquadra-se numa problemática mais profunda e tem a ver com as finalidades deste trabalho. Isto, com certeza, não*

*pretende ser apenas um trabalho meramente académico, sendo a expressão dos desejos dos agentes fundacionais. Existe, em consequência, um problema de compatibilidade com sistemas que estão a ser praticados em certos países.*

Rui Machete— É evidente que tem razão quando diz que há aqui um problema. E é verdade que esta proposta nasce de representantes de fundações. E, apesar de pretender ser uma proposta para ser aceite, não vestimos a pele, obviamente, dos órgãos comunitários. Em primeiro lugar, isto resultou significativamente de um estudo de direito comparado. O caso francês, provavelmente, é o caso mais estatizante na Europa, pelo menos antes do alargamento. Inclusivamente, a própria *Fondation de France* tem uma estrutura singular. Acoberta um número muito grande de fundações que, noutros ordenamentos jurídicos, teriam alguma dificuldade em receber o mesmo tratamento. Mas apesar de tudo, penso que o ordenamento francês está a evoluir, porventura, devido ao seu contacto com outros ordenamentos europeus.

Houve aqui, no entanto, a preocupação de evitar que a entidade registadora tivesse uma competência discricionária muito alargada. Se o reconhecimento da fundação e da personalidade jurídica é basicamente normativo, ao tentarmos reduzir ao máximo a interferência da entidade administrativa (mesmo sob a capa de registo ou de reconhecimento constitutivo, porque, na prática, a recusa do registo revela que há, de qualquer modo, no procedimento, uma intervenção constitutiva), é preciso retirar-lhe, na medida do possível, a discricionariedade. Pensou-se, pois, que a competência deveria reduzir-se àqueles casos relativamente indiscutíveis onde, simultaneamente, fosse fácil detectar a desconformidade com a lei e, por outro lado, negativo permitir que houvesse uma anulação posterior do registo. A alternativa é dar poderes de controlo de tal modo amplos à autoridade de registo que aumentam os riscos de discricionarie-

dade. Convém referir que as fundações consubstanciam o exercício do direito fundamental de associação.

Por outro lado, há o sistema normal. No caso do direito interno, compete ao Ministério Público suscitar a ilegalidade e a ofensa da lei. Nós temos um Ministério Público com amplos poderes nesse capítulo.

*Emmanuelle Faure* – Merecem-me alguns comentários diferentes questões que foram aqui levantadas. Gostaria de explicar qual foi a abordagem do CEF e as razões porque a adoptámos. Uma das nossas primeiras preocupações, logo no início do trabalho, e após examinarmos as disposições internas vigentes para as fundações, foi reflectir sobre aquilo de que estas necessitavam, aquilo que, de momento, elas não conseguem fazer nos ordenamentos nacionais existentes. Isto justifica, em parte, a escolha da dimensão europeia e a previsão destes elementos transfronteiriços. Achamos que algumas fundações estão a desenvolver um trabalho relevante no âmbito de vigência da lei nacional, embora esse trabalho possa revestir-se de algum interesse ou identidade de carácter europeu. Destinava-se, porém, a conferir faculdades adicionais àqueles que pretendem desenvolver a sua actividade em diferentes Estados-membros.

No que diz respeito ao registo e à supervisão, também considerámos o que existia e, tal como Volker Then afirmou, o domínio das fundações, considerando as disposições jurídicas aplicáveis, é, provavelmente, o menos harmonizado. E nós pretendemos francamente que assim se mantenha. Penso que o panorama da diversidade de enquadramentos jurídicos nacionais relativos às sociedades e às cooperativas, que constituem algumas das entidades jurídicas para as quais existem estatutos europeus, é menos abrangente do que o das fundações. Assim, não nos seria oferecida a opção de afirmar, “vamos tentar fazer pressão no sentido da harmonização interna, concebendo estes estatutos europeus como uma base mínima comum, destinada a remeter



tudo, de novo, para o plano nacional, incluindo o registo e a supervisão”.

Quanto a estes dois últimos aspectos, verificámos, em resultado da análise dos direitos dos Estados-membros, que os organismos por aqueles responsáveis, ou as formas em que o registo e a supervisão se processam, são extremamente diferentes. Um organismo como a *Charity Commission* é único na Europa.

Gostaria também de dizer uma última palavra sobre o futuro. Temos de ser muito pragmáticos. De momento, existem duas propostas, cada uma delas com uma lógica própria. No entanto, iniciado o debate na Comissão Europeia, a discussão não consistirá nesta ou naquela proposta. A discussão do Estatuto Europeu para as Associações teve início em 1992 e, examinando as diferentes versões, apuramos que o texto inicial diverge, substancialmente, daquele que hoje têm. Não penso que o resultado final venha a corresponder à versão do CEF ou à versão da Fundação Bertelsmann, as quais, em muitos aspectos, partilham os mesmos objectivos.

*Volker Then* – Gostaria de pronunciar-me acerca de três aspectos relativos às intervenções anteriores. Em primeiro lugar, o debate a respeito da harmonização e da probabilidade de sucesso na concepção da Fundação Europeia. Estou a dirigir-me, especificamente, ao auditor que mostrou cepticismo na articulação deste desenvolvimento com os países da Europa onde é maior o intervencionismo do Estado.

Seguindo um raciocínio de índole política, o início do diálogo sobre o tema da Fundação Europeia testemunhou duas linhas básicas de evolução: ou uma orientação que a Comissão Europeia prosseguiria em conformidade com a harmonização em sentido estrito, implicando a previsão de normas, com carácter vinculativo, para todas as fundações, incluindo as fundações nacionais. A opção seria inviável, considerando a enorme diversidade de regras jurídicas existentes neste campo (e não me estou

a referir a nenhum assunto específico das normas de harmonização). Ainda, em função das decisões tomadas sobre os temas em concreto, afectaria países diferentes; no entanto, qualquer harmonização reduziria forçosamente o leque de opções actuais, leque que reflecte a riqueza das tradições culturais na Europa.

A outra linha de raciocínio consiste em permitir que esta riqueza continue, e, num nível diferente, visando, especificamente, o bem público europeu, prever uma nova escolha. É isto que se debate. Trata-se de sermos capazes de persuadir os governos dos Estados-membros a aceitar a opção adicional, incluindo o seu conceito de abertura a uma certa concorrência. É certamente preferível à harmonização dos direitos nacionais.

Considerando, agora, uma questão diferente, gostaria de regressar à relação entre o Estado e as fundações, bem como à utilização, pelo Estado, do direito civil para os seus próprios fins. Na verdade, o tema remonta a um conflito muito básico, inerente a qualquer iniciativa deste tipo, relativo à velha tradição liberal do dever fiduciário de cuidar do dinheiro de outrem. Há, a este respeito, dois sistemas conflituantes, pois, é claro, a democracia parlamentar tem um dever fiduciário a respeito do dinheiro dos contribuintes, aplicando-se o mecanismo do controlo orçamental exercido pelo Parlamento, enquanto numa fundação o controlo fiduciário é actuado por um conselho de administração, agindo de acordo com um fim e uma carta. A utilização do conceito de fundação segundo o direito civil pressupõe uma decisão clara a respeito da transição de um conceito de dever fiduciário relativamente ao dinheiro de outrem para outro, ou a criação de um conceito híbrido. A criação de um modelo híbrido envolve aspectos muito delicados. Dizendo híbrido, refiro-me a fundações criadas pelo Estado ou por agências do governo que, embora revestindo a forma do direito civil, não beneficiam de financiamento privado, e às diferenças relativas ao bom governo, aos meios de financiamento, à organiza-

ção e ao fim. E isto pode ocorrer de várias maneiras. Analisámos este tema a respeito das fundações alemãs constituídas pelo Estado federal, pelo governo local ou pelo governo do estado federado, e apurámos que a solução principal consiste em manter a coerência da estrutura de governo, do fim da organização e da estrutura de financiamento. Se a administração é controlada pelo Estado, e o financiamento é privado, situando-se o escopo a meio caminho, a organização está votada ao fracasso. Enquanto o Estado continuar a providenciar, digamos, 90% do financiamento, a estrutura de governo da fundação deve certamente reflectir os deveres fiduciários relativos ao controlo democrático do orçamento.

*Rui Machete* – Penso que tem razão, embora a respeito de fundações constituídas pelo Estado, haja a considerar dois aspectos. Quando o Estado recorre ao direito civil, é consensual que alguns princípios do direito público são aplicáveis. Isso acontece com os direitos fundamentais, alguns princípios fundamentais que estão consagrados na Constituição, e assim por diante. Não parece que à aplicação destas regras escape a fundação constituída pelo Estado.

É ainda relevante a prevenção do recurso ao instrumento da fundação pelo Estado sem observância dos princípios que orientam a sua constituição: por exemplo, a exigência de uma dotação que se apure proporcional aos objectivos da fundação. De outro modo, a fundação é dependente, dependente de uma permissão para agir, da atribuição de financiamento que permanece vinculada à decisão de um Ministro. Essa dependência constitui uma fraude. Não é uma fraude no sentido penal, mas é, de qualquer modo, uma utilização abusiva. Por conseguinte, como o Prof. Hopt afirmou, o Estado deve aceitar as leis – as regras do jogo – e actuar em conformidade com essas regras. Deste modo, exclui-se a interferência. Não tendo a certeza de que o contrato resolvesse todos os problemas, poderia, no

entanto, revelar-se útil. No passado, a respeito do direito administrativo francês, o chamado contrato como um programa destinado a empresas públicas demonstrou, uma vez, a sua utilidade, e, noutras, a sua inutilidade.

Há um outro aspecto que é também importante. A principal razão que confere ao Estado o direito de intervir nas fundações, não como legislador, mas como supervisor, funda-se no juízo de que, até certo ponto, quando o Estado concede isenções fiscais coopera com a fundação – não está a retirar dinheiro à fundação. Esta é, normalmente, a justificação que o Estado utiliza para interferir na actividade das fundações. Na história das fundações americanas, este constituiu o argumento principal para submeter as fundações à fiscalização e à intervenção do Congresso, em regra, no plano legislativo. Este assunto necessita, também, de uma definição inequívoca. É preciso ter uma noção clara sobre as opções de que o legislador dispõe para a prevenção de surpresas. Por outras palavras, após o Estado ter legislado, submete-se às leis criadas.

*Kaus Hopt* – Gostaria de oferecer alguns dos meus pontos de vista pessoais sobre o futuro destes temas na Europa. O que ficou claro é que a Comissão tem de conferir um mandato para a realização do estudo. É em 2006 e não há dúvida de que será efectuado. Muito dependerá do resultado desse estudo. Desconhece-se quem obterá esse mandato; se assumirá, sobretudo, a forma de um estudo económico, ou se será, essencialmente, um estudo de direito comparado. Deverá, em qualquer caso, revestir a forma de um estudo independente.

Realizado o estudo, à Comissão Europeia assiste plena liberdade de decisão sobre o destino a dar-lhe, ao abrigo do Plano de Acção. E mesmo que o estudo afirme a utilidade da Fundação Europeia, tanto do ponto de vista económico como jurídico, a elaboração do estatuto dependerá, ainda assim, do apoio público para prosseguir. Isso ocorreu com o trabalho do Grupo

de Alto Nível. Somente convencer os meus colegas a agir, a pôr as coisas por escrito, não teria sido suficiente. Assim, obtivemos o apoio do público. O Sr. Then veio a Bruxelas argumentar no sentido proposto. Outras pessoas, da Alemanha e demais países, declararam, “precisamos disto.” E ao fazê-lo, ficámos numa posição melhor para convencer, não apenas o nosso Grupo, mas também a Comissão, a aceitar o que aquele produzira.

Eis algo a ponderar. Na altura própria, há que coordenar esforços. São relevantes instrumentos o Centro Europeu de Fundações e os contactos que promove com o Sr. Barroso, mas este constitui, somente, um grupo de pressão. Compete, ainda, aos Estados-membros, provavelmente através dos seus ministros e dos seus políticos, agir. De outro modo, não resulta.

Se o estatuto for aprovado, é central a decisão sobre a adopção de uma abordagem mais liberal ou, então, mais conservadora. Julgando segundo a minha experiência, baseada noutras áreas do direito, será preferida a óptica mais liberal. A questão seguinte respeita à opção entre a previsão de uma superestrutura administrativa europeia ou de uma estrutura menor. Também aqui, a minha experiência, adquirida noutros domínios, indica a preferência pela escala menor, em virtude da resistência dos Estados-membros. Na verdade, estes perdem atribuições, e esse constitui um efeito que pretendem evitar. Isto é, somente, um prognóstico político.

Entre as decisões relevantes, constitui a última, caso entendam agir, a eleição entre a adopção de um estatuto ou algo menor. Posso dizer-vos que, à luz dos debates com os responsáveis pelo desenvolvimento deste projecto, a elaboração de um estatuto constitui uma tarefa de grande complexidade. Considerem o exemplo da empresa privada europeia, uma espécie de *GmbH* – uma espécie de sociedade de responsabilidade limitada. Já existe, para esse efeito, um modelo na mesa. Foi um modelo desenvolvido pela Universidade de Heidelberg, em conjunto

com o Grupo de Estudos da Câmara de Comércio em França. Mesmo assim, segundo os funcionários da Direcção Geral do Mercado Interno, “é preciso tanto trabalho para o desenvolvimento desta ideia que ela não constitui a nossa prioridade máxima”. Estão muito ocupados a respeito do Plano de Acção e têm de economizar esforços. Nessa altura, será, pois, necessário convencê-los a intervir, ajudando-os com o apoio público e, porventura, com outras formas de cooperação.

Pergunta — *Gostaria de me pronunciar sobre um tema que foi, antes, suscitado. Em virtude dos debates muito intensos que protagonizámos acerca deste documento para a Fundação Europeia, cobrimos um amplo número de assuntos. Um deles diz respeito ao papel chave do auditor. A supervisão da fundação, segundo esta óptica, depende do profissionalismo do auditor, da sua credibilidade pública, e da sua idoneidade. Isso significa que eles próprios devem ser regulados com eficácia. Ora, esse sistema de regulação já existe. Tenho dúvidas, porém, a respeito da sua verdadeira dimensão europeia. Aquele sistema deveria, certamente, vigorar em toda a Europa. No entanto, esse pressuposto é, ainda, essencial à competência da autoridade de supervisão nacional, que, em tal contexto, inevitavelmente questiona em primeiro lugar o auditor, perguntando-lhe, “o que tem a dizer? Tem o dever de nos informar sobre a existência de irregularidades. Cumpriu a sua obrigação?”. Assim, a solução confere também protecção a ambas as partes.*

O outro assunto que gostaria de comentar respeita à aprovação, na Escócia, do projecto da nova lei sobre as instituições de caridade. Houve um amplo debate público sobre certas instituições submetidas ao controlo do Estado. Ao abrigo do projecto de lei sobre as instituições de caridade, tornou-se claro que algumas delas, nomeadamente, museus e galerias, e organizações afins, não poderiam estar sujeitas ao controlo do Estado e incluídas no âmbito de competência desta nova lei. O projecto foi, posteriormente, alterado, prevendo que o envolvimento do Estado numa instituição de cari-

*dade não exceda um terço do conselho de administração. Foram, no entanto, acrescentados certos poderes. O Estado pode intervir em casos especiais de modo a alterar as normas quando tal se revele de interesse nacional.*

*É, pois, visível a óptica liberal que pretende satisfazer todos os interessados, evitando a previsão de uma autoridade com competência compreensiva. O regime tem de ser adaptado a cada situação individual. No entanto, na lei inglesa constitui regra de ouro a independência das instituições de caridade do Estado a respeito da sua administração. Penso que esse aspecto é claro neste projecto, devendo funcionar em toda a Europa.*

*Klaus Hopt* – Deixe-me que aproveite uma sua afirmação e expresse o meu apreço pelo seu contributo a respeito dos auditores. O que de bom a previsão do artigo 5.3 e de tão ampla regulação daqueles encerra é a possibilidade de incorporar todos os desenvolvimentos recentes relativos à profissão de auditor. Encontramos, aqui, todo o debate sobre a independência, assunto que tem estimulado o desenvolvimento da questão. Embora controverso, inclui-se o tema da responsabilidade de terceiros. E, depois, a questão do profissionalismo – o profissionalismo de todos aqueles que estão envolvidos na área, um aspecto que os acontecimentos na Enron colocaram em evidência. Desse modo, embora o artigo 5.3 pareça, à primeira vista, bastante inócuo, integra muitos aspectos de grande utilidade.

*Pergunta* – *Dirijo esta pergunta ao Prof. Hopt sobre o governo das sociedades, tema que ele muito salienta. A questão respeita ao projecto da Fundação Bertelsmann, que suscita a minha aprovação. Por ocasião da minha qualidade de jurado para a atribuição de um prémio a jornalistas da área financeira, li, recentemente, um artigo segundo o qual, na Suíça, não há estatísticas que atestem o superior desempenho das sociedades que conformam a sua conduta a normas estritas sobre o governo das sociedades em relação àquelas que as não observam. Fiquei chocado. Gostaria, pois, de perguntar*

*se conhece estudos que provem que o cumprimento das normas de governo das sociedades tem razão de ser.*

*Klaus Hopt* – Essa é uma questão etérea. Poderia afirmar que, sendo advogado, não posso tratar dessas coisas. Na principal revista de direito alemã, foi publicado um artigo por economistas que efectuaram um estudo comparativo acerca dos resultados do cumprimento e do incumprimento do Código alemão sobre o Governo das Sociedades. O que eles apuraram é que a alternativa se revela praticamente indiferente. A teoria económica tradicional é unânime em afirmar que essa constitui uma questão relevante e que é perigoso considerar somente o estudo económico realizado na Alemanha. É necessário recorrer a um mercado mais experiente, de que é exemplo o mercado americano, relativamente a sociedades, não fundações, a fim de apurar os resultados. Eles dispõem de uma enorme diversidade de estudos, e, como sempre, em economia, essa circunstância é muito reconfortante. Passa-se o mesmo no direito; existem diferentes pontos de vista. No entanto, existem factos que atestam a sua importância.

Num plano mais elevado, os estudos de La Porta relacionam-se indirectamente com a sua pergunta. Os estudos de La Porta, de Boston, afirmam que existe um elo entre o desempenho financeiro de uma sociedade e a regulamentação – em particular, uma boa regulamentação societária –, articulados pela confiança do investidor. Estes estudos são muito influentes e têm sido citados em todo o mundo. Bem certo, são polémicos, pois em França, os resultados revelam-se desastrosos. No que concerne à Alemanha, são medianos; muito depende dos dados de que se dispõe. Basicamente, julgo, porém, que existe uma certa relação entre as leis sobre o governo das sociedades e o bom desempenho no mercado financeiro.

*Rui Machete* – Vamos recomeçar os nossos trabalhos. Agora à tarde falaremos sobre os tipos de fundações. Vamos ouvir as



intervenção de Hans Rainer Kuenzle, advogado e professor da Universidade de Zurique, e depois João Caupers, professor na Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa.

## Questions and answers

*Klaus Hopt* – I fully share your view that we need some prudence and self-restraint in presenting our ideas. And I am also fully with you as far as flexibility is concerned. In this context I would like to recount an experience I had in the company law sector. This refers to article 9 and the law applicable in the EFC statute. If one reads it, one can see that it is closely patterned after the European Corporation. You see the law regulating its first regulation: that's the European Foundation Statute if it comes about, and then the provision of the statutes, the single articles of incorporation (which may be misleading as far as the term is concerned), and then you go down to the member-States and so on. And what we see in the European Foundation is an alarming measure: the label "European Corporation." Of course people will have that, but much of what is in the European Corporation statutes is not covered by European law but national law. In many points you really go down to national practices. So many people have said it's not really a European corporation but a German/French/Portuguese-European corporation. When it finally comes to enacting something like that a few years from now, as far as the European Foundation is concerned, people will have to try and see that it's not just a national foundation with the name of "European" foundation. This is something we have to discuss later on.

Also, you emphasized from the EFC viewpoint, the idea of registration and supervision. I like the fact that you said that if we have this European registration and supervision, keep it

small. That is certainly important. From the political point of view, I see that possibly one could interest the European Parliament by having a certain legal suprastructure. On the other hand, from my experience in company law harmonization, you have these national authorities and, in the different directives, the trend is to cooperate. They are bound by European instruments to cooperate more by information sharing, common enforcement, discussion rounds, and exchanging personnel. So, from another side, without a European securities agency, you are moving in the same direction. And that could also be a model to follow here.

I don't know which image will finally be picked up by the Commission, but company law experience would say that it comes from the bottom up and cooperation. But I liked very much how you emphasized that there is recourse to the courts. That would make a major difference between the two models, because in our project you go primarily to the national courts, while with the European Foundation in your model, you would probably first go the European Court of First Instance.

*Question – I would like to go back to the last issue raised by Prof. Hopt, which is the issue of government supervision versus transparency and corporate or foundation governance. When I read both the Bertelsmann Project and the EFC Project I did not see many differences between the powers given to the supervisory authority. There are some more powers in the EFC Project but essentially they are very similar. Yet you said in your intervention that transparency, disclosure and foundation governance were a good opportunity to overcome state intervention. I would like to hear a little more about your opinion on this.*

*Klaus Hopt* – I am very glad to answer. If you look at the Bertelsmann Project, you will see that we clearly have more text on the board. And that corresponds to the model board discussion – of course the board discussion on company law, but that's

the essence of corporate governance. We have tried to import certain concepts from there such as duty of care and duty of loyalty with a view to certain liability possibilities i.e.: the idea of separating the board, providing the option of having a one-tier board or a two-tier board. Some things may not be very traditional but a bit original, like the right of the founder to intervene, or the right of the beneficiaries to have a certain say in the discussion. This is new. It does not exist in German law or in other law. Albeit very carefully, you have the right of third parties to notify the state supervisory authority. So we have tried to build this in from corporate governance, emphasizing self-responsibility but also a certain control on the board.

And then we go into more detail as far as reporting, transparency and disclosure are concerned. If you look at article 5, we see information on general accountability and annual account ideas with the key concepts of the 4th and 7th directives, namely true and fair view. This of course comes from the United Kingdom, and has been transplanted to other countries in quite different and misinterpreted ways. We have built in the auditor extensively. In 5.3 at the end we have built in – and this may be controversial and not to the liking of some auditing people – that the auditor must inform the state supervisory authority promptly in writing about any serious irregularities. We have tried to incorporate these things in order to counterbalance what we took away from traditional state supervision.

*Question – The questions I am going to ask may seem somewhat basic, but I would like to hear the opinion of the two speakers on this matter. As regards the assumption to which Dr. Machete has alluded, of the need for the activity to be carried out in at least two EU countries, I would like to understand if such activity is merely the pursuit of the organization's purpose as such, in another European Union country, or does it entail some form of establishment in that country. As for Prof Hopt, could you clarify what the*

*requirements for a European Foundation status are, i.e., are there any minimum requirements that need to be fulfilled in order for such status to be recognised?*

*Rui Machete* – What we incorporated in paragraph 4 of article 1 of the Project is in respect of the activities alone. Therefore, it does not require any type of structured organization acting as a representative. There is, of course, a rationale behind this problem, in that “activities”, with regard to foundations, is a rather vague concept. Do we mean by “activities” scholarship grants which are awarded by a Portuguese foundation to a student who then pursues his or her studies in Paris? Or do such activities need to show an intimate connection with the territory of another State? This question has already been discussed and it seemed to us that it could not simply be something which, only in a rather secondary fashion, would have to do with the territory of the State, but would have to have a close bearing on the activities carried on by the foundation itself (that is, by its own organization) in a second State – however, that does not require there to be a branch office of the foundation. We have two or three completely different cases in this regard: We have the Gulbenkian Foundation, which has one branch office in Paris and one in London – which have their own building and their own structure. The Orient Foundation has a branch Office in Goa, India, albeit in a less structured way. And the Luso-American Foundation conducts a substantial part of its activities in the United States but does not have a branch office, or a structure, or even a representative under an agency contract.

Our aim was that these activities should carry some degree of connection to the territory of the state in question, they are meant to be carried out in that territory. There must be a direct-type connection, therefore. We have not put together a list as yet, although we may look into this problem in greater depth in due course.

*Klaus Hopt* – The question for me was how you become a foundation and whether there were any restrictions. Let me first give you a general answer. We are dealing here with European law. If you have this European Foundation Statute, once it's there, you are under the EC Treaty and you come under the headings of freedom of establishment, freedom of capital movement, and so on and, of course, these are rights. In this context, you have all the rights that go with that and, in addition to these Treaty rights, you have the European Court of Justice – the fundamental rights. So you have both: the Treaty and the European Court of Justice. That's the general answer.

Now let's look at the more specific answer. If you look at our statute proposal, you'll see that we have tried to be very liberal as far as the *ante* requirements are concerned, because in line with the right to establish in 3.1, anyone has the right to establish a European Foundation as long as that person complies with prescribed rules regarding form and content. We are very liberal as far as the form of establishment is concerned; you do that by public deed, written declaration, or testamentary disposition. Of course you have to be registered in order to make everything clear to the public. But if the public registrar (which in our case would be a national one) says you don't fulfil the criteria, you can go to the court. All decisions of the public registrar shall be appealable to the courts. Of course if you just left it at that, abuses would appear. But for that we have an express control in article 7 – state supervision – where the supervisory agency can step in and has the administrative duty to do that if any significant breach of the law has occurred. You then have the normal intervention of state supervision in the second stage – not at the beginning. And I think that for donors and founders at the European level and outside people who come to Europe this is very important. They don't have to deal with supervisory administrative people who, from my German expe-

rience, can sometimes, depending on where you are, be very narrow-minded.

And the third answer is that you always have the tax authorities. You have that everywhere. And in a way, the tax authorities are the real supervisory agencies.

*Henrique Sousa Antunes – I would like to address my question to Professor Hopt. When you mentioned the implementation of corporate governance rules for foundations, you said that the European Foundation Project contained a liberal vision. As this is a theme in which I take particular interest, I must say that I was a bit sceptical about the consequences of such underlying motivation, mainly from the point of view of the efficiency of the activities of the foundation, considering the recognition of the right of intervention by the founder, the donor, the beneficiaries, and other third parties, coupled with the supervision exercised by the competent body.*

*In my capacity as a member of the Legal Task Force of the European Foundation Centre Project, I can say that, when drafting the text, we took great care to spell out clearly the acts that could be performed by the supervisory body as regards state supervision, namely, acts of a sanctioning nature. When looking at the European Foundation Project, I notice the option for a general clause.*

*If one associates to this fact the relatively elaborate rules in respect of the supervisory board and the functions of the auditor, it seems to me, from the standpoint of the general philosophy of the document, that the European Foundation Project shows a preoccupation with the stakeholders, which may ultimately become a factor causing inefficiency in the foundation's activities. Was this discussed while preparing the document?*

*Klaus Hopt – In the Bertelsmann Foundation we think that our draft is more liberal and I think that's what you wanted to say. In liberalism it is implicit that you have the possibility of moving. But with freedom come abuses. This is always like that.*

You can't have your cake and eat it, too. We did discuss stakeholders. Even though it doesn't completely fit into the idea of stakeholders, in a way it does address the idea. As I said before, we tried to give a status to the founder, third parties and beneficiaries. Of course, with company law, you have shareholders exercising some control. In foundations you don't have shareholders and you don't have markets, so you have to fall back on stakeholders. That was a leading idea in what we have. It may be because I come from company law and have transferred these concepts. But, to a certain degree, I think they work. So, that's a starting point.

As far as state supervision and European supervision are concerned – and this might constitute, at least at the start, an impediment with regard to our draft – you could run up against state supervisions that are quite narrow-minded in certain countries, while if you have just European supervision, and if it is open-minded, it works. But this also exists in many company laws. You have more modern company laws and you have more restrictive company laws. A pet idea of mine and of many company law discussants is starting to garner more attention. It is the idea of competition. If you have a country X where state supervision is very narrow-minded and doesn't move forward, the European Foundation will not go to that country but to Portugal or the UK or another place and stay there. Here you have a nice competition between national and European foundations. This is a basic idea. It's not full-proof but neither is the European Foundation Center's text, depending on how the European registration supervision works.

Question – *The European Foundation statute can be adopted, either by a Regulation, or by a Directive. The Legal Task Force of the European Foundation Centre has opted for a Regulation. In the European Foundation Project it is stated that, concerning state supervision, the competent entity can take whatever measures it*

*finds necessary to sanction the breach. You said, Professor Hopt, that concrete measures are variable because state supervision can be different from country to country. My question addresses the fact that, even if you opt for a Directive, the broad principle concerning the sanctioning power could be applied as such by the State. Shouldn't one be very careful, on this subject, in order to prevent state supervision abuses?*

*Klaus Hopt* – I hinted at this before when I mentioned article 7. Let's look again at the model of the European Corporation. It is a statute and a regulation. So, as you said, it must be applied – of course it must. But there are many things that are not in that statute. It is the same in the case of the European Foundation Statute. Then, of course, national law comes in and is quite a part of applying these things. This is done by national authorities, even if you have European registration. National state law comes in in many places. So it is unavoidable that you will have many different attitudes. I think you can't do away with that. I think you are absolutely right in theory – you have the European document and it must be applied – but national law and national administration creep in at every point. And you certainly have this when it comes to taxes.

*Hans Rainer Kuenzle* – I worked on the first draft of the Bertelsmann Project and I think that when we wrote the regulations regarding supervision we knew that the state and even regional supervision in the countries are not always very professional. It would be very different if you have a European supervisory authority. And then we added the auditors to the regulation and we thought (and this is a big difference between the two projects) auditing firms are very professional and this would bring us a solution that is at least comparable with supervision by a European central authority. I must admit that until recently I worked for one of the Big Four, so I am not entirely impartial regarding this question. Nevertheless I think it is very important



to have the auditors; and we thought that state supervision would only come additionally.

I would also like to come back to the question the lady asked about what a European Foundation must be. I can give you an example. I had a client that was a Swiss foundation with an international purpose. He was under a little pressure because of his tax situation and he had to establish the foundation within one month. He knew it would be international but he didn't know *how* international, how European it would become. So there are examples of how, at the beginning, you don't know exactly how European or international the foundation will become. So, it is very useful to have a liberal statute or a liberal regulation where you can start with a Portuguese or a German foundation, but knowing that in the future the international level will come forward and become more important than the national level.

*Rui Machete* – I would like to address the conversion issue very quickly. The idea of having a national foundation that can be converted into a European one raises no difficulties unless the process becomes too bureaucratic. The idea of conversion is covered in our draft, as I believe it is in yours. So it is entirely possible.

*Volker Then* – I would like to add a remark and I am grateful for your insisting on this balance of supervision that is built into the projects. I would, however, like to draw your attention to the certain balance between the stakeholder right of intervention on the one hand, and article 7 on the other hand which, in its second to last sentence, provides the state supervisory authority with the competence to take any measures deemed necessary, but that two sentences above says, “has the right to intervene in the event of any significant breach of the law or the statutes.” So, there is a clear requirement as to when the state authority can intervene. And the second part of the sen-

tence says, “(...) but has no right to review the board of directors’ discretionary decisions for any other reason.”

I am grateful that you are addressing the point because it shows that what we’ve tried to do is build a balance into the regulation between the liberal interpretation of encouraging and allowing things and the liberal need to deal with abuses. And while we deal with abuses by granting beneficiaries, third parties and founders rights of intervention, on the other hand, we limit the competencies of the state authorities. The question is whether this is the *right* balance but this is the way the team has resolved the issue, by providing at least those two clear criteria: breach of law or breach of statutory regulations for justification of intervention.

I would also like to make a very brief remark on Dr Machete’s earlier remarks on the European requirement in the EFC design. I admit that we did have a substantial debate in the project team at Bertelsmann about putting up any such requirement of activities in more than one member-State. And in favour of a European Foundation working for European identity and European cohesion (and I’m grateful for your mentioning this in the end of your statement), we had difficulty with those European Foundation activities that would clearly contribute to European identity and European culture but would not have activities in several countries. What we were thinking of would be leading European cultural, educational and academic institutions, whatever they may be, which no doubt contribute to European identity in the very substance of what they do, but do not have activities in several countries. This may be the leading art museums in European capitals or leading universities, which would usually only be based in one place but, no doubt, be key assets of European identity and culture. How do we deal with them? That was the concern that finally prompted us to abandon the notion of activities in several countries. We felt

that the key criterion should be the contribution to European identity and in a way, European understanding of the public good, rather than the actual level of operations.

Question – *I would like to put a question to Dr. Machete, in the light of his speech a while ago, on the importance that foundations might have, after that meeting with the President of the European Commission, and the role that they might play now that we are going through a crisis period in Europe. If Europe came into being as the result of state-based politics, and is currently experiencing a crisis due to a negative response from its citizens vis-à-vis the wishes of their states, I think that foundations might have a vital say due to their fair-mindedness and independence. We have felt at the meetings of the European Foundation Centre, at general assembly level that, in parallel with the foundations as such, and their objectives, there is strong pressure on the non-governmental organizations. The purpose of my question is to know whether there is a dividing line between foundations and non-governmental organizations. Or might the foundations, now on the way to acquiring European status, become legitimate partners and provide cover for initiatives by non-governmental organizations from countries other than the countries of origin or the countries where the foundations are based?*

*I think that non-governmental organizations, however dynamic and necessary they are – and they are a mirror to the real world – find in the foundations field a bridge to achieving what they cannot achieve by themselves on their own resources. Therefore, I do not know if a frontier should be defined, or if, on the contrary, we should seek such grounds for citizenship, with the foundations ensuring that kind of dynamics.*

Rui Machete – Obviously, both the European Foundation Statute and the national laws on foundations are a political option too. When we define a foundation we also define what a foundation is not. Foundations have always been very con-

cerned with keeping their *university rerum* quality, at least in the civil law tradition, and I suppose the same is the case with common law, albeit the latter is more influenced by tax considerations. That is to say, not all that is non-governmental, and is derived from the right of association, is necessarily a foundation. And I find it useful in that a foundation as a tool is a sufficiently important tool not to be diluted into a vague concept.

This does not mean to say, firstly, that there is no possibility of cooperation between foundations and non-foundation organizations, and, secondly, that foundations cannot help. In our country we have the example of the Gulbenkian Foundation which, initially, and for a number of years, was an archetype. It was not the first Portuguese foundation but was rather the archetype for Portuguese foundations and helped, even from a politically point of view, rather skilfully, many civil society organizations which were perhaps quite at odds with the dominant sentiment of the Estado Novo (*New State*).

But I think that it is extremely important to maintain a clear criterion about what foundations are and what they are not, lest we lose our way. Of course, there are complicated problems. We were faced with two questions, one of which has already been touched on by Prof. Hopt, which is to know in what terms the institutor, or the founder, may in any way benefit from the foundation's activities. As a matter of fact, this problem was discussed in the committee appointed by the socialist government before the current one where there were some attempted overtures.

The other question, which was resurrected by the Italian banking foundations, is that there are entities who are not quite members but who enjoy some degree of belonging to (in the case of those foundations, some of them actually belong to) or wish to belong to the organizational structure of foundations.

That is to say, they are part of a body which has competencies of its own within the foundation's organization and, therefore, do not conform to that pure structure where there is a clear separation between associations and foundations, in which foundations have no members. All this is aimed at showing that there are many and varied non-pure forms in the various European countries (as clearly evidenced by the comparative law study we carried out).

Finally, I would like to say that, at the last assembly of the EFC, there was what seemed to me as a very apposite statement regarding the European crisis and which meant a turning point in the political awareness of foundations. Concern was shown about the European crisis which is, at the same time, an affirmation of the civil society embodied by foundations, and of confidence and encouragement towards the construction of Europe. But going back to the beginning, I think that the fact that there is a clear statute for foundations does not preclude, indeed strengthens, the possibility of cooperation with other types of civil society organizations.

*Question – My name is Graham Dawes from London. I am an accountant and my interest is in the question of accountability and supervision for the effective running of a foundation through self-regulation. The experience we have in England is that the Charity Commission, as the regulator, has to deal with a huge number of complaints and suggestions from all sorts of people that this or that charity is not being properly run. Their experience is that nearly all of these complaints are not valid. So the Commission will refuse to act on it. So, I think this disposes of the risk of any stakeholder being able to intervene with the authorities to have the foundation looked into and does not risk the efficiency of a foundation's activities in practice. It is a matter for the regulator to take a balanced view of the kind of issues being brought to it and to single out those issues which are of the public interest. In cases where*

*the issue is really too small to justify the use of public funds, the regulator will say, "I'm sorry; we can't go any further with your complaint." And that should act as protection. In our country it is an effective protection because charities are generally very jealous of their own abilities to regulate themselves, but they all submit to the national regulator – the Charity Commission. The only question in my mind is whether we have covered everything because there are many kinds of charitable purposes where you can't identify a human beneficiary. This could be something that has to be looked into.*

*Rui Machete* – I would like to add something about what you said – the frontiers between regulation (as what the authority does) and the supervision of foundations can be very narrow. In Portugal we have an example that can illustrate a potential danger. We have something called “institutions of social solidarity.” This institution group, which is built both with foundations and associations (so it's not limited to foundations) has a special regulation. And here, state intervention is very strong. There are two main reasons for this. One is due to tax exemptions they benefit from but the other – which is much more important – concerns the organization's purposes. And that is the fact that many of these institutions could not survive if the state did not give them certain advantages beyond tax exemptions. So the rules are very bureaucratic. The danger that this will expand this bureaucracy to foundations is very big. This is why it could be very interesting to do research on what supervision is, considering the stakeholders, and what regulation is.

I think that one thing that is missing from both drafts is that they have not addressed in detail the issue of taxes: the tax system, tax exemptions. One of the reasons is that this is not allowed by the Community treaties. But it is a key point. And if we look at what has happened in the history of foundations in the United States, we can see how important this matter is

in order to understand the relationships with the government. We have done very little research on this and unfortunately I think that most jurists who have devoted their attention to foundations are not experts in tax law and not very concerned with tax law except where it concerns them as individuals.

Another issue I would like to raise is that for each nation state it is important to settle the problem of what is to be the statute of foundations that have been set up by public initiative. On one hand, if the State wants to create a foundation it should be submitted to certain prescriptions mainly with regard to autonomy of management, independence with regard to the State – and not to mix things by making a kind of public administration under private law. On the other hand, I suppose you can't forbid the State from setting up foundations. It is a limitation that would not only be unacceptable – but not right. So having a European Foundation concept could act as a model.

Question – *If the state supervision authority intervenes, could the foundation say, “I’m sorry. We’re not going to cooperate because you have no right to intervene on discretionary decisions by the board”?*

Klaus Hopt – This is a very well-founded question and I will answer in two ways. We should distinguish the substantive part of your question from the procedural part. As far as the substantive part is concerned, in article 7 it is very clear that the supervisory agency must intervene if there is a breach of the law or the statutes, and it can not intervene when there are discretionary decisions of the board. It is a clear question of competencies. As far as discretionary decisions of the board are concerned, the real question is whether you have this judgment rule there. In general one could say that the concept of discretionary decisions has that in it. Of course, they are limited by the scope of the European Foundation because if the director goes beyond that,

it's not his discretion any more. But in matters such as how he acts, he must have a discretionary or business judgment rule. So far the state cannot intervene and if there is anything by founders, beneficiaries or third parties, they cannot do anything about it.

On the other hand, we have the question of the substantive statement or report. We started from the idea that in corporations you have shareholders with rights to step in and do something. So they look for a certain kind of corporate governance. We also started from the idea that – at least in our experience – there are very inactive supervisory authorities. Maybe it's because they are understaffed, or not modern, or very conservative, or sometimes the problem is political. So you need somebody to spur them on. And that's what we wanted to have in 4.3 to 4.5.

As you see, we have created certain layers. The founder, because it is his interest, should really have a right to step in, and then the state authority has to answer. The idea of having this comes from anti-trust law, as does the idea of the 60 days. Again, there you had anti-trust authorities that just didn't do anything. So the new anti-trust laws come with a statement that the state authority has to give an answer within 60 days.

As far as the beneficiaries are concerned (4.4 and 4.5), if there is a legitimate interest, then one has a right to a real answer. If it is just someone in general who tries to intervene it is totally up to the state to answer. In theory, I think this is a nice distinction. Of course this begs the question of what a legitimate interest is. Well the state authority could say (and with good reason), "You are not a person with a legitimate interest." And then they would fall under 4.5 and not have to respond. This is the general answer and practice will show whether it works or not. In general though, I think it is a very innovative approach, taken from other parts of the law, and in



a way it gives a “kick” to state administration which is sometimes slow.

*Question – I would like to go back to the issue of foundations created by the state. I think it would be of advantage to the European Foundation Statute to learn a little bit about all the other experiences in Europe as to how foundations work with the state. You said that if the state wants to create a foundation in the private sector it has to play by the book. Portugal is a very good example of this because basically all the public foundations are created by the state and are not really foundations but public institutes. Unfortunately, there are already some troubling examples of foundations created by the state in Portugal under private rules. But I think a lot can be learned from Spanish and British examples and I think there is already a solution to the problem, which is to learn from the example of the PPP (public-private partnerships).*

*I am very sensitive to this question because I usually study the problem from the point of view of the state which is responsible for looking after the taxpayer’s money. You are putting money into a foundation, money that belongs to the taxpayer and you have to have some kind of protection against every complaint that every other taxpayer can make. So I think the solution would be to contract those things that the state could put into a law. If it goes into the private sector it won’t be able to impose anything on its private partners, so probably the solution is to transplant the same duties, protections and guarantees that are foreseen in law into a contract, which already happens in the case of public-private partnerships. A good example is the hospitals in Spain, some of which are foundations and are run by public-private partnerships. The UK is also a good example, although with a slight difference because they are charities.*

*Klaus Hopt – Basically a quick comment. The idea of forcing the state, if it goes into the private sector, to obey the rules of*

the private sector is not a new idea created by us. It is something that has been developing in Germany and other countries in anti-trust law. Originally the state thought, “Well I can go with my entities into the free market but I get special treatment under anti-trust law.” Little by little, the doctrine and decisions of the courts have decided to the contrary. Once you are in this other sector, you play the same game. It’s also true in unfair competition. I remind you also of the decision of the European Court of Justice, that also affected your country, which is the same idea.

Another thing I find interesting is that if the state moves over to the private sector, in a way one should see what the duties are between State and contract. In certain respects, private law rules, at least in corporate law, are stricter. If you look at Germany and the way some lawmakers deal with the public’s money, it’s outrageous. If they were board members, they would be under civil liability. Applying these kinds of concepts to the state would be quite useful.

*Question – I would like to pose a question to Dr. Machete. It is in connection with setting up a foundation, namely, the possibility of an application for registration being turned down. I am referring specifically to number 6 of article 6. It envisages a very restrictive formulation. It sets out clear-cut reasons for such refusal which have to do with infringement of the law. If the legal form of the foundation is subject to certain requirements, who actually checks whether such requirements have been fulfilled? There might not be any illegality in the sense that none of the items laid down at nº 6 have been breached, but it might, however, still not be possible to pursue the aims stated therein under the current legal form of the foundation. Among us this is resolved in a completely different way. I quite understand the ideological standpoint in the broad sense of the rule, but I do not know whether it would not warrant some adjustment in practice.*

*The initial donation itself, for instance, if it is an annual contribution of which the amount is smaller than that which is indicated in the draft, one may question whether such a requirement has been met, not to mention the issue that raises the most difficulty, which is the perception of the public interest. There is a listing here – I am not sure whether it is cut-and-dried – but I do not know if a purpose must be set down in advance to be feasible in terms of the aims of the foundation. All of which prompts the following question: this project, having started from the recipients themselves (and I do not intend to be provocative), there was probably no preoccupation, common in European legislation, with a compromise with national traditions. This is clearly noticeable from virtually all the directives. This being a draft regulation with the legally binding force inherent in a regulation, I ask whether it is feasible that it will eventually be enshrined in law at the European level?*

*There are national traditions in this regard which are even more state interventionist than ours. The French case comes to mind. I do not know to what extent these types of solutions are practicable. The concrete question that I am raising should be seen in a deeper context of problems relating to the aims of this work. This surely is not intended as a mere academic exercise as it is the expression of the wishes of the foundation's agents. There is, consequently, a problem of compatibility with systems already in place in other countries.*

*Rui Machete* – You are obviously right when you say that there is a problem. And it is true that this draft was born out of foundation representatives. And although this draft is designed to be accepted, we do not take upon ourselves the role of the European institutions. In the first place, this was largely the result of a study of comparative law. The French case is probably the most state interventionist, at least before enlargement. The Foundation de France itself has a unique structure. It encompasses a very large number of foundations which under

other legislations would hardly receive the same treatment. Nonetheless, I believe that French legislation is evolving, perhaps on the strength of contact with other legal environments.

