



25-07-2014

**Juridisk vurdering af rækkevidden af reglerne om
overskudskapacitet i forhold til Kultur- og Fritidsudvalgets
institutioner**

Sagsnr.
2014-0005503

Dokumentnr.
2014-0005503-2

Baggrund

Kultur- og Fritidsudvalget besluttede på sit møde den 19. december 2013 at anmode forvaltningen om en generel juridisk vurdering af rækkevidden af reglerne om overskudskapacitet (udlejning af ledige lokaler til private og andre offentlige myndigheder) i forhold til udvalgets institutioner.

Sagsbehandler
Klaus Vollstedt

Baggrunden for beslutningen var en konkret ansøgning fra foreningen ”SovGodt”, der ønskede at anvende Nørrebrohallens multisal som nødherberg i nattetimerne i vinterperioden, frem til 31. marts 2014. Den konkrete ansøgning er håndteret via Københavns Ejendomme, idet der frem mod 31. marts 2014 efter reglerne om overskudskapacitet var etableret et nødherberg i en ledig kommunal bygning i Griffenfeldsgade.

Konklusion

Kultur- og Fritidsforvaltningen udlejer allerede i dag ledige lokaler efter reglerne om overskudskapacitet.

Det er sammenfattende vurderingen, at forvaltningens adgang til at udleje lokaler efter reglerne om overskudskapacitet må antages at være udvidet i takt med udvidelsen af institutionernes åbningstid.

Samtidig er det vurderingen, at hensynet til en økonomisk rationel udnyttelse af kommunale ressourcer og værdispildsbetragtninger må antages at indgå med større vægt end tidligere i den samlede afvejning og vurdering af grænserne for, hvad der er lovlige kommunale opgaver.

Foranstående betyder alt andet lige, at kommunens adgang til at leje ledige lokaler ud efter reglerne om overskudskapacitet må anses for at være udvidet i forhold til tidligere.

Det er således Kultur- og Fritidsforvaltningens vurdering, at kulturinstitutioner, idrætshaller o.lign. vil kunne udlejes i en begrænset periode forudsat at den konkrete afvejning fører til, at der ikke er nogen risiko for at påføre private erhvervsdrivende konkurrence.

Derimod vil det på det foreliggende grundlag ikke være lovligt, at Kultur- og Fritidsforvaltningen generelt sætter samtlige

Sekretariatet

Rådhuset
1599 København V

Telefon
33 66 23 42

Direkte telefon
3366 2342

E-mail
klvoll@kff.kk.dk

EAN nummer
5798009780515

www.kk.dk

kulturinstitutioner, idrætsanlæg o.s.v. fri til udlejning efter reglerne om overskudskapacitet på tidspunkter, hvor disse ikke anvendes af kommunen, f.eks. om natten. Begrundelsen er, at et sådant skridt må antages at ske med profitformål for øje samtidig med risikoen for at forrykke grænsen mellem den kommunale og private sektor

Gennemgang af reglerne om salg af overskudskapacitet

Generelt om kommunernes adgang til salg af overskudskapacitet

Kommunernes adgang til salg af overskudskapacitet (til private og andre offentlige myndigheder) er en del af kommunalfuldmagtsreglerne. Den overskudskapacitet, der er tale om, er typisk overskud af arbejdskraft, materialer eller lokaler.

I korte træk gælder følgende:

Salg af overskudskapacitet er grundlæggende i strid med hovedreglen om forbud mod profitformål og hovedreglen om at kommuner ikke må drive erhvervsaktiviteter som handel og industri mv. I udgangspunktet gælder derfor, at en kommune, der har et større produktionsapparat, end den selv kan udnytte, ikke har adgang til at sælge den overskydende kapacitet til andre myndigheder eller private.

Som udgangspunkt skal kommunal overskudskapacitet afvikles, og den må ikke opretholdes til at skaffe kommunen indtægter.

Udgangspunktet gælder på samme måde for kommunale ejendomme, da det anses for udelukket, at kommuner kan anvende deres ejendom – f.eks. skoler og børneinstitutioner – til at skaffe supplerende indtægter ved udlejning i konkurrence med bestående virksomheder.¹

Når tilsynsmyndighederne alligevel har accepteret at kommunerne i et begrænset omfang må sælge overskudskapacitet til andre – og dermed varetager opgaver, der egentlig ikke er kommunale – skyldes det værdispildsbetragtninger og hensynet til en økonomisk rationel udnyttelse af kommunale og samfundsmæssige ressourcer. Når det skal vurderes, om salg af overskudskapacitet er lovlig, sker der således primært en afvejning mellem hensynet til at undgå værdispild på den ene side og hensynet til det private erhvervsliv på den anden side.

I det omfang der er tale om en tilfældig overskudskapacitet, som er opstået utilsigtet i forbindelse med varetagelse af i øvrigt lovlige kommunale opgaver, er det almindeligt anerkendt, at værdispildsbetragtningerne kan føre til, at salg af overskudskapacitet er lovlig. En ”tilfældig” overskudskapacitet kan f.eks. være en

¹ Erik Harder, Dansk Kommunalforvaltning II, s. 43/44

periodisk overskudskapacitet, f.eks. når kapaciteten skal dimensioneres ud fra spidsbelastningssituationer.

De betingelser, for at salg af overskudskapacitet kan bringes i anvendelse, er traditionelt sammenfattende følgende:

- Overskudskapaciteten må ikke være dimensioneret med det formål at varetage ikke-kommunale opgaver
- Overskudskapaciteten må af hensyn til løsningen af den kommunale opgave ikke kunne afskaffes
- Opgaven må ikke allerede varetages på en rimelig måde af private erhvervsdrivende
- Salg af overskudskapacitet skal ske til markedspris

Særligt om overskudskapacitet i forhold til kommunale lokaler

Særligt med hensyn til kommunale lokaler er udgangspunktet, at kommunerne, som følge af forbuddet mod at drive erhvervsvirksomhed, ikke kan udleje kommunale lokaler, men at reglerne om salg af overskudskapacitet i et vist omfang kan lovliggøre udleje af lokaler til formål, der normalt ikke er kommunale. Der er med andre ord tale om en undtagelse fra hovedreglen om forbud.

Det er vurderingen, at selve formålet med udlejningen er underordnet, når det skal vurderes om private påføres konkurrence ved udførelsen. Det er i den forbindelse f.eks. ligegyldigt om der udlejes til private eller til andre offentlige myndigheder.

Overskudskapacitet kan blandt andet omfatte en ejendom, som kommunen kun delvis har brug for. Det betyder, at den