Care was taken here to avoid that the registration body might have very wide discretionary powers. If recognition of the foundation and its legal status is basically normative, in trying to reduce to the utmost the interference of the administrative body (even if under the cloak of constitutive registration or recognition, because in practice, refusal of registration shows that there is, at any rate, in its procedure, a constitutive intervention), it becomes necessary to take discretion away from it to the maximum possible extent. It was thought, therefore, that competence should be restricted to those relatively indisputable cases where it would be easy simultaneously to detect any non-compliance with the law, on the one hand, and, on the other (negative) hand, to allow the subsequent annulment of the registration. The alternative would be to grant such wide controlling powers to the registration authority that it would lead to increased discretionary risks. It should be pointed out that foundations are the embodiment of the fundamental right of association.

On the other hand, we have the normal system. Under domestic law it would be competent upon the Public Prosecutor to handle any illegality or breach of the law. We have a Public Prosecutor with wide-ranging powers in that area.

*Emmanuelle Faure* – I just want to comment on different issues that were raised here. I would like to explain what the EFC approach was and why we took this approach. One of our first concerns, at the very beginning of our work, and after looking at existing national provisions for foundations, was to reflect upon what they would need – what they cannot do at the moment – with existing frameworks at the national level. This partially explains why we chose this European dimension and why we have these cross-border elements. We think that

some foundations are doing great work under national law, even if that work might have some European interest or identity. But it was to provide additional possibilities for those who want to carry out activities in different member-States.

Regarding registration and supervision, we also looked at what was there and, as Volker said, the foundation field in terms of legal provision is probably the least harmonized one. And we very much want it to remain this way. I think that the scene regarding the legal frameworks for companies and cooperatives, some of the legal entities for which statutes have been put on the table, have legal frameworks that were less diverse and divergent than that of the foundation. So we wouldn't have had the choice of saying, "Let's try and push for harmonization at the national level and have these European Statutes with a minimum common base that will then send everything back to the national level including matters of registration and supervision".

Regarding these last two issues, what we saw when we were looking at the member-States is that the bodies responsible for it or the several ways in which this is done are extremely different. Something like the Charity Commission is very unique in Europe.

I would also like to say a last word on what is coming next. We have to be very practical. At the moment we have two proposals each of which has its own logic. But when it comes up for discussion with the European Commission it's not going to be this draft here or that draft there. The discussion of the European Association Statute started in 1992 and when we look at the different versions, we can see that the initial version is very different from the one they have today. I don't think the end result will look exactly like the EFC's or the Bertelsmann version both of which, in many respects, share the same objectives.

*Volker Then*— I would like to pursue three lines of thinking with regard to what previous speakers have said. First there is

the debate around harmonization and how likely we are to succeed in bringing about a development like this European Foundation. I am specifically referring to the gentleman who made sceptical remarks about how the more state interventionist countries in Europe may find it difficult to tie in with such a development.

In a political line of thinking it was at the beginning of the conversation about this European Foundation issue that two basic lines of development could be envisioned: either one that was pursued by the European Commission in line with harmonization in a strict sense, which would mean that the European Commission would establish rules –to be obeyed – for all foundations including national creations. This would mean, given the enormous diversity of the field (and I’m not referring to any specific substance matter in those harmonization rules), in ranges of current norms it would no longer be feasible. And depending on what the substance matter decisions would be, it would affect different countries; but any harmonization would by necessity reduce the range of options that currently exist and reflect the wealth of cultural traditions in Europe.

The other line of thinking is to let this wealth of tradition continue to exist and on a different level, specifically concerned with the European public good, establish a new option of choice. That is what we are debating. It is a matter of being able to convince member state governments to accept the additional option including its concept of opening up a certain level of competition. But it is certainly more preferable to harmonization of national regulations.

Taking up a different point, I would like to come back to the state-foundation relationship and to the state’s using the civil law form for its own purposes. This actually goes back to a very basic conflict built into any such move that has to do with the old liberal tradition of fiduciary duty for other people’s

money. And there are two systems that conflict here because obviously parliamentary democracy has a fiduciary duty for the taxpayer's money and the mechanism in place here is parliamentary control of budget and in a foundation the fiduciary control is exercised by a board working according to a mission and a charter. As soon as the civil law concept of a foundation is used, there has to be a clear decision as to whether we really shift from one concept of fiduciary duty for other people's money to another, or whether a hybrid is being created. As soon as a hybrid is created it becomes very delicate. By hybrid, I am specifically referring to foundations created by the state or by government agencies that may have civil law form but not have private funding, also that there is a discrepancy between governance, funding resources and the organization and the mission. And this can occur in various ways. We have explored this for German foundations created by the State, by local government or by state-level government and it shows that the key issue is to keep governance structure, mission of the organization and funding structure consistent. As soon as governance is state controlled, funding is expected to be private and the mission is somewhere in between the organization is bound to fail. While the state continues to provide, let's say, 90% of all the funding, the foundation will certainly have a governance structure that clearly reflects the fiduciary duties with regard to democratic control of budget.

*Rui Machete* – I think you are right but in matters concerning foundations set up by the state, we have to consider two aspects. When the state makes use of civil law it is normally agreed that some principles of public law will be applicable. This is the case of fundamental rights, some fundamental principles that are enshrined in the constitution and so on. It doesn't seem hard to accept the idea that the foundation should be subject to these fundamental principles.

The other thing is that the state should not use the instrument of the foundation without complying with the fundamentals of this institution: for example, an endowment that is proportional to the aims of the foundation. This means that each time it requires the permission to act, to have provision of funds that are to be given –or not given – every time by the decision of a minister, this creates dependence and is a fraud. It's not a fraud in the criminal sense, but it's a misuse nevertheless. So, as Prof. Hopt said, the state would accept the laws – the rules of the game – and play by those rules. This way there would be no interference. I am not sure that the contract would solve all the problems but it could be useful. The so-called contract as a program in French administrative law in the past, for public enterprises, has shown that sometimes they were useful and sometimes they were not.

There is another aspect that is also important. The main reason the state is entitled to intervene in foundations, not as a legislator but as a supervisor, is because, to some extent, when the state gives tax exemptions, it can be considered that the state cooperates with the foundation – that it is not taking money out of the foundation. This is normally the justification the state uses to interfere in foundations. In the American history of foundations this was the main topic invoked for the Congress to look into what was going on in foundations and to intervene, normally at the legislative level. This too must be clearly defined. We should have a clear idea of what the options of the legislator are in order not to have surprises. In other words, after the state has established the laws it would have to comply with them.

*Klaus Hopt* – I would like to give some of my personal viewpoints on the future in Europe regarding these things. What is clear is that the Commission has to hand down the mandate for the study. It is in 2006 and there is no question



that it will be carried out. Very much depends on how the study turns out. Nobody knows who will get the mandate, whether it will be a more economic study or if it will be more of a comparative law study. In any case it should be an independent study.

But if this study is there, under the Action Plan the European Commission is completely free to decide what they want to do with it. And even if the study says it is economically and legally useful, they will still need public support to do something. We saw this when we did the High Level Group work. Just having convinced my colleagues to do something, to write things down, would not have been enough. So, we got the public response. We had Mr. Then come to Brussels to make his point. We had other people from Germany and other countries come in and say, "We need this". And in doing this, we were on a better footing to convince not only our group but also the Commission to accept what our group had produced.

This is something to think about. When the time comes, one has to coordinate efforts. The European Foundation Centre is very important and there are the contacts with Mr. Barroso, but that is just one lobby group. It should also come from the member states, probably via the member state's ministries and politics. Otherwise it doesn't work.

Then if they do decide to do something about it, one of the key decisions will be if they take a more liberal or more conservative approach. My experience, which is based on other fields, is that they will take the more liberal approach. The next question would be if they take more the approach of a European administrative suprastructure or if they go for less. Again, my own experience from other fields is they will go for less because you will have resistance from the member states. They will be losing competencies and they don't want that to happen. This is just a political prognosis.

The final major decision is, if they go for something, will it be a statute or something less? I can tell you from the discussions we had with the people responsible for developing this that creating a statute is one hell of a job. Take the example of the European private company – a kind of GmbH, a limited liability kind of thing. There is already a model for that on the table. It was a model developed by Heidelberg University together with the Chamber of Commerce Study Group in France. Still the people from the Directorate General for Internal Market said, “So much work is needed to develop this that it’s just not our top priority.” They have lots of things to do under the Action Plan and they have to economize forces. So, at that point, one will really have to convince them to step in and help them with public support and maybe with other kinds of cooperation.

*Question – I would just like to make a point on an issue that was already raised. Because of the very intense discussions we had on this document for the European foundation we covered a lot of issues. One of them was the key role of an auditor. The supervision of a foundation under this approach hangs on the professionalism of the auditor, the public credibility of the auditor and the public standing of the auditor. That means that they themselves have to be effectively regulated. Well, that regulatory system is already in place. I am not sure though how European it is. It would certainly have to be effective across Europe. But this will also be the key to the national supervisory authority that would inevitably look first to the auditor to say, “What do you have to say? You have a duty to tell us if there are irregularities. Have you fulfilled your duty?” So, this also provides protection on both sides.*

*The other issue I would like to comment on is something that came up in Scotland when they passed the bill for the new Charity Law there. There was quite a public debate about certain charities which are controlled by government. And under the Charities Bill it became clear that some of these, namely museums and galleries and*

*that sort of thing, could not be controlled by the state and submit to this new law. They therefore changed the Bill and then said that where there is state involvement in a charity it must not amount to more than one third of the board in terms of control. But they also added certain powers. The state can intervene in special cases to change the rules when doing so is in the national interest.*

*So here you can see the liberal approach to satisfy all parties but which avoid having something that is a blanket authority. It has to be adapted to the individual situation. But under English law, the golden rule they set down was that charities must be independent of the state in their administration. I think that is clear in this draft too and it should work across Europe.*

*Klaus Hopt – Let me pick up on something you said and I am very grateful for your contribution on the auditors. The beauty of having 5.3 and the auditors dealt with so extensively is that you build in all the modern developments of the auditor's profession. Here you get the whole discussion on independence, which is moving things ahead. Although it's controversial, you have the liability question of third parties. And then there's the issue of professionalism – the professionalism of everybody there, brought to the fore by the Enron developments. So 5.3 at first glance looks very harmless, but it incorporates lots of things that are very useful.*

*Question – This is a question for Prof. Hopt about corporate governance, which he stresses very much. It's about the Bertelsmann draft, with which I agree. When I was sitting on a jury to award a prize to financial journalists, I recently read an article in which the journalist wrote that in Switzerland there are no statistics that say that companies complying with strict corporate governance rules perform better than others that do not comply with those rules. I was shocked. And I would like to ask if you know of any studies showing that compliance with corporate governance rules makes any sense?*

*Klaus Hopt* – That’s an ethereal question. I guess I could say I am a lawyer and can’t deal with these things. In the leading German law review, we have an article by economists who made an event study on the results of acknowledging the German Corporate Governance Code and not acknowledging it. What they found is that it makes very little difference. Traditional economic theory is unanimous in saying it is an important point and it would be dangerous just to consider the German economic event study. One would have to go to a market that has more experience, such as the American market – in connection with corporations, not foundations – to see how this developed. They have a lot of event studies and, as always in economics, this is very comforting. It’s like in law; you have different views. But there are facts showing that it does matter.

On a higher level you have the La Porta studies which are indirectly linked to what you asked. The La Porta studies from Boston say that there is a link; that the financial performance of a company and regulation – in particular, good company law regulation – are linked via investor confidence. These studies are very influential and have been cited all over the world. Of course they are controversial because as far as France is concerned, it’s a disastrous result: Germany’s is so-so, and much of that depends on the data. But basically I think there is a certain correlation between good corporate laws and doing well in the financial market.

*Rui Machete* – We are going to resume our proceedings. In the afternoon session, we shall discuss the different types of foundations. We are going to hear interventions by Hans Rainer Kuenzle, a lawyer and Professor at the University of Zurich, followed by João Caupers, Professor at the Law School of Universidade Nova de Lisboa.

AS FUNDAÇÕES  
NA EUROPA  
ASPECTOS JURÍDICOS  
FOUNDATIONS  
IN EUROPE  
LEGAL ASPECTS



TERCEIRA SESSÃO | THIRD SESSION

## Tipos de Fundações

(Fundações de Origem Pública/Fundações Privadas;  
Fundações de Utilidade Pública/Fundações de Fins Particulares;  
Fundações Empresariais)

•

## Types of Foundations

(Public Origin Foundations/Private Origin Foundations;  
Public Benefit Foundations/Private Purpose Foundations;  
Corporate Foundations)

***Hans Rainer Kuenzle***

Em primeiro lugar, gostaria de agradecer o amável convite que me fizeram para estar aqui presente e desenvolver uma análise comparativa destinada a realçar estes dois projectos. Como é sabido, a parte mais difícil de todas as conferências consiste em falar após o almoço. Farei, pois, o meu melhor para que não adormeçam. O nosso tema, durante os próximos 15 a 20 minutos será “tipos de fundações”.

*Índice*

1. Fim de utilidade pública/ Fim privado (Fundações familiares)
2. Actividades económicas (Fundações empresariais)
3. Fundações de origem pública e fundações de origem privada

De acordo com o programa, trataremos, antes, da diferença entre os fins de utilidade pública e os fins privados e, seguidamente, indagaremos se a definição de Fundação Europeia compreende as fundações familiares. Do ponto de vista suíço, pensamos que sim. E, à laia de parêntesis, deixem-me dizer-vos que não sei exactamente o que aqui faço como cidadão de um Estado que não é membro da União Europeia (*risos*). É, porém, com gosto que aqui estou. Preparem-se, no entanto, para ouvir algumas impressões suíças de vez em quando. A Suíça desfruta de boas relações com a União Europeia. Algumas relações são designadas por acordos bilaterais e outras são designadas por contas bancárias (*risos*). A segunda parte tratará das actividades económicas das fundações. E, por último, a terceira parte é algo que também discutimos esta manhã – como é que os agentes do Estado se enquadram nestes conceitos.

Deverá surgir em breve uma publicação sobre o projecto Bertelsmann. Eu redigi a primeira versão do estatuto e, desse

modo, conheço a lógica que a este subjaz. Permitam-me que lhes apresente este conceito, embora deva admitir que nem sempre soubesse tudo com antecedência: por vezes, só me dei conta de quais os países favoráveis ao nosso conceito após a redacção da proposta de estatuto.

#### 1. Fim de utilidade pública/fim privado

Visão comparativa

- A. Fim de utilidade pública (países da tradição do direito comum, Croácia, República Checa, França, Hungria, Lituânia, Luxemburgo, Portugal, Roménia, Eslovénia, Espanha)
- B. Fim de utilidade (Finlândia, Itália, Polónia)
- C. Qualquer fim legítimo [Áustria, Bélgica, Bulgária, Dinamarca, Estónia, Grécia, Alemanha, Liechtenstein, Noruega, Suécia, Suíça, Estados Unidos (legislação sobre entidades sem fim lucrativo)]

Permitam-me que comece com o fim da fundação. Nos países europeus, podemos encontrar três conceitos básicos. Um conceito muito restritivo, o de “fim de utilidade pública”, é utilizado em países da tradição do direito comum. Um conceito mais lato, definido como “fins úteis”, aplica-se em países como a Itália. Depois temos os países onde “qualquer fim legítimo” é aceite como objectivo de utilidade pública. Isto não significa, porém, que, na prática, estes países divirjam substancialmente.

#### 1. Fim de utilidade pública/fim privado

Proposta, artigo 1.2 – fim de utilidade pública – “As Fundações Europeias prosseguem fins de utilidade pública no plano interno e/ou internacional...”

Na nossa proposta (artigo 1.2) afirmámos que “as fundações europeias prosseguem fins de utilidade pública num plano

interno e/ou internacional...”. Definimos, depois, cerca de vinte temas e tratámos de discutir aturadamente a inclusão de uma categoria adicional que permitisse “outros fins de utilidade pública”. Devo confessar que era contra esta categoria (v) por motivos fiscais. A inclusão levanta problemas de certeza e de previsibilidade jurídicas, pois, noutras palavras, não se pode prever antecipadamente como é que as autoridades fiscais reagirão a estes chamados “outros fins”.

### 1. Fim de utilidade pública/fim privado

Comentário à proposta

- A Fundação Europeia segue uma abordagem estrita (fim de utilidade pública) de modo a obter o apoio do maior número possível de países
- O fim de utilidade pública previne a reversão do capital da fundação para o fundador
- A atribuição de personalidade jurídica protege o capital da fundação dos credores do fundador e dos subsequentes doadores

No comentário à proposta, afirma-se que este conceito segue uma abordagem estrita e estou convencido de que é necessário seguir essa abordagem estrita por razões de natureza fiscal. A abordagem estrita ajuda a impedir a reversão do capital para os fundadores e, por outro lado, impede a sua utilização em benefício dos credores dos fundadores e dos doadores.

### 1. Fim de utilidade pública/fim privado

Visão comparativa

- A. Proibição de fundações familiares [França, Hungria, Eslovénia – Espanha (com exceções para bens de herança)]
- B. Dotação com reserva de rendimentos para o fundador [Portugal (Supremo Tribunal de Justiça, 24.10.1996), Estados



Unidos (fundo fiduciário de fim caritativo com reserva de rendimentos para o fundador)]

- C. Restrições para as fundações familiares
- C1. Redução da pobreza (países da tradição do direito comum)

### 1. Fim de utilidade pública/fim privado

Visão comparativa

- C2. Membros carenciados da família (Suíça – custos da educação, dote ou apoio em casos de necessidade)
- C3. Âmbito limitado de beneficiários (Dinamarca – fundador, cônjuge, filhos)
- C4. Duração limitada (Áustria – 100 anos, comparável com norma contrária a durações perpétuas)
- D. Ausência de restrições para as fundações familiares [Alemanha (restrições fiscais), Liechtenstein]

O que é que declarámos sobre os fins privados? Será que os fins privados têm alguma relação com o conceito de Fundação Europeia? É relevante considerar a importância e a necessidade dos fins privados.

Darei um ou dois exemplos que justificam essa afirmação. Tomemos o caso do casal que possui cerca de 50 milhões de euros. Pretende o casal apoiar a investigação no domínio da medicina e deseja constituir uma fundação. Tem, então, de decidir se quer constituir a fundação com 10 milhões de euros e deixar 40 milhões até à sua morte para utilização em fins pessoais, ou se deve aplicar 40 ou 45 milhões de euros na fundação, confiando na suficiência da verba restante, pois é procedimento legítimo recorrer à fundação na hipótese de uma necessidade financeira.

Na Suíça, as fundações só podem prosseguir fins de utilidade pública, mas no país vizinho, o Liechtenstein, temos um ver-

dadeiro conceito de fundação familiar. Hoje em dia, a solução prática nos casos acima mencionados é criar duas fundações: uma fundação no Liechtenstein para fins familiares e uma fundação suíça que prossegue um fim de utilidade pública, por aquela alimentada. Este sistema revela-se bastante complicado. O nosso projecto prevê uma solução mais fácil. A dificuldade consistia na identificação do procedimento que conciliasse as tradições dos países de direito comum e dos países de direito civil. Como podem ver no diapositivo, os países de direito civil, como a França, a Espanha e outros, proibem as fundações familiares. Existe um conceito muito interessante em Portugal: a dotação das fundações com reserva de rendimentos para os fundadores.

Todavia, a maioria dos países de direito civil restringe as fundações familiares: alguns, somente permitem as fundações familiares para fins de redução da pobreza; outros, como a Suíça, apenas permitem as fundações familiares para o financiamento dos estudos e actividades afins. Existe um leque limitado de beneficiários na Dinamarca e uma duração limitada na Áustria. Fiquei muito surpreendido ao saber que o Liechtenstein é, na realidade, o único país europeu em que as fundações familiares gozam de inteira liberdade. Na Alemanha, as fundações familiares, na óptica do direito civil, existem em teoria, mas as restrições fiscais impedem, na prática, a sua constituição. Temos fundações familiares em países fora da Europa, como, por exemplo, no Panamá, onde foi copiado o modelo de fundação do Liechtenstein.

#### 1. Fim de utilidade pública/fim privado

Proposta, artigo 1.3, parágrafo 2 – “O fundador pode restringir a sua doação, reservando, de modo vitalício, para si, para o seu cônjuge, ou para os seus filhos, até 30% do rendimento da fundação que, proveniente daquela fonte, se encontra disponível

para distribuição. A reserva não pode exceder, anualmente, a soma total das verbas utilizadas pela fundação na prossecução dos seus fins de utilidade pública”.

Com todas estas restrições, não foi fácil encontrar uma solução para a Fundação Europeia. Escolhemos, por um lado, o conceito português de dotação com reserva de rendimentos e, por outro lado, a prática vigente na Dinamarca, que limita o leque de beneficiários aos membros da família. O artigo 1.3, prevendo a dotação com reserva de rendimentos conforma-se, quer com o sistema de direito comum, quer com o sistema de direito civil.

#### 1. Fim de utilidade pública/fim privado

Comentário à proposta

- Direito comum: renda vitalícia
- Direito civil: usufruto
- Muitos países: estrutura híbrida
- Solução da Fundação Europeia: dotação com reserva de rendimentos (distribuição até 30 % do rendimento a membros da família)

Como se lê no nosso comentário à proposta, o tema gerou intensa discussão no seio do grupo de trabalho. Foi um desafio encontrar soluções que o direito comum e o direito civil pudessem, simultaneamente, acolher. A nossa solução colhe do direito anglo-saxónico a renda vitalícia – como repartir os rendimentos no tempo – e da lei civil o instrumento do usufruto. A solução para a Fundação Europeia foi, como afirmei, a dotação com reserva de rendimentos. Restringimos esta dotação à distribuição de 30 por cento do rendimento e, na segunda frase, definimos outra restrição. Pode argumentar-se que 30 por cento constitui uma percentagem excessiva, mas há que começar com um deter-

minado valor. Pensamos ter encontrado uma solução adequada para a delimitação dos fins de natureza pública e privada na reunião das duas famílias jurídicas em apreço. Esperamos que a mesma proporcione uma base sólida para discussão futura.

## 2. Actividades económicas (fundações empresariais)

### Visão comparativa

#### – Ausência de restrições especiais

[Alemanha (a actividade comercial subordinada à utilidade pública?), Holanda (nova legislação), Portugal (o lucro deve ser utilizado na prossecução do fim de utilidade pública), Suécia, Suíça (*BGE* 127 III 337), Estados Unidos (observa uma restrição de não distribuição)]

#### – A actividade comercial subordinada às actividades de utilidade pública

[Dinamarca (fundação não empresarial), Inglaterra, Espanha, etc.]

A segunda parte da minha apresentação trata das empresas. Esta manhã, discutimos o interesse do Estado nas fundações – e o interesse do Estado frequentemente se relaciona com as actividades económicas. Uma visão comparativa mostra a existência de diversos países que não colocam quaisquer restrições às actividades económicas das fundações. No entanto, a maioria dos países aplica, na prática, algum de tipo de restrição. Por exemplo, na Alemanha e na Holanda não existem formalmente quaisquer restrições, mas, na prática, há sempre restrições. Na Suíça, não há, formalmente, qualquer restrição, porém, até há três anos atrás era pouco claro se as fundações empresariais eram permitidas: é entendimento actual do Supremo Tribunal Federal suíço que a lei não proíbe a fundação empresarial.

## 2. Actividades económicas (fundações empresariais)

### Visão comparativa

– Restrições

[Dinamarca, Espanha (comunicação à autoridade competente para o exercício da supervisão acerca da detenção de uma posição de controlo), Estados Unidos (regime fiscal)]

– Exigência de utilização de uma empresa subsidiária

[Grécia (regras orçamentais estritas para as fundações)]

– Normas especiais aplicáveis às fundações empresariais

[Dinamarca (Lei sobre as fundações empresariais), Noruega e Suécia (normas em sede do direito das fundações), Holanda (normas em sede do direito comercial)]

As restrições mais comuns dizem respeito à necessidade de uma fundação dispor ou não de uma empresa subsidiária para as suas actividades económicas, assim como à necessidade da previsão de disposições especiais que disciplinem a fundação empresarial.

2. Actividades económicas (fundações empresariais)

Proposta, artigo 6.2 – Actividades económicas (Actividade comercial), parágrafo 1

“A Fundação Europeia não pode desenvolver uma actividade comercial permanente como uma actividade directa”

Quando elaborei a proposta, desconhecia que a Grécia oferecia a mesma solução. A actividade comercial – como a designámos – só é permitida às fundações como actividade indirecta, isto é, através de uma empresa subsidiária (artigo 6.2, parágrafo 1).

2. Actividades económicas (fundações empresariais)

Comentário à proposta (actividades directas)

– Norma mais estrita do que a maioria das regras nacionais, pelas razões seguintes:

– impedir a fraude às regras aplicáveis às empresas

- desnecessidade de regras de protecção dos credores (direito das sociedades, direito comercial, direito da insolvência)
- excepção para actividades económicas de pequena dimensão (hospitais, lojas de museus, etc., devem revestir a forma de uma empresa subsidiária)

Vedamos a actividade directa, pois não queremos que as fundações se transformem num instrumento de evasão às normas que regem as empresas. Na Suíça, temos o exemplo de uma sociedade pertencente às “4 grandes” que protege a empresa interessada de qualquer aquisição, convertendo-a numa fundação empresarial. Este é um motivo diverso do propósito relativo ao financiamento da actividade da fundação. Apurámos quão complicada seria a formulação de normas de protecção dos credores. Com a proibição das actividades económicas directas são desnecessárias as normas destinadas à protecção dos credores. No direito das sociedades, no direito comercial e no direito da insolvência de todos os países da União Europeia há um elevado número de normas de protecção dos credores. De acordo com a solução a que chegámos, as fundações podem tão-só exercer actividades económicas pela utilização de uma empresa subsidiária, excluindo a actividade directa. Excepcionam-se as actividades de pequena dimensão. Isto significa que é possível operar um pequeno quiosque que vende postais, extravasando os limites admissíveis a oferta de hospitais, de museus, ou até de lojas de museus. Esta solução pareceu adequada, mesmo para as actividades económicas existentes.

## 2. Actividades económicas (fundações empresariais)

Proposta, artigo 6.2 – Actividades económicas (Actividade comercial), parágrafo 2

“A Fundação Europeia tão-só pode deter uma posição de controlo noutro estabelecimento que exerça uma actividade comer-

cial permanente se essa actividade coincidir com o fim de utilidade pública que a fundação prossegue ou dele for acessória, contribuindo para a sua promoção (actividades económicas relacionadas), ou nas circunstâncias descritas no parágrafo seguinte”.

Afirmamos, no segundo parágrafo do artigo 6, que as actividades económicas no seio de uma empresa subsidiária são permitidas desde que as mesmas estejam relacionadas com o fim da fundação.

## 2. Actividades económicas (fundações empresariais)

Comentário à proposta (actividades indirectas/relacionadas)

- Posição de controlo: nenhum limite percentual
- As actividades económicas relacionadas devem integrar-se na prossecução do fim da fundação ou dela constituírem actividades acessórias

Nesta altura, abordamos a dimensão seguinte: o Estado, a influência do Estado, e a legitimidade do Estado para gerir fundações empresariais.

## 2. Actividades económicas (fundações empresariais)

Proposta, artigo 6.2 – Actividades económicas (Actividade comercial), parágrafo 3

“A Fundação Europeia tão-só pode deter uma posição de controlo noutro estabelecimento que exerça qualquer outro tipo de actividade comercial permanente (actividades económicas não relacionadas) se (i) os lucros que dela retira forem usados exclusivamente para a prossecução do fim de utilidade pública da fundação e (ii) os interesses desse outro estabelecimento não entrarem em conflito com a prossecução do fim da fundação”.

Eis, pois, a próxima questão: só as actividades afins são permitidas ou também são permitidas actividades que não se relacionem com o fim da fundação? As actividades afins são, evidentemente, permitidas, e no parágrafo seguinte (artigo 6.2, parágrafo 3) permitimos também actividades que não estão relacionadas com o fim da fundação desde que os lucros das mesmas sejam utilizadas na prossecução do fim de utilidade pública e essas actividades não colidam com o escopo da fundação.

## 2. Actividades económicas (fundações empresariais)

Comentário à proposta (actividades indirectas/não relacionadas)

- As actividades económicas podem contribuir para o financiamento do fim de utilidade pública e devem, pois, ser permitidas
- As actividades económicas são, não raras vezes, excessivamente arriscadas ou prejudicam a prossecução do fim de utilidade pública da fundação, devendo, pois, ser restringidas

## 2. Actividades económicas (fundações empresariais)

Comentário à proposta (actividades indirectas/não relacionadas)

- A respeito das normas sobre grupos, a Fundação Europeia deve referir-se ao direito respectivo do seu país de origem (e não a regulamentação comunitária); este aspecto apresenta-se em conformidade com o Regulamento da *Societas Europea*
- Normas sobre co-gestão aplicam-se a entidades com, pelo menos, 500 empregados
- Não há restrições contra mecanismos anti-aquisição (desde que compatíveis com o fim)

No comentário à proposta sustentamos que as normas sobre grupos aplicáveis à Fundação Europeia são as normas respectivas



do país de origem que se encontrem actualmente em vigor, obviando à necessidade da previsão de novas regras.

3. Fundações de origem pública/fundações de origem privada  
Visão comparativa (direito à constituição)

– Aprovação discricionária

(França, Grécia, Itália)

– Aprovação por entidade administrativa sem discricionariedade (Alemanha, Eslovénia, Finlândia, Espanha, Suíça – autoridade competente para o exercício da supervisão)

– Controlo pela autoridade competente para o registo

[República Checa, Estónia, Hungria, Polónia, Suíça (registo comercial), Inglaterra, Estados Unidos (entidade sem fins lucrativos)].

3. Fundações de origem pública/fundações de origem privada

– Visão comparativa (direito à constituição)

– Controlo por notário público

(Bélgica, Holanda, Suíça)

– Desnecessidade da prática de um acto formal

[Dinamarca, Suécia, Inglaterra e Estados Unidos (fundo fiduciário de fim caritativo)]

Na terceira parte, versamos as fundações de origem pública e as fundações de origem privada. Se analisarmos o regime vigente nos vários países, apuramos a subsistência de uma aprovação discricionária em França, na Grécia e em Itália. Na maioria dos outros países, já não existe discricionariedade na aprovação e na supervisão das fundações.

3. Fundações de origem pública/fundações de origem privada

Proposta, artigo 3.1 – Direito à constituição

“Qualquer pessoa tem o direito de constituir uma Fundação

Europeia, desde que cumpra as regras aplicáveis sobre a forma e sobre o conteúdo”.

Segundo a proposta (artigo 3.1), a todos (o Estado incluído) é reconhecido o direito de constituir uma fundação

3. Fundações de origem pública/fundações de origem privada  
Comentário à proposta (Direito à constituição)

– Qualquer: qualquer pessoa física ou jurídica (de origem privada ou pública)

– Direito à constituição: ausência de discricionariedade do Estado

– Cumprimento das regras relativas à forma e ao conteúdo: controlo do Estado exercido por notário, autoridade competente para o registo ou autoridade competente para o exercício da supervisão

Devo, porém, reconhecer que qualquer aprovação pode envolver alguma discricionariedade, assim como controlo, por parte das autoridades competentes para o registo, e mesmo o controlo pelo notário público. Se o notário disser: “recuso-me a atestar o documento tal como ele foi redigido”, o requerente terá, então, de ceder, sobretudo se o tempo escassear. Tive um caso em que a autoridade competente para o registo de um cantão na Suíça não permitiu a nomeação de uma pessoa colectiva como membro da administração da fundação. Devido à falta de tempo, não me foi possível sustentar em juízo a minha opinião discordante nos três anos seguintes. Por conseguinte, existe sempre um certo grau de discricionariedade em todas as decisões de aprovação.

3. Fundações de origem pública/fundações de origem privada  
Visão comparativa (conselho de administração)

- Apenas pessoas físicas  
[Dinamarca, Hungria, Áustria, Estados Unidos (entidades sem fins lucrativos)]
- Também pessoas jurídicas  
(Inglaterra, Alemanha, Holanda, Espanha, Suíça?, Suécia)
- Agentes do Estado/funcionários públicos  
(França: até 2003 obrigatoriamente, desde 2003 como conselheiro)

Ocorre, depois, a questão da escolha dos membros do conselho de administração da fundação. Em alguns países, só pessoas físicas estão habilitadas, noutros países, as pessoas colectivas podem, também, exercer as funções de administrador. Em alguns países, os agentes do Estado (funcionários públicos) podem ser eleitos, o que, de todo, não desejávamos – até a França está a recuar neste aspecto.

3. Fundações de origem pública/fundações de origem privada  
Proposta, artigo 4.1.2 – Membros do conselho de administração  
“O conselho de administração é composto por, ao menos, três pessoas físicas capazes, independentes e que não estejam entre si relacionadas”.

Segundo a proposta (artigo 4.1.2) o conselho de administração é composto por, ao menos, três indivíduos capazes, independentes e que não estejam entre si relacionados.

3. Fundações de origem pública/fundações de origem privada  
Comentário à proposta (Membros do conselho de administração)
- Três
  - Capazes (não menores)
  - Independentes (apenas os interesses da fundação)
  - Sem relação (uma com a outra)

– Pessoas: apenas pessoas físicas [não pessoas jurídicas (administradores de empresas), não agentes do Estado] por razões de transparência

“Capazes” significa que os membros não são menores. “Independentes” significa que os membros devem prosseguir exclusivamente o fim da fundação. Este é o ponto crítico no que respeita ao Estado. “Não relacionados” significa que os membros não podem ser relacionados entre si ou com os gestores. E ao estipular pessoas físicas, a proposta impede o Estado de exercer as funções de administrador da fundação por meio de delegação desses poderes em seus agentes. O Estado pode pois, formalmente, designar pessoas para o conselho de administração de uma fundação, mas apenas na qualidade de pessoas físicas, agindo em nome próprio e não como seus representantes. O Estado pode influenciá-los; em todo o caso, limita-se essa influência em qualquer sentido que se repute necessário. É claro que nos deparamos com o mesmo problema na escolha do conselho fiscal da fundação (artigo 4.2).

### 3. Fundações de origem pública/fundações de origem privada

#### Visão comparativa (actividades políticas)

- Não financiamento de partidos políticos/movimentos (República Checa)
- Regra contra o exercício de actividades políticas (Inglaterra e País de Gales)
- Restrições fiscais acerca do financiamento de actividades políticas (Estados Unidos)
- Fundações de apoio a partidos políticos (Espanha)

Confrontamo-nos, depois, com a questão das actividades políticas, se as mesmas são permitidas e, no caso de uma resposta afirmativa, que forma podem tomar. Hoje em dia, existem poucas

regras nacionais. No Reino Unido, apura-se uma norma contra o exercício de actividades políticas. Esta revela ser a norma nacional deste tipo mais desenvolvida. Na maioria dos outros países, as correspondentes normas não se apresentam muito desenvolvidas.

### 3. Fundações de origem pública/fundações de origem privada

Proposta, artigo 6.3 (Actividades políticas), parágrafo 1

“As Fundações Europeias podem envolver-se livremente na pesquisa, no ensino, na publicidade e noutras actividades relativas a qualquer tema que respeite a assuntos públicos, incluindo a crítica de decisões políticas ou de políticos”

Na nossa proposta (artigo 6.3 parágrafo 1), afirmamos que as Fundações Europeias podem envolver-se livremente na pesquisa, no ensino, e até em críticas à política e aos políticos.

### 3. Fundações de origem pública/fundações de origem privada

Comentário à proposta (actividades políticas)

- As fundações exercem o direito à liberdade de expressão
- Papel importante das fundações no debate público
- Menos restritiva do que a tradição do direito comum

Isto deve ser permitido, pois às fundações reconhece-se também a faculdade de exercer o direito de liberdade de expressão e aquelas desempenham um importante papel nos debates públicos, na formação da opinião pública. Ao permitir essa intervenção, desejámos ser menos restritivos do que a tradição do direito comum.

### 3. Fundações de origem pública/fundações de origem privada

Proposta, artigo 6.3 (Actividades políticas), parágrafo 2

“(...) as Fundações Europeias não podem desenvolver actividades de recolha de fundos ou de campanha destinada a apoiar ou a

promover a oposição a qualquer partido político ou ao candidato a um cargo público”

Por outro lado, a proposta considera que apoiar partidos políticos ou candidatos que concorram a cargos públicos seria ir longe demais (artigo 6.3, parágrafo 2).

### 3. Fundações de origem pública/fundações de origem privada Comentário à proposta (Actividades políticas)

– Proibição de apoio a partido político/político (indivíduo) pelas seguintes razões:

– O processo político e a esfera da utilidade pública devem manter-se separados

– As fundações privadas [mas não as fundações com um fim de utilidade pública (recebem benefícios fiscais)] podem apoiar partidos políticos

Por razões óbvias, não desejamos que as Fundações Europeias apoiem políticos (indivíduos) ou partidos políticos. Não é, porém, fácil estabelecer uma linha de demarcação ideal e dizer: “Isto já não é admissível”.

Este aspecto conclui os meus comentários sobre o tema “tipos de fundações”. Agradeço muito a todos terem-me ouvido.

***Hans Rainer Kuenzle***

First of all, I would like to thank you for this kind invitation to be here and to compare and enhance these two projects. As you all know, it is the hardest part of every conference to speak after lunch. I will try to do my best to keep you from falling asleep. Our subject for the next 15 to 20 minutes will be “types of foundations”.

*Table of Contents*

1. Public Benefit Purpose/Private Purpose (Family Foundations)
2. Economic Activities (Enterprise Foundations)
3. Public/Private Origin Foundations

According to the program, we will first deal with the difference between public benefit purposes and private purposes and then with the question whether family foundations have a place within the concept of the European Foundation. From a Swiss point of view, we think they have. And parenthetically, let me say I don't know exactly what I'm doing here as a citizen of a non-member state of the European Union (*laughter*). Nevertheless, I enjoy being here. But be prepared to hear some Swiss remarks from time to time. Switzerland has good relations with the European Union. Some relations are called Bilateral Agreements, and others are called bank accounts (*laughter*). The second part will deal with economic activities of foundations. And finally, the third part is something we also discussed this morning: How do state officials fit into these concepts.

A publication is due to appear shortly on the Bertelsmann project. I have written the first draft of the statute and therefore I know the concept which is behind this draft. Let me introduce you this concept, although I must admit that I did not always

know everything in advance: Some times I only found out after having written the draft which countries were in favour of our concept.

### 1. Public Benefit Purpose/Private Purpose

#### Comparative View

##### – A. Public benefit purpose

(Common law countries, Croatia, Czech Republic, France, Hungary, Lithuania, Luxemburg, Portugal, Romania, Slovenia, Spain)

##### – B. Useful purpose

(Finland, Italy, Poland)

##### – C. Any lawful purpose

[Austria, Belgium, Bulgaria, Denmark, Estonia, Greece, Germany, Liechtenstein, Norway, Sweden, Switzerland, United States (non-profit corporation legislation)]

Let me start with the purpose. In European countries you can find three basic concepts. A very restrictive one: the “public benefit purpose” is used in common law countries. A more open concept, defined as “useful purposes”, is applicable in countries such as Italy. Then we have countries where “any lawful purpose” is accepted as a public benefit purpose. But this does not mean that these countries are very different in practice.

### 1. Public Benefit Purpose/Private Purpose

#### Draft Art. 1.2 Public Benefit Purpose

“European Foundations serve public benefit purposes at domestic and international level...”

In our draft (Art. 1.2) we said, “European Foundations serve public benefit purposes at domestic and international levels”.



Then we defined about twenty subjects and went on to discuss at length whether we should include another point that allows “other public benefit purposes”. I have to admit that I was against this point (v) for tax reasons. This point raises problems of legal certainty and predictability, in other words, you can’t predict in advance how tax authorities will react to these so called “other purposes”.

### 1. Public Benefit Purpose/Private Purpose

#### Draft Commentary

- The European Foundation follows a strict approach (public benefit purpose) in order to get *support* from as many countries as possible
- The public benefit purpose *protects the capital* of the foundation *from being reverted back* to the founder (s)
- The granting of legal personality *protects the capital* of the foundation *from the creditors of the founder (s)* and subsequent donors.

In the draft commentary we say that this concept is following a strict approach and I am convinced it is necessary to follow a strict approach for tax reasons. The strict approach helps to protect the capital from reverting back to the founders and on the other hand from being taken over by creditors of the founders and donors.

### 1. Public Benefit Purpose/Private Purpose

#### Comparative View

- A. Prohibition of Family Foundations [France, Hungary, Slovenia – Spain (with exceptions for inheritance assets)]
- B. Split interest endowment [Portugal (Supreme Court of Portugal, 24.1.1996), United States (split interest charitable trust)]

– C. Restrictions for Family Foundations

– C1. Relief of Poverty

(Common law countries)

1. Public Benefit Purpose/Private Purpose

Comparative View

– C2. Needy family members

(Switzerland – costs of education, dowry or support in cases of need)

– C3. Limited scope of beneficiaries

(Denmark – founder, spouse, children)

– C4. Limited duration

(Austria – 100 years, comparable with rule against perpetuities)

– D. No Restrictions for Family Foundations

[Germany (tax restriction), Liechtenstein]

What did we say about private purposes? Do private purposes have anything to do with the concept of the European Foundation? I think it is very important to have the aspect of private purposes considered as important and necessary.

I will give you one or two examples why. Take the case of a couple that owns some 50 million euros. They wish to support research in the medical field and they want to establish a foundation. Now they have to decide whether to establish the foundation with 10 million and leave 40 million until their deaths for their own purposes. Or should they bring 40 or 45 million euros into the foundation and can they still be sure that with the rest of their money they will have enough for their living because they can go back to the foundation and will be covered in the event of financial need.

In Switzerland, foundations may only pursue public benefit purposes, but in our neighbouring country, Liechtenstein, we

have a real family foundation concept. Nowadays, the practical solution for cases as mentioned above is to create two foundations: a Lichtenstein foundation for the family purposes, which feeds the Swiss public purpose foundation. But this system is quite complicated. Our draft provides for an easier solution. The issue was how to bring civil and common law countries together. As you can see on the slide, civil law countries, such as France, Spain and others, prohibit family foundations. There is a very interesting concept in Portugal with the split interest endowment where you can bring the money into the foundation and hold back a split interest for the founders.

However, most of the civil law countries restrict family foundations: Some allow family foundations only for the relief of poverty; others, like Switzerland, allow family foundations only for costs of education and the like. You have a limited scope of beneficiaries in Denmark and a limited duration in Austria. I was very surprised to learn that Lichtenstein is really the only European country with full-ranging freedom for family foundations. In Germany, family foundations from a civil law point of view exist on paper, but tax restrictions practically prevent them from being established. We have family foundations in countries outside of Europe, for example in Panama where the Liechtenstein foundation model was copied.

#### 1. Public Benefit Purpose/Private Purpose

##### Draft 1.3 para. 2 Split-Interest Endowments

“The founder can restrict his donation in such a way that he, his spouse and his children are entitled to receive up to 30 percent of the foundation’s available revenue for distribution from that source for their lifetime. In any year this private distribution shall not exceed the foundation’s aggregate distribution for public benefit purposes”.

With all these restrictions it was not easy to find a solution for the European Foundation. We have chosen the Portuguese concept of split interest endowment on one hand and Denmark's practice of limiting the scope of the beneficiaries to the family members on the other hand. Article 1.3 with its split-interest endowment complies with both the common law system and the civil law system.

### 1. Public Benefit Purpose/Private Purpose

#### Draft Commentary

- Common Law: *life interest*
- Civil Law: *usufruct*
- Many countries: *hybrid structure*
- European Foundation solution:

#### *Split-interest endowment*

The European Foundation allows restricted endowments (distribution of up to 30% of the income to family members)

As you can read in our draft commentary, there was quite a lot of discussion in the core group. It was challenging to find solutions that both, common law and civil law, can comply with. Our solution draws from common law the life interest – how to split interests in time – and from the civil law we have taken the instrument of usufruct. The European Foundation solution was, as I said, the split-interest endowment. We have restricted this endowment to a distribution of 30 percent of the income and in the second sentence we have defined another restriction. One can argue that 30 percent is too much, but one has to start with some figure. We think we have found an adequate solution for the delimitation of public and private purposes in bringing together the two laws. And we hope that this will serve as a solid basis for on-going discussion.

## 2. Economic Activities (Enterprise Foundations)

### Comparative View

#### – No special restrictions

[Germany (trading subordinated to public benefit?), Netherlands (new legislation), Portugal (profit must be used for public benefit purpose), Sweden, Switzerland (*BGE* 127 III 337), United States (observing non-distribution constraint)]

#### – Trading subordinated to public benefit activities

[Denmark (non-enterprise foundation), England, Spain, etc.]

The second part of my presentation deals with enterprises. This morning we discussed the interest of the state in foundations – and the interest of the state very often deals with economic activities. A comparative view shows that there are several countries with no special restrictions concerning economic activities of foundations, but most countries apply in practice some kind of restriction. For example, in Germany and in the Netherlands there are formally no restrictions but in practice there are always restrictions. In Switzerland, there is formally no restriction but up until three years ago, it was unclear whether enterprise foundations were allowed at all; at this time the Swiss Federal Supreme Court decided that enterprise foundation are not prohibited by law.

## 2. Economic Activities (Enterprise Foundations)

### Comparative View

#### – Restrictions

[Denmark, Spain (notice to Supervisory Authority as soon as controlling interest is held), United States (tax law)]

#### – Requirement to use a subsidiary company

[Greece (strict budget rules for foundations)]

#### – Special provisions for Enterprise Foundations

[Denmark (Act on Enterprise Foundations), Norway and Sweden

(provisions in foundation law), Netherlands (provisions in commercial law)]

The most common restrictions refer to the questions of whether a foundation needs a subsidiary company for its economic activities and whether special provisions are necessary to guide the enterprise foundation.

## 2. Economic Activities (Enterprise Foundations)

Draft Art. 6.2 Economic Activities (Trading) para. 1

“A European Foundation must not engage in permanent trading as a direct activity”

When writing the draft, I was not aware that Greece is offering the same solution: Trading – as we called it – shall only be allowed for foundations as indirect activity, i.e. through a subsidiary company (Art. 6.2 para. 1).

## 2. Economic Activities (Enterprise Foundations)

Draft Commentary (Direct Activities)

- Stricter rule than most national rules, for the following reasons:
- No avoiding of business organization rules
- No rules for creditor protection necessary (company law, commercial law, insolvency law)
- Exception for small-scale economic activities
- *Hospitals, museum shops etc. must be brought into an underlying company*

We did not allow direct activity because we did not want foundations to become an instrument for avoiding business organization rules. We have the example of a “Big 4” company in Switzerland that protects the company from being taken over by bringing

it into an enterprise foundation. This is another motive and has nothing to do with the motive of having to finance the purpose of the foundation. We found that it would have been very complicated to formulate rules for creditor protection. With the prohibition of direct economic activities, there was no need for such creditor protection rules. In company law, commercial law and insolvency law every country of the European Union has a lot of rules for creditor protection. The solution we have chosen at the end was to allow economic activities by foundations only within and by an underlying company and not as direct activity. Exceptions apply for small-scale activities. This means that you can run a small kiosk selling postcards. But hospitals, museums and even museum shops would go too far. This solution seemed to be appropriate, even for existing economic activities.

## 2. Economic Activities (Enterprise Foundations)

Draft Art. 6.2 Economic Activities (Trading) para. 2

“A European Foundation may hold a controlling interest in another undertaking which engages in permanent trading only if such trading is within the foundation’s public benefit purpose or ancillary with a view to furthering it (related economic activities) or in the circumstances described in the next paragraph”

In a second paragraph of Art. 6.2 we say that economic activities within an underlying company are allowed if they are related to the purpose of the foundation.

## 2. Economic Activities (Enterprise Foundations)

Draft Commentary (indirect/*related* activities)

- Controlling interest: no percentage limit
- Related economic activities must be *within* or *ancillary* to the foundation’s own public benefit purpose

At this point, we address the next dimension: the state, the influence of the state and whether the state may also run enterprise foundations.

## 2. Economic Activities (Enterprise Foundations)

Draft Art. 6.2 Economic Activities (Trading) para. 3

“A European Foundation may hold a controlling interest in another undertaking which engages in any other kind of permanent trading with a view to profit (unrelated economic activities) only if (i) the profits derived there from are used solely for the furtherance of the foundation’s public benefit purpose and (ii) the interests of that other undertaking do not conflict with the furtherance of the foundation’s purpose”

The next question would then be: Are only related activities allowed or also some unrelated activities? Related activities are, of course, allowed, and in the next paragraph (Art. 6.2 para. 3) we allow also unrelated activities if the profit is used for the furtherance of the foundation’s public purpose and the activities do not conflict with the purpose of the foundation.

## 2. Economic Activities (Enterprise Foundations)

Draft Commentary (indirect/*unrelated* activities):

- Economic activities can help to *finance* the public benefit purpose and should therefore be *allowed*
- Economic activities are not infrequently unduly risky or might prejudice the furtherance of the foundation’s public benefit purpose and should therefore be *restricted*

## 2. Economic Activities (Enterprise Foundations)

Draft Commentary (indirect/*unrelated* activities):

- For *group law rules* the European Foundation should refer to the respective group law of the “home” country (and not an EU



regulation); this is in line with the regulation of the *Societas Europea*

- *Rules of co-determination* shall apply for entities with 500 employees or more
- No restrictions against *Anti-Takeover Devices* (as long as compatible with purpose)

In the commentary of the draft we say that the group law rules of the European Foundation should refer to the respective rules of the home country that are in place today, so there is no need to establish new rules.

### 3. Public/Private Origin Foundations

Comparative View (Right to establish)

- Discretionary Approval  
(France, Greece, Italy)
- Approval by administrative body without discretion [Germany, Slovenia, Finland, Spain, Switzerland (supervising authority)]
- Control by registration authority [Czech Republic, Estonia, Hungary, Poland, Switzerland (commercial register), England, United States (nonprofits corporation)]

### 3. Public/Private Origin Foundations

Comparative View (Right to establish)

- Control by notary public  
(Belgium, Netherlands, Switzerland)
- No formal act necessary  
[Denmark, Sweden, England and United States (charitable trust)]

In the third part we deal with foundations of public and private origin. If we take a look at what is in place in the various countries today, we still see a discretionary approval in

France, Greece and Italy. In most other countries there is no longer discretion in approving and supervising foundations.

### 3. Public/Private Origin Foundations

#### Draft Art. 3.1 Right to Establish

“Anybody has the right to establish a European Foundation as long as that person complies with the prescribed rules as to form and content”

According to the draft (Art. 3.1) everyone (and that includes the state) has the right to establish a foundation.

### 3. Public/Private Origin Foundations

#### Draft Commentary (Right to Establish)

- Any body: any individual or legal person (of private or *public origin*)
- Right to establish: *Absence of state's discretion*
- Comply with form and content: *State control* by notary, registration authority and supervising authority

But I have to admit that every approval might entail some discretion, as well as control by registration authorities, even control by the notary public. If the notary says: “I will not notify a document the way you have prepared it”, then you have to give in, especially when you are short of time. I had a case where the registration authority of a canton in Switzerland did not allow to appoint a legal person as member of the foundation board. Due to lack of time, I could not go to court and fight for my dissenting opinion for the next three years. Therefore some discretion always lies within every approval decision.

### 3. Public/Private Origin Foundations

#### Comparative View (Board member)

- Only individuals  
[Denmark; Hungary, Austria, United States (non-profit corporations)]
- Also legal persons  
(England, Germany, Netherlands, Spain, Switzerland (?), Sweden)
- State officials (civil servants)  
(France: Until 2003 compulsory, since 2003 as advisor)

Then we have the question of how to choose members of the board of directors of the foundation. In some countries only individuals are eligible, in other countries, legal persons may also act as director. In some countries, state officials (civil servants) can be elected, which we did not want at all. Even France is stepping back from this.

### 3. Public/Private Origin Foundations

Draft Art. 4.1.2 Board members

“The Board of Directors is composed of at least three competent, independent and unrelated natural persons”

According to the draft (Art. 4.1.2) the board of directors is composed of at least three competent, independent and unrelated individuals.

### 3. Public/Private Origin Foundations

Draft Commentary (Board members)

- Three:...
- Competent:... (no minors)
- Independent:... (only interests of the foundation)
- Unrelated:... (to each other)
- *Persons*: only individuals [no legal persons (corporate directors), *no state officials*] for the reason of transparency

“Competent” means no minors. “Independent” means that the members have to further only the purpose of the foundation. This is the point where it gets critical as far as the state is concerned. “Unrelated” means that members cannot be related to each other, or to the managers. And by stipulating individuals, the draft prevents the state from acting as director by delegating state officials into a foundation. So, formally of course, the state may delegate people to a foundation’s board but only as individuals, not as representatives of the state. The state can influence them; but in any case, the state’s influence is limited in all necessary ways. Of course we have the same problem in choosing the members of the supervisory board of the foundation (Art. 4.2).

### 3. Public/Private Origin Foundations

#### Comparative View (Political Activities)

- No financing of political parties/movements (Czech Republic)
- Rule against politics (England and Wales)
- Tax restrictions regarding sponsoring of political activities (United States)
- Foundations to support political parties (Spain)

Then we are faced with the question of whether political activities are allowed and if so, in what way. Today, only few national rules exist. In the UK, there is a rule against politics. This seems to be the most developed rule of its kind in all countries. In most of the other countries the respective rules are not very well developed.

### 3. Public/Private Origin Foundations

#### Draft Art. 6.3 Political Activities

##### para. 1

“European Foundations may engage freely in research, education, publicity and other activities with respect to any issue affecting public affairs, including criticism of policies or politicians”

In our draft (Art. 6.3 para. 1), we say that European Foundations may engage freely in research, education and so on and even in criticism of politics and politicians.

### 3. Public/Private Origin Foundations

Draft commentary (Political Activities)

- Foundations shall exercise the right of freedom of expression
- Important role of foundations in public debate
- Less restrictive than common law tradition

This should be allowed because foundations should also be able to exercise the right of freedom of expression and because foundations have an important role in public debates, in building public opinion. In allowing this we wanted to be less restrictive than the common law tradition.

### 3. Public/Private Origin Foundations

Draft Art. 6.3 Political Activities

para. 2

“European Foundations may not engage in fundraising or campaigning to support or oppose any political party or candidate for public office”

On the other hand, the draft considers supporting political parties or candidates running for office as going too far (Art. 6.3 para. 2).

### 3. Public/Private Origin Foundations

Draft commentary (Political Activities)

- Prohibition to support political party/politician for the following reasons:
- Political process and public benefit sphere should be kept separate
- Private foundations [but not (tax privileged) public benefit purpose foundations] may support political parties

For obvious reasons, we do not want European Foundations to support politicians or political parties. But it is not easy to draw the line at the appropriate point and say: “This is no longer admissible.”

This concludes my comments on the subject “types of foundation” and I thank you all very much for listening.

## João Caupers

Muito boa tarde a todos.

Em primeiro lugar, gostaria de agradecer à Fundação Luso-Americana, na pessoa do Dr. Rui Machete, a gentileza de me ter convidado. Gostaria também de cumprimentar alguns dos presentes, em particular algumas caras conhecidas, das lides académicas, colegas e antigos alunos que revejo com muito gosto.

Vou tecer-lhes algumas considerações muito breves sobre um aspecto pontual do projecto que consultei no livro do Dr. Rui Machete, chamado *Modelo Legal para as Fundações de Utilidade Pública na Europa*. É sobre o texto da versão portuguesa que eu me vou pronunciar.

Devo dizer-lhes que, por razões que se prendem com a época em que decorre esta intervenção, que é de grande azáfama na minha Faculdade, entre exames e a preparação do próximo ano lectivo, o tempo foi absolutamente mínimo e não consegui preparar uma intervenção detalhada. O resultado final é um pouco caótico e um tanto superficial, mas, em todo o caso, não deixarei de partilhar convosco algumas reflexões sobre um dos pontos desse projecto. O ponto que despertou a minha atenção é o n.º 1 do artigo 5.º, porque se trata de uma disposição que incide sobre um problema de que eu já tinha tratado lateralmente e que me merece muitas reservas.

O n.º 1 do artigo 5.º do projecto diz, no texto português, “*A Fundação é instituída através de escritura pública, instrumento fiduciário, trust ou testamento, por qualquer pessoa singular ou colectiva ou por qualquer organismo público. Se a Fundação tiver sido criada por um organismo público é administrada com independência da entidade instituidora*”. Foi precisamente esta expressão que me despertou a atenção, por incidir sobre um aspecto de que já me tinha ocupado: esta referência a administração “*com independência da entidade instituidora*”.

Preocupa-me o sentido que pode ser atribuído a esta independência e os riscos que estão envolvidos nela. Por outras palavras, preocupa-me a questão da compatibilidade das características das fundações com a prossecução necessária de interesses públicos determinados, que é uma característica dos entes públicos. Como é que se podem conciliar estas duas coisas: a independência da fundação, criada por um ente público, e a circunstância de esse ente público ter, naturalmente, que prosseguir interesses públicos – e não uns interesses públicos quaisquer, mas *certos* interesses públicos – que lhe são confiados pela lei.

Antes de emitir a minha opinião sobre o tema, quero desfazer um equívoco terminológico. É que, ao falar de fundações criadas por entes públicos, não estou a falar daquilo que nós, administrativistas portugueses, chamamos “fundações públicas”. As fundações públicas, sobre os quais escreveram autores como o Professor Marcelo Caetano e o Professor Diogo Freitas do Amaral, merecem, na nossa língua, a designação de “fundos públicos”. Não têm as mesmas características que as fundações propriamente ditas.

De resto, estes fundos públicos não suscitam problemas de compatibilidade entre a autonomia e a prossecução dos interesses públicos, pela razão simples de que a eles se aplicam os instrumentos de que o Estado dispõe para garantir a unidade do exercício da actividade administrativa pública. Refiro-me, naturalmente, aos poderes a que a Constituição Portuguesa chama de “superintendência” e de “tutela”. Tal compatibilização é assegurada por via destes instrumentos previstos na Constituição e nas leis e que não levantam dúvidas de maior.

Do que eu estou a falar é de fundações propriamente ditas, das fundações que se encontram entre nós reguladas no Código Civil e que são constituídas com base numa afectação patrimonial, dotada de estabilidade e autonomia e vinculada a fins determinados por uma entidade pública.



Quais são os parâmetros normativos da análise deste problema?

Em primeiro lugar, a Administração Pública portuguesa tem o encargo, constitucionalmente atribuído, de prosseguir interesses públicos. Cito o conhecido preceito do n.º 1 do artigo 266.º da Lei Fundamental, que claramente estabelece a ligação entre a Administração e a prossecução do interesse público. A doutrina administrativa nunca duvidou de que os interesses públicos que a Administração Pública prossegue ou deve prosseguir são eminentemente variáveis. Essa variabilidade dos interesses públicos tem inúmeras projecções no direito administrativo português. É ela que justifica, por exemplo, o regime de revogabilidade dos actos administrativos – nos limites da protecção da confiança, naturalmente.

Depois, temos, para estas fundações, aspectos essenciais regulados no Código Civil, que funcionam como parâmetros legais para entidades desta natureza.

Desde logo, aquilo que a lei designa como a irrevogabilidade do acto de constituição, estabelecida no n.º 3 do artigo 185.º do Código Civil. A constituição da fundação é, pois, irrevogável.

Ao contrário, todos nós sabemos que as entidades públicas – com excepção daquelas que têm estatuto constitucional – podem ser criadas hoje e extintas amanhã. Amanhã o Estado poderia, se quisesse, extinguir, com um só diploma legal, todos os institutos públicos, incluindo os fundos públicos, sem, com isso, ofender a Constituição. Claro que seria uma insensatez; mas não seria uma inconstitucionalidade.

Como testemunho da independência da fundação, temos, depois, o esgotamento da capacidade de intervenção do fundador, tal como se encontra prevista no artigo 186.º do Código Civil. O mais que aqui se prevê é que o fundador possa especificar o fim da fundação e tomar algumas providências iniciais,

providências contemporâneas da instituição, no que respeita à sede, à organização, ao funcionamento, à transmissão, à extinção e ao destino dos bens, nesse momento isolado no tempo em que nasce o ente.

A independência da fundação manifesta-se ainda noutro plano: a modificabilidade limitada dos estatutos, prevista no artigo 189.º do Código Civil. É verdade que os estatutos podem ser modificados, mas o fim estabelecido e a vontade do fundador têm sempre de ser respeitados. Naturalmente, na criação de uma fundação por iniciativa de um ente público releva sobretudo o fim estabelecido.

Dito isto, julgo oportuno recordar que existe uma disposição legal vigente no ordenamento jurídico português, não há muitos anos, que expressamente atribui o poder de fundar a certo tipo de entidades públicas. Refiro-me às autarquias locais – aos municípios, mais exactamente. Na realidade, o artigo 53.º, n.º 2, alínea l) do Decreto-Lei n.º169/99, de 18 de Setembro, prevê e atribui essa capacidade de fundar aos municípios. Devo dizer-lhes que, em textos escritos em data anterior a esta disposição, se encontrava na doutrina portuguesa quem questionasse tal possibilidade. Foi o caso do Professor Vital Moreira.

Curiosamente, posição idêntica se encontrava na doutrina espanhola, onde o Professor Parejo Alfonso manifestou o mesmo tipo de reservas.

Confesso que partilho, em larga medida, das dúvidas destes autores quanto a esta possibilidade. O problema consiste em saber se é possível conciliar as garantias de independência da fundação – sem as quais não será respeitado o Código Civil – com o controlo que o ente público tem de manter sobre a actividade da mesma fundação; porque se este controlo não existir, há o risco de a fundação decair na prossecução do interesse público que está legalmente confiado à entidade pública instituidora.

Bom, eu julgo que esta conciliação desejável é uma tarefa muitíssima complexa, porque aqui se contrapõem dois princípios muito importantes. Por um lado, a autonomia das fundações impõe que estas, de alguma forma, sejam imunes a eventuais tentativas dos entes públicos instituidores de condicionar a respectiva actividade; por outro, a defesa da variabilidade dos interesses públicos tem de permitir ao ente público instituidor alguma forma de interferência na acção da fundação, de forma a adaptar a respectiva actuação a interesses públicos cada vez mais voláteis.

Pergunto-me, e é a pergunta com que os vou deixar, se a questão não estará deslocada. Isto é, talvez que a questão que realmente importa discutir não seja tanto a de saber se é possível a harmonização daqueles dois princípios mas, sim, se existe justificação bastante para que as entidades públicas possam constituir fundações.

Por outras palavras: há alguma vantagem, algum benefício, na atribuição a entidades públicas do poder de criar fundações, tal como estas se encontram previstas no Código Civil?

Devo dizer-vos que eu pessoalmente não estou convencido de que haja. Não encontro razões decisivas para atribuir a entidades públicas – inclusive aos municípios – tal poder. Alguns recordar-se-ão de episódios da nossa história recente, que ilustram os inconvenientes que podem resultar de um mau exercício deste poder. Houve um caso famoso em Portugal em que um ministro caiu por causa da constituição de uma fundação para a prevenção rodoviária. Também, num levantamento curto, feito por um amigo, verificou-se que existem várias dezenas de fundações deste tipo, entre as quais se encontrava uma muito curiosa, criada pelo Município de Gaia, com a finalidade única ou principal de favorecer o Futebol Clube do Porto.

O meu cepticismo resume-se, então, à pergunta: porquê fazer isto? Porquê permitir que uma entidade pública afecte recursos

públicos a um certo fim, perdendo depois a capacidade de controlar a prossecução desse fim – e, também, a afectação dos inerentes recursos, que, normalmente, são provenientes dos nossos impostos –, sem que seja evidente a vantagem decorrente dessa atribuição?

Deixo-vos, pois, com esta pergunta provocatória, agradecendo a vossa atenção.

**João Caupers**

Good afternoon everyone.

First I would like to thank the Luso-American Foundation and most especially Dr. Rui Machete, for having invited me. I would also like to greet some of the people here, familiar faces from academic circles – colleagues and former students – who I am pleased to see again.

I am briefly going to broach a few issues dealing with a particular subject regarding the project *Model Law for Public Benefit Foundations in Europe*, which I found in Dr. Machete's book. I will refer to the Portuguese version of the book.

I should mention that currently things are a-bustle at my Faculty with exams and preparing for the new academic year, so the time I had to devote to this talk was minimal and I didn't manage to put together a very detailed presentation. The end result may come off as a bit chaotic and superficial, but I can't resist sharing with you a few thoughts I had on one of the points in the project. The point that piqued my attention the most was number 1 of article 5 because it highlights an issue I had dealt with on the side and was a question that awakened in me several reservations.

Number 1 of article 5 of the project states, "A foundation shall be created by notarial or trust deed or by will by any natural or legal person or public body. Where a foundation has been created by a public body it shall be managed independently of it". It was precisely this statement that caught my attention because it was an issue I had previously dealt with. The quote was "...it shall be managed independently of it (public body)".

What concerns me is what is meant by "independence" and the risks it implies. In other words, I am concerned with knowing how compatible a foundation's characteristics are with its

mission to serve certain public interests, which is a feature of all public entities. How can you reconcile these two things: the independence of the foundation created by a public entity and the fact that that a public entity must serve public interests – and not just *any* public interests but certain public interests entrusted to it by the law?

Before I pronounce my opinion on this issue, I want to clear up a misapprehension regarding terminology. When I say foundations created by public entities, I am not referring to what those of us who are Portuguese administrative scholars call “public foundations.” Public foundations such as those discussed in works by Professor Marcelo Caetano and Professor Diogo Freitas do Amaral, should actually be designated as “public funds” in the Portuguese language. They do not share the features of a foundation *per se*.

In reality, there is no compatibility problem between the autonomy of these funds and their aim to serve the public interest for the simple fact that they are subject themselves to the instruments the State possesses to guarantee the cohesion needed to carry out public administration activities. Here I am referring to those powers that the Portuguese Constitution calls “supervision” and “guardianship”. Therefore, compatibility is assured by these instruments laid down in the Constitution and in the law, all of which doesn’t leave much room for doubt.

What I am talking about are foundations *per se*, the foundations regulated by the Civil Code, and that are set up through financial endowment, enjoy stability and autonomy, and are bound to certain aims determined by a public entity.

What norms are we to use in analyzing this issue? First, Portugal’s Public Administration is constitutionally charged with pursuing public interests. I will cite the well-known pre-

cept in number 1 of article 266 of our Basic Law which clearly establishes a link between the Administration and the pursuit of the public interest. As far as administrative doctrine is concerned, there was never any doubt that the public interests Public Administration pursues or should pursue vary widely. This widely variable nature of public interests has had countless effects on Portuguese administrative law. For instance, it is precisely this that lends credence to the regimen that makes administrative acts revocable – while still safeguarding trust, of course.

Then there are essential aspects of these foundations that are regulated by the Civil Code and act as legal parameters for entities of this nature. Right off, we have what the law designates as the irrevocability of the act of establishment, grounded in number 3 of article 185 of the Civil Code. The set-up of a foundation is, therefore, irrevocable.

On the other hand, we all know that public entities – with the exception of those that have constitutional status – can be created one day and terminated the next. If the State so desired, with a single decree, it could terminate all public institutes tomorrow, including the public funds, without treading on the Constitution. Of course, it would be foolhardy; but it wouldn't be unconstitutional.

To bolster up the independence of the foundation, we find that the ability of the founder to intervene is diminished, a feature provided for by article 186 of the Civil Code. With regard to the founder, the most we see laid down here is that the founder can specify the foundation's purpose and set down a few initial terms, when the foundation is being set up, regarding the foundation's registered office, organization, operation and the transfer, dissolution and final destination of its assets – but only at the precise moment in time when the foundation is being created.

The foundation's independence is also manifested in another way: the limit on modifications that can be made to its statutes, as provided for by article 189 of the Civil Code. Yes, the statutes can be modified, but the purpose assigned to the foundation and the wishes of the founder must always be respected. Of course, when it comes to a foundation created by the initiative of a public entity, what takes primacy is the purpose that has been set.

With this in mind, it would be wise for us to recall that the Portuguese legal system contains a comparatively new provision that expressly gives certain types of public entities founding powers. I am talking about local governments, more precisely municipalities. In point of fact, article 53, 2, l) of Decree-Law 169/99 of 18 September, both lays down and attributes the powers to found to municipalities. I should mention that in terms of Portuguese legal doctrine found in certain texts dating before this provision, there are authors who question these powers. The writing of Professor Vital Moreira is one case in point. The same position can be found in Spanish legal doctrine, where Professor Parejo Alfonso exhibited the same kind of reservations.

I must confess that, to a great extent, I share the concerns of these writers regarding this possibility. The issue centers on whether it is possible to conciliate the guarantees for a foundation's independence – without which one would be disobeying the Civil Code – with the control the public entity must exert on the activities of that same foundation; because if this control did not exist, the foundation would risk neglecting the public interest which has been legally entrusted to the public entity that founded it.

I think this conciliation is desirable but a very complex task because there are two very important principles at loggerheads here. On the one hand, foundation autonomy in one way implies that foundations be immune to attempts by founding entities



to condition their activities. On the other hand, public interest is mutable and the founding public entity must somehow be allowed to interfere in the foundation's activities, so that it can adapt that foundation's performance to public interests that grow increasingly fickle.

I ask myself – and it is the subject I will leave you with – if the question is not misplaced. I mean, maybe the really important issue to discuss is not so much whether it is possible to harmonize the two principles, but whether there is sufficient justification for public entities to have founding powers.

In other words: is there any advantage, any benefit, in giving public entities the power to set up foundations, as provided for in the Civil Code?

I must say that I personally am not convinced that there is. I have not found compelling reasons to grant these powers to public entities, and that includes municipalities. Some of you may recall a few recent episodes that illustrate the drawbacks resulting from the misuse of this power. Here in Portugal there was a famous case where a cabinet minister was unseated because he had been involved in the set-up of a foundation promoting road safety. In a quick survey done by a friend of mine it came to light that there are literally scores of foundations of this nature, including a particularly interesting one, founded by the Municipality of Gaia, whose sole or main aim is to benefit Porto Football Club.

So, my skepticism boils down to a single question: why do it? Why allow a public entity to channel public resources towards a certain purpose, when it may later lose the ability to control the achievement of that aim – and also over the allocation of the resources involved usually coming from the taxpayers – without there being any seeming advantage in the way the resources were allocated?

I'll end here, leaving you with this provocative question. Thank you for your attention.

## Perguntas e respostas

*Pergunta – Em primeiro lugar, gostaria de responder ao Prof. João Caupers e depois colocar, eu próprio, uma questão. Antes de fundamentar a resposta, devo tecer algumas considerações que lhe confirmam sentido. Se é verdade que o Estado actua por um princípio de competência, também é verdade que o Estado prossegue o interesse público por qualquer forma que se revele possível.*

*Podemos fazer uma comparação muito rápida, embora algo superficial, com as empresas públicas e as empresas privadas. Se a forma empresarial serve ao Estado, também lhe serve a forma fundacional. Os espanhóis utilizam-na para o mesmo fim – que é a saúde pública. Portugal escolheu a forma empresarial e Espanha escolheu a forma fundacional. Há obras académicas publicadas sobre o tema.*

*Respondendo, pois, num sentido negativo, não há nada que impeça o Estado de criar uma permissão relativa à instituição de fundações. Agora, isto levanta, é claro, os problemas que o Sr. Professor focou. A esse respeito, e embora a minha investigação não esteja concluída, eu estou inclinado a pensar que o Estado pode chegar a conseguir o tipo de fundação que o Sr. Professor caracterizou como complexa, em virtude da conjugação das limitações impostas pelo direito público com o princípio de liberdade do direito privado.*

*A minha preocupação consiste em fundir o público e o privado no modelo fundacional. Concluí que o instrumento mais próximo de uma lei ao dispor de uma fundação são os seus estatutos. E se o público e o privado puderem contratuá-los, negociar esses estatutos, é possível que o privado consiga a sua liberdade, da mesma forma que conseguiria se negociasse sozinho, ou se o fundador tivesse que escolher sozinho como seria regida a vida da fundação. Do mesmo modo, as entidades públicas podem tentar incluir nesses estatutos mecanismos que protejam e imponham os deveres impostos pela lei e pela Constituição.*

*O exemplo em que tenho pensado, e que já existe em Portugal, corresponde à utilização do enquadramento que foi criado em 2001 (e também em 2003) para as chamadas parcerias público-privadas na saúde. Ou seja, em vez de o Estado negociar com os particulares os estatutos da sociedade anónima, veículo para a construção do hospital e para a sua gestão, o Estado negociaria com um particular os estatutos de uma fundação que serviriam para gerir, durante 30 anos, um hospital em que o Estado tem, obviamente, representação e beneficia de um amplo conjunto de poderes. Por isso, penso que há alguma margem de manobra, não só através do contrato, mas mediante um enquadramento mínimo. A figura empresarial existe em Portugal, havendo também uma lei das empresas públicas que, depois, actua por cima do normal Código das Sociedades Comerciais.*

*Gostaria de ouvir a opinião do Prof. João Caupers quanto a esta aparente solução do problema.*

*João Caupers* – Não estou absolutamente convencido de que não tenha razão. Mas tenho algumas dúvidas, que não ficam esclarecidas com a sua intervenção. Uma delas é porque considero mais legítimo o argumento “porque sim” do que o argumento “porque não”. Ou seja, qual é a razão substancial, além de a lei não impedir? Tem de haver uma qualquer razão que recomende a utilização do modelo fundacional. E a pergunta que estamos a colocar é: existirá essa razão?

A sua comparação com o modelo empresarial não me parece totalmente conseguida, por duas razões. Em primeiro lugar, em Portugal nunca houve qualquer problema de controlo em relação às empresas por parte do Estado, adoptassem elas formas previstas na lei comercial ou não. A influência do Estado sempre foi mais profunda.

Devo dizer-lhe que há já vários anos que tenho vindo a ler e a ouvir discussões entre autores espanhóis acerca disto. Alguns debates são violentos, com os campos extremados. E uma das

coisas que me disseram foi que a adopção do modelo fundacional, por exemplo, para os hospitais, foi um desastre completo. Portanto, o tema parece-me muito controvertido. Se é verdade ou não, não sei. O senhor saberá melhor. Eu gostaria de ser convencido, mas, para me convencer, tem de apresentar mais argumentos, embora compreenda o seu ponto de vista.

Numa pequena prospecção de países que fiz sobre este tema, vi que nos países latino-americanos se discutia, não tanto se era possível, mas qual era o grau de interferência pública. Ou seja, se se tratava de entidades públicas ou de natureza privada. Isto é curioso, porque é outra maneira de discutir o problema.

Julgo que faz mais sentido começar por perguntar se é vantajoso que as fundações existam para um certo tipo de finalidades, que podem ser melhor desempenhadas por elas. E, se nos convenceremos que sim, então há um segundo problema: como cozinhar a receita?

*Hans Rainer Kuenzle* – Há outra dimensão que tem de ser ponderada. Na Suíça e em muito outros países, existem não só fundações privadas, mas também fundações públicas. Se o Estado pretende criar uma fundação, pode eleger entre uma fundação pública, regida pelo direito público, e uma fundação privada, regulada pelo direito privado. A Fundação Europeia faz parte do direito privado. Se o Estado quiser utilizar a figura de uma fundação e escolhe a instituição privada, tem de cumprir as regras respectivas.

Em Zurique, existe uma Biblioteca Central, que foi criada pelo Cantão de Zurique e pela Cidade de Zurique. Houve uma questão polémica sobre a lei aplicável à Biblioteca, se o direito público do Cantão, se o direito público da Cidade. A decisão final determinou a competência do direito privado. O direito privado é hoje aplicado, embora a escritura de constituição descreva a Biblioteca como uma “Biblioteca pública”.

Se declararmos que o direito privado rege as Fundações Europeias, o Estado – usando este veículo – pode ser compelido ao cumprimento de normas restritivas.

Cristina Baptista – *Sou muito sensível à questão das fundações municipais e vejo nelas uma grande utilidade, não de índole jurídica, mas na perspectiva política da intervenção local. As fundações municipais têm tido um papel muito relevante no aparecimento e desenvolvimento de projectos, sobretudo, de índole socio-cultural em muitas regiões do país.*

*Há maus exemplos de criação de fundações municipais, mas há também, bons exemplos, nomeadamente pequenas fundações que gerem as casas-museus espalhadas pelo país. Há muitas fundações que são promovidas pelas autarquias locais e que depois agregam fundos de pequenos empresários, pessoas privadas, de outras instituições, para prosseguirem um fim específico de interesse local, mas que é um fim importante na perspectiva daquela comunidade em que surgem e se integram.*

*Desse modo, em vez de discutir a questão jurídica, ou se devem ou não existir estas fundações, interessa-me saber se estas fundações são ou não úteis. E se elas são úteis, há que regulá-las; há que criar os instrumentos legais adequados de forma a que, mantendo esta utilidade, se evitem os abusos. Julgo que a nossa falha neste momento é a seguinte: nós não temos uma legislação que regule a instituição deste tipo de fundações; de fundações que, contando com fundos públicos (e alguns com fundos públicos muito significativos), contam, também, com importantes e significativos fundos privados. Esta, para mim, é uma questão central.*

*Além disso, a grande maioria das fundações de origem pública de que falámos são fundações deste tipo. Os casos excepcionais são, precisamente, as fundações que provocaram escândalo. Estas não são a regra, não representam o universo deste tipo de fundações, são casos marginais. É muito importante termos esta realidade presente. Em 2001/2002, o Centro Português de Fundações fez um inquérito*

*às fundações e as cerca de 50 fundações de origem municipal assinalaram, como principal motivo da criação da fundação, a captação de fundos privados. Noutras palavras, o fundo público funcionou aqui como o motor, como uma forma de credibilização da instituição, e como uma forma de chamar ao projecto fundos privados. Quem conhece o universo de pequenas fundações por esse país fora, sabe que há muitas fundações que dificilmente teriam viabilidade se as autarquias locais não estivessem, de alguma forma, envolvidas nos projectos. Há também muitas instituições particulares de solidariedade social que dificilmente seriam viáveis se as autarquias locais não estivessem envolvidas, de algum modo, na sua dinamização.*

*Outra questão, que foi colocada pelo colega, diz respeito à utilização da figura fundacional para a gestão dos hospitais em parcerias público-privadas. Bem, a esse respeito tenho as maiores dúvidas. Não se pode impedir que as fundações já constituídas possam integrar os consórcios candidatos a esse tipo de concessões, em parceria público-privada. Essa é, no entanto, uma situação diferente. Não se trata da constituição de uma fundação, mas antes de as fundações agirem para rentabilizar os seus fundos, integrando os consórcios. Até porque eles, normalmente, têm taxas de rentabilidade que são interessantes para as fundações. Julgo, pois, que isso deve ser ponderado no sentido de uma oportunidade de investimento para a fundação, e não da utilização da fórmula fundacional para aquele fim específico. Até porque ela correu mal em Espanha: aliás, a legislação já foi revogada, porque não chegou a funcionar ou funcionou mal. Eis as ideias que eu desejava referir. Gostaria que o Sr. Professor Caupers as comentasse.*

*João Caupers* – Não tenho comentários a fazer quanto à sua última questão, só em relação à primeira. Eu compreendo as razões e até o mérito de algumas fundações de interesse local. Mas o que me parece importante é discutir o que isso significa, neste momento, quando há perda de controlo sobre recursos

públicos. Isso não acontece nas instituições particulares de solidariedade social, que estão sujeitas a uma fortíssima intervenção tutelar, e estão sujeitas a controlos vários. O que eu digo é que não parece razoável, nem parece haver justificação, para que a constituição de uma fundação, intencionalmente ou subconscientemente, sirva, no essencial, à colocação de recursos públicos fora do controlo público. Isso é que me parece intolerável.

*Hans Rainer Kuenzle* – Gostaria de acrescentar ao tema algumas breves linhas. Penso que as fundações públicas, reguladas por um amplo e aberto leque de normas de direito público, são úteis ao exercício de actividades locais e regionais. No entanto, no plano internacional, devem revestir a forma de fundação privada, como a Fundação Europeia. Esta minha declaração é, talvez, um tanto provocadora, mas a diferença assinalada poderá merecer acrescida investigação.

*Rui Machete* – Também gostaria de comentar a “provocação” do Prof. João Caupers. Acho que essa provocação é muito interessante, pois revela que as fundações que usam o direito privado não podem ser criadas com a facilidade, nem com a leviandade com que são constituídas presentemente. Todavia, admito que haja alguns motivos que podem justificar, em determinados casos, e com determinadas reservas, a constituição desse tipo de fundações. Darei alguns exemplos que julgo positivos.

Numa das classes de fundações de origem pública ou com participação de dinheiros públicos, promove-se a colaboração entre entidades públicas e privadas. A Fundação Serralves é um dos casos típicos, havendo uma colaboração muito interessante e alargada entre capitais públicos e privados, sem a qual a finalidade pretendida não teria sido alcançada. Também não é fundamento de significativa preocupação a perda do controlo de fundos públicos, pois, do ponto de vista da comunidade, não é mais grave o emprego do dinheiro numa certa finalidade com um determinado tipo de garantias, resultante de uma estrutura

organizatória fundacional, do que a despesa num estádio de futebol.

Outro tipo de fundações privadas de origem pública resulta da cooperação entre diversas entidades exclusivamente públicas usando a sua autonomia própria. É o que ocorre com o Estado e as autarquias locais e pode ser, inclusivamente, o caso de uma cooperação internacional para a prossecução de um certo escopo. Por exemplo, esta fundação onde nos encontramos tem uma origem pública. Estava previsto num acordo entre o governo americano e o governo português que pudesse ser criada uma fundação para certos fins. Esses fins foram indicados num decreto-lei do Estado português. Os fundos foram entregues ao Estado português que podia ou não criar a fundação. Em todo caso, os fundos foram “nacionalizados” antes da constituição, nem sequer entrando no orçamento do Estado. Trata-se de uma fundação exclusivamente portuguesa, mas resultante de um impulso internacional.

O caso da Fundação Oriente não é essencialmente diferente quanto à cooperação pública e privada. Há uma concessão e essa concessão prevê que um determinado benefício (que em princípio seria para o governo de Macau) seja reservado para a constituição de uma fundação. Vê-se, assim, que as fundações privadas de origem pública resultam de vários processos negociais e são formalmente constituídas por diversos modos.

Existe um outro fundamento interessante para a constituição de fundações privadas de origem pública. Refiro-me à hipótese em que os partidos políticos estabelecem um acordo que garanta a permanência de um ou de outro aspecto em ambiente exterior ao jogo político. Noutras palavras, é preferível que determinado fim (desde que revista certas características, ou seja, revelar-se permanente e praticamente indiscutível) exista à margem da discussão e da mutabilidade própria da vida pública. Há uma série de instrumentos que o permitem, podendo a fundação



ligada a um partido constituir um deles, desde que ofereça aquelas garantias.

Depois há um problema ainda mais complicado, que constitui o cerne da questão: a mutabilidade do interesse público e a disponibilidade permanente desse interesse público por parte do poder político. Provavelmente, não partilho dos pressupostos da visão exposta pelo Prof. Caupers. Isto é, o interesse público secundário, de acordo com uma classificação italiana conhecida, não é, porventura, definido pela via de uma decisão política unilateral. Pode ser definido por via de processos complexos em que participem privados. E é importante o grau de fixação e o grau de mutabilidade do interesse público, que podem ser completamente diferentes de procedimento para procedimento. O tema levar-nos-ia, porém, muito longe. Tão-só pretendo dizer que não é absolutamente seguro a inexistência de algumas outras vias.

Insisto, porém, no facto de que a observação do Prof. Caupers tem uma enorme importância: as fundações privadas de origem pública não devem ser vulgarizadas, estabelecidas sem nenhuma precaução. Deve haver uma separação clara entre o direito público e o direito privado.

Isto dito, e se admitirmos que há casos desses, como referi na primeira parte da minha intervenção, esses casos devem ser discutidos de modo a apurar se podem, ou não, alargar-se, consoante o fim que prosseguem. Há, no entanto, uma regra que me parece essencial: efectivamente, o Estado deve jogar com as regras próprias do direito privado, ainda que existam alguns princípios fundamentais a que, à semelhança do que sucede na chamada administração do direito privado, e, dependendo da natureza mais publicizada ou menos publicizada da fundação, as entidades por aquele instituídas devem obedecer. Isto é, devem obediência a certos princípios, designadamente a respeito da observância dos direitos fundamentais, sede em que outras fun-

dações que não tenham origem pública poderão beneficiar de maior liberdade.

Por exemplo, submeter as fundações ao Código do Procedimento Administrativo seria, obviamente, liquidar a sua funcionalidade. Acho, porém, que o carácter provocatório da observação é muito útil porque, na verdade, as coisas não são tão evidentes como, eventualmente, uma posição não reflectida poderia deixar supor.

*João Caupers* – Não tenho nenhuma intenção de diabolizar a criação de fundações por municípios, nem acho que ela constitua o símbolo do desperdício ou da perversão dos recursos. Realmente, são insignificantes os gastos, se comparados com outros. Eu estou à vontade porque produzi um texto muito crítico, contestando o uso de um euro sequer na construção de estádios de futebol.

Estou de acordo quando diz que a variabilidade do interesse público, quando as decisões são produzidas também com a contribuição de privados, pode ser condicionada, ou constrangida. Nas decisões que representam uma confluência de interesses (e esse é um bom argumento), talvez fosse possível conciliar a variação do interesse público com algum nível de estabilidade, como acontece noutros domínios, por exemplo, nas relações multipolares, e sobretudo, no domínio do direito urbanístico.

Quanto ao argumento que utilizou no sentido de que, de alguma maneira, a actividade da fundação e a sua criação podem colocá-la ao abrigo de perversões de interferência política, já ouvi muitas vezes argumentar no sentido de criar espaços de actividade da Administração que se encontrassem ao abrigo da interferência política, por exemplo, no domínio da auto-regulação, onde isso é mais frequente.

Na verdade, não consigo deixar de pensar nisto. A tendência para fazer escapar à política este tipo de actividades é também

a tendência para desresponsabilizar aqueles que nelas mandam. Porque eu sei de onde veio o Governo: somos nós que elegemos os deputados e o Governo sai da Assembleia. Mas sei lá donde vêm os dirigentes das entidades reguladoras. Qual é o tipo de responsabilidade que têm? Tenho algum cepticismo em relação a isso.

Temos, é certo, exemplos de entidades que, ao escaparem a essa interferência política mesquinha, melhoraram o seu estatuto de respeitabilidade. No entanto, tenho também receio de que o argumento possa servir para alargar círculos de irresponsabilidade, precisamente por estarmos a criar instituições que, depois, não têm nenhuma vinculação ao Governo e, no extremo, acaba por não se poder efectivar, em relação a elas, nenhuma forma de responsabilidade.

*Hans Rainer Kuenzle* – A ópera constitui um bom exemplo de uma hipótese em que ao Estado é facultada a utilização de instituições diversas para um fim determinado. Por que razão não utiliza o Estado na ópera, entre outras, a fórmula da empresa privada ou, além das fundações, distintas instituições públicas? Só uma boa razão justifica a escolha de uma fundação. E se o Estado usa uma fundação privada, tem de cumprir – como já foi referido – as regras aplicáveis, a elas subordinando os seus interesses.

O Estado pode, ainda, utilizar a fundação pública. Constitui uma situação especial do direito suíço o escasso desenvolvimento das regras que disciplinam as fundações públicas. Aplicam-se com frequência, por analogia, as normas do direito privado, com o resultado de que os efeitos são, por vezes, bastante amplos. Se o Estado quer, na verdade, ser criativo, pode utilizar a fundação pública e, fazendo-o, tem liberdade para criar novos veículos. Qualquer incerteza no campo das fundações públicas não deve constituir um obstáculo ao desenvolvimento da Fundação Europeia.

*Pergunta – Há pouco referiu-se que seria interessante pensar que, porventura, as fundações estavam concebidas para uma dimensão regional ou local e, depois, quando estamos a pensar em aspectos nacionais, pensamos mais no Estado. Isso relaciona-se, de certo modo, com um aspecto que, há pouco, discutia com o Prof. Caupers, a respeito da questão controversa de saber se o Estado tem, ou não, o direito de fundar.*

*Uma das razões é esta: está mais perto de certos interesses públicos secundários que o Estado deve prosseguir a natureza fundacional do que qualquer outra forma que lhes seja associada. Para usar o exemplo de um museu ou de uma ópera: é uma actividade não lucrativa em que o Estado, em princípio, vai perder dinheiro (aliás a sua preocupação aqui nem é ganhar ou perder dinheiro, pois está a pensar, sobretudo, na formação e informação e na prestação de um serviço artístico), portanto, a fundação está muito mais próxima dessa ideia – dessa ideia de caridade ou de assistência – do que está uma empresa.*

*Também não sei se concordo com o Prof. Caupers quando diz que a empresa sempre levantou menos problemas do que a fundação. A verdade é que a golden share e as remunerações dos titulares de empresas públicas são duas questões até hoje controvertidas. Foram resolvidas, mas não foram bem resolvidas, penso eu.*

*No entanto, de facto, talvez a explicação para a forte apetência regional ou local da fundação – e não nacional – deriva do facto de uma fundação pública nacional poder confundir-se com o próprio Estado. Isso compreendo; ou seja, uma fundação privada de cariz público, ou com uma forte intervenção pública, que tenha uma apetência nacional, pode ser confundida com o próprio Estado e a administração central, ou com entidades públicas já existentes. Já ao nível local ou regional, é mais fácil determinar porque é que a Administração Pública age assim e não de outra forma.*

*João Caupers – Não discordo do que diz, mas julgo que as razões que podem levar a adoptar um certo modelo de pessoa*

colectiva valem para o Estado, como valem para outras entidades. Têm, porventura, um contexto histórico bastante complexo. Todos sabemos que, no final da monarquia, sobretudo nos últimos 50 anos, no plano da chamada “caridade”, em geral, havia associações e não fundações. Era a tradição portuguesa que vinha desde as Misericórdias. Era uma tradição associativa, não fundacional. Isso manteve-se durante a Primeira República, com as associações de instrução, cultura e recreio. Não sei o que pode explicar isto. Por exemplo, qual é a razão porque, em Portugal, todas as universidades privadas, com a excepção de uma, são cooperativas? Só há uma fundação. O modelo fundacional parece adequado, mas não é adoptado. Porquê? Bom, se calhar é porque há um quadro legal que dita certas vantagens fiscais ou de outra natureza.

## Questions and answers

*Question – First, I’d like to answer Prof. Caupers and then ask a question myself. However, before supporting my answer, I have to discuss a few issues so that my answer will make sense. If it is in fact true that the State acts on the principle of competence, it is also true that the State pursues the public interest in any and every way possible.*

*I can make a quick – though somewhat shallow – comparison with public and private corporations. If the corporate approach serves the State, then so does the foundational approach. The Spanish use it to achieve the same purpose – which is public health. In this case, Portugal has chosen the corporate approach, while Spain has used the foundational approach. There are a number of papers published on this topic.*

*So, negatively speaking, there’s nothing to keep the State from creating the permission to set up foundations. And this, of course,*

*is the issue that Prof. Caupers broached. With respect to this – and although I haven't quite completed my research on it – I am inclined to believe that the State may in fact be able to set up the kind of foundation that Prof. Caupers said was complex since it involved a set of limitations that are imposed by public law, grounded on the principle of freedom in private law.*

*My concern is how public and private can be melded together in the foundation model. I have come to the conclusion that the instrument that is closest to a law at the disposal of a foundation is the foundation's own statutes. And if public and private can come to an agreement, negotiate those statutes, the private may well be able to liberate itself, just as it would if it had to negotiate by itself or if the founder by himself were to chose how the foundation would be run. At the same time, public entities could try and include, in the statutes, mechanisms that would safeguard and impose the duties laid down by the law and the Constitution.*

*One example I have come up with, that already exists in Portugal, is how the framework created in 2001 (and 2003 as well) for the so-called public-private partnerships for the health care sector is being utilized. In other words, instead of the State negotiating with private entities the statutes of a share corporation as a vehicle for constructing and managing a hospital, the State would be negotiating, with the private entity, the statutes of a foundation which would serve to manage a hospital for 30 years during which the State obviously has a say and a wide range of powers. So, I think there is some of maneuverability here, not only contractually but through at least a minimal framework. The corporate model exists in Portugal and there is a Law for public corporations as well which, in turn, acts above the regular Code for Commercial Companies.*

*I would like to hear what Prof. Caupers has to say about this apparent solution to the problem.*

*João Caupers – I am not totally convinced you're not right. But I still have lingering doubts even after your comments. One*

of them is because I tend to favor, as being more legitimate, the “because it is” argument than the “because it isn’t” argument. I mean, what is the real substantial reason – other than that the law doesn’t stand in the way? There has to be some real reason you would recommend using the foundation model and what we’re trying to uncover is: does that reason exist?

Your comparison with the corporate model doesn’t seem to hit the mark for two reasons. First, in Portugal there’s never been any problem regarding State control of corporations, regardless of whether they adopted models set down in commercial law or not. The State’s influence has always been more deep-seated.

I think I should mention that I’ve been reading and hearing discussions among Spanish authors on this subject for several years now. Some of the comments have been very harsh indeed and positions have been extremely polarized. One of the things I’ve been told is that adopting the foundation model for hospitals, for example, had been an outright disaster. In my experience, the whole issue has been extremely controversial. I don’t know whether it is actually true or not; maybe you know better. I’d love to be won over but in order to do so, you’ll have to come up with some better arguments; though I do understand your point of view.

I actually did a little survey on the subject involving a number of countries. What I noted was that in Latin-American countries, what was being discussed was not so much whether it was possible, as what the degree of public interference was. I mean whether one was dealing with public entities or entities of a private nature. It’s somewhat odd, but it’s another way of broaching the issue.

I think it makes more sense to start off by asking if there would be any advantage to setting up foundations to achieve certain aims, aims that they alone can best achieve. And then

if we're convinced the answer is yes, we're stuck with a second problem: how do you cook up the recipe?

*Hans Rainer Kuenzle* – I think one should also consider another dimension. In Switzerland and many other countries there are not only private foundations but also public foundations. If the State wants to establish a foundation, it has the choice between a public foundation, governed by public law, and a private foundation, governed by private law. The European Foundation is part of private law. If the State wants to use the institute of a foundation and chooses the private institution it has to comply with the respective rules.

In Zurich we have a central library which was established by the Canton of Zurich and the City of Zurich. The question was whether the public law of the canton or the public law of the City of Zurich should govern this library. Finally, private law was chosen. Private law is applied today, even though the deed mentions a “public library”.

If we say that European foundations shall be governed by private law, the State – using this vehicle – may be obliged to follow restrictive rules.

*Cristina Baptista* – *I have become very sensitive to the issue of municipal foundations. I have come to see them as being very useful and I'm not talking about usefulness in a legal sense; I mean useful from the political viewpoint of local intervention. Municipal foundations have performed a very important role in the creation and development of projects, especially those of a social and cultural nature, throughout the country's regions.*

*There have been bad examples of municipal foundations but there have also been good examples – primarily of small foundations that are running the museum-homes of notable figures all over this country. There are a lot of foundations promoted by local governments which then go on to incorporate funds from small business owners, private donors and other institutions who all have the aim*



*of reaching a specific goal, which is in the local interest; and this is an important goal for the local community where they are instituted and located.*

*So, instead of discussing the legal issue or whether or not they should exist, I would rather know whether or not these foundations perform a useful function. And if they are indeed useful, they have to be regulated; there has to be a set of suitable legal instruments, so that they can maintain their usefulness and not become subject to abuse. In my opinion, this is what is missing at this point. There is no legislation to regulate institutions of this type: foundations that depend on public funds (sometimes highly significant public funds) while at the same time benefiting from important and substantial private funds. For me, this is the core question.*

*In addition, most of the foundations of public origin we have talked about are of this type. The ones that have caused scandals are the exception, not the rule. They do not represent the whole of this type of foundations but are parenthetical cases. This is very important to bear in mind. The Portuguese Foundation Center did a survey in 2001/2002 and the 50 municipally-based foundations recorded the raising of private funds as the main reason for setting up the foundation. In other words, public funding acted as the engine, as the way of lending credibility to the institution, and as a means of garnering private funds to the project. Those who are acquainted with the world of small foundations spread all over Portugal know that there are scores of foundations that would not be viable if local governments had not been involved in their projects in one way or another. In the same vein, there are lots of private social welfare institutions that would have found it difficult to become viable if local government had not in some way been involved in promoting them.*

*Another issue was brought up concerning the use of the foundation model to manage hospitals by means of public-private partner-*

*ships. In this case, I have serious reservations. You can't prevent previously-constituted foundations from joining consortia that are bidding for these types of concessions involving public-private partnerships. This is, however, a different kind of situation. It's not so that they can become a foundation entity but for foundations to act for making their funds more profitable by joining candidate consortia, because they usually yield profits that may be of interest to foundations. So, I think the issue should be seen more as an investment opportunity for foundations, not as one of using the foundation formula for that specific aim. It did, in fact, go badly in Spain. In fact, the legislation has been revoked because it just didn't work or it didn't work as planned. Anyway, these are the points I wanted to bring up. I would like to hear Prof. Caupers' comments on those.*

*João Caupers* – I have no comments to make about the second question – just the first. I understand the underlying reasons and even the merit in some foundations of local interest. But the important thing is to bring to the table what that means at a time when we have lost some control over public resources. This is not the case with the private social welfare institutions, which are subjected to strict guardianship and a number of tight controls. What I am saying is that it seems neither reasonable nor justifiable to set up a foundation aimed at intentionally or unwittingly placing public resources essentially outside the public's control. That, to me, is totally unacceptable.

*Hans Rainer Kuenzle* – I would like to add only a couple of sentences to this subject. I think that public foundations being governed by quite a wide and open range of public law rules are useful for activities at a local or regional level. When it comes to the international level, then one should use a private foundation such as the European Foundation. This statement may be somewhat provocative but this could be a distinction worth exploring.

*Rui Machete* – I would also like to comment on Prof. Caupers’ “provocation.” I think the provocation is very interesting because it shows that foundations subject to private law cannot be set up as easily or as flippantly as they are today. However, I do admit that in certain cases, and with due reservation, there may be reasons that justify setting up this type of foundation.

I will give some examples I think are positive. In the case of one type of foundation that is set up publicly or that enjoys public funding, the cooperation between public and private entities is enhanced. The Serralves foundation is a typical case in which there was a very fruitful and wide-ranging admixture of public and private capital without which the desired aim would not have been achieved. Also, the loss of control of public funds shouldn’t be of too much concern because, from the public’s point of view, spending the public’s money on something with a well-defined aim with a certain type of guarantees and arising from an organization with a foundational structure, is not any more serious than having spent the public’s money on a soccer stadium.

Another type of private foundation of public origin is the result of cooperation among a number of exclusively public entities using their own autonomy. This is what we have in the case of the State and local authorities and it is also the case of international cooperation aimed at a given end. For instance, the very Foundation where we are at this moment originated publicly. It was foreseen in an executive agreement between the Portuguese and American governments to set up a foundation for specific goals. These goals were set forth in a decree-law crafted by the Portuguese State. The funds were handed over to the Portuguese State which could have created the foundation – or not. In any case, the funds were “nationalized” before the establishment and it never got to the point they even went to the State’s budget.

The set up of the Fundação Oriente was essentially the same with regard to public and private cooperation. There is a concession and that concession establishes that a specific benefit (which, in principle, would be for the Macao Government) be set aside for setting up a foundation. It is apparent then that private foundations that originate publicly come about as a result of various types of negotiations and are formally set up in a variety of manners.

There is yet another basis for setting up foundations of public origin, which is also interesting. I am referring to the possibility of political parties setting up an agreement guaranteeing that one thing or another will remain outside the political arena. In other words, it may be preferable for a certain aim (provided it displays certain features, that it is permanent and that it is practically undisputable) to be removed from discussion and the mutability that characterize public life. There are a number of instruments to achieve this and the foundation linked to a political party could be one of them, provided it offers those guarantees.

Then we come up against another more complicated issue that is at the heart of the question, which is the mutability of the public interest itself and the permanent availability of that public interest by the public power. I probably don't share the underlying principles of the viewpoint Prof. Caupers put forward. That is, the secondary public interest, according to a well-known Italian classification, is not seemingly defined by political decision via unilateral political decision. It may be defined by complex procedures in which there is participation by private entities. And the degree of establishment and the degree of the mutability of public interest, which may be completely different from one procedure to another, are very important. But that would take us very far. This is all just to say that there may be other ways.

But I do insist that Prof. Caupers' observation is extremely important: private foundations that originated publicly should not become commonplace; they should not be set up haphazardly. There should be a clear divide between public law and private law.

This said, if we admit that there are such cases, as I said in the first part of my comments, they should be discussed to determine if their scope can be widened or not in light of the aims they set to achieve. But there is one rule I think is essential: the State should play according to the rules of private law, even though there may be some basic principles that – as is the case in the so-called administration of private law –, and depending on the greater or lesser public nature of the foundation, those entities would have to obey. I mean, they would have to obey the principles, mainly with regard to adhering to fundamental rights, where other foundations that are not publicly originated may have a greater degree of freedom.

For instance, if we subjected foundations to the Administrative Procedure Code, we would obviously be dealing them a death blow as far as their functionality is concerned. In any case, I think the provocative nature of Prof. Caupers' observation gives us plenty of food for thought because, when all is said and done, things are not as cut and dried as they may seem from a first unstudied glance.

*João Caupers* – It isn't my intention to demonize foundations set up by municipal governments; nor do I believe that they symbolize waste and misuse of funds. In fact, if we compare them to other cases, their expenditures are insignificant. I am quite comfortable with the subject because I myself came out with a highly critical text, protesting against the spending of a single euro to build soccer stadiums.

I agree with what you said about the mutability of the public interest, when decisions are made with the input of private

entities, it can be conditioned or constrained. When decisions represent a combination of interests (and that is a valid argument) it may be possible to conciliate the mutability of the public interest with a degree of stability similar to what you see in other areas such as multipolar relationships and, most of all, in the area of urban law.

With regard to the point that in some way the activities of a foundation and its set up possibly subtract it to misuses and political interference, I have often heard speakers talk about creating spaces for Administration activities that would place them out of the way of political interference: for example with regard to self-regulation, where this is most common.

In reality, this is something that is always on my mind. Having these types of activities sidestep politics is tantamount to taking accountability away from those who call the shots. I know how our government got here: we put them in power. We elected our parliamentary deputies and our government came out of the Parliament. But how do I know where the heads of the regulatory entities came from? How are they held accountable? So that is why I am somewhat skeptical about this issue.

There are, of course, cases where entities manage to escape petty political meddling and manage to grow in status. But my fear is that the same argument can be used to widen the circle of unaccountability; because we would be creating institutions that would then have no ties to the government; so ultimately, there would be no way to hold them accountable.

*Hans Rainer Kuenzle* – I would just like to address two issues. The opera is a good example of how different institutions can be used by the State for a specific purpose. Why, for example, doesn't the State use a private company for the opera or other public corporations that are available as vehicle besides foundations? There must be good reasons for choosing the foundation. And if the State uses a private foundation, it has – as already

mentioned – to comply with the respective rules and it has to hold back interests.

The State could also use the public foundation. In Switzerland we have the special situation that the rules governing public foundations are not very well developed. Often we apply private law rules by analogy with the result that the outcome is sometimes quite open. If the State really wants to be creative, it can use the public foundation and – in doing so – is free in creating new vehicles. Any legal uncertainty in the field of public foundations should not be an obstacle to the development of the European Foundation.

Question – *A while ago someone mentioned that it would be interesting to consider foundations set up for the regional or local dimension; and then if we consider national issues, we think more in terms of the State. This is sort of related to an issue I was discussing with Prof. Caupers a while ago and that is the controversial question of whether or not the State can even exercise the right to found.*

*One of the reasons is this: the State's making use of the foundation formula is closer to certain secondary public interests than is any other associated entity. Let's take the example of a museum or opera house. These are non-profit activities where the State, in principle, is going to lose money (in effect, the concern here is not to earn or lose money, its concern is above all to inform, educate and render an artistic service). So the foundation is much closer to this idea – the idea of charity and assistance – than is a private company.*

*Also, I don't know if I agree with Prof. Caupers when he says that the private company has always caused fewer problems than the foundation. The truth is that the golden share and the salaries of the heads of state-owned companies have been two subjects of heated controversy. The issues were resolved, but not well resolved in my opinion.*

*In any case, the reason a foundation has a particularly strong lure at the regional and local – but not national – level, is that a public foundation of national scope can easily be confused with the State itself. This I can understand. In other words, a private foundation of a public nature, or with strong public intervention, that is national in nature, is likely to be confused with the State itself and the central administration or with public entities that are already in place. But on the local or regional level, it is easier to determine why the Public Administration acts this way and not another.*

João Caupers – I don't disagree with what you're saying but I think the reasons that would lead one to adopt a certain collective entity model are the same for the State as they are for other entities. In effect, there is a highly complex historical context underlying all this. We all know that at the end of the Monarchy, mainly in the last 50 years, under the plan of what was called "charity," in general, we had associations and not foundations. It was a Portuguese tradition that arose from the *Misericórdias*. It was an associative tradition not a foundational tradition. This continued throughout the First Republic with the educational, cultural and recreational associations. I don't know the explanation for this. For instance, how come all the private universities in Portugal, except one, are cooperatives? There is only one that is a foundation. It seems as though the foundation model would be adequate, but it hasn't been adopted. Why is that? Probably because there is a legal framework that offers certain tax benefits or advantages of another kind.



AS FUNDAÇÕES  
NA EUROPA  
ASPECTOS JURÍDICOS  
FOUNDATIONS  
IN EUROPE  
LEGAL ASPECTS



QUARTA SESSÃO / FOURTH SESSION

O Governo das Fundações  
e a sua Supervisão

•

Foundations' Governance  
and Supervision

**John Edie**

Gostaria de muito agradecer à FLAD a organização desta iniciativa. Estou encantado por estar de novo em Portugal. Agradeço à Fundação o belíssimo espaço escolhido e o magnífico almoço, assim como os temas bastante interessantes que elegeram. Gostaria, ainda, de agradecer à Fundação Bertelsmann toda a assistência que prestaram.

Escrevi as minhas observações de modo a ser o mais claro possível, ciente de que aquelas teriam tradução simultânea. Tentei, por isso, ser menos técnico. Assim, se pretenderem acrescida contextualização, citações detalhadas, normas ou leis, sintam-se à vontade para me telefonar, escrever-me ou enviar-me um *email*. Terei muito prazer em lhes fornecer mais elementos.

Antes de expor as minhas ideias em traços gerais, gostaria de vos dar uma perspectiva americana a respeito da nossa posição actual acerca da fiscalização e da supervisão. Os esforços do governo dos Estados Unidos no sentido de supervisionar e de regular as fundações ocorrem em vagas. Refiro-me a três vagas. A primeira vaga deu-se nos anos sessenta. Ocorreu um número significativo de abusos a que os jornais deram publicidade, tendo o Congresso promovido uma série de investigações que justificaram a Lei da Reforma Fiscal de 1969. Nesta, enuncia-se a definição de fundações privadas e afirma-se que todas as fundações privadas estão submetidas a um conjunto de normas mais estritas. O conceito subjacente ao novo regime é o de conferir ao organismo de supervisão – que, entre nós, no plano nacional, é o organismo que efectua a colecta dos impostos, e que se chama *Internal Revenue Service* (Direcção-Geral de Contribuições e Impostos) – a autoridade para agir, embora sem a faculdade de privar a fundação do estatuto de isenção fiscal, facto que constituiria uma sanção grave. Na hipótese de um hospital ou de uma universidade violarem as normas

aplicáveis, se a única sanção existente fosse a revogação do estatuto de isenção fiscal, aquela revelar-se-ia excessiva. A sanção poderia levar à perda de postos de trabalho e à extinção de uma instituição.

Assim, em 1969, acolheu-se a previsão de “uma sanção intermédia”, isto é, de uma sanção que se situa no meio. O que surgiu em 1969 foi um conjunto de normas que, apurando-se a sua violação por uma fundação privada, a penalizam ou, em muitos casos, penalizam a pessoa individual em apreço. Esta solução constitui uma sanção intermédia, que fica aquém da revogação do estatuto de isenção fiscal.

Temos, depois, a segunda vaga. Esta vaga surgiu sensivelmente em meados da década de 90. Há uns 20 anos que dispunhamos destas normas intermédias para as fundações, o mesmo não sucedendo com as instituições de caridade que não constituíssem fundações privadas. Assim, por exemplo, as normas não se aplicavam à Cruz Vermelha. De igual modo, não se aplicavam à *United Way*, pois são instituições de caridade que não constituem fundações privadas. A segunda vaga, que introduz um conjunto de normas a que se deu a designação de “sanções intermédias”, tem origem na perturbação do Congresso, motivada por uma série de abusos e de problemas que os meios de comunicação social denunciaram. Apura-se a mesma ideia que esteve presente no regime de 1969, embora menos abrangente. A lei das sanções intermédias destina-se, agora, às instituições públicas de caridade.

Alguns anos depois, encontramos-nos na terceira vaga. O que aconteceu ao longo dos últimos anos foi um conjunto de abusos que têm concitado muita atenção, sobretudo nos jornais e noutros meios de comunicação social. O Congresso ficou, de novo, perturbado e exigiu mais leis, normas, e responsabilização. Eis a razão porque mais de 200 propostas, de vago teor, foram colocadas em cima da mesa; não se encontram elaboradas numa

linguagem legislativa específica, como o Estatuto da Fundação que aqui temos estado a discutir. Aguardamos, porém, a introdução de um pacote de reformas legislativas, o que ainda não aconteceu. Foi prometido há muitos meses e tudo o que posso dizer é que existem bastantes instituições de caridade que estão assaz inquietas.

Queria, tão-só, dar-vos esta perspectiva, pois vejo que o Congresso tenta, há cerca de 25 anos, legislar, prevendo regimes que afectam as fundações e as instituições de caridade, e agora, em plena terceira vaga, é com expectativa que aguardo o resultado desta etapa. É este o ponto da situação. Compareci a várias audiências nos últimos meses e uma série de problemas respeitantes a diversas iniciativas de caridade, não se restringindo às fundações, foram relatados.

Outro aspecto que merece relevo é a lei *Sarbanes-Oxley*. Esta lei foi aprovada há três anos, em 2002. Foi-lhe dado o nome do Senador Sarbanes, do Estado de Maryland, onde resido, e do Congressista Oxley, do Estado de Ohio. A lei foi assinada pelo Presidente Bush a 30 de Julho de 2002, há quase exactamente três anos, mas apenas se aplica a sociedades ou empresas que estejam cotadas em bolsa e se submetam à regulamentação da *Securities and Exchange Commission* (Comissão de Valores Mobiliários). Por conseguinte, tratando-se de uma empresa privada, familiar, cujos títulos não são publicamente transaccionados, exclui-se a sua sujeição às disposições da lei *Sarbanes-Oxley*.

De igual modo, escapam à aplicação da lei em apreço as instituições de caridade e as fundações, pois não dispõem de títulos, nem estão cotadas em bolsa. Um dos aspectos principais desta legislação reside em exigir às empresas cotadas na bolsa a previsão de normas mais rigorosas acerca do seu governo. Em grande medida, as disposições adoptadas resultam dos escândalos e abusos verificados em empresas americanas, designadamente, embora não exclusivamente, do escândalo da Enron.

O que tem acontecido desde a entrada em vigor desta legislação há três anos é que, embora a mesma não se aplique às instituições de caridade e às fundações, ambas, em face dessa legislação, afirmam “bem, talvez devêssemos aprovar algumas destas normas como regras de boa prática.” No plano nacional, o nosso Congresso está a propor a eventual aplicação de algumas dessas normas a certas instituições de caridade. No âmbito estadual, sobretudo na Califórnia, que tem uma nova lei, ocorre certa aplicação de alguns destes requisitos sobre o acréscimo de exigências de governo às instituições de caridade.

Eis o contexto e a introdução. Pediram-me para falar acerca de dois tópicos: um é o governo, o outro a supervisão. Permitam-me, pois, que aborde algumas das normas relativas ao governo que têm merecido especial atenção nos Estados Unidos. Noto que algumas dessas normas foram incorporadas no projecto de proposta do CEF, assim como no projecto de proposta da Bertelsmann.

Em primeiro lugar, surgiu o tema da dimensão do conselho de administração. O assunto foi especialmente apresentado como proposta no Congresso pela Comissão de Finanças do Senado. Como sabem, temos um Senado e uma Câmara dos Representantes, existindo uma Comissão do Senado designada por Comissão de Finanças, que tem jurisdição sobre todas as leis fiscais. Visto que as instituições de caridade e as fundações se submetem às leis fiscais, eis a razão da proveniência da proposta. A proposta foi apresentada há um ano, em Junho passado, declarando que os conselhos de administração das fundações e das instituições de caridade devem ter uma composição mínima de três membros e um número máximo de quinze. A solução fundamenta-se na circunstância de um conselho de administração que disponha de 50 ou 60 membros apresentar uma diversidade excessiva, uma dimensão exagerada, o que impede o exercício eficiente da fiscalização da actividade da instituição, facilitando aos quadros superiores a prática de actos indevidos.

Devo dizer que houve uma enorme oposição a esta disposição, o que faz sentido, pois muitos conselhos de administração, nos Estados Unidos, integram vários indivíduos que têm a capacidade de contribuir com dinheiro ou angariar fundos. E é por isso que eles preferem ter um conselho composto por 40 ou 50 membros. Não acredito que esta norma venha a receber consagração na lei, pois existe, a esse respeito, uma forte oposição. Deste modo, havendo um conselho de administração muito amplo, a melhor prática consistiria em prever uma comissão executiva, situada num nível inferior, composta por 10 ou 15 membros, a quem competiria um papel muito mais activo no que respeita à fiscalização das actividades desenvolvidas pelas instituições de caridade. O conselho de administração reunir-se-ia com menos frequência, definiria a política de base, aprovaria, porventura, o orçamento, e teria, talvez, a responsabilidade de contratar e de exonerar o director executivo. Este é um aspecto do bom governo que, hoje em dia, tem recolhido alguma atenção.

Outra área que tem merecido significativo interesse, recebendo amplo destaque na legislação *Sarbanes-Oxley*, respeita à exigência de uma comissão de auditoria independente. A esta seriam conferidos os poderes de contratar e despedir o auditor externo, e de fixar a sua remuneração. A lei *Sarbanes-Oxley* é muito específica e afirma que nenhum funcionário, nem mesmo o director financeiro ou o presidente da comissão executiva, pode integrar a comissão de auditoria. Pretendem que a mesma seja totalmente independente dos funcionários, o que nem sempre tem acontecido. E muito embora esta norma faça parte da lei *Sarbanes-Oxley*, não se aplicando às fundações, verifico que, entre estas, algumas a têm acolhido na sua política e na sua prática.

Outra proposta diz respeito à auditoria externa dos relatórios de contas. Ao abrigo da lei federal, não é requerido às instituições de caridade ou às fundações que solicitem a um auditor externo os serviços de auditoria e a assinatura dos relatórios de

contas. A generalidade das grandes fundações e instituições de caridade fazem-no por uma regra de boa prática, mas não existe nenhuma lei federal que o exija. Há, no entanto, dois estados, Massachusetts, e, mais recentemente, a Califórnia, que, agora, requerem um auditor externo se a instituição exceder uma certa dimensão. Na Califórnia, essa exigência aplica-se a um rendimento bruto igual ou superior a 2 milhões de dólares por ano. Trata-se, portanto, de um conceito que, penso, receberá maior atenção; fala-se em agir no plano nacional; é uma das propostas sopradas; julgo que decidida a reforma da legislação nacional, este tema não será incluído – será do foro da lei estadual.

Outra disposição que tem suscitado franco interesse respeita ao conceito de maior abertura, de acrescida sujeição a escrutínio, de maior transparência. Já existe ampla transparência nas fundações e nas instituições de caridade americanas. Qualquer fundação ou instituição de caridade deve apresentar uma declaração de rendimentos. A todas as fundações privadas cabe o dever de apresentar uma declaração de rendimentos – existem actualmente 65.000 fundações privadas. As instituições públicas de caridade estão obrigadas a apresentar uma declaração de rendimentos se auferirem um rendimento bruto anual igual ou superior a 25.000 dólares. Assim, são apresentadas centenas de milhares de declarações de impostos todos os anos. Se alguém pretende visualizar uma dessas declarações, pode aceder à Internet e tê-la disponível no ecrã do seu computador em menos de 60 segundos. Nos Estados Unidos, existe um sistema que facilita, em muito, o acesso a estas declarações de impostos. Recolhe-se aí ampla informação, incluindo a remuneração dos quadros superiores. O que pretendo salientar é que a transparência e a possibilidade de escrutínio são já manifestas, sendo muito fácil para um jornalista, ou para qualquer interessado, aceder à informação referida.

Existem, contudo, recomendações no sentido de um acréscimo dos deveres de prestação de contas. Uma delas diz respeito aos

relatórios de contas – à auditoria. Actualmente, segundo a lei nacional (disse, antes, que não se apura a exigência de um auditor externo), havendo um auditor externo, o que sucede em muitas instituições de caridade e fundações, não existe qualquer dever de divulgação ou de publicação dos relatórios de contas. Algumas fundações, contudo, fazem-no. Entendem constituir aquela uma boa prática e colocam a informação mencionada nos seus *websites*, embora sem que a publicação constitua uma exigência legal. No entanto, circula no âmbito nacional, pelo menos, uma proposta, prevendo o dever de as instituições que dispõem de auditor externo facultarem tal informação ao público ou colocarem-na no *website* respectivo. Ainda não foi aprovada, mas tem boas hipóteses de o ser. A Califórnia, na sua nova lei, estabelece que a informação constante das auditorias externas aos relatórios de contas deve ser facultada a qualquer pessoa que a solicite.

Por razões de tempo, omito a menção à rotatividade dos parceiros auditores. Se houver dúvidas a esse respeito, poderei esclarecê-las mais tarde. Permitam-me, porém, que verse agora as regras sobre os conflitos de interesses. A lei *Sarbanes-Oxley* estatui os requisitos de certas regras sobre os conflitos de interesses. Diria que, desde há muito, a generalidade das fundações e das instituições de caridade bem governadas prevê regras em matéria de conflitos de interesses, sem que essa previsão constitua uma imposição legal. Muitas fundações e instituições de caridade afirmam, no entanto, na sequência da legislação *Sarbanes-Oxley*, “é melhor acolher uma regra deste tipo”. Mesmo que tal regra já exista, a mesma é repensada à luz de uma nova perspectiva e, sob esse prisma, reforçada. No entanto, embora não revista a forma de uma exigência da lei, existe agora um novo formulário do IRS (*Internal Revenue Service*), que, a preencher quando alguém solicita a classificação fiscal, pergunta ao requerente se dispõe de regras sobre os conflitos de interesses. Se a resposta se apura negativa, é questionado sobre a razão



desse facto. Por conseguinte, o *Internal Revenue Service* tem adquirido significativo apreço por esta questão.

Há uma série de outras disposições, que, por razões de tempo, não irei abordar. Deixem-me, porém, aludir a mais três, que merecem especial referência. Uma delas é o reembolso das despesas de viagem. Na *PricewaterhouseCoopers*, foi-me dada a oportunidade de avaliar as políticas de reembolso das despesas de viagem de algumas fundações bem conhecidas, concluindo que havia algum trabalho a fazer. Os pedidos de exame encontravam fundamento na significativa atenção que as despesas de viagem têm gerado, nomeadamente, hotéis muito caros, a utilização de jactos particulares, voos em primeira classe, o pagamento das despesas de viagem dos cônjuges e dos filhos. Todos estes aspectos têm merecido destaque nos meios de comunicação social. Em consequência dessa publicidade, entre as propostas que a Comissão de Finanças do Senado apresentou no ano passado, incluiu-se uma destinada a limitar todas as despesas de viagem a índices do governo federal... o que quer que isso seja. Houve, ainda, outra proposta que, respeitando às despesas de viagem, foi inviabilizada pelo Senado, a despeito da aprovação da Câmara dos Representantes no último Congresso. As fundações particulares estão vinculadas ao cumprimento da norma dos 5 por cento de despesas. A legislação dispõe que, no cumprimento dessa norma, não se contabilizam as viagens em primeira classe, em jactos particulares, ou em aviões fretados. Este conceito de despesas de viagem tem, pois, suscitado muita atenção, pelo que um número significativo de fundações, tendo como objectivo a prática de um bom governo, tem repensado as suas políticas de reembolso das despesas de viagem, a fim de evitar problemas posteriores.

Gostaria agora de me referir à alínea H do meu documento, que trata da aprovação da remuneração dos quadros superiores. Foi desenvolvido um método tripartido de apuramento da remuneração

neração dos quadros superiores de uma fundação ou de uma instituição pública de caridade. Constituem as três etapas do processo: desde logo, a competência do conselho de administração, ou de uma comissão específica do conselho de administração (por vezes designada como comissão de remuneração), para a determinação da remuneração final. Depois, na fixação da remuneração, o conselho de administração, a comissão, ou alguém contratado para esse efeito, deverá analisar os resultados dos inquéritos e os estudos efectuados com o propósito de conhecer as regras de remuneração aplicáveis a instituições similares. Na terceira etapa, decidido o valor final da remuneração, deve essa decisão constar da acta da reunião, cabendo à instituição guardar um ficheiro com os documentos que fundamentaram a deliberação, de modo a que, em caso de fiscalização pelo *Internal Revenue Service*, seja possível justificar que foi uma decisão do conselho de administração baseada em estudos prévios e bem fundada. Tal como referi, esta prática tem-se desenvolvido na actualidade, verificando-se a sua progressiva aplicação.

O último exemplo de reforço do bom governo que gostaria de partilhar convosco prende-se com a exigência de que o presidente da comissão executiva ou o director financeiro assinem a declaração de rendimentos. A lei *Sarbanes-Oxley* criou uma responsabilidade pessoal no contexto das pessoas colectivas e, em parte, estatuiu, a respeito de uma sociedade com títulos transaccionados publicamente e obrigada à elaboração de relatórios trimestrais destinados à *Securities and Exchange Commission*, a assinatura dos relatórios mencionados pelo presidente da comissão executiva ou pelo director financeiro, certificando estes a aplicação de adequados controlos financeiros internos. Esta ideia de uma acrescida responsabilidade pessoal dos quadros superiores é uma das consequências da lei *Sarbanes-Oxley*. Embora o conceito não se aplique às fundações privadas, nem às instituições públicas de caridade, há propostas, actualmente em consideração,

dispondo que a declaração de rendimentos apresentada pelas instituições referidas ao IRS deve ser assinada e certificada pelo presidente da comissão executiva ou pelo director financeiro.

Verso agora o segundo aspecto que me pediram para abordar, a respeito da supervisão ou regulação. Em teoria, a supervisão das instituições de caridade e das fundações nos Estados Unidos é uma experiência partilhada. Existe responsabilidade de âmbito nacional (como referi, a responsabilidade incumbe ao *Internal Revenue Service*) e também no plano local – quase sempre de nível estadual e normalmente sob a alçada da Procuradoria-Geral do Estado respectivo. Sempre que nos Estados Unidos se constitui uma fundação ou uma instituição de caridade, ela é criada ao abrigo da lei estadual, como uma pessoa colectiva ou como uma propriedade fiduciária, o que confere ao Procurador-Geral jurisdição global sobre a mesma. Posteriormente, o interessado faz um requerimento ao *Internal Revenue Service* a solicitar a isenção do imposto federal, o que confere ao IRS jurisdição no plano nacional.

A experiência, quer nacional, quer estadual, mostra que a supervisão tem sido inadequada. Do meu ponto de vista, tal deve-se primordialmente à escassez de recursos. Todos os anos, cerca de 90 000 novas fundações e instituições de caridade solicitam e obtêm o estatuto de âmbito nacional ao abrigo do nosso Código, Secção 501(c) (3). Há dez anos que não se verifica um aumento de funcionários no *Internal Revenue Service*. Este serviço não tem capacidade para exercer de forma adequada a supervisão de todas as fundações e instituições de caridade actualmente existentes. O Congresso tem, aliás, reduzido o seu financiamento ao longo dos últimos dez anos, o que constitui um problema significativo. Devido à recente terceira vaga de denúncias nos meios de comunicação social e à atenção que o Congresso tem dedicado a estas propostas destinadas a reforçar as normas aplicáveis, o director-geral das Contribuições e Impostos tem aplicado

mais verbas no exame e na regulação das fundações e das instituições de caridade; verifica-se, pois, uma melhoria, embora insuficiente para garantir um bom funcionamento.

No plano estadual, dos 50 estados, apenas, porventura, 11 ou 12 desenvolvem uma actividade reguladora significativa. Os estados da Califórnia, Massachussets, Illinois e Connecticut são quatro estados particularmente dinâmicos a esse respeito. Vários estados não desenvolvem qualquer actividade reguladora. Deixam essa tarefa ao IRS. Existe, pois, uma abordagem diferenciada acerca da supervisão exercida pelos estados. O estado de Nova Iorque é bastante activo. A entidade competente dispõe de mais funcionários e o Procurador-Geral pode intervir se achar que as leis de constituição das pessoas colectivas ou os deveres fiduciários (o dever de prudência, o dever de lealdade, e o dever de obediência) foram descuidados, ou se as normas sobre o conflito de interesses foram violadas. Aquela entidade beneficia de amplas faculdades, podendo exigir a devolução de fundos à instituição prestadora, e a exoneração de membros do conselho de administração. Já ocorreu a exoneração de todos os membros de um conselho de administração por absoluta falta de competência daqueles e a consequente nomeação de novos membros. À entidade são também conferidos poderes para extinguir a instituição. Existe, assim, considerável autoridade do estado para desempenhar as tarefas de supervisão, havendo, porém uma carência de recursos e uma escassez de funcionários, convertendo a execução das faculdades de regra em excepção.

Referi, antes, a actual existência de um relevante escrutínio público do sector. É exigida a entrega de uma declaração de rendimentos, que, contendo ampla informação, é facilmente acessível na Internet, etc. Apuram-se, no entanto, claras recomendações destinadas a ampliar a informação constante daquela declaração. Um dos temas sugeridos respeita à prestação de acrescida informação sobre as remunerações, em particular dos qua-

droso superiores. Hoje em dia, é obrigatório declarar o montante do salário e todos os outros benefícios, como as pensões. Não é, porém, obrigatório fazê-lo de forma detalhada. Assim, numa das propostas, requer-se a indicação bastante pormenorizada de todos os aspectos da remuneração a que os quadros superiores poderão ter direito. Verifica-se, pois, a existência de um esforço crescente a respeito da acrescida transparência e escrutínio das instituições sem fim lucrativo.

Sobre estas declarações de rendimentos, soma-se ao que antes disse a eminente exigência de uma fundação ou de uma instituição de caridade a apresentar por via electrónica. Por outras palavras, cessa a apresentação da declaração em suporte de papel. Deve-se a solução à vontade de encurtar o tempo relativo ao acesso à declaração na Internet. A apresentação em suporte de papel retarda, em muito, a disponibilidade da declaração, havendo, pois, alguma pressão no sentido da utilização da via electrónica. A exigência é, de momento, limitada às instituições maiores, mas julgo que se converterá em requisito de aplicação generalizada.

Por último, com base na nossa experiência e nas três vagas de reformas antes mencionadas, eu formularia a seguinte conclusão: a melhoria das práticas de governo e as outras medidas referidas constituem um relevante subsídio. O aumento da divulgação de informação, o acréscimo de transparência e o reforço do escrutínio das instituições em apreço revelam-se importantes contributos. O envio mais célere da informação por via electrónica é útil. No entanto, por mais que cresça a prática de um bom governo, ou que se reforce o escrutínio, por mais leis que o legislador aprove, se não houver financiamento adequado à execução dessas leis, o tempo é desperdiçado. E esse é o problema com que nos deparamos. Havendo pessoas dispostas a defraudar o sistema e, porque ninguém os obriga ao cumprimento da lei, convencidos da sua impunidade, os problemas subsistem.

Muito obrigado.

***John Edie***

I would like to thank FLAD very much for hosting this event. I am delighted to be back in Portugal again. I thank the Foundation for the lovely setting and the lovely lunch and the very interesting topics. I would also like to thank the Bertelsmann Foundation for all of the assistance that they have given you.

I have written my remarks to try to be as clear as possible, knowing that the remarks were going to be simultaneously translated. Therefore, I have tried to be less technical. So, if you want more background, detailed citations, rules or laws, please feel free to call me, write me or send me an e-mail and I will be happy to give you more details.

Before I start going through my outline, I would like to give you an American perspective of where we are today as far as oversight and supervision are concerned. The efforts by government in the United States to supervise and regulate foundations come in waves. I'll mention three waves. Wave Number One was in the 1960s. There was a series of abuses that appeared in the newspapers and a number of investigations done by Congress that resulted in the 1969 Tax Reform Act which set forth a definition of private foundations and said that every private foundation is subject to a stricter set of rules. The concept behind that new set of rules was to provide the supervisory body – which, in our country at the national level, is the tax collection organization known as the Internal Revenue Service – with the authority to do something less than just take away the tax exempt status, which would be a very major penalty. If you had a hospital or a university that had violated the rules and the only sanction were to take away the tax exempt status, it would be major. People would be put out of work and a whole institution could be lost.

So, what they came up with in 1969 was what they called “an intermediary sanction” i.e.; a sanction that is in the middle.

What came in 1969 was a set of rules that say if you are a private foundation and you violate these various rules, we can penalize the foundation or, in many cases, we can penalize the individual person involved. This is an intermediate sanction, which is something short of taking away the tax exempt status.

Then we have Wave Number Two. This wave came roughly in the mid-1990s. You had these intermediate rules for private foundations for some 20 years and the same rules did not apply to charities that are not private foundations. They did not apply to the Red Cross, for example. They did not apply to United Way because those are charities that are not private foundations. But then you have a series of abuses and problems that are exposed in the media and our Congress gets upset and Wave Number Two comes along and, with it, a set of rules that come in 1995 known as “intermediate sanctions.” It’s the same idea as in 1969, but it is not as expansive. Now the Law of Intermediate Sanctions is in place for public charities.

So, a few years go by and we are in Wave Three. What has happened over the last few years has been a series of abuses that have received a lot of attention, primarily in the newspapers and other media sources. Once again, Congress is upset and is calling for more laws, rules and accountability. So, over 200 ideas are out on the table, in vague form; they are not in very specific legislative language like the Foundation Statute we have been discussing here. But we are waiting for a reform package of legislation to be introduced; it hasn’t come yet. It has been promised for months and months and all I can say is that there are a lot of charities that are very nervous.

I just wanted to give you that perspective because I’ve been watching how Congress has been trying to legislate and pass rules affecting foundations and charities from some 25 years and I’m currently going through a third wave and again waiting

to see how it will come out in this current go-around. So, that's where we are at this point. I have gone to several hearings in the last few months and a variety of problems have been exposed in a variety of charitable ventures, not just in foundations.

The other aspect is the Sarbanes-Oxley Legislation. This law was passed three years ago, in 2002. It's named after Senator Sarbanes from Maryland, where I live, and Congressman Oxley from the state of Ohio. The legislation was signed by Pres. Bush in July 30, 2002, almost exactly three years ago, but it applies only to companies or businesses that are publicly traded and are regulated by our Securities and Exchange Commission. So, if you have a private, family company that doesn't trade stock, you would not be subject to the Sarbanes-Oxley rules.

It also doesn't apply to charities and foundations because they don't have stock and are not publicly traded. One of the main aspects of this legislation is to require publicly traded companies to have stricter governance rules in how they operate. A lot of this comes as a result of the scandals and abuses in American companies, notably the Enron scandal – but it certainly wasn't limited to Enron. What has been happening since this legislation three years ago, even though the legislation did not apply to charities and foundations, is that many charities and foundations are looking at it and saying “Well, maybe we should adopt some of those rules as a good practice.” At the national level, our Congress is proposing possibly applying some of those rules to some of those charities. At the state level, particularly California, which has a new law, a few states are applying some of these increased governance requirements to charities.

That covers the background and introduction. I have been asked to speak on two topics: one is governance and the other is supervision. So, let me turn to some of the more specific governance rules that have been getting a lot of attention in



the United States and I notice that some of these rules have been incorporated into the EFC draft and the Bertelsmann draft as well.

First, the size of the governing board is one issue that has come up. It was particularly put out as a proposal by the Senate Finance Committee in Congress. As you know, we have a Senate and a House of Representatives and there is a Senate committee called the Committee on Finance, which has jurisdiction over all tax laws. Since charities and foundations are regulated by the tax laws, that is where this proposal is coming from. The proposal came out a year ago last June and what it says is that the governing boards of foundations and charities should have at least three members and not more than 15. The rationale behind this is that if you have 50 or 60 members on the board, it's too diverse, too big and can't exercise efficient oversight of the organization and it would make it too easy for the top-level staff to do things they shouldn't do.

I should say that there has been a lot of opposition to this provision, and it makes good sense, because a lot of the boards in the United States have a lot of people who can contribute or raise money. So, they very much like having a board of 40 or 50. I don't think this particular provision will be put into the law because there is too much opposition to it. So, the best practice would be, if there is a big board, to have an executive committee below that with 10 or 15 members that is much more active in the oversight of the ongoing operations of the charity. The larger board would meet less frequently and set basic policy, maybe approve the budget, maybe have the responsibility for hiring and firing the chief executive officer. This is one area of governance that is getting some attention these days.

Another area that is getting a lot of attention, and one that was very much emphasized in the Sarbanes-Oxley Legislation, is the idea of having an independent audit committee. The audit

committee would have the authority to hire and fire the outside auditor and set the compensation for the outside auditor. The Sarbanes-Oxley Legislation is very specific and says that *no* staff – not even the chief financial officer or the chief executive officer – can serve as a member of the audit committee. They want it totally independent from staff, and that has not always been the case. And even though this rule is part of the Sarbanes-Oxley and does not apply to foundations, what I am seeing is that some foundations are incorporating it into their own policies and the way they operate.

Another proposal is for outside audits of financial statements. Under federal law there is no requirement that a charity or foundation have an outside auditor come in, audit and sign off on the financial statements. Most large foundations and charities do that as a matter of good practice but there is no federal law that requires it. Yet there are now two states, Massachusetts and most recently California, that require an outside audit if you are over a certain size. In California this would apply if you have gross revenue of 2 million dollars or more per year. So, that is a concept I think will get more attention; there is talk of doing something at the national level; it's one of the proposals that is out there; and my sense is that when the final legislation goes forward to reform at the national level, this will not be included--it will be left to state law.

Another provision that is getting a lot of attention is this whole notion of more openness, more accountability and more transparency. There is a lot of transparency already in US charities and foundations. Any foundation or charity must file a tax return. All private foundations must file tax returns; there are 65,000 private foundations. All public charities must file a tax return if they have a gross revenue of 25,000 dollars or more. So, there are hundreds of thousands of tax returns filed every year. If I want to see that tax return, I can go on the Internet

and have it on my laptop screen in less than 60 seconds. There is a system in the United States that makes all of those tax returns very easily accessible. And they have a lot of information in them, including the salaries and compensation of the top-level staff. The point I am making is that there is already a lot of transparency and a lot of accountability and it's very easy for a reporter or any interested member of the public to see that information.

However, there are recommendations that there be even more accountability. One of them has to do with financial statements – the audit. Presently, under national law (I said earlier that there is no requirement for an outside audit), if you do have an outside audit, which many charities and foundations do, there is no legal requirement to disclose or make public those audited financial statements. Some foundations do it any way. They think it's good practice and they put it on their websites but it's not a legal requirement. However, there is at least one proposal out there at the national level that says if you have an outside audit, you would be required to make it available to the public or to post it on your website. It hasn't passed yet but it has a good chance of passing. California, in its new law, has said that the information in the outside audits of the financial statement have to be made available to anyone who asks for it.

I'm going to skip over audit partner rotation in the interest of time. If you have any questions about this I can answer them later, but let me move on to conflict-of-interest policies. There are requirements in Sarbanes-Oxley for specific conflict-of-interest policies. I would say that most well-managed foundations and charities have had conflict-of-interest policies for many years but it isn't a legal requirement. But in the aftermath of the Sarbanes-Oxley Legislation, there are a lot of charities and foundations saying, "We'd better put a policy like this in place." Even if they already have one, they are taking a fresh, new look

at it and strengthening it. However, even though it is not a legal requirement, there is now a revised form which you file with the IRS when you are seeking your tax classification and the new form asks if you have a conflict-of-interest policy. If you say “no” they ask why you don’t have one. So, Internal Revenue Service is getting very interested in this issue.

There are a number of other provisions but in the interest of time I won’t cover all of them. But let me discuss three more that are particularly worthy of mention. One is travel reimbursement. In my work at PricewaterhouseCoopers I had an opportunity to review the travel reimbursement policies of a couple of well-established foundations and they really needed some work. The reason they asked us to look at it was because there has been a lot of attention to expenses involving travel: very expensive hotels, use of private jets, flying first class, paying travel expenses for spouses and children. All of these aspects have been highlighted in media reports. As a result, one of the proposals that came out last year from the Senate Finance Committee is to limit all travel expenses to federal government rates... whatever that is! Another piece of legislation that passed the House of Representatives during the last Congress but didn’t become law because it was not passed on the Senate side, affected travel expenses. Private foundations have to meet a 5 percent spending rule. The legislation said that in meeting that rule, you could not count first class air travel, private jets or charter airplanes. So there has been quite a lot of attention to this notion of travel expenses and a lot of foundations, for purposes of good governance, are taking a fresh look at their travel reimbursement policies in order to avoid problems down the road.

I’d now like to talk about letter H in my outline – the approval of compensation for top-level management. What is evolving, both with private foundations and public charities, is a three-part method of determining compensation of top man-

agement of either a foundation or a public charity. The three components are these: first, that the final determination of the compensation will be made by the board of directors or by a specific committee of the board (sometimes called a compensation committee) that is assigned that responsibility; second, in deciding the compensation the board, committee or someone who has been hired for that purpose will look at surveys and studies that have been done to determine what the compensation norms are for similar organizations; and third, when the decision is made with regard to the total compensation, it has to be documented in the minutes of the meeting and a file is kept so that if they are examined by the Internal Revenue Service, they can prove it was a board decision based on studies and one that is well-documented. As I said, this practice is now developing and we are seeing it implemented more and more.

The last example of increased governance that I would like to share with you has to do with a requirement that the chief executive officer or the chief financial officer sign the tax return. Sarbanes-Oxley created personal responsibility in the corporate context and said, in part, that if you are a publicly traded company and you have to make quarterly reports to the Securities and Exchange Commission, these reports have to be signed by either the CEO or the CFO and they must certify that adequate internal financial controls are in place. So, this idea of more personal responsibility on the part of top management is one of the concepts that came out of the Sarbanes-Oxley Legislation. It does not apply to private foundations or public charities but there are proposals that are being considered that would say when the charity or foundation submits its tax return to the IRS, it must be signed and certified by either the CEO or the CFO.

Let me turn to the second aspect of what I have been asked to discuss and that is supervision or regulation. In theory, supervision of charities and foundations in the United States is a

shared experience. You have responsibility at the national level (as I mentioned, the responsibility belongs to the Internal Revenue Service) and also at the local level, almost always it's at the state level and it's normally under the Office of the State Attorney General. When you form a charity or foundation in the US, you create it under state law, either as a corporation or a trust, which gives the State Attorney General jurisdiction over it, and then you apply to the Internal Revenue Service for your federal tax exemption, which gives the IRS jurisdiction on a national level.

The experience both at the national level and the state level has been that supervision has been inadequate. In my view, this is primarily the result of not having enough resources. Each year there are 90,000 brand new charities and foundations that apply and receive status at the national level under our Code Section 501(c)(3). The Internal Revenue Service staff has not increased in 10 years. They have no way to supervise adequately all the foundations and charities that are out there. In fact, over the last 10 years, Congress has reduced their funding. It is a significant problem. Because of the recent third wave of media exposés and the attention from Congress for all these proposals to strengthen the rules, the commissioner of the IRS has been applying more funds to the examination and regulation of charities and foundations; so it's improving but it is still not adequate to assure that a good job is done.

At the state level, out of the 50 states there are probably only 11 or 12 that have significant regulatory activity. California, Massachusetts, Illinois and Connecticut are four that are quite active. Several states have nothing going on as far as state regulation is concerned. They just leave it to the IRS. So there is a mixed degree of supervision that is going on at the state level. New York is particularly active. They have more staff and the State Attorney General can intervene if they feel that the state

incorporation laws or the fiduciary responsibilities (duty of care, duty of loyalty, duty of obedience) have been neglected or if conflict-of-interest rules have been violated. They have a lot of authority; they can require that payment be made back to the charity; they can remove board members. I've seen them remove the whole board because it was so bad and appoint a new board. They can also terminate the organization altogether. So there is considerable authority at the state level to do things but they have a shortage of funds and a shortage of staff, so actual enforcement becomes more the exception than the rule.

I mentioned earlier that there is a lot of public accountability at the moment; you have to file a return, it has lots of information, it's easy to access on the Internet, etc. However, there are strong recommendations to increase the amount of information that is required to appear on those returns. One of the areas they are suggesting is providing more information about compensation – particularly of high-level staff. Today you have to indicate what the salary is as well as the other benefits such as pensions. But you don't have to give a lot of details about those benefits. So, one of the proposals is that you would have to spell out in great detail all aspects of the compensation that may be made available to top-level staff. As we can see, there is a harder push for more transparency and more accountability.

One other thing I would like to say about these tax returns is that we are in the middle of seeing the requirement come into being that if you file one of these returns as a foundation or a charity, you must file it electronically. In other words, you can't submit it as hard copy. The reason is that if it is done electronically, it is available more quickly; it can be put on the Internet more quickly. If the organization has filed for extensions and done it on paper, the return may only be available a lot later, so there is a push for electronic filing. At the moment

it is limited to larger organizations but we think that it will eventually become a requirement across the board.

Finally, from our experience and the three waves of reform, I would make this conclusion: improving governance and instituting the various types of improvements we discussed are helpful. Having increased disclosure of information and transparency and more accountability helps. Getting the information out faster through electronic filing helps. But you can increase governance all you want; you can increase accountability all you want; you can write 25,000 laws or all the laws you want; but if you don't have adequate funding to enforce those laws, you're wasting your time. And that's the problem we face. As long as there are people willing to cheat, who sense that they will not get caught because nobody is enforcing the law, we'll continue to have problems.

Thank you.



## ***Henrique Sousa Antunes***

Gostaria de cumprimentar o John pela sua intervenção e agradecer à FLAD e à Fundação Bertelsmann o convite que me foi endereçado para participar nesta sessão sobre o governo e a supervisão das fundações. A minha exposição tem como referência o Projecto da Fundação Europeia e o documento correspondente do Centro Europeu de Fundações. Escusado será dizer que são bem-vindas quaisquer questões que entendam relevantes sobre o tema.

### **I. Introdução**

Das regras sobre a gestão e a supervisão da actividade das fundações depende, de modo particularmente significativo, a eficiente utilização dos recursos no preenchimento dos seus fins. Os temas conjugam-se de modo natural e na sua articulação reflectem-se as distintas concepções a propósito da função prestadora das entidades de fim não lucrativo e do alcance da autonomia privada.

O desenvolvimento histórico do sector não lucrativo foi, como é sabido, caracterizado, em vários momentos, por uma manifesta hostilidade do Estado, condicionando a acção e, mesmo, a própria existência de pessoas jurídicas de fim altruísta. A realidade apresenta-se, hoje, notoriamente diversa. Perante a crise do Estado Social, reconhecida a essencialidade das organizações da sociedade civil, o debate centra-se na identificação do justo equilíbrio entre as disposições que assegurem, fundamentalmente, a eficiência da gestão e o cumprimento dos fins estatutários.

Pretende-se, com a intervenção nesta sessão, analisar a boa prática que, em sede de governo, vem sendo declarada, em ter-

mos não coincidentes, nos estudos e projectos sobre fundações, destacando-se, a esse respeito, as propostas sobre o estatuto de uma Fundação Europeia do Centro Europeu de Fundações e do consórcio liderado pela Fundação *Bertelsmann*. De igual modo, deseja-se contribuir para o esclarecimento das características de que comungam as diferentes perspectivas em matéria de supervisão das fundações, assinalando, concomitantemente, os aspectos que as distanciam.

Sublinha-se que o tratamento de qualquer das questões é indissociável do tipo de fundações em causa. As regras sobre a boa administração de uma fundação de utilidade pública divergem, naturalmente, dos preceitos sobre a adequada gestão de uma fundação de interesse privado. Simultaneamente, os privilégios conferidos pelo Estado em virtude do reconhecimento da utilidade pública justificam um controlo externo mais intenso. Acrescenta-se que a fundação-empresa deve ser gerida de harmonia com as especificidades que o exercício de uma actividade económica requer.

## II. *Governance*

É inegável a actualidade do conceito de *corporate governance*. Aplicável às sociedades comerciais, o seu conteúdo não se apresenta, no entanto, unívoco. À estrita orientação da gestão da sociedade como um meio destinado a rentabilizar o investimento dos sócios, opõe-se uma noção ampla que por governo das sociedades (*corporate governance*) entende o sistema de regras e de condutas que convoca a gestão da sociedade à satisfação de uma pluralidade de interesses.

Subjaz a essa distinção a clivagem entre o entendimento original do conceito, de influência norte-americana, que, no seu núcleo, tão-só compreendia a administração e os sócios, e as

posições que, sobre o tema, vêm sendo, mais recentemente, defendidas, alargando a esfera dos interessados. Destacam-se, com este último alcance, os princípios da OCDE sobre o governo das sociedades (2004).

A corrente clássica, que em virtude da concepção da empresa como instrumento de maximização do rendimento obtido com a titularidade das acções restringiu o governo societário às relações bilaterais entre os sócios e os gestores, afigura-se substituída pela orientação que valoriza os *stakeholders*. A gestão da sociedade envolve, nesta perspectiva, outros grupos de interessados além dos *shareholders*. A conclusão suscita, porém, a enumeração das razões dessa inclusão.

Tradicionalmente, a imputação de um risco ao sócio, traduzido na incerteza quanto ao acréscimo do valor da sua parte social e à distribuição de dividendos, e co-natural à actividade económica, emprestava o argumento à tese restritiva. O governo societário desinteressar-se-ia daqueles que, em virtude de relação contratual (contrato de trabalho, contrato de financiamento, contrato de fornecimento) ou de preceito legal (normas de protecção dos trabalhadores, dos credores e dos fornecedores), têm os seus créditos previamente definidos. Ora, reconhece-se, hoje em dia, que o risco da empresa projecta-se também sobre trabalhadores, financiadores ou fornecedores, constituindo estes, por consequência, interessados numa sã gestão da empresa. O risco apresenta-se proporcional à ausência de procura sucedânea no mercado das prestações devidas à sociedade pelos interessados<sup>1</sup>.

É neste contexto mais alargado dos beneficiários do governo das sociedades que o conceito se apresenta moldável à gestão de entidades de fim não lucrativo. A reflexão sobre a reforma das regras e princípios aplicáveis ao governo daquelas entidades, à luz do conceito de governo das sociedades, encontra acrescida justificação em recentes polémicas no que à administração de organizações sem fim lucrativo tange.

<sup>1</sup> João Gomes da Silva, Corporate Governance (*Sumários Desenvolvidos*), Novembro de 2004, texto inédito, págs. 23 e segs.

O exemplo norte-americano é, a este respeito, demonstrativo. A lei norte-americana sobre a competitividade e o escrutínio das empresas (*American Competitiveness and Corporate Accountability Act*) de 2002, vulgarmente conhecida como a lei *Sarbanes-Oxley*, constitui, porventura, o paradigma mais perfeito da influência que o desenvolvimento das regras sobre a gestão das sociedades comerciais pode ter no governo das entidades sem fim lucrativo. Apenas duas disposições do diploma – sobre os denunciadores e a destruição de documentos – visam, expressamente, aquelas entidades. O alcance da lei *Sarbanes-Oxley* a esse respeito é, no entanto, mais amplo.

Os princípios que inspiram as normas sobre a auditoria das empresas adequam-se à gestão das entidades sem fim lucrativo, nomeadamente a natureza autónoma da comissão interna de auditoria, a quem cabe a relação com os auditores externos, e as limitações aos serviços prestados pelas empresas de auditoria às sociedades auditadas. A influência da lei *Sarbanes-Oxley* no sector da actividade não lucrativa processa-se em diversos níveis, reflectindo-se em boas práticas e, mesmo, em regulamentação.

Tornou-se claro que, mesmo as entidades sem fim lucrativo, devem garantir a independência da estrutura de fiscalização existente (“a comissão de auditoria é composta por membros do conselho de administração que não são remunerados pelos serviços prestados naquela comissão e não têm um interesse económico, ou qualquer outro conflito de interesse, em relação a qualquer entidade que negocie com a organização”<sup>2</sup>), que assegurará a escolha da empresa de auditoria externa, certificando-se da sua idoneidade e competência para a realização da prestação, e a verificação do pleno cumprimento da actividade contratada (“a comissão de auditoria assegura que a empresa de auditoria tem os conhecimentos e a experiência necessários ao exercício da função de auditoria da organização e que o seu desempenho é fiscalizado”<sup>3</sup>). A actividade requerida ao órgão

<sup>2</sup> BoardSource/ Independent Sector, The Sarbanes-Oxley Act and Implications for Nonprofit Organizations, in [www.boardsource.org/independentsector.org](http://www.boardsource.org/independentsector.org), pág. 4.

<sup>3</sup> *Ibidem*.

interno de fiscalização exige, em conformidade, que “pelo menos um membro da comissão de auditoria preencha os critérios exigidos a um perito financeiro e possua os conhecimentos e a experiência de natureza financeira adequados à compreensão, à análise e à avaliação sustentada das contas da organização e da competência da empresa de auditoria”<sup>4</sup>.

<sup>4</sup> *Ibidem*.

Em razão do favorecimento da transparência, a imposição da rotatividade do auditor externo, a restrição da prestação de serviços diversos da auditoria, a previsão do dever de informar, a prevenção de conflitos de interesses pela proibição de empréstimos aos administradores e directores da organização, são algumas das disposições da lei *Sarbanes-Oxley*, que, pensadas em função da actividade empresarial, encontram, do mesmo modo, justificação no sector das entidades sem fim lucrativo. Recordar-se que o diploma, em conformidade, protege os agentes de qualquer organização, empresarial ou outra, que denunciem a prática de actividades ilegais e incrimina a alteração, a ocultação, a falsificação ou a destruição de qualquer documento de uma empresa ou de uma entidade sem fim lucrativo destinado a um procedimento de natureza oficial (por exemplo, uma investigação das autoridades administrativas ou judiciais ou um processo de falência).

Em suma, a aprovação da lei *Sarbanes-Oxley* “serve como uma chamada de atenção a toda a comunidade das instituições sem fim lucrativo. Se os líderes dessas entidades não garantirem o bom governo das suas organizações, a Administração pode intervir e regular também o seu governo”<sup>5</sup>. A aplicação das regras e princípios do governo das sociedades às entidades sem fim lucrativo revela-se, porém, anterior ao debate causado pela lei *Sarbanes-Oxley*. Algumas breves notas a este propósito.

<sup>5</sup> *Idem*, pág. 2.

O *Institute on Governance* canadiano, em texto intitulado “*Governance Do's & Don'ts – Lessons from Case Studies on Twenty Canadian Non-Profits (Final Report)*”<sup>6</sup> acolhe uma noção de governo que acentua a sua compatibilidade com fins de natureza

<sup>6</sup> Estudo coordenado por Mel Gill e disponível *online*.

não lucrativa. Citando Plumptre e outros esclarece que o conceito abrange “as estruturas, as funções (as responsabilidades), os processos (as práticas) e as tradições de organização que o conselho de administração de uma instituição utiliza para assegurar o cumprimento da missão que à organização foi destinada. Aqueles determinam como é que o poder é exercido, como é que as decisões são tomadas, como é que os interessados (*stakeholders*) podem intervir e como é que os decisores são responsabilizados”<sup>7</sup>. A estrutura organizativa, a responsabilização dos administradores, a identificação dos interessados e a sua participação na gestão da entidade sem fim lucrativo condicionam a qualidade do governo da organização. Desta nota característica dos *stakeholders* depende, porventura, a enumeração das especificidades do governo das entidades sem fim lucrativo. A esse respeito, escreve-se no texto citado do *Institute on Governance*: “As entidades sem fim lucrativo têm membros e interessados (*stakeholders*) em vez de “sócios”. O interesse público mais amplo daquelas entidades contrasta, ainda, com o propósito mais circunscrito da obtenção de lucro pelas empresas. As entidades sem fim lucrativo submetem-se a um escrutínio dos fundadores, dos órgãos de comunicação social e do público em geral, superior àquele que as empresas de fim lucrativo recebem dos sócios. (...) A titularidade implica um controlo legal. Embora implique, também, a prestação de contas, este último conceito estende-se para além dos titulares legais de modo a incluir as obrigações contratuais para com os financiadores, a responsabilidade moral para com os consumidores e os deveres fiduciários para com o público em geral e outros interessados principais”<sup>8</sup>.

As conclusões do documento sublinham a especialidade da gestão de entidades sem fim lucrativo. Entre as chaves do sucesso consta a obtenção de um “acordo significativo dos principais interessados a respeito dos valores, da missão e dos objectivos da organização”<sup>9</sup>. Diversos estudos acrescentam a essa singula-

<sup>7</sup> Pág. 7.

<sup>8</sup> Pág. 13.

<sup>9</sup> Pág. 26.

ridade as especificidades da boa prática relativa à organização e ao funcionamento daquelas entidades. Assim, advoga-se, nomeadamente, a constituição de uma comissão de aconselhamento da administração, competindo-lhe, entre outras funções, recomendar ao conselho procedimentos de gestão e os candidatos a administradores, a criação de uma comissão com competência para a fixação da remuneração e outras prestações devidas aos gestores da entidade sem fim lucrativo e a adopção de uma política de transparência sobre as suas contas e actividades, sem prejuízo do direito à privacidade de doadores e beneficiários<sup>10</sup>.

Em geral, verifica-se um consenso alargado sobre a aplicabilidade de vários princípios que orientam o governo das sociedades. Enumeram-se, entre outros:

1. Os deveres dos administradores: o dever de cuidado (segundo o *American Bar Association Guidebook for Directors of Non-profit Corporations*, “os administradores devem (1) estar suficientemente informados, (2) participar nas decisões, e (3) fazê-lo de boa fé e com a diligência de uma pessoa prudente em idênticas circunstâncias”), o dever de lealdade (“os administradores devem agir no melhor interesse da empresa, não de acordo com o seu próprio interesse ou os interesses de outra pessoa ou organização”<sup>11</sup>), a que se subsume a prevenção dos conflitos de interesses e, também, o dever de obediência (“os administradores devem agir dentro dos limites da lei em geral e com o propósito de satisfazer a «missão» da organização, tal como definida no acto de constituição e nos estatutos”<sup>12</sup>).
2. As boas práticas: retomando o texto do *Institute on Governance*, por exemplo, “um forte conselho de administração e uma forte liderança”, “a clareza na definição das respectivas funções, relações e expectativas do conselho de administração, dos membros do conselho de administração e do presidente

<sup>10</sup> Cfr. McDermott, Will & Emery, *Best Practices: Nonprofit Corporate Governance* (disponível online).

<sup>11</sup> Melinda A. Agsten/Wiggin and Dana LLP, *Governance and Nonprofit Corporations: Requirements and Expectations in a Post-Sarbanes-Oxley World – A Primer for Directors and Management of Nonprofit Organizations*, April 2004, pág. 4 (disponível online).

<sup>12</sup> *Idem*, pág. 5.

da comissão executiva”, “o consenso ou o quase-consenso, em vez da regra da maioria, no processo de decisão” ou “uma abordagem construtiva da resolução dos conflitos no conselho de administração, entre o conselho de administração e o presidente da comissão executiva e a previsão de conflitos de interesses dos membros do conselho de administração”<sup>13</sup>.

<sup>13</sup> Pág. 26.

O projecto do Centro Europeu de Fundações sobre a criação de uma Fundação Europeia e o Projecto da Fundação Europeia reflectem a preocupação com o governo das fundações, acolhendo alguns dos princípios do governo das sociedades. A filosofia dos dois documentos apresenta-se, contudo, diversa a respeito das especialidades impostas pela natureza das entidades sem fim lucrativo, designadamente em sede de intervenção dos *stakeholders* na gestão da fundação.

Em qualquer dos documentos se prescreve o seguinte:

1. Os administradores devem agir com lealdade, diligência, cuidado e em obediência à lei e aos estatutos da fundação (art. 11.º, n.º 2 / art. 4.1.1, § 2<sup>14</sup>);
2. Os membros do conselho de administração podem beneficiar de uma remuneração e do reembolso de despesas que se enquadrem, em qualquer dos casos, num padrão de razoabilidade (art. 11.º, n.º 7 / art. 4.1.1, § 3);
3. A responsabilidade dos membros do conselho de administração para com a fundação (art. 12.º, n.º 2 / art. 4.1.1, § 4)<sup>15</sup>;
4. As regras básicas sobre a composição e a competência do conselho de administração (art. 11.º, n.ºs 1 a 6 / arts. 4.1.1, § 1, e 4.1.2);
5. A exigência de uma auditoria externa às contas da fundação, sempre que os rendimentos anuais ou o património da entidade assim o justifique (art. 13.º, n.º 3 / art. 5.3, § 2).

<sup>14</sup> Os preceitos, a seguir mencionados, do Projecto da Fundação Europeia integram-se na Parte 1 (Direito Civil) desse texto.

<sup>15</sup> O documento do Centro Europeu de Fundações limita, porém, a responsabilidade ao dolo ou negligência grave (“(...) *for the wilful or grossly negligent performance or neglect of their duties* (...)”) e inclui os terceiros lesados no âmbito subjectivo de aplicação da norma.



Não obstante o apuramento de algumas semelhanças entre os dois projectos, é possível atestar a existência, nesse âmbito de convergência, de relevantes diferenças. O Projecto da Fundação Europeia restringe a autonomia privada na conformação das disposições sobre o governo das fundações, porventura em linha com os recentes estudos sobre a aplicação das regras de governo das sociedades às entidades sem fim lucrativo. São disso exemplo as seguintes normas do documento apresentado: a previsão de uma composição mínima do conselho fiscal, quando exercida a faculdade da sua constituição (art. 4.2, § 1); a obrigatoriedade de constituição do conselho fiscal, sempre que o rendimento anual ou o património da fundação exceda um determinado valor (art. 4.2, § 2); a atribuição àquele órgão de amplas competências de fiscalização (art. 4.2, § 3); a articulação das funções do conselho fiscal com o exercício da auditoria e a supervisão do Estado (art. 4.2, § 4); a limitação do período temporal do mandato conferido aos membros do conselho de administração (quatro anos – art. 4.1.3, § 2); a definição das maiorias exigíveis para a demissão compulsiva dos membros daquele conselho pelo órgão eleitor, distinguindo-se entre a demissão não fundamentada e a demissão fundada em importantes razões (art. 4.1.3, § 4).

As propostas em análise sobre a criação de uma Fundação Europeia divergem, patentemente, quanto aos direitos conferidos aos *stakeholders*. O Projecto da Fundação Europeia reconhece legitimidade para agir ao fundador e subsequentes doadores de uma contribuição significativa, a qualquer interessado na actividade da fundação, dela beneficiando ou não, e, ainda, aos terceiros que sejam credores, trabalhadores, arrendatários da fundação ou que, de algum modo, são afectados pela sua actividade. Ao fundador, ao doador e ao terceiro interessado é conferido o direito ou a faculdade de suscitar a intervenção da entidade pública com competência para a supervisão da funda-

ção, em caso de incumprimento dos deveres do conselho de administração ou do conselho fiscal. Aquela entidade pronuncia-se no prazo de 60 dias (arts. 4.3 e 4.4). Ao terceiro afectado pela actividade da fundação, o projecto, concedendo-lhe a possibilidade de denúncia, não o beneficia com a estatuição de um dever preciso da entidade supervisora: “a autoridade do Estado competente para o exercício da supervisão tem completa discricionariedade sobre a melhor forma de reagir àquela denúncia” (art. 4.5). Acrescenta-se que a protecção dos interesses mencionados é acolhida, sem distinção, no preceito sobre a alteração dos estatutos da fundação: “A autoridade do Estado competente para o exercício da supervisão deve poder rejeitar a alteração dos estatutos se tal é considerado necessário para evitar o comprometimento dos propósitos iniciais do fundador, ou das expectativas atendíveis dos beneficiários da fundação, ou dos direitos de outras pessoas afectadas” (art. 8.1.1, § 3); ainda, “o conselho fiscal, o fundador, os beneficiários e quaisquer outras pessoas que vejam afectados os seus direitos ou interesses pela alteração dos estatutos podem impugnar judicialmente, junto do tribunal competente, o acto do Estado pelo qual ele aceita ou rejeita aquela alteração” (art. 8.1.1, § 4).

O projecto do Centro Europeu de Fundações desconhece a previsão de regimes *especiais* para os interessados na actividade da fundação, com a excepção do fundador (vide, sobre a modificação do fim, o art. 15.º, n.º 2: “qualquer modificação dos estatutos que afecte o fim da FE deve respeitar a vontade do fundador”), submetendo a tutela da sua posição jurídica aos termos gerais da supervisão da entidade competente. A opção sustentada harmoniza-se com o propósito de restringir os graves inconvenientes de uma alargada intromissão externa na vida da fundação.

Sem prejuízo da salvaguarda da legalidade, a necessidade de preservar a autonomia da fundação requer do legislador pru-

dência, evitando que a lei crie instrumentos de pressão sobre a sua actividade. A esse respeito, algumas notas sobre a reforma do direito português das fundações.

A reforma teve nos trabalhos de uma Comissão presidida pelo Senhor Professor Doutor Rui de Alarcão um notável impulso. Numa versão inicial do texto sobre a entidade com competência para a supervisão (a *Comissão Nacional de Fundações*), o art. 3.º, n.º 3, alínea c), estabelecia: “*compete ainda à CNF: analisar as petições ou queixas dos beneficiários das fundações e tomar as providências adequadas*”. Embora a fórmula empregue pela proposta mencionada se distinga dos termos em que o Projecto da Fundação Europeia confere o direito de intervenção na gestão dos beneficiários (“(...) se (...) o conselho de administração e/ou o conselho fiscal faltarem ao cumprimento dos seus deveres” – art. 4.4), há naqueles um grau de indeterminação que actualiza os comentários que o documento português suscitou. O consenso gerado sobre a incompatibilidade daquela interferência com a autonomia das Fundações, reflectida na possibilidade de sindicar os critérios de decisão do conselho de administração e, de qualquer modo, apenas praticável nas fundações em que os *stakeholders* possuam uma estreita relação com a fundação, conduziu à eliminação da norma.

### III. Supervisão

É usual reconhecer-se que os sistemas de supervisão das fundações se destinam, entre outros fins, a prevenir e a sancionar o incumprimento dos deveres legais e dos deveres estatutários dos administradores, entre outros, protegendo assim, embora não exclusivamente, os interesses do fundador, do doador, do beneficiário, dos credores da fundação. A tese reconhece, quanto a nós, a validade da inclusão do acesso destes *stakeholders* à enti-

dade com a competência de supervisão das fundações no regime geral para o efeito previsto, neste se incluindo a tutela dos interesses da fundação, bem como do interesse público<sup>16</sup>.

Importa, ainda, considerar que à prevenção e à sanção da infracção da ilegalidade em sentido lato, é corrente assimilar funções de natureza assistencial, em virtude da estrutura imperfeita que caracteriza o acto de constituição da fundação, com reflexos na sua vida<sup>17</sup>. A junção destas funções compreende-se à luz da concentração, numa só entidade, dos poderes de registo e de supervisão das fundações. É esse o modelo proposto pelo Centro Europeu de Fundações, em consequência das opções tomadas nos textos relativos aos *Princípios Fundamentais de Carácter Legal e Fiscal para as Fundações de Utilidade Pública* e ao *Modelo Legal para as Fundações de Utilidade Pública*. É diversa a orientação do Projecto da Fundação Europeia, pois, de acordo com as soluções vertidas no documento, prevalece o regime instituído no país de registo da Fundação Europeia.

A supervisão das fundações distancia, uma vez mais, os textos assinalados. Recorda-se que a constituição, a composição e a actividade do conselho fiscal, os direitos de intervenção dos interessados na gestão da fundação e as regras sobre a transparência e os deveres de informação desempenham um papel nuclear no documento do Projecto da Fundação Europeia, contrastando com as características da proposta do Centro Europeu de Fundações, que, sem prejuízo da atribuição de idêntica relevância às normas sobre a auditoria e a transparência da actividade das fundações, opta pela simples alusão à possibilidade de os estatutos da fundação incluírem “a função e a estrutura de qualquer órgão adicional” [art. 8.º, n.º 1, f)] e opera a diluição da legitimidade dos interessados directos num são e prudente governo da fundação no plano mais amplo dos interesses que, em geral, justificam a previsão de um sistema de supervisão.

<sup>16</sup> Cfr., por exemplo, Fabrizio Cafaggi, *Prefazione. I Controlli sulle Organizzazioni Non Profit*, in “Regolazione e controllo sulle organizzazioni non profit” (a cura di Gian Paolo Barbetta e Cristiana Schena), Il Mulino, Bologna, 2000, págs. 28 e seg.

<sup>17</sup> *Idem*, pág. 30.

A verificação de um regime mais apurado de controlo interno justificaria a concomitante restrição da supervisão de uma entidade pública exterior à fundação. Não é, contudo, essa a solução do Projecto da Fundação Europeia. Em ambos os projectos, compete à entidade supervisora a apreciação do relatório anual de actividades e do relatório anual de contas e prevê-se a susceptibilidade de impugnação contenciosa das decisões da entidade administrativa. A diferença reside no alcance da acção dessa entidade.

Lê-se no texto do *European Foundation Project*: “A autoridade do Estado competente para o exercício da supervisão pode intervir apurando-se uma violação significativa da lei ou dos estatutos, estando vedada, em qualquer outra hipótese, a faculdade de escrutinar as decisões discricionárias do conselho de administração (e, se esse for o caso, do conselho fiscal). Transmitida por escrito a notícia do incumprimento e conferida adequada oportunidade para a correcção de qualquer deficiência apurada, a autoridade do Estado competente para o exercício da supervisão pode adoptar quaisquer medidas de supervisão que entenda necessárias” (art. 7, § 4). A amplitude dos meios colocados à disposição da entidade competente para a supervisão, permitida pela vaguidade da fórmula empregue, afigura-se, porventura, temerária, à luz da autonomia da fundação e do eficiente exercício da sua actividade, não obstante a limitação daquela competência a um grave incumprimento da lei ou dos estatutos e à exacta conformação do seu conteúdo pelos Estados. Este juízo subjaz à opção tomada no projecto do Centro Europeu de Fundações. Lê-se, no comentário ao art. 14.º, sobre a supervisão, da *Proposta de Regulamento de um Estatuto Europeu para as Fundações*, o seguinte: “a questão dos poderes que devem ser atribuídos ao organismo com competência para a supervisão é, claro está, bastante ampla. Na sua versão actual, o artigo está redigido de modo a conferir à autoridade supervisora os poderes estritamente neces-

sários à realização de uma investigação efectiva a uma fundação sob suspeita e à possibilidade de uma reacção eficaz”.

Em qualquer dos documentos, a “acção correctiva” da entidade supervisora depende da comunicação do incumprimento à fundação e do deferimento da oportunidade para a reposição da legalidade. Salienta-se que, na proposta do Centro Europeu de Fundações, essa fase é precedida da possibilidade de realização de um inquérito aos assuntos da fundação “se a autoridade europeia competente para o registo tiver sérios fundamentos para supor que o conselho de administração da Fundação Europeia não está a agir em conformidade com os estatutos da fundação ou este Regulamento” (art. 14.º, n.º 2). Aproxima os dois textos, ainda, a circunstância de se excluir da competência da entidade supervisora a assunção de poderes de gestão (art. 7, § 4, citado, e art. 14.º, n.º 9, da proposta do Centro Europeu de Fundações: “nenhuma norma deste artigo confere à autoridade europeia competente para o registo o poder de administrar a fundação”).

Os dois projectos distinguem-se pela contraposição entre a utilização de uma cláusula geral (Projecto da Fundação Europeia) e a enumeração exaustiva dos poderes fiscalizadores e sancionatórios da entidade supervisora (proposta do Centro Europeu de Fundações). Resulta deste último documento que a autoridade europeia competente para o registo só pode:

1. ordenar ao cumprimento dos estatutos da fundação e do Regulamento comunitário;
2. designar um perito independente que promova um inquérito aos assuntos da fundação, verificada a existência de provas de infidelidade ou de má administração com carácter de gravidade;
3. requerer ao conselho de administração e aos funcionários superiores da fundação que disponibilizem qualquer elemento probatório reputado necessário;

4. exigir a demissão de um membro do conselho de administração ou de um funcionário superior condenado por infidelidade;
5. na iminência de um risco sério para o património da fundação, congelar, com carácter temporário, as contas bancárias da fundação e tomar outras medidas de emergência que julgue adequadas até apreciação judicial;
6. designar um depositário e gestor independente, que aja em substituição do conselho de administração, na hipótese de a entidade supervisora se convencer da incapacidade da fundação para o governo apropriado dos seus assuntos;
7. propor, em tribunal, a extinção da fundação, ocorrendo a impossibilidade insuperável do seu fim ou, então, circunstâncias que, no momento da constituição, teriam obstado ao registo daquela entidade.

Julga-se possível, e talvez desejável, um compromisso entre as duas propostas. A disciplina do Projecto da Fundação Europeia sobre o conselho fiscal confere particular relevo ao órgão de controlo interno, nesse aspecto divergindo, como vimos, do documento apresentado pelo Centro Europeu de Fundações. Assegurada a independência dos membros que o constituem, a intervenção de uma entidade externa com a competência de supervisão deve constituir uma medida de *ultima ratio* e, em consequência da gravidade dos seus pressupostos, o poder sancionatório deve obedecer a um princípio de tipicidade.

Tome-se o exemplo da designação de um depositário e gestor independente, medida que consta do documento do Centro Europeu de Fundações. A proposta sugere que “a designação do depositário e gestor deve ser revista por um tribunal no prazo de três meses” – art. 14.º, n.º 7. Na ausência de impugnação contenciosa da decisão da entidade supervisora, a esta compete obter junto do tribunal competente a confirmação da sua reso-

lução. A previsão legal das medidas disponíveis e dos limites que as conformam previne uma abusiva interferência de entidades públicas na gestão da fundação.



***Henrique Sousa Antunes***

I would like to congratulate John on his speech and thank FLAD and the Bertelsmann Foundation for inviting me to participate in this session on governance and supervision of foundations. I will address the subject referring to both the European Foundation Project and the related document of the European Foundation Centre. Needless to say, feel free to pose any questions you deem relevant.

**I. Introduction**

How efficiently a foundation uses its resources to achieve its aims depends greatly on the foundation's rules for managing and supervising its activities. These two topics form a natural pairing and the way they are coordinated reflects distinct concepts regarding the service mission of non-profit entities and the scope of private autonomy.

As we know, the development of the non-profit sector has been marked, in various moments of its history, by patent hostility on the part of the State, which has restricted its activities and even put in check the very existence of legal entities of a charitable nature. Today's reality is starkly different. With the crisis of the Social State and the recognition of the vital importance of organizations of civil society, the discussion has turned to identifying a fair balance between the provisions that fundamentally guarantee management efficiency and the achievement of statutory aims.

In my talk I shall analyze best practices that have been cited with regard to governance – some of which do not coincide – in studies and projects on foundations. I shall focus on the proposals for a statute for a European Foundation made by the Euro-

pean Foundation Centre and the consortium headed by the Bertelsmann Foundation. I also wish to contribute to a greater clarification of the features shared by those different perspectives regarding the supervision of foundations, while at the same time pointing out how they differ.

Let me highlight that the broaching of these issues is indissociable from the type of foundation in question. The rules governing a public-benefit foundation are naturally different from the precepts that preside over the suitable management of a private interest foundation. By the same token, the privileges granted by the State in recognizing “public benefit” status warrant stricter external control. I would also add that the corporate foundation should be managed in accordance with the specificities required by an economic activity.

## **II. Governance**

It is undeniable that the concept of corporate governance is one of great currency today. Though applicable to commercial companies, its substance is multi-faceted. The widespread notion that corporate governance is a set of rules and behaviors that will lead the company to satisfy a plurality of interests goes against the strict way in which a company is managed – as a means of maximizing shareholder investments.

Underlying this distinction is the rift between the original American interpretation of the concept – that fundamentally only included the administration and shareholders – and positions that have more recently been defended, widening the scope of interested parties. In this last regard, of particular note are the OECD principles on company governance (2004).

The classical current, based on the concept of companies as instruments for maximizing income for shareholders, has

confined company governance to bilateral relations between partners and management. Yet this concept has been substituted by another orientation: one that places value on stakeholders as well. Thus, this management approach includes interested groups other than just shareholders. This shift requires that we enumerate the reasons stakeholders have been included.

Traditionally, the assignment of risk to the shareholder, which involves uncertainty regarding the value increase of his share and the distribution of dividends, consistent with economic activity, is what lent substance to the argument for restriction. Corporate governance would then not be concerned with those parties who, because of their contractual relationship with the company (work contract, financing contract, supply contract) or the legal precept involved (norms for protecting workers, creditors and suppliers) would have their credit pre-defined. However, nowadays, it is recognized that risks to the company also affect workers, financing entities and suppliers who thus have a stake in the sound management of the company. The risk is proportional to the absence of subsequent market demand of the services rendered to the company by the stakeholders<sup>1</sup>.

This wider concept of the beneficiaries of corporate governance is also applicable to the management of non-profit entities. The discussion on reforming the rules and principles governing non-profit entities in line with the concept of corporate governance has been further justified by recent controversies involving the administration of non-profit organizations.

The American experience with regard to this issue has been telling. The American Competitiveness and Corporate Accountability Act of 2002, commonly known as the Sarbanes-Oxley Act, has perhaps become the perfect paradigm for the influence that the development of rules for managing commercial corpo-

<sup>1</sup> João Gomes da Silva, *Corporate Governance (Sumários Desenvolvidos)*, November, 2004, unpublished, pgs. 23 *et seq.*

rations can have on the governance of non-profit entities. Only two of the provisions in the document— those regarding whistle-blowers and document destruction – expressly target the former entities. The reach of the Sarbanes-Oxley Act with regard to the issue is, however, wider in scope.

The principles that inspired the standards governing corporate auditing can also be suited to the management of non-profit entities, namely the autonomous nature of the internal audit committee, responsible for dealing with outside auditors, and limiting the services rendered by auditing firms to corporations being audited. The impact of the Sarbanes-Oxley Act on the activities of the non-profit sector has operated on different levels and has led to the exercise of best practices and, in some cases, the implementing of regulations.

It has become clear that non-profit entities should guarantee the independence of their existing oversight structures. As the document states, “The audit committee should be composed of board members who are not compensated for their service on this committee and do not have a financial interest in or any other conflict of interest with any entity doing business with the organization”<sup>2</sup>. The audit committee will thus secure the choice of the outside auditing firm, ascertain its impartiality and competency, and verify that the firm has fully carried out the activity it was contracted to perform. As the document states, “The audit committee should ensure that the auditing firm has the requisite skills and experience to carry out the auditing function for the organization and that its performance is carefully reviewed”<sup>3</sup>. In line with this, the activities required of the internal auditing body demand that “at least one member of the audit committee should meet the criteria of financial expert and have adequate financial savvy to understand, analyze, and reasonably assess the financial statements of the organization and the competency of the auditing firm”<sup>4</sup>.

<sup>2</sup> BoardSource/ Independent Sector, The Sarbanes-Oxley Act and Implications for Nonprofit Organizations, in [www.boardsource/ www.independent sector.org](http://www.boardsource.org/www.independentsector.org), pág. 4.

<sup>3</sup> *Ibid*

<sup>4</sup> *Ibid*

To promote transparency, the Sarbanes-Oxley Act has set down, among other provisions, the rotation of external auditing firms, restrictions on rendering services other than auditing, the duty to inform, and the prevention of conflicts of interest through the prohibition of loans to the administrators and directors of the organization. Though designed for corporate activity, the provisions of the Sarbanes-Oxley Act find resonance in the non-profit sector. One should keep in mind that the document provides for the protection of any agent, working for a corporation or not, that blows the whistle on illegal practices, and it foresees the tampering with, cover up, falsification, or destruction of any document of a company or non-profit entity destined to be used for official purposes (i.e. an investigation by administrative or judicial authorities or bankruptcy proceedings).

In short, the passing of the Sarbanes-Oxley Act “serves as a wake-up call to the entire nonprofit community. If nonprofit leaders do not ensure effective governance of their organizations, the government may step forward and also regulate nonprofit governance”<sup>5</sup>. Yet the application of the rules and principles of corporate governance to non-profit entities precedes the debate sparked by the Sarbanes-Oxley Act. I would like to make a few brief comments with respect to this.

<sup>5</sup> *Idem*, pg. 2

In a text entitled *Governance Do's & Don'ts – Lessons from Case Studies on Twenty Canadian Non-Profits (Final Report)*,<sup>6</sup> Canada's Institute on Governance, propounds an idea of governance that highlights its compatibility with aims of a non-profit nature. In the words of Plumptre et. al., it takes in “the structures, functions (responsibilities), processes (practices) and organizational traditions that the board of an organization uses to ensure accomplishment of the organizational mission. Those determine how power is exercised, how decisions are taken, how stakeholders have their say and how decision-makers are held

<sup>6</sup> Study coordinated by Mel Gill; available online.

<sup>7</sup> Pg. 7

to account”<sup>7</sup>. The organizational structure, accountability of administrators, identification of stakeholders, and their involvement in the management of a non-profit entity condition the quality of an organization’s governance. On this characteristic note on stakeholders relies, perhaps, the enumeration of the specificities of the governance of non-profit organizations. Apropos of this, the above-mentioned text by the Institute on Governance says, “Non-profits have members and stakeholders rather than ‘shareholders’. The broader public interest missions of non-profits also contrast with the narrower focus of corporate profit making. Non-profits are subject to much greater scrutiny from funding authorities, the media and the general public than for-profit corporations typically receive from their shareholders (...) Ownership implies legal control. While it also implies accountability, the latter concept extends beyond the legal ‘owners’ to include contractual obligations to funders, moral responsibility to consumers and trust obligations to the general public and other key stakeholders”<sup>8</sup>.

<sup>8</sup> Pg. 13

The document’s conclusions underline the special nature of managing non-profit entities. The document cites, as one of the keys to success, the attainment of a “high level of key stakeholder agreement on organizational values, mission and objectives”<sup>9</sup>. A number of studies add to this certain specific best practices regarding the organization and operation of non-profit entities. Among measures advocated are the setting up of a governance/nominating committee, whose tasks, among others, would be to recommend management procedures and candidates for management positions to the board; the creation of an executive compensation committee to set the amounts of compensation and other payments owed to non-profit entity managers; and the adoption of policies to increase transparency with regard to accounts and activities, while safeguarding the right to privacy of donors and beneficiaries<sup>10</sup>.

<sup>9</sup> Pg. 26

<sup>10</sup> See McDermott, Will & Emery, *Best Practices: Nonprofit Corporate Governance* (available online).

In general, there is a broad consensus on the applicability, to non-profits, of a number of principles that guide corporate governance. I would like to cite just a few:

1. Duties of directors: the duty to exercise caution. According to the American Bar Association's *Guidebook for Directors of Nonprofit Corporations*, "Directors must be (1) reasonably informed, (2) participate in decisions, and (3) do so in good faith and with the care of a prudent person in similar circumstances."; the duty of loyal service ("Directors must act in the best interests of the corporation, not in their own interests or the interests of another person or organization")<sup>11</sup>, to which subsumes the prevention of conflicts of interest; and the duty to comply ("Directors are required to act within the bounds of the law generally, and with the intent of achieving the organization's 'mission', as expressed in its charter and bylaws")<sup>12</sup>.
2. Best practices: Citing once again the text put out by the Institute on Governance, non-profits should have "(a) strong board and staff leadership"; "clarity in the respective roles, relationships and expectations of the Board, individual board members and the CEO"; "consensus or near-consensus decision-making rather than majority rule" or "constructive confrontation/resolution of conflicts within the board, between the board and CEO and conflicts of interest on the part of board members"<sup>13</sup>.

<sup>11</sup> Melinda A. Agsten/Wiggin and Dana LLP, *Governance and Nonprofit Corporations: Requirements and Expectations in a Post-Sarbanes-Oxley World – A Primer for Directors and Management of Nonprofit Organizations*, April, 2004, pg. 4 (available on line).

<sup>12</sup> *Idem*, pg. 5

<sup>13</sup> Pg. 26.

The project headed by the European Foundation Centre to create a European Foundation and the European Foundation Project reflect concern for foundation governance and incorporate some of the principles of corporate governance. The philosophies contained in the two documents, however, diverge when it comes to the specificities required by the nature of

non-profit entities, specifically, the intervention of stakeholders in the management of the foundation.

Both documents prescribe the following:

1. That directors should act loyally, diligently, cautiously and in compliance with the law and the statutes of the foundation (art. 11, 2 / art. 4.1.1, § 2<sup>14</sup>);
2. That the members of the board of directors may receive remuneration and a refund on expenses that in all cases, be adjudged as reasonable (art. 11, 7 / art. 4.1.1, § 3);
3. The liability of the members of the board toward the foundation (art. 12, 2 / art. 4.1.1, § 4)<sup>15</sup>;
4. Basic rules on the make-up and competency of the board of directors (art. 11, 1 to 6 / arts. 4.1.1, § 1, and 4.1.2);
5. The demand for external auditing of foundation accounts, whenever annual income or the entity's assets so justify (art. 13, 3 / art. 5.3, § 2).

<sup>14</sup> The precepts of the European Foundation Project mentioned below are part of Part 1 (Civil Law) of this text.

<sup>15</sup> The European Foundation Centre document, however, limits liability to "(...) *the wilful or grossly negligent performance or neglect of their duties (...)*" and includes liability towards third parties within the subjective framework of application of the norm.

However, even though there are similarities in the two projects, one can ascertain significant differences within that framework of convergence. The European Foundation Project restricts private autonomy on foundation governance, perhaps to fall in line with recent studies on applying the rules of corporate governance to non-profit entities. As examples of this, we have the following norms found in the European Foundation Project's document: determination of a minimal composition for the supervisory board when the provision to set up such a board is exercised (art. 4.2, § 1); the mandatory setting up of a supervisory board whenever the foundation's annual income or assets exceed a certain amount (art. 4.2, § 2); the granting of broad oversight powers to the supervisory board (art. 4.2, § 3); articulation of the functions of the supervisory board with the act of auditing and supervision of the State (art. 4.2, § 4);



limited tenure of office (four years – art. 4.1.3, § 2); definition of majorities required for dismissal of members of the board of directors by the electoral body, with distinctions drawn between dismissal without grounds and dismissal with significant grounds (art. 4.1.3, § 4).

When analyzed, the proposals for the creation of a European Foundation exhibit patent differences with regard to the rights conferred on stakeholders. The European Foundation Project identifies as stakeholders, with appropriate legitimacy to act, the founder and subsequent donors who have made a significant grant, any person with a legitimate interest in the European Foundation, whether a beneficiary of it or not, and third parties who are creditors, employees, tenants, or who, in any way are affected by the foundation's activities. The founder, donors, and interested parties are granted the right or ability to call for the intervention of the competent public entity to supervise the foundation when the duties of the board of directors or the supervisory board have not been fulfilled. The public entity is required to submit its opinion within 60 days (arts. 4.3 and 4.4). The Project gives the third party the right to notify the State supervisory authority, while not conferring upon it a specifically defined statutory duty to respond. As it says, "The State has full discretion as to how best to respond" (art. 4.5). It also adds that the safeguarding of the interests mentioned is, without any distinction, taken in by the precept regarding changes in the foundation's statutes. As it explains, "The State supervisory authority shall be entitled to reject the change of statutes if this is deemed necessary in order to prevent the original intentions of the Founder, or the reasonable expectations of the foundation's beneficiaries, or the legal rights of other persons affected, from being compromised" (art. 8.1.1, § 3). It also states, "The Supervisory Board, the Founder, the beneficiaries, and any other persons whose rights or interests are affected by the change of the

statutes may lodge an appeal against the State's acceptance or rejection of any such amendment with the competent court" (art. 8.1.1, § 4).

The European Foundation Centre Project does not discuss special provisions for stakeholders in the foundation's activities other than the founder (see art. 15, 2 on modification of purpose – it states: "Any amendment of the bylaws, insofar as they affect the purpose of the EF, should be consistent with the will of the founder"). Their legal position is to be overseen under the general oversight terms of the competent authority's supervision. This option is in harmony with the intention of curbing the serious drawbacks generated by widespread outside interference in the various aspects of a foundation's life.

While at the same time safeguarding a foundation's legality, prudent legislation should also seek to preserve the foundation's autonomy by seeing to it that the law avoids creating instruments that would eventually exert pressure on a foundation's activities. I would like to share some observations regarding the reform of Portuguese foundation law that deal with this particular issue.

The reform acted in great measure to spur on the work of a Committee presided over by Professor Rui de Alarcão. In a draft version of a text on the entity that would be granted oversight, the National Foundation Committee (*Comissão Nacional de Fundações*) art. 3, 3, sub-heading c) establishes that: "It is also the National Foundation Committee's task to analyze formal requests or complaints from beneficiaries and then take appropriate measures". Even though the formula of the proposal cited differs from the terms whereby the European Foundation Project confers the right on the beneficiaries to intervene in management issues ("(...) if (...) the Board of Directors and/or the Supervisory Board do not comply with their responsibilities" – art. 4.4), there is, in the last case, a similar degree of

indefinition justifying the comments that the Portuguese document has raised. The consensus that has been generated as regards incompatibility of that intrusion with the foundation's autonomy, which is reflected in the ability to make enquiries into the decision-making criteria of the board of directors and which, in any case, is only possible in those foundations where there is a close relationship with stakeholders, led to the rule's elimination.

### III. Supervision

Supervisory mechanisms for foundations are commonly regarded as functioning for the prevention and sanctioning of, among other acts, non-compliance with legal duties and the failure of directors, and others, to comply with their statutory obligations. Thus, they are held to safeguard, though not exclusively, the interests of the Founder, donors, beneficiaries and creditors of the foundation. In my estimation, this principle allows for the access of these stakeholders to the foundation's accredited oversight body, under the relevant general regulations, which include the protection of the foundation's interests and that of the public's interests.<sup>16</sup>

Here it is important to underline that the prevention and sanction of illegalities (taken in their broader sense) usually also incorporate functions involving assistance, since the set up of a foundation is not perfect, and this is reflected in the way the foundation operates.<sup>17</sup> The melding of these functions is understandable when we consider that both the powers of foundation's registry and oversight are concentrated in a sole entity. This is the model put forward by the European Foundation Centre, as the result of options expressed in the *Fundamental Legal and Fiscal Principles for Public Benefit Foundations* and in the *Model*

<sup>16</sup> Cf., for example, Fabrizio Cafaggi, *Prefazione. I Controlli sulle Organizzazioni Non Profit*, in "Regolazione e controllo sulle organizzazioni non profit" (a cura di Gian Paolo Barbetta e Cristiana Schena), Il Mulino, Bologna, 2000, pgs. 28 *et seq.*

<sup>17</sup> *Idem*, pg. 30.

*Law for Public Benefit Foundations.* The approach of the European Foundation Project is different; according to the solutions set down in its document, the regimen that prevails is the one instituted in the country where the European Foundation is registered.

The issue of supervision is another feature that separates the two texts mentioned. One must remember that the set-up, make-up and activities of the supervisory board, the right of stakeholders to intervene in the management of the foundation, as well as the transparency rules and the right to information perform core functions in the European Foundation Project's document. This contrasts with the features of the European Foundation Centre proposal which, while giving equal relevance to rules regarding audits and transparency in foundation activities, merely alludes to the possibility of the foundation's statutes including "the function and structure of any additional organ" (art. 8, 1, f) while diluting the legitimacy of stakeholders, who have a direct interest in a robust and prudent governance, by including it in the wider range of interests which generally warrant supervision.

A system that involved stricter internal controls would then require less supervision by public entities outside the foundation. However, this is not the solution offered up by the European Foundation Project. In both projects, the supervisory body has competence for scrutinizing the annual report of activities and the annual accounts, with the decisions of the administrative body being subject to legal challenge. The difference lies in the scope of that body's powers.

The text of the European Foundation Project states, "The State supervisory authority has the right to intervene in the event of any significant breach of the law or the statutes, but has no right to review the Board of Directors' (and where applicable the Supervisory Board's) discretionary decisions for any other

reason. Once a written notice of non-compliance has been given and adequate opportunity to correct any defect has been provided, the State Supervision may take any supervisory measures deemed necessary” (art. 7, § 4). The wide range of means placed at the disposal of the competent supervisory entity by the vagueness of this formula, could indeed be risky when it comes to the foundation’s autonomy and the efficient exercise of its activities, even though the supervisory entity’s competency is limited to serious breaches of the law or the statutes and the fact that its content is set by the member-States. This opinion underlies the option put forward by the European Foundation Centre project. In the comments regarding art. 14 on supervision in the *Proposal for a Regulation on a European Statute for Foundations* one reads, “The question of what powers a supervisory body should possess is, of course, a large one. At present the Article is drafted so as to give the supervisor the minimum power consistent with the capacity to carry out an effective investigation into an errant foundation and to provide an effective remedy”.

In both documents, before the supervising entity takes “corrective action,” it must first notify the foundation of the breach and give it the opportunity to reinstate correct legal procedures. It should be stressed that in the European Foundation Centre’s proposal, this phase may be preceded by an inquiry into the foundation’s affairs “where the European Registration Authority has reasonable grounds to believe that the governing board of a foundation is not acting in accordance with the foundation’s statutes or this Regulation” (art. 14, 2). Both documents also converge in that they deny the supervising entity the possibility of assuming management powers (art. 7, § 4, of the European Foundation Project, already cited, and art. 14, 9, of the European Foundation Centre proposal. This last provision states: “Nothing in this Article shall empower the European Registration Authority to act in the administration of a foundation”).

The two projects differ in the way they avail themselves of a general clause (European Foundation Project) as opposed to a detailed enumeration of the oversight and sanctioning powers of the supervising entity (European Foundation Centre proposal). Thus, in the latter document, the European Registration Authority can only:

1. order compliance with the foundation's statutes and the Regulation on the European Foundation;
2. name an independent expert to initiate an enquiry into the affairs of the foundation, when there is proof of "financial impropriety, serious mismanagement and/or abuse";
3. require that the board of directors and officers of the foundation make available any evidentiary element deemed necessary;
4. require the dismissal of a member of the board of directors or officer found guilty of financial impropriety;
5. temporarily freeze the foundation's bank accounts and take other emergency precautions deemed appropriate if the foundation's assets have been placed in jeopardy and until judicial ruling has been handed down;
6. appoint an independent manager and receiver to act on behalf of the board of directors should the supervising entity firmly believe that the foundation is unable to suitably manage its own affairs;
7. propose, in court, the dissolution of the foundation if its aims have become impossible to achieve or if there are circumstances which, while the foundation was being set up, would have prevented its being registered.

In our estimation, a compromise between the two proposals is possible and perhaps desirable. The European Foundation Project's regimen regarding the Supervisory Board particularly

spotlights the entity that is to exercise internal control and in this respect diverges from the document presented by the European Foundation Centre. Providing for the impartiality of an outside supervisory body, its intervention should only be an *ultima ratio* measure; and as a consequence of the seriousness of the respective requisites, its sanctioning powers should be submitted to a *numerus clausus*.

Let us take, as an example, the appointment of an independent manager and receiver, which is outlined in the European Foundation Centre document. The proposal suggests that “the appointment of a receiver and manager must be reviewed by a court within three months” – art. 14, 7. If the supervising entity’s decision is not legally disputed, the entity must obtain the appropriate court’s confirmation of its resolution. The combination of the law foreseeing the available measures with the restrictions that apply to them, preclude the unwarranted interference of public entities into the management of the foundation.

## Perguntas e respostas

*Pergunta – Quanto à primeira intervenção, penso que terá havido uma referência à distinção no âmbito estadual e, depois, no plano nacional: a fundação, criada como uma corporation ou um trust, ganharia, neste último plano, a denominação de private foundation ou de public charity. Queria confirmar se é, de facto, assim.*

*Quanto ao que disse a respeito de corporate governance, o tema interessa-me, pois fui a pessoa indicada pelo Governo para acompanhar a Comissão. Fui, pois, eu a receber as cartas severas das várias fundações criticando essa possibilidade. A sua previsão teve como fundamento criar um mecanismo de transparência, de escrutínio, ou seja, permitir aos vários beneficiários de uma fundação um meio de fazer ouvir as suas preocupações e de terem uma resposta, ainda que seja negativa. A proposta foi retirada devido à inexistência de um consenso sobre esse mecanismo entre as principais fundações. E foi essa, essencialmente, a razão que levou ao desaparecimento dessa norma na versão final do texto da Comissão.*

*John Edie – Não existe o conceito de entidade fiduciária no plano nacional. A personalidade jurídica é obtida no âmbito estadual. Tudo o que se faz ao nível federal é obter a certificação de isenção fiscal. É claro que nacional e federal significam o mesmo. No plano nacional, se for concedida a isenção fiscal, o *Internal Revenue Service*, que é o organismo regulador, pode retirar essa isenção, mas não pode revogar o estatuto legal. Isso só pode ser feito no âmbito estadual.*

*Henrique Sousa Antunes – O desaparecimento da norma não obsta à admissibilidade da denúncia. O que acontece é que a disposição era concebida em termos tais que a incentivava. E o problema residia, precisamente, aí. O comentário que eu fiz, e que compreendia também a análise do Projecto da Fundação Europeia, não consistia em excluir a denúncia pelos interessados. O que julgo, porém, é que a instituição de regimes particulares,*



como o da previsão de um prazo de resposta fundamentada à queixa do beneficiário, constante do Projecto da Fundação Europeia, pode ser um factor de distorção. O Graham Dawes aludiu a um regime paralelo, existente em Inglaterra, que não foi causa de qualquer ineficiência. Em face da realidade portuguesa, considero, no entanto, pouco salutar a sua adopção.

*Comentário – Parece-me que houve um peso excessivo dos juristas de formação administrativista na Comissão de reforma do direito das fundações em Portugal, o que fez com que os projectos tivessem um pendor demasiado estatizante – uma grande capacidade de intervenção do Estado na vida das fundações. Quando se está do lado do governo e se acompanha as questões que estão nas secretarias-gerais do Ministério da Administração Interna, questões para resolver, fundações que têm que ser reconhecidas, a opção é compreensível. Quando se está do lado das fundações, sobretudo fundações com uma grande estabilidade de gestão, com políticas de transparência, que publicam os seus relatórios, que são auditadas, que têm uma grande exposição pública e que são, por isso, publicamente julgadas, entende-se que não aceitem esse pendor tão estatizante, essa tentativa de controlo tão amplo pelo Estado. Julgo que é importante encontrarmos, nesta matéria, um equilíbrio.*

*Gostaria ainda de deixar esta outra nota: é que, pelo menos em Portugal, os problemas de governo, de transparência, de escrutínio, não se colocam a respeito das grandes fundações, porque essas se revelam muito expostas. Essas têm as suas auditorias. Publicam relatórios e contas. Toda a gente na rua sabe quem são os seus administradores. Aparecem frequentemente nas páginas dos jornais. As suas iniciativas têm um grande impacto público. Há, pois, um controlo significativo sobre a actividade dessas fundações. Os problemas são mais evidentes, com mais probabilidade acontecem, em pequenas fundações onde, de facto, esta exposição pública não existe, ou existe em muito menor escala. Isto é um aspecto que é necessário ponderar na regulação, porque, embora o universo fundacional*

*português possa contar com um número razoável de grandes fundações e de fundações muito cumpridoras, a esmagadora maioria das fundações são pequenas, geridas de uma forma amadora, com pouco profissionalismo, onde, de facto, não existe esta preocupação pelas questões da transparência e pelas questões do bom governo. Até sem ser por mal, quem administra a fundação muitas vezes mistura dinheiros próprios com os dinheiros daquela, pois na altura era preciso desenvolver um projecto e as coisas não estavam bem definidas. Apura-se, assim, importante sabermos para quem estamos a legislar.*

*Klaus Hopt* – A diferença fundamental entre os dois projectos reside no facto de o Projecto Bertelsman tender, sobretudo, para o âmbito privado. E se considerarmos a tradição europeia sobre a forma como as instituições são reguladas, verificaremos que a óptica da Bertelsmann é mais liberal, pois, em certa medida, liberta-nos da supervisão exercida pelo Estado. Claro que a consequência de se deixar esse dever ao lado privado é a aplicação de conceitos fiduciários, etc.; porém, na tradição de Adam Smith, isso não constitui uma restrição. Esse é o sector privado, que se submete a certos padrões.

Estas constituíam as observações de ordem filosófica que pretendia fazer. Tenho, agora, uma série de perguntas para o John. A primeira diz respeito à lei *Sarbanes-Oxley*. Vejo que as instituições de caridade e as fundações estão a recolher um amplo benefício em simplesmente acompanharem o debate. Esse facto é muito positivo e contribui para elevar os padrões. O que gostaria de apurar é a influência do movimento *Sarbanes-Oxley* do ponto de vista jurídico. Será que estes temas se incluem na lei que regula as instituições de caridade, na lei fiscal, ou na lei estadual? Revestiria interesse para a versão final da nossa proposta conhecer o modo como estas coisas se passam no vosso país. Aqui, na Europa, também se tem a impressão de que terá havido algum exagero e de que houve uma reacção adversa. Também

sente que o mesmo sucede no sector da caridade? Ouvimos, ainda, falar em possíveis sanções intermédias por parte do *Internal Revenue Service* ou das autoridades fiscais, que poderão retirar privilégios. Os membros da administração de uma instituição de caridade poderão ser responsabilizados? Isso faz parte do debate ou o tema está circunscrito ao sector empresarial? E se houver responsabilidade, a quem é que a mesma se dirige? É claro que há uma responsabilidade dos accionistas, no entanto, como é que o regime funcionaria a respeito das instituições de caridade?

A última pergunta, que tem origem na minha formação de direito societário, prende-se com a aplicação extraterritorial da lei, ou por outras palavras, com a sujeição das empresas europeias à jurisdição americana. É evidente que essa consequência requer a presença de accionistas americanos ou o desenvolvimento de uma actividade negocial nos Estados Unidos. Poder-se-á pensar, contudo, na extensão das normas americanas às organizações sociais sediadas na Europa. Assim, por exemplo, se a instituição receber donativos provenientes dos Estados Unidos, ou se tiver um fundador americano, ou se procurar, activamente, a captação de fundos nos Estados Unidos. Por conseguinte, a minha pergunta final consiste em saber se existe algum risco de as instituições europeias caírem sob a alçada da jurisdição dos Estados Unidos.

*John Edie* – Penso que a sua primeira pergunta teve como fim apurar que lei disciplinaria o reforço das exigências de bom governo, se acolhido. À luz de uma iniciativa nacional, estou certo de que as normas em apreço caberiam nas leis fiscais, pois é aí que tudo, neste momento, se inclui. Todas as sanções intermédias, todas as normas sobre fundações privadas que entraram em vigor em 1969 se encontram no código fiscal. Assim, no plano federal, aí se inseriria. No âmbito dos estados, pouco sucede, presentemente. Na maior parte dos estados, seria com-

petente a sua legislação sobre as entidades sem fins lucrativos ou a respeito da propriedade fiduciária. A Califórnia tem sido, na realidade, o estado que, por ora, tem manifestado maior agressividade neste domínio.

A sua segunda pergunta consiste em saber se a lei *Sarbanes-Oxley* foi longe de mais, se houve exagero e se houve um sentimento semelhante do lado das instituições de caridade. Bem, até agora, a maior queixa relativamente à lei *Sarbanes-Oxley* refere-se a uma secção da lei que exige o reforço das auditorias internas. Tem sido um filão para as empresas de contabilidade que prestam assistência aos seus clientes, mas tem sido bastante onerosa para os visados e, em certos casos, tenho ouvido estes queixarem-se de que as regras são excessivas. No entanto, ainda é cedo, havendo outros que afirmam, “bem, pode ser mais dispendioso da primeira vez, mas desconhecemos quais os benefícios que poderão advir do reforço dos controlos internos”. Ocorreram, sem dúvida, problemas com a Enron e outras entidades, pelo que ainda não é possível concluir se se apura ou não um exagero.

Acerca das instituições de caridade, tal como referi, foram apresentadas mais de 200 propostas, e muitas delas provêm do presidente da Comissão de Finanças do Senado, Charles Grassley de seu nome, um republicano conservador do Estado de Iowa. Como provavelmente sabem, os republicanos controlam a Casa Branca; controlam a Casa Branca e controlam o Senado. Ora, nota-se uma forte reacção proveniente, também, da direita conservadora que afirma, “estão a ir longe demais”, isto é “asfixiante”, vão prejudicar as pequenas fundações; vão prejudicar a capacidade privada individual de exercer a filantropia; vão-se, pois, embora!”.

Ilustro o que digo com um exemplo: outro membro da Comissão de Finanças do Senado é o Senador Santorum, da Pensilvânia, que é um republicano conservador. Vai recandida-

tar-se no próximo ano, enfrentando uma luta renhida. Será uma reeleição bastante difícil. A abordagem que adoptou nestas audiências foi a de contestar o presidente da Comissão, que é do seu próprio partido, afirmando, “isto é inadmissível.” Por outras palavras, Santorum está a posicionar-se como defensor das pequenas instituições de caridade no seu estado. Numa recente audiência, há cerca de um mês, afirmou, “Sr. Presidente, quando da audiência de Junho de 2004, promovemos um exame atento e deparámos com 94 exemplos de situações problemáticas que foram mencionadas nessa audiência. Noventa e duas delas já infringem a lei, pelo que não é necessária mais legislação”.

Assim, existe certamente a sensação de exagero. E ouve-se os senadores utilizar expressões como ‘nem tanto ao mar, nem tanto à terra’ ou “temos de encontrar um equilíbrio”. Existem, sem dúvida, abusos, mas a necessidade de encontrar uma solução que a eles respeite não deve lesar os interesses das pequenas instituições. Eis a resposta à segunda pergunta.

A sua terceira questão versava a responsabilização. Poderei necessitar de algum esclarecimento em relação à sua pergunta. No que concerne às fundações privadas, a penalização pode ocorrer como membro do conselho de administração em caso de negociação em benefício próprio ou de aprovação de remunerações excessivas. Existe, pois, um certo grau de responsabilidade ao abrigo destas normas sancionatórias. Não tenho, porém, a certeza se essa foi a sua pergunta. Não é, contudo, uma responsabilidade criminal.

*Klaus Hopt* – Depreendo que seja uma espécie de responsabilidade administrativa, embora desconheça o destino do dinheiro. A responsabilidade civil é outra coisa. Os conceitos de responsabilidade civil incluem o recurso a uma acção popular ou coisa parecida.

*John Edie* – Não sei se seria possível a propositura de uma acção popular, a menos que houvesse uma multiplicidade de

beneficiários e que eles, em conjunto, promovessem a acção. Não se trata, contudo, de sanções penais; tecnicamente situam-se no âmbito da nossa lei fiscal como um imposto especial de consumo (*excise tax*). Assim, por exemplo, se a atribuição de uma remuneração razoável ao presidente da comissão executiva de uma fundação da dimensão da vossa correspondesse a \$100 000 e o conselho de administração aprovasse \$500 000, a penalização poderia cifrar-se numa percentagem do montante atribuído. Neste caso seria de 2.5% do montante, se a aprovação fosse feita estando o responsável perfeitamente ciente de que se tratava de uma violação. Consequentemente, verificando-se uma infracção, deve o agente passar um cheque a favor do *Internal Revenue Service*. É assim que funciona o conceito de responsabilidade.

A sua última pergunta respeitava às eventuais circunstâncias em que as instituições de caridade ficam sujeitas a alguns dos possíveis tentáculos em expansão da lei americana. Bom, de certo modo isso já acontece hoje em dia. Há fundações noutros países que pretendem receber investimentos americanos e existem regras de retenção fiscal, etc. Assim, por vezes, de modo a evitar essas regras de retenção fiscal ou a sujeição à tributação, as fundações conseguem obter isenção fiscal ao abrigo da lei americana e, ao fazê-lo, ficam sujeitas a algumas dessas normas.

Tal também se verificou, na sequência do 11 de Setembro. Trata-se das chamadas normas voluntárias sobre os procedimentos a adoptar em vista da concessão de apoios ou da administração de programas fora dos Estados Unidos. Deste modo, se uma fundação americana conceder apoios a outra instituição situada em país diverso, embora essas normas sejam de aplicação voluntária, poderão requerer práticas acrescidas, materiais, documentos ou relatórios adicionais de um beneficiário noutro país. Isto não consiste em colocar a instituição sob a alçada da lei americana, mas o que essencialmente diz é, “bem, se vos vamos

conceder um subsídio, precisamos de obter tudo isto em virtude das preocupações que existem nos Estados Unidos acerca do terrorismo”. Não vejo, porém, de que modo todas estas normas de bom governo se aplicariam a uma instituição sediada fora dos Estados Unidos, senão quando, por qualquer razão, pretendessem deslocar-se com o propósito de obter o estatuto de isenção fiscal, opção que, por vezes, constitui uma vantagem do ponto de vista do investimento.

### Questions and answers

*Question – With respect to the first intervention, I think reference was made to a distinction at state level, and then a distinction at national level: If a corporation or a trust had already been set up, it would subsequently gain its designation as a private foundation or public charity at the national level. Could you please confirm if such is the case?*

*As for what you said about corporate governance, the subject is of interest to me as I was the person appointed by the government to monitor the Commission. So, it was me who got the tough-worded letters from the various foundations criticizing that possibility. The reason for such an arrangement was to create a transparency and accountability mechanism whereby the various beneficiaries of the foundation would get a channel through which they could voice their concerns and get some feedback, whether positive or negative. The proposal was withdrawn because it was believed that there was no consensus on such a mechanism among the principal foundations. And that concern is what basically led to the provision being removed from the Commission's text final version.*

*John Edie –* There is no corporate trust concept at the national level. You obtain your legal personality at the state level. All you do at the federal level is get certification as being tax exempt.

Of course, national and federal means the same. At the national level, if you have been awarded tax exemption, the Internal Revenue Service (the regulating agency) can take away that exemption but they can't terminate your legal status. That can only be done at the state level.

*Henrique Sousa Antunes* – The removal of the rule does not preclude the admissibility of denunciation. What happens is that, the provision had been devised in such a way as to actually encourage it. The problem resided mainly there. The comment I made, and which also comprises the review of the European Foundation Project, did not consist in ruling out denunciation by interested parties. My view, however, is that the establishment of particular regimes, such as providing for a deadline for a substantiated reply to a complaint, as set out in the European Foundation Project, may constitute a distorting factor. Graham Dawes alluded to a parallel regime in England, which did not cause any inefficiency. I consider, however, that its adoption vis-à-vis Portuguese reality would not be a positive move.

*Comment* – *There was, it seems, an excessive weight of jurists with an administrative background in the Commission on the reform of the portuguese foundation law, which made the projects far too State-biased – giving the State a large capacity for intervening in the running of foundations. That is understandable when you are on the government side, and issues that sit in the administrative offices of the Portuguese Home Office have to be dealt with – issues that need to be solved, foundations that need to be recognised. Conversely, when you are on the foundations' side, especially foundations with a pretty stable management, with a transparency policy, who publish their reports and have them audited, and who have wide public exposure and, therefore, come under public scrutiny, it is understandable that the foundations should take a dim view of such state-bias, of such an attempt by the state to exert considerable control. I think it is important to strike a balance here.*



*I would also like to leave one other note: In Portugal, at least, the issues of governance, transparency and accountability do not arise at the level of the large foundations as these have a lot of exposure. They hold their own audits. They publish reports and accounts. The man in the street knows who their board members are. They are frequently featured in the pages of newspapers. Their initiatives have a great impact on the public. There is, therefore, a tight control over the activity of these foundations. These problems are more evident or more likely to happen in small foundations which do not actually get as much exposure, or not on the same scale at any rate. This is an aspect that one has to bear in mind in regulation, for although Portugal has a fair number of large foundations, and very compliant foundations at that, the overwhelming majority are small foundations, managed in an amateur fashion, rather unprofessionally, where there is not, in fact, a preoccupation with matters of transparency and governance. They often get the money of those who manage the foundation mixed up with the funds of the foundation itself, albeit unwittingly. This happens because they have to carry through a particular project and things were not properly defined. Thus, we need to know exactly who we are legislating for.*

*Klaus Hopt* – The basic difference between the two projects is that the Bertelsmann Project goes more to the private side. And if you look at the European tradition on how to regulate bodies, you will see that the Bertelsmann approach is more liberal because, to a certain degree, it frees one from the supervision of the state. Of course the consequence of leaving it to the private side is that you take trustee concepts and so on; but in the tradition of Adam Smith, that's not a restriction. That's the private sector and you live up to certain standards.

Those were the philosophical remarks I wanted to make and now I have a number of questions for John. The first one concerns the Sarbanes-Oxley Act. I understand that charities and

foundations are getting a lot out of just following the discussion and that is very positive and helps to raise standards. What I would like to know is about the influence of the Sarbanes-Oxley movement from a legal point of view. Do these things go under charity law, under tax law, under state law? It would be interesting for us in our final draft to see how things happen in your country. Also, here in Europe, one gets the impression that they might have overdone it and that there has been a backlash. Have you also felt this in the charity sector? We have also heard about possible intermediate sanctions from the Internal Revenue Service or the tax authorities who might take away privileges. Is there any liability there with regard to charity board members? Is that in the discussion or is it confined to the corporate sector? And if there is liability, towards whom would this liability be directed? Of course you have shareholder liability but how would that work with charities?

My final question, which comes from my corporate law background, regards extra-territorial application, in other words, European companies coming within the reach of American jurisdiction. Of course, that means either that you have American shareholders or you do business in the US. One could, of course think that American regulations could also extend to our bodies here in Europe. For example, what if one gets gifts from the US or if one has an American founder here or if one is actively seeking funds from the US? So, the final question is if there is any risk that European bodies may fall under US jurisdiction.

*John Edie* – I think your first question was if increased governance concepts get enacted into law, exactly where in the law they would be. If it's done at the national level, I'm sure it would be under the tax laws because that's where it all is at the moment. All of the intermediate sanctions, all of the private foundation rules that went into effect in 1969 are under the tax code. So, at the federal level, that's where it would be. At

the state level, there is very little happening at the moment. In most states it would be either under their not-for-profit corporation acts or under their trust laws. California has really been the most aggressive so far.

Your second question was about if Sarbanes-Oxley went too far, if it was overdone and was there any similar feeling with respect to the charity side. Well, so far the biggest complaint about the Sarbanes-Oxley Act for public companies has been a section of that act that requires strengthening internal audit controls. It's been a bonanza for accounting firms that are helping their clients but it has been very costly for corporations, and in some cases I've heard complaints that they feel that it's way too much. But it's still early and there are others that say, "Well, it might be more expensive the first time around but we don't know what the benefits of all these increased internal controls are going to be". There were certainly problems with Enron and others, so I think that the jury is still out on whether it is overdone or not.

On the charity side, and as I mentioned, there are over 200 proposals out there and a lot of them are coming from the chairman of the Senate Finance Committee who is Charles Grassley, a conservative Republican from Iowa. As you probably know, the Republicans control the White House; they control the House and they control the Senate. And there is a strong reaction coming in from the conservative right political side that is saying, "You are going way too far; this is overkill; you're going to hurt small foundations; you're going to hurt private, individual ability to do philanthropy, so go away!".

I'll give you one example to illustrate this: another member of the Senate Finance Committee is Senator Santorum from Pennsylvania, who is a conservative Republican. He is up for reelection next year and he's facing a big fight. It's going to be a tough reelection. His approach in these hearings has been to

take on the chairman of the Committee, who is of his own party, by saying, “This is going too far”. In other words, Santorum is positioning himself as a defender of the small charity in his state. And at a recent hearing about a month ago, he said, “Mr. Chairman, when you had a hearing in June of 2004, we took a close look and there were 94 examples of problems that were raised in that hearing. Ninety-two of them are already against the law. So you don’t need more legislation”.

So, the feeling that it is being overdone certainly exists. And you hear senators using expressions such as “Don’t throw the baby out with the bathwater”. “We’ve got to find a balance here”. “Yes, there are abuses, but we have to find a way to deal with those while not hurting the small organizations”. That was in answer to your second question.

Your third question had to do with liability and I may need some clarification on your question. For private foundations, you can be penalized individually as a board member for self-dealing; or you can be penalized for approving compensation that is too high. So there is some personal liability under these federal penalty rules. But I am not sure if that was your question. However, it isn’t a criminal liability.

*Klaus Hopt* – I gather it would be a kind of administrative liability and the money would go... I don’t know to whom... the civil liability concept is something else. Civil liability concepts would include class action and things like that.

*John Edie* – I don’t know of any way a class action could be taken, unless there were multiple named beneficiaries and they as a group came in to complain. But these are not criminal penalties; they technically come under our tax law as an excise tax. So, for example, if reasonable compensation for the chief executive officer in foundation of your size was \$100,000 and you and the board approved \$500,000, then you could be penalized for the excess by a percentage of the amount. In this case,

it would be 2.5% of the amount if you approved it knowing it was a violation. So, you would have to write out a check to the Internal Revenue Service if you were found in violation. That's how the liability works.

Your final question was if there are circumstances under which charities may become subject to some of the possible, spreading tentacles of American law. Well, some of that already happens today. But it's because you have foundations in other countries that want to have US investments and there are tax withholding rules and so forth. So, sometimes they'll come over and, in order to avoid those withholding rules or avoid being taxed, they will get tax exempt status under US law and by doing that, they come under some of these rules.

We've also seen it in the wake of September 11th. There have been these so-called voluntary rules about the procedures that you should have in place if you are making grants or running programs outside the United States. So, if a US foundation is going to make a grant to another organization in another country, even though these rules are voluntary, they may be requiring additional actions, materials, documents or reports on a grantee in another country. This is really not putting the organization under the jurisdiction of the laws of the United States but it is basically saying, "Well, if we are going to give you this grant, we need to get this from you in order to comply with concerns about terrorism in the United States". But I don't see how all of these new governance rules would apply to an organization outside the United States unless, for one reason or another, they wanted to come into the United States and get tax status there, which is sometimes an advantage from an investment point of view.



AS FUNDAÇÕES  
NA EUROPA  
ASPECTOS JURÍDICOS  
FOUNDATIONS  
IN EUROPE  
LEGAL ASPECTS



Projecto do *Centro Europeu de Fundações*

•

*European Foundation Centre Project*

**PROPOSTA DE REGULAMENTO  
DO PARLAMENTO EUROPEU  
E DO CONSELHO SOBRE UM ESTATUTO  
PARA UMA FUNDAÇÃO EUROPEIA**

Artigo 1.º

**A forma de Fundação Europeia**

1. Uma fundação pode ser instituída no território da Comunidade sob a forma de uma Fundação Europeia (FE) nas condições e termos descritos neste Regulamento.
2. Uma Fundação Europeia (FE) é um ente constituído e administrado com independência, que tem ao seu dispor um património, sob a forma, ou não, de uma dotação, irrevogavelmente afectado a fins de utilidade pública.
3. Uma FE deve ter um património no valor mínimo de 50 000 euros.
4. Uma FE deve exercer actividades em, pelo menos, dois Estados-membros.
5. Uma FE não tem membros. É governada por um conselho de administração. É possível a previsão de órgãos adicionais, como um conselho consultivo ou uma assembleia de fundadores/doadores (composta por pessoas físicas e jurídicas).
6. Uma FE pode ser constituída com carácter perpétuo ou temporário, de acordo com os estatutos.
7. Todos os bens e rendimentos de uma FE devem ser utilizados na prossecução dos seus fins de utilidade pública.
8. Uma FE tem personalidade jurídica.



## Artigo 2.º

### Utilidade pública

Nos termos deste Regulamento, uma FE é considerada de utilidade pública se, e apenas se:

- a) servir o interesse público em geral, no plano europeu/internacional; e
- b) os seus fins incluírem a promoção do interesse público num ou mais dos seguintes domínios, ou em qualquer outro domínio que venha, periodicamente, a ser qualificado de utilidade pública:
  - Artes, cultura e conservação do património histórico
  - Assistência, ou protecção, a prestar a pessoas portadoras de uma deficiência
  - Assistência a refugiados ou imigrantes
  - Direitos civis ou humanos
  - Protecção do consumidor
  - Desenvolvimento nacional e internacional
  - Ecologia ou protecção do meio ambiente
  - Educação, informação e formação
  - Eliminação da discriminação baseada na raça, etnia, religião, deficiência ou qualquer outra forma de discriminação legalmente proscrita
  - Prevenção da pobreza e amparo a situações de pobreza
  - Saúde, ou bem-estar físico, e cuidados médicos
  - Ajuda humanitária ou em caso de desastres
  - Promoção do diálogo europeu e internacional
  - Protecção e apoio a prestar a crianças e jovens
  - Protecção e apoio a prestar a indivíduos carenciados
  - Protecção ou cuidado de animais
  - Ciência
  - Coesão social, incluindo a promoção do respeito pelas minorias

- Desenvolvimento económico e social
- Bem-estar social
- Desporto e atletismo amadores

### Artigo 3.º

#### **Personalidade jurídica**

Uma FE tem personalidade jurídica em todos os Estados-membros da União Europeia. Adquire-a no dia do seu registo junto da autoridade competente para o registo, nos termos do artigo 6.º.

### Artigo 4.º

#### **Capacidade jurídica**

1. Na prossecução dos seus fins, uma FE é livre de exercer qualquer actividade permitida pelos seus estatutos, desde que aquela seja compatível com a sua qualidade de utilidade pública e não contrarie as leis da Comunidade ou, em relação às actividades desenvolvidas num determinado Estado-membro, não contrarie as leis aplicáveis desse Estado-membro.

2. Uma FE tem o direito de possuir bens móveis e imóveis, e de receber e conservar donativos ou subsídios de qualquer natureza, incluindo acções e outros títulos negociáveis, assim como donativos em espécie, de qualquer fonte legítima, compreendendo os provenientes de países que não pertençam à EU.

3. Uma FE tem capacidade para desenvolver actividades em qualquer Estado-membro da UE e pode desenvolver actividades em qualquer país terceiro.

4. Uma FE tem capacidade, e liberdade, para desenvolver uma actividade comercial ou qualquer outra actividade económica, desde que os proveitos sejam clara e directamente empregues

na satisfação dos seus fins de utilidade pública e aquela não constitua o objectivo principal da fundação.

## Artigo 5.º

### Instituição

1. Uma FE é instituída:

- através de testamento, por quaisquer pessoas singulares residentes num ou em mais Estados-membros da UE;
- através de escritura pública, por quaisquer pessoas singulares e/ou colectivas, ou organismos públicos, residentes num ou em mais Estados-membros da UE;
- através da fusão de fundações de utilidade pública legalmente constituídas num ou em vários Estados-membros, nos termos do n.º 4 deste artigo;
- através da conversão de uma fundação de utilidade pública legalmente constituída num Estado-membro, nos termos do n.º 5 deste artigo.

2. Neste artigo, entende-se por organismo público qualquer entidade que preste serviços públicos ou exerça funções públicas numa base estatutária, quer seja ou não, do ponto de vista jurídico, parte integrante do Estado, da Região ou do governo local, ou de qualquer outra autoridade pública legalmente constituída.

3. Se a FE tiver sido criada por um organismo público é administrada com independência da entidade instituidora.

4. A constituição através de fusão:

- a) Compete ao conselho de administração de cada uma das fundações participantes na fusão aprová-la;
- b) A fusão tem de ser admissível em face dos estatutos de cada uma das fundações;
- c) Um pedido detalhado de fusão (projecto de fusão) em FE, incluindo:

- i. a denominação e a sede de cada uma das fundações de utilidade pública participantes na fusão, incluindo a denominação e o endereço propostos para a FE;
  - ii. a data a partir da qual as operações das fundações participantes na fusão são consideradas, para fins contabilísticos, como efectuadas por conta da FE;
  - iii. os estatutos propostos para a FE;
  - iv. as medidas de protecção dos direitos dos credores das fundações participantes na fusão;
  - v. A informação sobre as medidas relativas ao envolvimento dos trabalhadores, de acordo com a Directiva XY; tem de ser submetido à apreciação da autoridade competente no Estado-membro em que cada uma das fundações de utilidade pública está registada ou tem o seu escritório principal.
- d) A fusão tem de obedecer aos requisitos impostos pelo Estado-membro a cujo ordenamento cada fundação está sujeita, incluindo a publicação do projecto no Jornal Oficial, se esse for o caso.
  - e) Em cada Estado-membro envolvido, a autoridade competente emitirá um certificado de cumprimento dos actos de pré-fusão e das formalidades aplicáveis. Este certificado, juntamente com o projecto de fusão, tem de ser apresentado à autoridade europeia competente para o registo no prazo de seis meses após a sua emissão.
  - f) A autoridade europeia competente para o registo registará a fundação resultante da fusão, assim que se tiver assegurado de que as fundações participantes na fusão aprovaram e publicaram, nos mesmos termos, o projecto de fusão e de que foi previsto o indispensável envolvimento dos trabalhadores na FE (ver o artigo 6.º, n.º 7). Só então a fusão será eficaz. A decisão da autoridade europeia competente para o registo tem de ser publicada no jornal Oficial da União Europeia,

de acordo com o artigo 6.º, n.º 8, deste estatuto. As fundações participantes na fusão ou a FE devem prever as formalidades relativas à transferência de certos bens.

- g) Nos casos de fusão mediante a constituição de uma nova pessoa colectiva (FE), o património e a responsabilidade de cada fundação de utilidade pública são transferidos para a FE e as fundações participantes na fusão extinguem-se.
  - h) Nos casos de fusão por incorporação, o património e a responsabilidade da fundação de utilidade pública incorporada são transferidos para a fundação de utilidade pública incorporante. A fundação incorporada extingue-se e a pessoa colectiva incorporante transforma-se numa FE.
5. A criação através da conversão de uma fundação nacional:
- a) O conselho de administração da fundação de utilidade pública aprovará a conversão em FE e os novos estatutos da FE. A conversão não conduz à extinção da organização, nem à criação de uma nova pessoa colectiva.
  - b) A conversão tem de ser admissível em face dos estatutos da fundação.
  - c) Um pedido detalhado de conversão (projecto de conversão), incluindo:
    - i. a denominação e a sede da fundação de utilidade pública a converter;
    - ii. os estatutos da FE;
    - iii. as medidas de protecção dos direitos dos credores da fundação;
    - iv. a informação sobre as medidas relativas ao envolvimento dos trabalhadores, de acordo com a Directiva XY;
 tem de ser submetido à apreciação da autoridade para as fundações competente no Estado-membro em que a fundação está registada ou tem o seu escritório principal.
  - d) O pedido de conversão tem de obedecer aos requisitos impostos pelo Estado-membro. A autoridade competente emitirá

um certificado de cumprimento dos actos de conversão e das formalidades necessárias. Este certificado, juntamente com o projecto de conversão, tem de ser apresentado à autoridade europeia competente para o registo no prazo de seis meses após a sua emissão.

- e) A autoridade europeia competente para o registo registará a fundação como uma FE, assim que se tiver assegurado de que a fundação a converter preenche os critérios para esse efeito estabelecidos e de que foi previsto o indispensável envolvimento dos trabalhadores na FE, nos termos do artigo 6 .º, n.º 7. Só então a conversão será eficaz. A decisão da autoridade europeia competente para o registo tem de ser publicada no jornal Oficial, de acordo com o artigo 6.º, n.º 8, deste estatuto.

## Artigo 6.º

### **Registo**

1. É criada uma autoridade europeia competente para o registo, composta por, no mínimo, cinco pessoas de boa reputação, das quais, pelo menos, uma terá formação jurídica e será perita em direito das fundações.
2. As cinco pessoas que compõem a autoridade serão nomeadas por decisão do Conselho de Ministros e do Parlamento Europeu, sob proposta da Comissão Europeia.
3. A autoridade competente para o registo é regulada pelo direito europeu, actua, em qualquer caso concreto, com independência das Instituições da União Europeia, de qualquer instituição ou organismo público de carácter governamental, quase-governamental ou outro, e deve ser livre de influência política.
4. É dever da autoridade europeia competente para o registo:
  - a) conservar um registo das FE;

b) receber e guardar, como arquivo público, os documentos e outras informações necessários para o registo de uma FE e o seu funcionamento subsequente, e de os disponibilizar, a fim de serem examinados pelo público, sempre que tal for solicitado;

c) determinar o registo das fundações; e

d) outrossim, assegurar o cumprimento dos requisitos previstos neste Regulamento.

5. Os pedidos de registo de uma FE, dirigidos à autoridade europeia competente para o registo, devem ser acompanhados dos seguintes documentos:

a) os documentos de instituição;

b) uma declaração sobre o património afectado à satisfação dos fins da FE;

c) os estatutos;

d) o endereço previsto para o domicílio na Comunidade;

e) os nomes e endereços de todos os membros do conselho de administração;

f) as denominações, objectos e sedes das pessoas colectivas fundadoras, ou a informação correspondente sobre as autoridades públicas.

6. A autoridade europeia competente para o registo tão-só pode recusar o registo de uma fundação requerente, que cumpra os requisitos deste estatuto, se considerar o fim da fundação ilegal, ou se a recusa do registo for necessária para a protecção da segurança pública, para a prevenção do crime, para a protecção da saúde, ou para a protecção dos direitos e liberdades de outrem e a manutenção da ordem pública.

7. A FE não pode ser registada se não tiverem sido tomadas as medidas relativas ao envolvimento dos trabalhadores, nos termos do artigo () da Directiva XY.

8. A decisão da autoridade europeia competente para o registo será publicada no jornal Oficial da União Europeia, juntamente com a informação prevista no n.º 5, alíneas a) a f), deste artigo.

9. A autoridade europeia competente para o registo tomará as suas decisões dentro de um prazo razoável.

10. A FE comunicará à autoridade europeia competente para o registo quaisquer alterações à informação prevista no n.º 5, alíneas a) a f), deste artigo, e os novos dados serão publicados no Jornal Oficial.

## Artigo 7.º

### **Sede e transferência de sede**

1. A sede da FE localiza-se na União Europeia.

2. A sede da FE pode ser transferida para outro Estado-membro. Essa transferência não conduz à extinção da FE, nem à criação de uma nova pessoa colectiva.

a) Compete ao conselho de administração da FE decidir sobre a transferência de sede. Deve, para esse efeito, submeter uma proposta de transferência à apreciação da autoridade europeia competente para o registo, incluindo:

i. a denominação, o endereço da sede e o número de registo actuais da FE;

ii. o endereço da sede proposta para a FE e, se esse for o caso, a nova denominação e os estatutos modificados;

iii. O prazo proposto para a transferência;

iv. um relatório que explique e justifique os aspectos económicos e jurídicos, bem como os efeitos laborais, da transferência e, se esse for o caso, descreva as implicações da transferência para os credores da Fundação Europeia e as partes que com ela contratem.

b) A proposta de transferência é apresentada pelo conselho de administração à autoridade europeia competente para o registo. A autoridade, em momento prévio à transferência, emitirá um certificado que ateste o cumprimento dos actos



e das formalidades requeridas e registará o novo endereço e os estatutos modificados.

- c) O registo do novo endereço tem de ser publicado no Jornal Oficial da União Europeia (de acordo com o artigo 6.º, n.º 10);
- d) A indicação da nova sede produz efeitos após a publicação do seu endereço.
- e) A FE não pode transferir a sua sede se uma acção judicial de extinção ou de outra natureza tiver sido contra ela proposta.

## Artigo 8.º

### Estatutos

1. Os estatutos da FE devem, pelo menos, incluir:
  - a) a denominação da fundação, seguida da abreviatura “FE”;
  - b) uma declaração sobre o seu fim de utilidade pública;
  - c) o endereço da sede da FE;
  - d) as condições de admissão, e de demissão voluntária e compulsiva, dos membros do conselho de administração;
  - e) os direitos e obrigações do conselho de administração e dos seus membros;
  - f) a função e a estrutura de qualquer órgão adicional;
  - g) os procedimentos de modificação dos estatutos da FE;
  - h) os fundamentos para a extinção;
  - i) a distribuição do património líquido, após a extinção; e
  - j) as regras aplicáveis à convocação e funcionamento das reuniões do conselho de administração.
2. Os estatutos da FE devem, ainda, conter disposições que previnam a ocorrência de conflitos, actuais ou potenciais, entre os interesses pessoais ou profissionais dos funcionários superiores, membros do conselho de administração e trabalhadores da FE e os interesses da FF.

## Artigo 9.º

### **Lei aplicável**

1. Uma FE rege-se:

- a) por este Regulamento;
- b) pelas disposições dos seus estatutos, sempre que tal seja previsto por este Regulamento;
- c) se se tratar de matérias não disciplinadas por este Regulamento, pelas:
  - i. leis aprovadas pelos Estados-membros para concretização das medidas da Comunidade especificamente relacionadas com as FE;
  - ii. leis dos Estados-membros aplicáveis às fundações e às organizações de utilidade pública constituídas em conformidade com a legislação do Estado-membro em que a FE tem a sua sede;
  - iii. disposições dos seus estatutos, do mesmo modo que estas se aplicam a uma fundação de utilidade pública constituída em conformidade com a legislação do Estado-membro em que a FE tem a sua sede.

2. Se um Estado-membro compreender várias unidades territoriais, cada qual com o seu próprio direito aplicável aos assuntos a que se refere o n.º 1, cada unidade territorial é considerada como um Estado-membro, para efeitos de identificação da lei aplicável segundo aquele número.

3. Sem prejuízo da aplicação deste Regulamento, uma FE é tratada, em cada Estado-membro, como se fosse uma fundação e uma organização de utilidade pública constituída em conformidade com a legislação do Estado-membro em que tem a sua sede.

## Artigo 10.º

### **Informações que devem constar dos documentos da FE**

As cartas e os documentos enviados a terceiros pela FE devem declarar de modo legível:

- a) a denominação da FE, seguida pela abreviatura FE;
- b) o número de entrada da FE no registo organizado pela autoridade europeia competente;
- c) o endereço da sede da FE; e,
- d) se for o caso, a circunstância de a FE estar sujeita a um processo de falência ou de extinção.

## Artigo 11.º

### **O conselho de administração**

1. Uma FE é governada por um conselho de administração composto por, pelo menos, três membros.
2. O conselho de administração assume a responsabilidade por todas as decisões relativas à correcta administração e condução dos assuntos da FE. O conselho de administração gere a FE e representa-a nas relações com terceiros e em juízo. Os membros do conselho de administração devem observar um dever de lealdade no cumprimento dos seus deveres, devem agir com diligência e cuidado, e devem assegurar o cumprimento das leis e dos estatutos da FE.
3. O conselho de administração fará chegar à autoridade competente para o registo toda a documentação exigida pelos artigos 6.º, n.º 4, e 13.º, n.º 2, deste Regulamento.
4. É dever do conselho de administração tornar disponíveis à autoridade europeia competente para o registo todos os elementos probatórios necessários a qualquer inquérito realizado nos termos do artigo 14.º.

5. O conselho de administração decide sobre a modificação dos estatutos, respeitando o artigo 15.º, n.º 1, se o fim da fundação for alterado.
6. O conselho de administração pode decidir transferir a sede da FE, de acordo com o artigo 7.º.
7. É possível atribuir uma remuneração razoável e efectuar o reembolso de despesas fundadas aos membros do conselho de administração.

#### Artigo 12.º

##### **Responsabilidade da FE e dos membros do conselho de administração**

1. A responsabilidade da FE é limitada ao seu património.
2. Os membros do conselho de administração apenas são pessoalmente responsáveis, perante a FE e os terceiros lesados, pelas acções ou omissões praticadas com dolo ou culpa grave no cumprimento dos seus deveres.

#### Artigo 13.º

##### **Transparência e prestação de contas**

1. A FE está obrigada a manter um registo completo e exacto de todas as transacções financeiras.
2. A FE está obrigada a elaborar e a enviar à autoridade competente para o registo um relatório anual, completo e exacto, de contas, e um relatório anual de actividades, no prazo de 12 meses após o termo do ano contabilístico. O relatório anual de actividades deve informar sobre os subsídios atribuídos, ressalvado o direito à privacidade do beneficiário.
3. A FE com rendimentos anuais superiores a x euros e/ou um

património superior a  $x$  euros terá as suas contas auditadas por profissionais.

4. Para o efeito da elaboração das contas, incluindo o relatório anual que as acompanha, e a sua auditoria e publicação, a FE está sujeita à aplicação das pertinentes disposições legais em consonância com a legislação europeia.

## Artigo 14.º

### Supervisão

1. A autoridade europeia competente para o registo é o organismo competente para a supervisão das FE. Tem o dever de assegurar que o conselho de administração age de acordo com os estatutos da FE e este Regulamento.

2. Se a autoridade europeia competente para o registo tiver sérios fundamentos para supor que o conselho de administração da FE não está a agir em conformidade com os estatutos da fundação ou este Regulamento, tem o poder de realizar um inquérito aos assuntos da fundação, no exercício do dever previsto no número anterior.

3. Se for feita prova:

- a) de que o conselho de administração desrespeitou os estatutos da FE; e
- b) o conselho de administração se recusar a agir de acordo com um aviso da autoridade europeia competente para o registo;

a autoridade europeia competente para o registo tem o poder de ordenar ao conselho de administração o cumprimento dos estatutos da fundação e deste Regulamento. Se for dado conhecimento à autoridade competente para o registo da existência de provas de infidelidade ou de má administração com carácter de gravidade, a autoridade europeia competente

para o registo pode designar um perito independente que realize um inquérito aos assuntos da FE.

4. Na hipótese dos inquéritos realizados ao abrigo dos n.ºs 2 e 3 anteriores, a autoridade europeia competente para o registo tem o poder de exigir ao conselho de administração e aos funcionários superiores da fundação que tornem disponível qualquer elemento probatório necessário à realização daqueles actos.

5. A autoridade europeia competente para o registo tem o poder de exigir a demissão de qualquer membro do conselho de administração ou funcionário superior da fundação condenado por infidelidade.

6. Excepcionalmente, se a autoridade europeia competente para o registo considerar que o património da fundação está na iminência de um risco sério, pode congelar, com carácter temporário, as contas bancárias da fundação e tomar quaisquer outras medidas de emergência que repute adequadas para proteger o património da fundação, até que o assunto possa ser apreciado por um tribunal.

7. Se a autoridade competente para o registo estiver convencida de que a fundação é incapaz de gerir de modo apropriado os seus assuntos, pode designar um depositário e gestor independente que aja em substituição do conselho de administração. A designação do depositário e gestor deve ser revista por um tribunal no prazo de três meses.

8. Se o fim da fundação se houver tornado impossível e não puder ser alterado, segundo o artigo 15.º, ou se se verificar alguma das circunstâncias descritas no artigo 6.º, n.º 6, a autoridade europeia competente para o registo, ouvido o conselho de administração da fundação, pode propor, em tribunal, a extinção da fundação.

9. Nenhuma norma deste artigo confere à autoridade europeia competente para o registo o poder de administrar a fundação.

## Artigo 15.º

### **Alteração do fim**

1. Qualquer alteração do fim, proposta pelo conselho de administração, requer a concordância da autoridade europeia competente para o registo.
2. Qualquer modificação dos estatutos que afecte o fim da FE deve respeitar a vontade do fundador.
3. O fim da fundação só pode ser alterado se tiver sido alcançado ou já não puder ser alcançado, ou se os fins actuais deixarem de constituir um propósito adequado e efectivo para a utilização do património da fundação.

## Artigo 16.º

### **Extinção**

1. O conselho de administração da fundação só pode decidir extingui-la se o fim da fundação tiver sido alcançado ou já não puder ser alcançado, se tiver decorrido o prazo por que foi constituída, ou se tiver havido uma perda total do património. A extinção proposta pelo conselho de administração requer a concordância da autoridade europeia competente para o registo.
2. Após a extinção prevista no número anterior, ou, uma vez obtida decisão judicial favorável, nos termos do artigo 14.º n.º 8, e depois de os credores terem sido integralmente pagos, o património restante é utilizado em fins de utilidade pública tão próximos quanto possível daqueles que justificaram a criação da FE.

Artigo 17.º

**Conversão em fundação de utilidade pública  
submetida à legislação de um Estado-membro**

1. Uma FE pode ser convertida numa fundação regulada pela legislação do Estado-membro em que está sediada. Não pode ser tomada a decisão de a converter sem terem decorrido dois anos após o seu registo e antes da aprovação dos dois primeiros relatórios anuais de contas.
2. O conselho de administração da FE tem de aprovar a conversão em fundação e os novos estatutos. A conversão não conduz à extinção da organização, nem à criação de uma nova pessoa colectiva.
3. A conversão tem de ser admissível em face dos estatutos da FE.
4. Um pedido detalhado de conversão (projecto de conversão), incluindo:
  - i. a denominação e a sede da FE a converter;
  - ii. os estatutos da nova fundação de utilidade pública;tem de ser entregue à autoridade para as fundações competente no Estado-membro em que a organização de utilidade pública será registada ou terá o seu escritório principal. O pedido de conversão tem de obedecer aos requisitos impostos pelo Estado-membro. A autoridade para as fundações competente informará a autoridade europeia competente para o registo acerca da aprovação do pedido de conversão.
5. A autoridade europeia competente para o registo cancelará o registo da fundação convertida, assim que se tiver assegurado de que a conversão foi aprovada de acordo com a lei nacional e de que foram previstas as medidas de envolvimento dos trabalhadores. Só então a conversão será eficaz. Esta decisão tem de ser publicada no Jornal Oficial da União Europeia.



## Artigo 18.º

### **Impugnação judicial**

Todas as decisões da autoridade competente para o registo são susceptíveis de impugnação judicial.

## **DISPOSIÇÕES FINAIS**

### **Aplicação efectiva**

Os Estados-membros tomarão as medidas adequadas a garantir a aplicação efectiva deste Regulamento.

### **Revisão do Regulamento**

Cinco anos após a entrada em vigor deste Regulamento, a Comissão enviará ao Conselho e ao Parlamento Europeu um relatório sobre a aplicação do Regulamento e, se for caso disso, propostas de alteração.

### **Entrada em vigor**

Este Regulamento entra em vigor no terceiro dia posterior à sua publicação no Jornal Oficial da União Europeia.

Aplica-se desde o dia (...).

Este Regulamento é vinculativo e directamente aplicável em todos os Estados-membros.

## **Artigos adicionais sobre o regime fiscal da FE, dos seus doadores e dos seus beneficiários**

### **1. Regime fiscal das FE**

- a. Em relação ao imposto sobre o rendimento colectivo, ao imposto sobre as sucessões e doações, ao imposto sobre a propriedade mobiliária e imobiliária e a sua transmissão, é aplicável à FE o regime fiscal previsto para as organizações com fins de utilidade pública no Estado-membro em que aquela está sediada.
- b. Qualquer delegação da FE, constituída num Estado-membro diferente daquele em que tem a sua sede, está submetida ao regime fiscal aplicável às organizações de utilidade pública naquele Estado.

### **2. Regime fiscal dos doadores da FE**

Qualquer pessoa singular ou colectiva que atribua um donativo, aquém ou além fronteiras, a uma FE recebe a dedução fiscal ou o crédito fiscal a que teria direito se o donativo tivesse sido realizado a uma organização de utilidade pública no Estado-membro do doador.

### **3. Regime fiscal dos beneficiários da FE**

Os subsídios ou outros benefícios recebidos de uma FE, situada em qualquer Estado-membro, por indivíduos ou organizações de utilidade pública são tratados como se tivessem sido efectuados por uma entidade situada no Estado-membro em que são recebidos.

**PROPOSAL FOR A REGULATION  
OF THE EUROPEAN PARLIAMENT  
AND THE COUNCIL ON A STATUTE  
FOR A EUROPEAN FOUNDATION**

**Article 1**

**Form of the European Foundation**

1. A foundation may be set up within the territory of the Community in the form of a European Foundation (EF) on the conditions and in the manner laid down in this Regulation.
2. An EF shall be an independently constituted and managed body, having the disposal of assets, whether or not in the form of an endowment, which are irrevocably dedicated to public benefit purposes.
3. An EF shall have minimum assets of 50,000 euros.
4. An EF must have activities in at least two Member States.
5. An EF shall have no members. It is governed by a board. Additional organs can be foreseen such as an advisory council(s) or a founders/ donors assembly (composed of natural and legal persons).
6. An EF may be established in perpetuity or for a specified period of time, as expressed by the statutes.
7. All EF's assets and income shall be used in the pursuit of its public benefit purposes.
8. An EF shall have legal personality.

## Article 2

### **Public benefit**

1. Under this Regulation an EF shall be regarded as being of public benefit if, and only if:

- a) it serves the public interest at large at European/international level, and;
- b) its purposes include the promotion of the public interest in one or more of the following fields or any other field determined from time to time to be of public benefit:
  - Arts, culture and historical preservation
  - Assistance to, or protection of, people with disabilities
  - Assistance to refugees and immigrants
  - Civil or human rights
  - Consumer protection
  - Development, international and domestic
  - Ecology or the protection of the environment
  - Education, training and enlightenment
  - Elimination of discrimination based on race, ethnicity, religion, disability, or any other legally proscribed form of discrimination
  - Prevention and relief of poverty
  - Health or physical well-being and medical care
  - Humanitarian or disaster relief
  - European and international understanding
  - Protection of, and support for, children and youth
  - Protection of, and support for, disadvantaged individuals
  - Protection or care of animals
  - Science
  - Social cohesion, including the promotion of respect for minorities
  - Social and economic development

- Social welfare
- Sports, amateur athletics

### Article 3

#### **Legal personality**

An EF shall have legal personality in all the Member States of the European Union. It shall acquire it on the day of its registration with the European Registration Authority under Article 6 below.

### Article 4

#### **Legal capacity**

1. An EF shall be free to act in pursuit of its objects in any manner allowed for in its statutes which is consistent with its public benefit status and which is not against the laws of the Community or, in the case of activities carried out in a particular Member State, not against the applicable laws of that Member State.
2. An EF shall have the right to hold movable and immovable property, to receive and hold gifts or subsidies of any kind, including shares and other negotiable instruments, and gifts 'in kind' from any lawful source including from countries not belonging to the EU.
3. An EF shall have the capacity to carry out activities within any Member State of the EU and may carry out activities in any third country.
4. An EF shall have the capacity, and be free, to engage in trading or other economic activities provided that any income or surpluses are clearly and directly used in pursuance of its public benefit purposes and do not constitute the main aim of the EF.

## Article 5

### Formation

1. An EF shall be created:

- by will by any natural person(s) resident in one or more EU Member States.
- by notarial deed by any natural and/or legal person(s) or public body(s) resident in one or more EU Member States.
- under clause 4 of this article by merger between public benefit foundations legally established in one or several Member States.
- under clause 5 of this article by conversion of a public benefit foundation legally established in one Member State.

2. In this Article, 'public body' includes any entity, whether or not legally part of the state, national, regional or local government, or other legally constituted public authority, which provides public services or carries out public functions on a statutory basis.

3. Where an EF has been created by a public body it shall be managed independently of it.

4. Formation by merger;

- a) It shall be for the board of each of the merging foundations to decide on the merger.
- b) The merger must be permissible under the statutes of each of the foundations.
- c) A detailed request for a merger ('Draft Terms of Merger') into an EF including:
  - i. the name and registered office of each of the merging public benefit foundations including the name and address proposed for the EF;
  - ii. the date from which the transactions of the merging foundations will be treated for accounting purposes as being those of the EF;

- iii. the proposed statutes of the EF;
  - iv. forms of protection of the rights of creditors of the merging foundations;
  - v. information on arrangements for employee involvement according to the Directive (...);
- must be submitted to the competent authority in the Member State where each of the public benefit foundations is registered or has its main office.
- d) The merger must follow the requirements imposed by the Member State to which each foundation is subject including, where appropriate, the publication of the Draft Terms of Merger in the national gazette.
  - e) In each Member State concerned, the competent authority shall issue a certificate of the completion of the pre-merger acts and formalities. This certificate, together with the Draft Terms of Merger, must be submitted to the European Registration Authority within the six months following its issue.
  - f) The European Registration Authority shall register the merged foundation, once it has ensured that the merging foundations have approved and published Draft Terms of Merger in the same terms and that the need for employee involvement in the EF has been taken into account (see Article 6.7). Only then shall the merger take effect. The decision of the European Registration Authority shall be published in the European Official Journal according to Article 6.8 of this statute. Formalities for the transfer of certain assets will have to be taken into account either by the merging foundations or the EF.
  - g) In cases of merger by the formation of a new legal person (EF), all assets and liabilities of each public benefit foundation shall be transferred to the EF, and the merging foundations shall cease to exist.

- h)* In cases of merger by absorption, all assets and liabilities of the public benefit foundation being acquired shall be transferred to the absorbing public benefit foundation. The foundation being absorbed shall cease to exist and the absorbing legal person shall then become an EF.
- 5. Formation by conversion of a national foundation;
  - a)* The board of the public benefit purpose foundation shall decide on the conversion to an EF and the new EF's statutes. The conversion shall not result in the winding up of the organisation or in the creation of a new legal person.
  - b)* The conversion must be permissible under the statutes of the foundation.
  - c)* A detailed request for conversion (Draft Terms of Conversion) including:
    - i. name and registered office of the converting public benefit organisation;
    - ii. the statutes of the EF;
    - iii. forms of protection of the rights of the foundation's creditors;
    - iv. information on arrangements for employee involvement according to the Directive (...);must be submitted to the competent foundation authority in the Member State, where the foundation is registered or has its main office.
  - d)* The request for conversion must follow the requirements imposed by the Member State. The competent authority shall issue a certificate of the completion of the conversion and all necessary formalities. This certificate, together with the Draft Terms of Conversion must be submitted to the European Registration Authority within the six months following its issue.
  - e)* The European Registration Authority shall register the foundation as an EF, once it has ensured that the foundation to be



converted meets the criteria for an EF and that the need for employee involvement has been taken into account under Article 6.7 below. Only then shall the conversion take effect. The European Registration Authority's decision shall be published in the Official Journal according to Article 6.8 of this statute.

## Article 6

### Registration

1. A European Registration Authority shall be created, composed of at least five persons of good standing, at least one of whom shall be legally qualified and expert in foundation law.
2. The five persons composing the authority shall be appointed by decision of the European Council and European Parliament upon a proposal of the European Commission.
3. The registration authority shall be established under European law and in any individual case shall act independently of the European Union's institutions, of any governmental, quasi-governmental, or any other public body or institution, and be free of political influence.
4. It shall be the duty of the European Registration Authority to:
  - a) maintain a register of EFs;
  - b) receive and hold public records, documents and other information required for the registration of an EF and its subsequent operation and to make them available for inspection by the public on request;
  - c) determine the registration of EFs; and
  - d) otherwise ensure that the requirements of this Regulation are adhered to.
5. Applications for registration as an EF made to the European Registration Authority shall be accompanied by the following documents:

- a)* the founding documents;
- b)* a statement of the assets to be set aside for the purposes of the EF;
- c)* the statutes;
- d)* the intended registered office address within the Community;
- e)* the names and addresses of all members of the governing board;
- f)* the names, objects and registered offices of founding organisations where these are legal entities, or similar relevant information as concerns public authorities.

6. The European Registration Authority may refuse to register an applicant otherwise in conformity with the requirements of this statute if, and only if, it deems the purpose of the applicant to be illegal, or it deems the refusal of registration necessary for the protection of public security or safety; for the prevention of crime; for the protection of health; or for the protection of the rights and freedoms of others and the maintenance of public order.

7. An EF may not be registered unless arrangements for employee involvement pursuant to Article (...) of the Directive (...) have been made.

8. The decision of the European Registration Authority shall be published in the Official Journal of the European Communities together with the information outlined in 5 a) – f) of this Article.

9. The European Registration Authority shall reach its decisions without unreasonable delay.

10. An EF shall inform the European Registration Authority of any changes to the information outlined in 5 a) – f) of this Article, and the new details shall be published in the Official Journal.

## Article 7

### **Registered office and transfer of registered office**

1. The registered office of an EF shall be located within the European Union.
2. The registered office of an EF may be transferred to another Member State. Such transfer shall not result in the winding up of the EF or the creation of a new legal entity.
  - a) The governing board of the EF shall decide upon the transfer of office and shall submit to the European Registration Authority a transfer proposal, which shall cover:
    - i. the current name, registered office address, and registration number of the EF;
    - ii. the proposed registered office address of the EF, including where appropriate its new name and amended statutes;
    - iii. the proposed timetable for the transfer;
    - iv. a report explaining and justifying the legal and economic aspects as well as the employment effects of the transfer and explaining the implications of the transfer for creditors and contracting partners of the EF, where appropriate.
  - b) The governing board shall transmit the transfer proposal to the European Registration Authority. The Authority shall issue a certificate attesting to the completion of the acts and formalities to be accomplished before the transfer and shall then register the new address and amended statutes.
  - c) The registration of the new address shall be published in the Official Journal of the European Communities, see Article 6.10.
  - d) On publication of an EF's new registered address, the new registered office may be relied on.
  - e) An EF may not transfer its registered office if proceedings for winding up, or other proceedings have been brought against it.

## Article 8

### Statutes

1. The statutes of the EF shall include at least:
  - a) the name of the foundation, followed by the abbreviation “EF”;
  - b) a statement of its public benefit purpose;
  - c) the address of the EF’s registered office;
  - d) the conditions for the admission, expulsion and resignation of members of the governing board;
  - e) the rights and obligations of the governing board and its members;
  - f) the function and structure of any additional organ;
  - g) the procedures for amending the EF’s statutes;
  - h) the grounds for dissolution;
  - i) the distribution of net assets after winding up; and
  - j) the rules applicable to the calling and conduct of meetings of the governing board.
2. The EF’s statutes shall also provide for the avoidance of actual or potential conflicts of interest between the personal or business interests of officers, board members, and employees of the EF, and the interests of the EF.

## Article 9

### Law applicable

1. An EF shall be governed:
  - a) by this Regulation;
  - b) where expressly entitled by this Regulation, by the provisions of its statutes; and
  - c) in the case of matters not regulated by this Regulation by:

- i. the laws adopted by Member States in the implementation of Community measures relating specifically to EFs;
  - ii. the laws of Member States, which apply to foundations and public benefit organisations formed in accordance with the law of the Member State in which the EF has its registered office;
  - iii. The provisions of its statutes, in the same way as for a public benefit foundation formed in accordance with the law of the Member State in which the EF has its registered office.
2. Where a Member State comprises several territorial units, each of which has its own rules of law applicable to the matters referred to in paragraph 1, each territorial unit shall be considered a Member State for the purposes of identifying the law applicable under this paragraph.
3. Subject to this Regulation, an EF shall be treated in every Member State as if it were a foundation and public benefit organisation formed in accordance with the law of the Member State in which it has its registered office.

## Article 10

### **Particulars to be stated in the EF's documents**

Letters and documents sent to third parties by the EF shall state legibly:

- a) the name of the EF, followed by the abbreviation "EF";
- b) the number of the EF's entry in the register kept by the European Registration Authority;
- c) the address of the EF's registered office; and
- d) where appropriate, the fact that the EF is the subject of insolvency or dissolution proceedings.

## Article 11

### **Governing board**

1. An EF shall be governed by a board composed of at least three members.
2. The governing board shall take responsibility for all decisions with regard to the proper administration and conduct of the EF's affairs. The governing board shall manage the EF and shall represent it in dealings with third parties and in legal proceedings. Members of the board shall observe a duty of loyalty in the exercise of their responsibilities, shall act with diligence and care, and shall ensure compliance with the laws and statutes of the EF.
3. The governing board shall ensure the return to the European Registration Authority of all documentation required under Articles 6.4 and 13.2 of this Regulation.
4. It shall be the duty of the governing board to make available to the European Registration Authority all evidence material to any inquiry undertaken under Article 14.
5. The governing board shall decide upon the amendments of the statutes, subject to Article 15.1 in case they affect the purpose of the foundation.
6. The governing board of the EF may decide upon the transfer of the registered office, see Article 7.
7. Reasonable remuneration and reimbursement of expenses to the governing board may be provided.

## Article 12

### **Liability of the EF and the governing board**

1. The liability of an EF shall be limited to its assets.
2. Members of the governing board shall be personally liable to the EF and to injured third parties for the wilful or grossly

negligent performance or neglect of their duties, but shall not otherwise be liable.

## Article 13

### **Transparency and Accountability**

1. An EF shall be obliged to keep full and accurate records of all financial transactions.
2. An EF shall be obliged to draw up and return to the European Registration Authority full and accurate annual statements of accounts and an annual activity report, within 12 months from the end of the accounting year. The annual activity report should list the grants distributed, taking into account the right of privacy of the beneficiary.
3. An EF with annual revenues in excess of €(x) and/or assets in excess of €(x) shall have its accounts professionally audited.
4. For the purpose of drawing up its accounts, including the annual report accompanying them and their auditing and publication, an EF shall be subject to the relevant legal provisions in line with European legislation.

## Article 14

### **Supervision**

1. The European Registration Authority is the supervisory body for EFs. It shall have the duty to safeguard that the governing board acts in accordance with the EF's statutes and this Regulation.
2. Where the European Registration Authority has reasonable grounds to believe that the governing board of a foundation is not acting in accordance with the foundation's statutes or this

Regulation, it shall have the power, in carrying out its duty under section 1 above, to inquire into the affairs of that foundation.

3. In the case that there is evidence that:

- a) the governing board has acted improperly with respect to the EF's statutes, and;
  - b) the governing board refuses to act on a warning from the European Registration Authority;
- the European Registration Authority shall have the power to order the governing board to comply with the foundation's statutes and this Regulation. If evidence of financial impropriety, serious mismanagement and/or abuse is brought to the notice of the European Registration Authority, the authority may designate an independent expert to inquire into the affairs of an EF.

4. In the case of inquiries carried out under sections 2 and 3 above, the European Registration Authority shall have the power to require the governing board and officers of the foundation to make available all and any evidence material to its effective conduct.

5. The European Registration Authority shall have the power to require the dismissal of any member of the governing board or officer of the foundation found guilty by a court of financial impropriety.

6. Exceptionally, if the European Registration Authority deems that the assets of the foundation are at serious and immediate risk, the European Registration Authority shall have the power temporarily to freeze the foundation's bank accounts and take such other emergency measures as it sees fit to protect the foundation's assets until such time as the matter can be brought before a court.

7. Where the European Registration Authority is satisfied that the foundation is unable properly to conduct its own affairs, it



may appoint an independent receiver and manager to act in place of the governing board. The appointment of a receiver and manager must be reviewed by a court within three months.

8. If the purpose of the foundation has become impossible to fulfil and cannot be amended under Article 15, or if any of the circumstances described in Article 6.6 apply, the European Registration Authority may, after having heard the governing board of the foundation, propose to the court the dissolution of the foundation.

9. Nothing in this Article shall empower the European Registration Authority to act in the administration of a foundation.

## Article 15

### **Change of purpose**

1. Any change to the purpose proposed by the governing board shall require the agreement of the European Registration Authority.

2. Any amendment of the bylaws, insofar as they affect the purpose of the EF, should be consistent with the will of the founder.

3. The purpose of the EF may only be changed if the current purpose has been achieved or cannot be achieved or where the current purposes have ceased to provide a suitable and effective method of using the foundation's assets.

## Article 16

### **Dissolution**

1. The governing board of the foundation may decide upon dissolution of the EF only if the aim of the EF has been achieved

or cannot be achieved; the time for which it was set up has expired; or the total loss of assets has taken place. The dissolution proposed by the governing board shall require the agreement of the European Registration Authority.

2. Upon dissolution under section 1 above or, with the court's agreement, under Article 14.8, and once the creditors have been paid in full, any remaining assets of the EF shall be used for public benefit purposes as near as possible to those for which the EF was created.

#### Article 17

#### **Conversion into a public benefit purpose foundation under Member State law**

1. An EF may be converted into a foundation governed by the law of the Member State in which it has its registered office. No decision on conversion may be taken before two years have elapsed since its registration or before the first two sets of annual accounts have been approved.

2. The board of the EF must decide on the conversion to a foundation and the new statutes. The conversion shall not result in the winding up of the organisation or in the creation of a new legal person.

3. The conversion must be permissible under the statutes of the EF.

4. A detailed request for conversion (Draft Terms of Conversion) including:

i. name and registered office of the converting EF;

ii. the statutes of the new public benefit foundation;

must be handed over to the competent foundation authority in the Member State, where the public benefit organisation should be registered or should have its main office. The request for

conversion must follow the requirements imposed by the Member State. The competent foundation authority will then forward the approved request for conversion to the European Registration Authority.

5. The European Registration Authority shall remove from the EF register the converted foundation as an EF, once it has ensured that the conversion has been approved according to national law and employee involvement are taken into account. Only then the conversion will take effect. This decision must be published in the European Official Journal.

## Article 18

### **Appeal to the courts**

All decisions of the European Registration Authority shall be appealable to the courts.

## FINAL PROVISIONS

### **Effective application**

Member States shall make such provision as is appropriate to ensure the effective application of this Regulation.

### **Review of Regulation**

Five years after the entry into force of this Regulation, the Commission shall forward to the Council and the European Parlia-

ment a report on the application of the Regulation and proposals for amendments, where appropriate.

### **Entry into force**

This Regulation shall enter into force on the third day following its publication in the Official Journal of the European Union.

It shall apply from date (...)

This regulation shall be binding and directly applicable in all Member States.

### **Additional Articles on the tax treatment of the EF, its donors and beneficiaries**

#### **1. Tax treatment of EFs**

- a. With respect to corporate income tax; gift and inheritance tax; and property and land tax, any EF shall be subject to the tax regime applicable to public benefit purpose organisations in the Member State where it has its registered office.
- b. Any branch of an EF established in a Member State other than that in which it has its registered office shall be subject to the tax regime applicable to public benefit purpose organisations in that Member State.

#### **2. Tax treatment of EFs' donors**

Any individual or corporate donor giving to an EF within or across borders shall receive the same tax deduction or tax credit as if the donation were given to a public benefit purpose organisation in the donor's own Member State.

#### **3. Tax treatment of EFs' beneficiaries**

Grants or other benefits received by individuals or public benefit organisations from an EF established in any Member State shall be treated as if they were given by a body established in the Member State in which they are received.



AS FUNDAÇÕES  
NA EUROPA  
ASPECTOS JURÍDICOS  
FOUNDATIONS  
IN EUROPE  
LEGAL ASPECTS



O Projecto da Fundação Europeia

•

The European Foundation Project

## **Parte 1: Direito Civil**

É feita a seguinte proposta, com fundamento nos artigos 95 e 308 do Tratado CE.

### **Preâmbulo**

Esta proposta destinada à criação da Fundação Europeia tem como fim promover as Fundações na Europa (em especial, no âmbito da União Europeia). As Fundações Europeias, no exercício das suas actividades e a respeito do seu governo, exemplificarão boas práticas geralmente aceites, nomeadamente acompanhando elevados padrões em matéria de contabilidade e da satisfação do interesse público, podendo, em conformidade, beneficiar de um regime fiscal favorável, em especial para as relações transfronteiriças.

### **Art. 1 Definições**

#### **1.1 Definição Geral**

As Fundações Europeias (FE) são entes constituídos e administrados com independência, dotadas de um conselho de administração próprio, a quem foram atribuídos, de forma irrevogável, coisas, direitos ou outros bens com valor económico e/ou beneficiando de um rendimento, não possuindo membros, e prosseguindo um fim de utilidade pública (ver art. 1.2).

#### **1.2 O Fim de Utilidade Pública**

As Fundações Europeias prosseguem fins de utilidade pública no plano interno e/ou internacional, quer apoiando indivíduos, associações, instituições ou outras entidades, quer desenvolvendo os seus próprios programas.



As Fundações Europeias prosseguem fins de utilidade pública se o propósito da sua instituição corresponder a uma ou mais das seguintes categorias:

- a)* Desportos amadores;
- b)* Artes e cultura;
- c)* Infância e juventude;
- d)* Direitos civis ou humanos;
- e)* Protecção do consumidor;
- f)* Democracia;
- g)* Ajuda humanitária;
- h)* Ecologia e protecção do meio ambiente;
- i)* Educação;
- j)* Eliminação da discriminação;
- k)* Colaboração europeia e internacional;
- l)* Pessoas deficientes;
- m)* Cuidados de saúde e médicos;
- n)* Preservação histórica (conservação do ambiente construído);
- o)* Prevenção da pobreza e amparo a situações de pobreza;
- p)* Protecção ou cuidado de animais;
- q)* Refugiados e imigrantes;
- r)* Religião;
- s)* Ciência;
- t)* Desenvolvimento social ou económico;
- u)* Bem-estar social;
- v)* Outros fins de utilidade pública.

### **1.3 Proibição da Distribuição de Rendimentos, Dotação com Reserva de Rendimentos para o Fundador**

Não serão distribuídos rendimentos, quer directa, quer indirectamente, a qualquer fundador, administrador, director ou funcionário da fundação, senão sob a forma de uma remunera-

ção razoável e adequada, em cumprimento de um contrato de serviço ou de um contrato de prestação de serviços em benefício da fundação e ou dos seus destinatários, nem a qualquer pessoa que com aquelas se relacione, a não que esta pertença a uma classe de destinatários, nos termos do art. 1.2 (ver, porém, o art. 4.1.1., parágrafo 2).

O fundador pode restringir a sua doação, reservando, de modo vitalício, para si, para o seu cônjuge, ou para os seus filhos, até 30% do rendimento da fundação que, proveniente daquela fonte, se encontra disponível para distribuição. A reserva não pode exceder, anualmente, a soma total das verbas utilizadas pela fundação na prossecução dos seus fins de utilidade pública.

A Fundação Europeia distribui, em tempo útil, uma proporção razoável do seu rendimento disponível aos beneficiários.

## **Art. 2 Estatuto jurídico**

A Fundação Europeia tem personalidade jurídica (com plena capacidade e responsabilidade limitada), sendo aquela adquirida com o registo (ver o art. 3.5).

## **Art. 3 Formação**

### **3.1 Direito à Constituição de uma Fundação Europeia**

Qualquer pessoa tem o direito de constituir uma Fundação Europeia, desde que cumpra as regras aplicáveis sobre a forma e sobre o conteúdo.

### **3.2 A Forma de Constituição**

A instituição de uma Fundação Europeia resulta:

- a)* de escritura pública ou de documento particular; ou
- b)* de disposição testamentária ou (se em conformidade com o direito nacional) de pacto sucessório.

### **3.3 A Escritura de Instituição**

A escritura de instituição de uma Fundação Europeia tem de:

- a)* expressar a intenção de instituir uma fundação;
- b)* expressar a intenção de dotar a fundação;
- c)* determinar o património inicial da fundação; e
- d)* determinar o fim de utilidade pública da fundação.

### **3.4 Dispensa de Aprovação do Estado**

O começo da existência de uma Fundação Europeia não depende de qualquer reconhecimento ou aprovação por um tribunal ou outra entidade do Estado competente para a supervisão (ver art. 7).

### **3.5 Registo**

Qualquer Fundação Europeia é registada num Serviço Público de Registo, nacional e independente, com competência no Estado-membro em que a sede está localizada, certificando a existência da fundação a fim de permitir o seu reconhecimento em todos os Estados-membros da União Europeia.

O registo inicial e qualquer alteração posterior dos elementos dele constantes são publicadas no Jornal Oficial por indicação do Serviço Público de Registo.

A qualquer pessoa é dada a faculdade de consultar os estatutos e outros documentos da Fundação Europeia que se encontrem depositados junto do Serviço Público de Registo, sem necessidade de, para tanto, provar um interesse específico.

Todas as decisões do Serviço Público de Registo são impugnáveis judicialmente.

### 3.6 Estatutos

Os estatutos de uma Fundação Europeia contêm:

- a) a denominação da fundação, seguida da abreviatura “FE”;
- b) o fim de utilidade pública;
- c) o endereço da única sede da fundação; e
- d) o processo de designação dos membros do conselho de administração (e, onde tal se revele aplicável, do conselho fiscal).

Se na escritura de instituição ou nos estatutos de uma Fundação Europeia não se incluem normas adequadas sobre o seu governo, a autoridade do Estado competente para o exercício da supervisão (ver art. 7, parágrafo 1) deve assegurar, nesse sentido, a alteração dos estatutos (ver art. 8.1.1.).

## Art. 4 O Governo

### 4.1 O Conselho de Administração

#### 4.1.1 Atribuições, Direitos e Deveres

O conselho de administração é responsável pela adequada gestão da fundação e pelo cumprimento de todos os deveres que não tenham sido delegados em qualquer outro órgão da fundação pelos estatutos ou pela lei.

Os membros do conselho de administração devem observar um dever de lealdade no exercício das suas atribuições, devem agir com a diligência e o cuidado devidos, e devem respeitar a lei e, se a ela conformes, os estatutos.

A Fundação Europeia pode destinar uma compensação financeira adequada aos membros do conselho de administração e pode reembolsar todas as despesas razoáveis.

Os membros do conselho de administração e do conselho fiscal são pessoalmente responsáveis perante a Fundação Europeia pelos prejuízos imputados a negligência ou dolo daqueles.

#### **4.1.2 Os Membros do Conselho de Administração**

O conselho de administração é composto por, ao menos, três pessoas físicas capazes, independentes e que não estejam entre si relacionadas.

#### **4.1.3 Designação, Demissão Compulsiva e Demissão Voluntária**

Os membros do conselho de administração são eleitos pelo conselho fiscal (se este existir) ou pelo conselho de administração ou por qualquer outra pessoa/instituição que os estatutos indiquem. O primeiro conselho de administração é determinado pelo fundador.

Os membros do conselho de administração exercem o mandato em períodos de quatro anos. A reeleição é possível.

Os membros do conselho de administração podem demitir-se em qualquer altura, devendo, porém, assegurar a continuação da adequada administração da fundação.

O órgão eleitor (ver art. 4.1.3, parágrafo 1) pode demitir, em qualquer altura, um membro do conselho de administração por uma maioria de dois terços, ou, em virtude de razões excepcionais, com uma maioria simples.

#### **4.2 O Conselho Fiscal**

As Fundações Europeias podem ter um conselho fiscal, que será composto por, pelo menos, três membros.

As Fundações Europeias com um rendimento bruto anual que exceda ... euros e/ou um património bruto acima dos ... euros em qualquer dos últimos três anos fiscais terá um conselho fiscal.

Os membros do conselho fiscal têm acesso a todos os livros, registos, e à informação relativa ao funcionamento da fundação, ao investimento dos seus fundos e, em geral, às suas actividades e aos seus negócios.

Se o conselho fiscal apurar sérias irregularidades, que, após adequada notícia escrita do facto, o conselho de administração não corrija ou previna, disso dará conhecimento aos auditores (ver art. 5.3.) e/ou à autoridade do Estado competente para o exercício da supervisão (ver art. 7, parágrafo 1), conforme seja mais pertinente.

Em todos os outros aspectos, a regulação externa do conselho de administração é aplicável por analogia ao conselho fiscal, salvaguardando a vigência de disposição específica deste Estatuto/Regulamento ou, na sua ausência, da legislação nacional.

#### **4.3 Direitos do Fundador**

O fundador de uma Fundação Europeia e também qualquer outro doador que tenha realizado uma contribuição significativa tem o direito de solicitar a intervenção da autoridade do Estado competente para o exercício da supervisão se o conselho de administração e/ou o conselho fiscal incumprirem os seus deveres; a autoridade do Estado competente para o exercício da supervisão tem de emitir uma declaração circunstanciada a respeito daquela solicitação no prazo de 60 dias.

#### **4.4 Direitos dos Beneficiários**

Qualquer pessoa com um interesse legítimo na actividade de uma Fundação Europeia, dela beneficiando ou não, pode apresentar um relatório à autoridade do Estado competente para o exercício da supervisão, se o conselho de administração e/ou o conselho fiscal faltarem ao cumprimento dos seus deveres; a autoridade do Estado competente para o exercício da supervisão tem de emitir uma declaração circunstanciada sobre este relatório no prazo de 60 dias.

#### **4.5 Direitos de Terceiros**

Os doadores, os credores, os empregados, os arrendatários e quaisquer outros terceiros que sejam afectados pela actividade

de uma Fundação Europeia podem denunciar à autoridade do Estado competente para o exercício da supervisão a conduta do conselho de administração e/ou do conselho fiscal que, em seu ver, constitui um incumprimento dos deveres desses órgãos; a autoridade do Estado competente para o exercício da supervisão tem completa discricionariedade sobre a melhor forma de reagir àquela denúncia.

## **Art. 5 Apresentação de Relatórios de Actividades e de Contas, Transparência e Divulgação de Informação**

### **5.1 Escrutínio Público**

O conselho de administração deve apresentar, anualmente, à autoridade do Estado competente para o exercício da supervisão (ver art. 7, parágrafo 1), no prazo de seis meses após o termo do ano financeiro da fundação, um relatório anual de actividades e um relatório anual de contas (e, se esse for o caso, um relatório do auditor) relativos àquele ano financeiro.

As contas de todas as Fundações Europeias devem apresentar uma imagem fiel. As contas devem ser elaboradas em conformidade com os Padrões Internacionais para a Preparação de Relatórios Financeiros (IFRS), se esse for o caso, ou, então, de harmonia com padrões nacionais ou internacionais cuja aplicação às instituições que prosseguem um fim de utilidade pública é comumente reconhecida.

As Fundações Europeias devem manter o registo completo e atualizado de todas as transacções financeiras e, além, do ano corrente, conservar registos dos três últimos anos financeiros.

### **5.2 Divulgação de Informação**

Qualquer pessoa pode consultar os relatórios de actividades e de contas dos três últimos anos (e, se esse for o caso, os relatórios

do auditor) de uma Fundação Europeia, arquivados junto da autoridade do Estado competente para o exercício da supervisão, sem necessidade de provar, para o efeito, qualquer interesse específico.

### **5.3 Auditor**

As Fundações Europeias podem ter um auditor.

A Fundação Europeia com um rendimento bruto anual que exceda ... euros e/ou um património bruto acima dos ... euros em qualquer dos últimos três anos fiscais terá as suas contas auditadas, anualmente, por uma empresa de auditoria independente ou outro auditor sujeito a padrões profissionais de auditoria internacionalmente reconhecidos e a quem a entidade reguladora competente confira legitimidade para o exercício da auditoria de uma instituição sem fim lucrativo.

O auditor é designado pelo conselho de administração ou (se esse for o caso) pelo conselho fiscal.

O auditor deve relatar ao conselho de administração, no prazo de seis meses posteriores ao fim do ano contabilístico, as contas anuais, e em conformidade com padrões profissionais de auditoria geralmente reconhecidos.

O auditor tem de informar prontamente, por escrito, a autoridade do Estado competente para o exercício da supervisão sobre quaisquer irregularidades sérias de que tome conhecimento agindo naquela qualidade.

## **Art. 6 Actividades**

### **6.1 A Gestão do Património**

Os estatutos da Fundação podem prever que a Fundação Europeia preserve o valor real do seu capital permanente, reagindo à depreciação do dinheiro (inflação), e apenas distribua o rendimento disponível.



## 6.2 Actividades Económicas (Comércio)

A Fundação Europeia não pode desenvolver uma actividade comercial permanente como uma actividade directa.

A Fundação Europeia tão-só pode deter uma posição de controlo noutro estabelecimento que exerça uma actividade comercial permanente se essa actividade coincidir com o fim de utilidade pública que a fundação prossegue ou dele for acessória, contribuindo para a sua promoção (actividades económicas relacionadas), ou nas circunstâncias descritas no parágrafo seguinte.

A Fundação Europeia tão-só pode deter uma posição de controlo noutro estabelecimento que exerça qualquer outro tipo de actividade comercial permanente (actividades económicas não relacionadas) se (i) os lucros que dela retira forem usados exclusivamente para a prossecução do fim de utilidade pública da fundação e (ii) os interesses desse outro estabelecimento não entrarem em conflito com a prossecução do fim da fundação.

## 6.3 Actividades Políticas

As Fundações Europeias podem envolver-se livremente na pesquisa, no ensino, na publicidade e noutras actividades relativas a qualquer tema que respeite a assuntos públicos, incluindo a crítica de decisões políticas ou de políticos.

Respeitada a aplicação da norma precedente, no parágrafo 1, as Fundações Europeias não podem desenvolver actividades de recolha de fundos ou de campanha destinada a apoiar ou a promover a oposição a qualquer partido político ou ao candidato a um cargo público.

## Art. 7 A Supervisão do Estado

As Fundações Europeias estão submetidas à supervisão de uma autoridade pública (a autoridade do Estado competente

para o exercício da supervisão) no Estado-membro em que a Fundação Europeia tem a sua sede – com o apoio da autoridade do Estado competente para o exercício da supervisão no Estado-membro em que a fundação tenha outros escritórios.

Se uma Fundação Europeia não tem um conselho fiscal (ver art. 4.2, parágrafo 2), a autoridade do Estado competente para o exercício da supervisão tem de analisar o relatório anual de actividades.

Se uma Fundação Europeia não tem um auditor certificado (ver art. 6.3, parágrafo 2), a autoridade do Estado competente para o exercício da supervisão tem de analisar o relatório anual de contas.

A autoridade do Estado competente para o exercício da supervisão pode intervir apurando-se uma violação significativa da lei ou dos estatutos, estando vedada, em qualquer outra hipótese, a faculdade de escrutinar as decisões discricionárias do conselho de administração (e, se esse for o caso, do conselho fiscal). Transmitida por escrito a notícia do incumprimento e conferida adequada oportunidade para a correcção de qualquer deficiência apurada, a autoridade do Estado competente para o exercício da supervisão pode adoptar quaisquer medidas de supervisão que entenda necessárias.

Todas as decisões da autoridade do Estado competente para o exercício da supervisão são impugnáveis judicialmente.

## **Art. 8 Decisões Fundamentais**

### **8.1 Modificação dos Estatutos**

#### **8.1.1 Alteração de Disposições Administrativas**

Se as disposições administrativas de uma Fundação Europeia se tornarem, por qualquer motivo, desproporcionadas ou obsoletas, o conselho de administração pode alterar, em conformidade, os estatutos (ver art. 3.6) e/ou a escritura de constituição (ver o art. 3.3).

As alterações aos estatutos revestem a mesma forma da instituição da Fundação Europeia (ver o art. 3.2 (a)) e devem ser notificadas ao Serviço Público Registral competente (ver o art. 3.5).

A autoridade do Estado competente para o exercício da supervisão (ver o art. 7, parágrafo 1) deve poder rejeitar a alteração dos estatutos se tal é considerado necessário para evitar o comprometimento dos propósitos iniciais do fundador, ou das expectativas atendíveis dos beneficiários da fundação, ou dos direitos de outras pessoas afectadas.

O conselho fiscal (ver o art. 4.2), o fundador (ver o art. 4.3), os beneficiários (ver o art. 4.4) e quaisquer outras pessoas que vejam afectados os seus direitos ou interesses pela alteração dos estatutos podem impugnar judicialmente, junto do tribunal competente, o acto do Estado pelo qual ele aceita ou rejeita aquela alteração.

Na ausência ou inactividade do conselho de administração, a autoridade do Estado competente para o exercício da supervisão pode, ela própria, alterar os estatutos, de modo a eliminar os impedimentos à efectiva prossecução do fim da fundação. O conselho de administração pode impugnar judicialmente, junto do tribunal competente, aquela alteração.

### **8.1.2 Modificação do Fim**

Se o fim inicial da Fundação Europeia adquiriu um sentido ou efeito completamente diverso, ou se, por qualquer outra razão, já não é viável a sua subsistência como um fim de utilidade pública na sua forma presente, facto que desvia a fundação, em consequência, dos propósitos do fundador (especialmente se é impossível atingir o fim, ou este se revela inadmissível, irrelevante ou desproporcionado), o conselho de administração (ou na sua ausência ou inactividade, a autoridade do Estado competente para a supervisão) pode modificar os estatutos (ver

art. 8.1.1)), com o consentimento escrito da autoridade do Estado competente para o exercício da supervisão, alterando o fim da fundação ou cancelando ou modificando os requisitos ou condições que impedem o preenchimento do fim da fundação. O novo fim deve ser semelhante ao fim anterior.

Na ausência ou inatividade do conselho de administração, a autoridade do Estado competente para o exercício da supervisão pode modificar o fim da fundação na medida em que tal se revele necessário para evitar a frustração iminente ou potencial daquele fim. O conselho de administração pode impugnar, junto do tribunal competente, a modificação em apreço.

## **8.2 Dissolução**

O conselho de administração, ou se este não existe ou está inativo, a autoridade do Estado competente para o exercício da supervisão, tem de dissolver a fundação quando o fim não pode ser preenchido, mesmo alterando-o (ver art. 8.1.2), ou quando, devido à insuficiência do património, a fundação não pode cumprir os seus deveres, ou se o prazo de duração previsto nos estatutos ou na escritura de constituição da fundação cessar.

O património remanescente é transferido para uma fundação com um fim semelhante. Se não existe uma fundação com um fim semelhante, o remanescente é atribuído ao Estado para ser distribuído em conformidade com o fim da fundação.

## **Art. 9 Lei aplicável**

Uma Fundação Europeia é governada:

- a) por este Regulamento, ou
- b) em matérias de direito das fundações que este Regulamento não preveja, pela lei do Estado-membro em que a Fundação Europeia está registada.

## **Parte 2: Lei Fiscal**

### **Preâmbulo**

Nas leis comunitárias, não existe fundamento normativo para uma regulamentação do tratamento fiscal das Fundações Europeias. No entanto, afigura-se valer a pena ensaiar a concepção de um regime fiscal comum com fundamento nos ordenamentos fiscais europeus. Assim, este documento oferece duas soluções: a harmonização completa da lei fiscal dos Estados da União Europeia sob a forma de uma Lei Fiscal Modelo para o tratamento de uma Fundação Europeia (Parte A) e a introdução de regras de não discriminação e de emendas às convenções de dupla tributação no contexto das leis fiscais nacionais (Parte B).

Revelando-se controvertido se uma regra geral de não discriminação (como se sugere na Parte B) decorre, desde já, do direito europeu vigente, esta parte propõe regras codificadas de não discriminação, escolha que providencia uma solução clara e evita a incerteza jurídica.

## **Parte 2A: Uma Lei Fiscal Harmonizada**

### **Art. 1 Definições**

#### **1.1 Definição Geral**

As Fundações Europeias (FE) são entes constituídos e administrados com independência, dotadas de um conselho de administração próprio, a quem foram atribuídos, de forma irrevogável, coisas, direitos ou outros bens com valor económico e/ou beneficiando de um rendimento, não possuindo membros, e prosseguindo um fim de utilidade pública (ver art. 1.2).

## 1.2 O Fim de Utilidade Pública

As Fundações Europeias prosseguem fins de utilidade pública no plano interno e/ou internacional, quer apoiando indivíduos, associações, instituições ou outras entidades, quer desenvolvendo os seus próprios programas.

Considera-se que as Fundações Europeias prosseguem fins de utilidade pública se o fim para que foram instituídas e o benefício das suas actividades estão compreendidos numa ou mais das categorias seguintes:

- a)* Desportos amadores;
- b)* Artes e cultura;
- c)* Infância e juventude;
- d)* Direitos civis ou humanos;
- e)* Protecção do consumidor;
- f)* Democracia;
- g)* Ajuda humanitária;
- h)* Ecologia e protecção do meio ambiente;
- i)* Educação;
- j)* Eliminação da discriminação;
- k)* Colaboração europeia e internacional;
- l)* Pessoas deficientes;
- m)* Cuidados de saúde e médicos;
- n)* Preservação histórica (conservação do ambiente construído);
- o)* Prevenção da pobreza e amparo a situações de pobreza;
- p)* Protecção ou cuidado de animais;
- q)* Refugiados e imigrantes;
- r)* Religião;
- s)* Ciência;
- t)* Desenvolvimento social ou económico;
- u)* Bem-estar social.

### **1.3 Proibição da Distribuição de Rendimentos e Dotação com Reserva de Rendimentos para o Fundador**

Não serão distribuídos rendimentos, quer directa, quer indirectamente, a qualquer fundador, administrador, director ou funcionário da fundação, senão sob a forma de uma remuneração razoável e adequada, em cumprimento de um contrato de serviço ou de um contrato de prestação de serviços, nem a qualquer pessoa que com aquelas se relacione estreitamente, a não ser que, e nessa medida, esta pertença a uma classe de destinatários, nos termos do art. 1.2.

O fundador pode restringir a sua doação, reservando, de modo vitalício, para si, para o seu cônjuge, ou para os seus filhos, até 30% do rendimento da fundação que, proveniente daquela fonte, se encontra disponível para distribuição. A reserva não pode exceder, anualmente, a soma total das verbas utilizadas pela fundação na prossecução dos seus fins de utilidade pública.

A Fundação Europeia distribui, em tempo adequado, uma proporção razoável do seu rendimento disponível aos seus destinatários ou em seu benefício (ver o art. 4.2).

## **Art. 2 Competência e Regras Processuais**

A competência das autoridades fiscais para determinar se a Fundação Europeia prossegue fins de utilidade pública pertence à autoridade fiscal do Estado-membro em que a fundação está domiciliada.

## **Art. 3 Benefícios Fiscais**

### **3.1 Fundação**

As Fundações Europeias estão isentas do pagamento de

impostos sobre o rendimento e sobre os ganhos de capital provenientes do seu património e têm direito ao reembolso da quantia retida na fonte desse rendimento ou ganhos, excepto na hipótese de aplicação do art. 5.2.

As Fundações Europeias estão isentas do pagamento de imposto sobre sucessões e doações, quer quanto à dotação inicial, quer a respeito das doações sucessivas.

As Fundações Europeias estão isentas do pagamento de impostos de capital sobre o valor dos seus bens.

As Fundações Europeias estão isentas do pagamento de impostos sobre a transmissão dos seus bens.

As Fundações Europeias beneficiam de uma devolução do IVA não recuperado nas despesas realizadas na suas actividades não empresariais de utilidade pública.

As Fundações Europeias devem poder optar pela aplicação de uma taxa de IVA super-reduzida no fornecimento de bens e serviços que, actualmente, daquele estão isentas.

### **3.2 Doadores**

Os indivíduos e as comunidades que façam um donativo a uma qualquer Fundação Europeia devem poder deduzir o valor líquido dos seus donativos/contribuições ao seu rendimento colectável até ao montante de ... euros ou ter direito a um crédito de imposto até à quantia de ... euros.

As sociedades e outras organizações empresariais que doem a uma qualquer Fundação Europeia devem poder deduzir o valor líquido dos donativos à sua matéria colectável até ao montante de ... euros ou ter direito a um crédito de imposto até à quantia de ... euros.

### **3.3 Beneficiários**

Os beneficiários que recebam uma bolsa ou outro benefício de uma Fundação Europeia que prossiga um fim de utilidade



pública listado no art. 1.2 estão isentos do pagamento de imposto sobre o benefício recebido.

### 3.4 Voluntários

O reembolso razoável de despesas realizadas por voluntários não é considerado rendimento do voluntário para fins fiscais ou de segurança social.

## Art. 4 A Utilização de Fundos e a Distribuição Oportuna

### 4.1 Regra *De Minimis*

No caso de discrepância entre os fins de utilidade pública previstos pelo art. 1.2 (Direito Privado) e pelo art. 1.2 (Lei Fiscal), a Fundação Europeia não perde o seu estatuto de isenção fiscal, se não mais de 10% de todas as verbas distribuídas num ano fiscal forem destinadas a fins acolhidos no art. 1.2 (Direito Privado) que o art. 1.2 (Lei Fiscal) não inclui.

### 4.2 Regra Temporal

Uma Fundação Europeia não subtrairá à distribuição anual uma parte desmesurada do seu rendimento disponível.

## Art. 5 Actividades Económicas

### 5.1 Rendimento de Actividade Negocial Relacionada

As Fundações Europeias estão isentas do pagamento de imposto sobre o rendimento originado em actividade negocial relacionada, desde que a isenção não seja susceptível de criar uma distorção na concorrência, prejudicando empresas que não beneficiam do regime de isenção fiscal, e desde que os lucros sejam usados para a prossecução do fim da fundação.

## **5.2 Rendimento de Actividade Negocial Não Relacionada**

As Fundações Europeias não estão isentas do pagamento de imposto sobre o rendimento originado em actividade negocial não relacionada acima do volume de negócios identificado no artigo 5.3.

## **5.3 Tecto de Receitas para a Isenção Fiscal de Actividades Negociais Não Relacionadas**

As Fundações Europeias estão isentas do pagamento de imposto sobre o rendimento originado na gestão de um pequeno negócio não relacionado ou no exercício de actividades económicas que participem da mesma característica até ao limite de ... euros das receitas comerciais brutas.

## **5.4 Rendimento Passivo**

As Fundações Europeias estão isentas do pagamento de imposto sobre o rendimento passivo.

## **Art. 6 Reestruturação**

Qualquer modificação da forma jurídica no sentido da criação de uma Fundação Europeia, qualquer reestruturação de uma Fundação Europeia, ou qualquer mudança da localização de uma Fundação Europeia no âmbito da União Europeia, é uma operação sem consequências fiscais (em especial, facultando o diferimento da tributação por reinvestimento dos bens patrimoniais e preservando a isenção fiscal aplicável às reservas) e que não prejudica os benefícios fiscais existentes.

## **Parte 2B: Não Discriminação num Contexto Não Harmonizado**

### **Art. 1 Regra Geral**

No âmbito de aplicação deste Regulamento, e sem prejuízo de disposições especiais nele contidas, as Fundações Europeias não podem ser discriminadas com fundamento na nacionalidade ou residência.

### **Art. 2 Tratamento Fiscal**

#### **2.1 Tratamento Fiscal da Fundação Europeia**

A respeito de impostos sobre o rendimento e sobre os ganhos de capital, sobre sucessões e doações, sobre o capital ou riqueza líquida, sobre a transmissão de bens ou sobre a ocupação de bens imóveis, uma Fundação Europeia é sujeita ao regime fiscal aplicável às organizações de utilidade pública residentes no Estado-membro em que aquela reside.

Qualquer Fundação Europeia residente num Estado-membro não é sujeita noutro Estado-membro a qualquer imposto ou exigência fiscal mais onerosa do que o imposto ou a exigência fiscal a que as Fundações Europeias residentes nesse outro Estado-membro são sujeitas, ou podem ser sujeitas, nas mesmas circunstâncias ou em circunstâncias idênticas. Esta norma não exclui quaisquer vantagens de que a Fundação Europeia beneficie ao abrigo de acordos internacionais.

#### **2.2 Tratamento Fiscal dos Doadores**

Qualquer indivíduo ou empresa que doe a uma Fundação Europeia localizada dentro ou além-fronteiras recebe os mesmos benefícios fiscais como se a doação fosse destinada a uma orga-

nização de utilidade pública sediada no Estado em que o doador reside.

### **2.3 Tratamento Fiscal dos Beneficiários**

As bolsas ou outros benefícios recebidos por indivíduos ou organizações de utilidade pública de uma Fundação Europeia residente em qualquer Estado-membro são tratados como se fossem atribuídos por uma organização de utilidade pública residente no Estado-membro em que o destinatário reside.

## **Part 1: Civil Law**

Based on EC Treaty Art. 95 and 308 the following proposition is made

### **Preamble**

This Draft for the European Foundation is intended to promote foundations in Europe (especially within the European Union). European Foundations shall exemplify generally accepted best practice in their activities and administration, especially in following high standards in matters of accountability and serving the public interest, and could therefore benefit from a favourable tax status, especially for cross border relationships.

## **Art. 1 Definitions**

### **1.1 General Definition**

European Foundations are separately constituted and independently managed bodies with their own governing board, having been irrevocably provided with valuable goods, rights or other resources and/or having at their disposal an income, having no members, and serving a public benefit purpose (see Art. 1.2).

### **1.2 Public Benefit Purpose**

European Foundations serve public benefit purposes at the domestic and/or international level, either by supporting individuals, associations, institutions or other entities, or by operating their own programmes.

European Foundations serve public benefit purposes if the purpose for which they are established falls within one or more of the following categories:

- a)* Amateur sports;
- b)* Arts & culture;
- c)* Children and youth;
- d)* Civil or human rights;
- e)* Consumer protection;
- f)* Democracy;
- g)* Disaster relief;
- h)* Ecology and protection of the natural environment;
- i)* Education;
- j)* Elimination of discrimination;
- k)* European and international understanding;
- l)* Handicapped people;
- m)* Health & medical care;
- n)* Historical preservation (conservation of the built environment);
- o)* Prevention and relief of poverty;
- p)* Protection or care of animals;
- q)* Refugees and immigrants;
- r)* Religion;
- s)* Science;
- t)* Social or economic development;
- u)* Social welfare;
- v)* Other public benefit purposes.

### **1.3 Non-Distribution Constraint, Split-Interest Endowments**

Benefits shall not be distributed either directly or indirectly to any Founder, Director, officer or employee of the foundation other than by way of reasonable and proper remuneration under a contract of service or a contract for services entered into for

the benefit of the foundation and/or its beneficiaries, nor extended to any related person thereof unless the latter belongs to a class of beneficiaries in the sense of Art. 1.2. (but cf. Art. 4.1.1, para. 2).

The Founder can restrict his donation in such a way that he, his spouse and his children are entitled to receive up to 30 percent of the foundation's available revenue for distribution from that source for their lifetime. In any year this private distribution shall not exceed the foundation's aggregate distribution for public-benefit purposes.

The European Foundation shall distribute a reasonable proportion of its available revenue in due time to its beneficiaries.

## **Art. 2 Legal Status**

The European Foundation has legal personality (with full capacity and limited liability) which is acquired upon registration (see Art. 3.5).

## **Art. 3 Formation**

### **3.1 Right to establish**

Anybody has the right to establish a European Foundation as long as that person complies with the prescribed rules as to form and content.

### **3.2 Form of Establishment**

The formation of a European Foundation ensues

- a)* in the form of a public deed or a written declaration; or
- b)* by testamentary disposition or (provided it is in accordance with national law) by inheritance agreement.

### **3.3 Formation Deed**

The formation deed of a European Foundation must

- a)* express the intention to establish a foundation;
- b)* express the intention to donate to the foundation;
- c)* determine the foundation's (initial) assets; and
- d)* determine the public benefit purpose of the foundation.

### **3.4 No State Approval**

The coming into existence of a European Foundation does not depend on any acknowledgement or approval by a court or other State supervisory body (see Art. 7).

### **3.5 Registration**

Every European Foundation shall be registered in an independent national Public Register in the member State where the registered office is located, certifying the existence of the foundation for the purpose of its recognition in all other member States of the European Union.

The initial registration entry and any notified changes of particulars are to be published in the Official Journal by the Public Registrar.

Any person shall be entitled to inspect the statutes and other documents of the European Foundation which are deposited with the Public Register without having to prove any specific interest.

All decisions of the Public Registrar shall be appealable to the courts.

### **3.6 Statutes**

The statutes of the European Foundation shall determine

- a)* the name of the foundation, followed by the abbreviation "EF";
- b)* the public-benefit purpose;



- c) the address of the one and only registered foundation office;  
and
- d) the process for appointing members of the Board of Directors (and, where applicable, the Supervisory Board).

If the formation deed or statutes of a European Foundation do not make adequate provision for the necessary governance, the State supervisory authority (see Art. 7, para. 1) must ensure that the statutes are amended (see Art. 8.1.1).

## **Art. 4 Governance**

### **4.1 Board of Directors**

#### **4.1.1 Responsibilities, Rights and Duties**

The Board of Directors is responsible for the proper management of the foundation and for all duties not having been delegated to any other organ of the foundation by the statutes or the law.

The members of the Board of Directors shall observe a duty of loyalty in the exercise of their responsibilities, shall act with due diligence and care, and shall act in compliance with the law and, subject thereto, with the statutes of the foundation.

The European Foundation may provide reasonable financial compensation to the members of the Board of Directors, and may reimburse all reasonable expenses.

The members of the Board of Directors and of the Supervisory Board are personally liable to the European Foundation for losses deemed attributable to any negligence, reckless acts or willful defaults on their part.

#### **4.1.2 Board Members**

The Board of Directors is composed of at least three competent, independent and unrelated natural persons.

#### **4.1.3 Admission, Expulsion and Resignation**

Members of the Board of Directors are elected by the Supervisory Board (if existing) or by the Board of Directors or any other person/institution specified in the statutes. The first Board of Directors is determined by the founder.

The members of the Board of Directors serve for a period of not more than four years at a time. Re-election is possible.

Members of the Board of Directors can resign at any time but they must provide for the proper continuation of the foundation's administration.

The electing organ (see Art. 4.1.3, para. 1) can dismiss a member of the Board of Directors by a two-thirds majority vote at any time or, for exceptional reasons, by a simple majority vote.

#### **4.2 Supervisory Board**

European Foundations may have a Supervisory Board, which shall be composed of at least three members.

European Foundations with annual gross revenues in excess of Euro ... and/or gross assets in excess of Euro ... in any of the last three fiscal years shall have a Supervisory Board.

Members of the Supervisory Board shall have right of access to all books, records, and information concerning the foundation's functioning, the investment of its funds and its activities and affairs generally.

If the Supervisory Board discovers serious irregularities which, after reasonable written notice, the Board of Directors fails to correct or prevent, it shall report these facts to the auditors (see Art. 5.3) and/or to the State supervisory authority (see Art. 7, para. 1) as may be appropriate.

In all other respects, the external regulation of the Board of Directors shall be applied by analogy to the foregoing except where specific provision is made in this Statute/Regulation or, failing that, in national legislation.

### **4.3 Rights of the Founder**

The Founder of a European Foundation and also any subsequent donor of a significant contribution have the right to intervene with the State supervisory authority if the Board of Directors and/or the Supervisory Board fail to comply with their responsibilities; the State supervisory authority must produce a substantive statement on this intervention within 60 days.

### **4.4 Rights of the Beneficiaries**

Any person with a legitimate interest in a European Foundation, whether a beneficiary of it or not, a European Foundation may submit a report to the State supervisory authority if the Board of Directors and/or the Supervisory Board do not comply with their responsibilities; the State supervisory authority must produce a substantive statement on this report within 60 days.

### **4.5 Rights of Third Parties**

Donors, creditors, employees, tenants and other third parties whose own interests are affected by the activities of a European Foundation may notify the State supervisory authority if in their view the Board of Directors and/or the Supervisory Board are failing to comply with their responsibilities; the State supervisory authority has full discretion as to how best to respond.

## **Art. 5 Reporting, Transparency and Disclosure**

### **5.1 Public Accountability**

The Board of Directors must deliver to the State supervisory authority (see Art. 7, para. 1) every year, within 6 months after the end of the foundation's financial year, an annual report and

annual accounts (and where applicable an audit report) for that financial year.

The annual accounts for all European Foundations are required to show a true and fair view. The accounts shall be prepared in accordance with International Financial Reporting Standards (IFRS), where applicable, or else with national or international standards commonly recognized for institutions with a public-benefit purpose.

European Foundations must keep complete and accurate records of all financial transactions and must retain records of the last three financial years in addition to the current year.

## **5.2 Disclosure**

Everyone can inspect the last three annual reports and accounts (and, where applicable, audit reports) of a European Foundation filed with the State supervisory authority (see Art. 7, para. 1) without having to prove any specific interest.

## **5.3 Auditor**

European Foundations may have an auditor.

A European Foundation with annual gross revenues in excess of Euro ... and/or gross assets in excess of Euro ... in any of the last three fiscal years, shall have its accounts for the year audited by an independent company auditor or other regulated auditor who is subject to internationally recognised professional auditing standards and eligible under the rules of the relevant regulatory body to act as a charity auditor.

The auditor is appointed by the Board of Directors or (where applicable) by the Supervisory Board.

The auditor must report to the appointing Board, and in terms that accord with generally recognised professional auditing standards, on the annual accounts within 6 months after the end of the accounting year.

The auditor must inform the State supervisory authority promptly in writing about any serious irregularities that have come to his notice in the course of acting in that capacity.

## **Art. 6 Activities**

### **6.1 Asset Management**

The Foundation's statutes can prescribe that the European Foundation shall preserve the real value of their permanent capital against devaluation of money (inflation) and distribute only their available revenue.

### **6.2 Economic Activities (Trading)**

A European Foundation must not engage in permanent trading as a direct activity.

A European Foundation may hold a controlling interest in another undertaking which engages in permanent trading only if such trading is within the foundation's public-benefit purpose, or is ancillary with a view to furthering it (related economic activities), or in the circumstances described in the next paragraph.

A European Foundation may hold a controlling interest in another undertaking which engages in any other kind of permanent trading with a view to profit (unrelated economic activities) only if (i) the profits derived therefrom are used solely for the furtherance of the foundation's public-benefit purpose and (ii) the interests of that other undertaking do not conflict with the furtherance of the foundation's purpose.

### **6.3 Political Activities**

European Foundations may engage freely in research, education, publicity and other activities with respect to any issue

affecting public affairs, including criticism of policies or politicians.

Subject to the preceding rule in para. 1, European Foundations may not engage in fundraising or campaigning to support or oppose any political party or candidate for public office.

## **Art. 7 State Supervision**

European Foundations are subject to the supervision of a public authority (State supervisory authority) in the Member State where the European Foundation has its registered office – with the support of the State supervisory authority of the Member State where the foundation has other offices.

If a European Foundation has no Supervisory Board (see Art. 4.2, para. 2), the State supervisory authority must review the annual report.

If a European Foundation has no certified auditor (see Art. 6.3, para. 2), the State supervisory authority must review the annual accounts.

The State supervisory authority has the right to intervene in the event of any significant breach of the law or the statutes, but has no right to review the Board of Directors' (and where applicable the Supervisory Board's) discretionary decisions for any other reason. Once a written notice of non-compliance has been given and adequate opportunity to correct any defect has been provided, the State supervisory authority may take any supervisory measures deemed necessary.

All decisions of the State supervisory authority shall be appealable to the courts.

## **Art. 8 Fundamental Decisions**

### **8.1 Amendment of Statutes**

#### **8.1.1 Changes of Administrative Provisions**

If the administrative provisions of a European Foundation for any reason become unreasonable or outdated, the Board of Directors may amend the statutes (see Art. 3.6) and/or formation deed (see Art. 3.3) accordingly.

Changes to the statutes are to be in the same form as for the establishment of the European Foundation (see Art. 3.2(a)) and must be notified to the appropriate Public Registrar (see Art. 3.5).

The State supervisory authority (see Art. 7, para. 1) shall be entitled to reject the change of statutes if this is deemed necessary in order to prevent the original intentions of the Founder, or the reasonable expectations of the foundation's beneficiaries, or the legal rights of other persons affected, from being compromised.

The Supervisory Board (see Art. 4.2), the Founder (see Art. 4.3), the beneficiaries (see Art. 4.4) and any other persons whose rights or interests are affected by the change of the statutes may lodge an appeal against the State's acceptance or rejection of any such amendment with the competent court.

In the case of the absence or inactivity of the Board of Directors, the State supervisory authority may itself amend the statutes to eliminate impediments to the effective furtherance of the foundation's purpose. The Board of Directors may lodge an appeal with the competent court against any such amendment.

#### **8.1.2 Modification of Purpose**

If the original purpose of a European Foundation has acquired a completely different meaning or effect, or for any other reason is no longer viable as a public-benefit purpose in its present form,

and as a result of this the foundation is obviously estranged from the intentions of the Founder (especially if the purpose is incapable of achievement, inadmissible, irrelevant or unreasonable) the Board of Directors (in the case of its absence or inactivity, the State supervisory authority) may amend the statutes (see Art. 8.1.1), subject to the written consent of the State supervisory authority, by changing the purpose of the foundation or cancelling or amending requirements or conditions which impair the foundation's purpose. The new purpose must be similar to the old purpose.

In the case of the absence or inactivity of the Board of Directors, the State supervisory authority may intervene to modify the foundation's purpose to the extent deemed necessary to avoid the impending or potential frustration of that purpose. The Board of Directors may lodge an appeal with the competent court against any such modification.

## **8.2 Liquidation**

The Board of Directors or, if it is non-existent or inactive, the State supervisory authority, must liquidate a foundation as soon as the purpose cannot be achieved even by changing that purpose (see Art. 8.1.2), or when, owing to inadequate assets, the duties of the foundation can no longer be fulfilled, or if the duration specified in the statutes or foundation deed has expired.

Any residual proceeds of liquidation must be transferred to a foundation with a similar purpose. If there is no foundation with a similar purpose, the proceeds go to the government to distribute it in line with the purpose of the foundation.

## **Art. 9 Applicable Law**

A European Foundation shall be governed  
a) by this regulation, or



- b) in matters of foundation law not covered by this regulation, by the law of the member State where the European Foundation is registered.

## **Part 2: Tax Law**

### **Preamble**

There is no basis within the laws of the European Union for a regulation on the tax treatment of European Foundations. Nevertheless it seems worthwhile to explore a common tax treatment on the basis of tax law in Europe. Therefore this paper offers two solutions, a complete harmonization of the tax law within the countries of the EU as a Model Tax Law for the treatment of a European Foundation (Part A) and the introduction of non-discrimination rules and double-taxation treaty amendments within the context of national tax laws (Part B).

As it is unclear whether a general non-discrimination rule (as suggested in Part B) already follows from actual European Union law, this part proposes codified non-discrimination rules in order to provide a clear solution and avoid legal uncertainty.

## **Part 2A: Harmonized Tax Law**

### **Art. 1 Definitions**

#### **1.1 General Definition**

European Foundations are separately constituted and independently managed bodies with their own governing Board, having been irrevocably provided with valuable goods, rights or other resources and/or having at their disposal an income,

having no members, and serving a public benefit purpose (see Art. 1.2).

### 1.2 Public-Benefit Purpose

European Foundations serve public-benefit purposes at the domestic and/or international level, either by supporting individuals, associations, institutions or other entities, or by operating their own programmes.

European Foundations shall be deemed to serve public benefit purposes if the purpose for which they are established and the benefit of their activities falls within one or more of the following recognised categories:

- a)* Amateur sports;
- b)* Arts and culture;
- c)* Children and youth;
- d)* Civil or human rights;
- e)* Consumer protection;
- f)* Democracy;
- g)* Disaster relief;
- h)* Ecology and protection of the natural environment;
- i)* Education;
- j)* Elimination of discrimination;
- k)* European and international understanding;
- l)* Handicapped people;
- m)* Health and medical care;
- n)* Historical preservation (conservation of the built environment);
- o)* Prevention and relief of poverty;
- p)* Protection or care of animals;
- q)* Refugees and immigrants;
- r)* Religion;
- s)* Science;

- t*) Social or economic development;
- u*) Social welfare.

### **1.3 Non-Distribution Constraint, Split-Interest Endowments**

Benefits shall not be distributed either directly or indirectly to any Founder, director, officer or employee of the foundation other than by way of reasonable and proper remuneration under a contract of service or a contract for services, nor extended to any closely related person thereof unless and to the extent that the latter belongs to a class of beneficiaries in the sense of Art. 1.2.

The Founder can restrict his donation in such a way that he, his spouse and his children are entitled to receive up to 30 percent of the foundation's available revenue for distribution from that source for their lifetime. In any year this private distribution shall not exceed the foundation's aggregate distribution for public-benefit purposes.

The European Foundation shall distribute a reasonable proportion of its available revenue within a reasonable time to, or for the benefit of, its beneficiaries (see also Art. 4.2).

## **Art. 2 Competence and Procedural Rules**

The competence of tax authorities to determine whether the European Foundation serves public-benefit purposes rests with the tax authority of the Member State where the foundation is domiciled.

## **Art. 3 Tax Benefits**

### **3.1 Foundation**

European Foundations shall be tax exempt from taxes on

income and on capital gains derived from their assets, and entitled to a refund of tax withheld from such income and gains, unless Art. 5.2 applies.

European Foundations shall be exempt from gift tax and inheritance tax on both their initial endowment and subsequent gifts.

European Foundations shall be exempt from capital taxes on the value of their assets.

European Foundations shall be exempt from taxes on the transfer of their assets.

European Foundations shall be eligible for a rebate of irrecoverable VAT incurred on expenditure attributable to their non-business public-benefit activities.

European Foundations shall be able to opt to tax at a super-reduced VAT rate their supplies of goods and services that are currently exempt.

### **3.2 Donors**

Individuals and communities giving to any European Foundation shall be entitled to deduct the net amount of donations/contributions from their personal income tax base up to the amount of Euro ... or to a tax credit up to the amount of Euro ...

Companies and other corporate bodies giving to any European Foundation shall be entitled to deduct the net amount of donations from their corporate income tax base up to the amount of Euro ... or to a tax credit up to the amount of Euro ...

### **3.3 Beneficiaries**

Beneficiaries receiving a grant or other benefit from a European Foundation for a public-benefit purpose according to Art. 1.2. shall not be liable to taxation on the benefit received.

### **3.4 Volunteers**

Reasonable reimbursement of expenses incurred by volunteers

shall not be regarded as income of the volunteer for income tax or social security purposes.

## **Art. 4 Use of Funds and Timely Disbursement**

### **4.1 *De Minimis Rule***

In case of deviation between public benefits allowed by Art. 1.2 Private Law and by Art. 1.2 Tax Law, the European Foundation does not lose its tax exempt status, if not more than 10 percent of its overall distributions in a tax year are directed to purposes according to Art. 1.2 Private Law which are not covered by Art. 1.2 Tax Law.

### **4.2 Timing Rule**

A European Foundation shall not in any year withhold from distribution an unreasonable part of its available income.

## **Art. 5 Economic Activities**

### **5.1 Related Business Income**

European Foundations shall be exempt from tax on income derived from a related business, provided the exemption is not likely to create distortion of competition such as to disadvantage enterprises that are not tax-exempt, and provided the profits are used for the furtherance of the foundation's purpose.

### **5.2 Unrelated Business Income**

European Foundations shall not be exempt from tax on income derived from an unrelated business above the turnover ceiling specified in Art. 5.3.

### **5.3 Turnover Ceiling for Tax-Exempt Unrelated Business Activities**

European Foundations shall be exempt from tax on the income derived from the conduct of a small unrelated business or economic activities up to a ceiling of Euro ... gross trading revenue.

### **5.4 Passive Income**

European Foundations shall be exempt from tax on all passive income.

## **Art. 6 Restructuring**

Any change of legal form into a European Foundation, restructuring of a European Foundation, or change of location of a European Foundation within the European Union, shall be tax-neutral (especially by rolling over the existing tax basis for asset values and preserving the status of tax-exempted reserves) and shall not endanger existing tax privileges.

## **Part 2B: Non-Discrimination in a non-harmonized context**

### **Art. 1 General Rule**

Within the scope of application of this regulation, and without prejudice to any special provisions contained therein, European Foundations shall not be subject to any discrimination on grounds of nationality or residence.

## **Art. 2 Tax Treatment**

### **2.1 Tax Treatment of the European Foundation**

In respect of taxes on income and capital gains, on gifts and inheritances, on capital or net wealth, on transfer of assets and on occupation of real estate, a European Foundation shall be subject to the tax regime applicable to public benefit organisations resident in the Member State where it is resident.

Any European Foundation resident in one Member State shall not be subject in any other Member State to any taxation or any requirement connected therewith which is other or more burdensome than the taxation and connected requirements to which European Foundations resident in that other Member State in the same similar circumstances are or may be subject. This provision shall not exclude any reliefs to which the European Foundation may be entitled under international agreements.

### **2.2 Tax Treatment of Donors**

Any individual or corporate donor giving to a European Foundation within or across borders shall receive the same tax reliefs as if the donation was given to a public benefit organisation established in the State in which the donor is resident.

### **2.3 Tax Treatment of Beneficiaries**

Grants or other benefits received by individuals or public benefit organisations from a European Foundation resident in any Member State shall be treated as if they were given by a public-benefit organisation resident in the Member State in which the recipient is resident.

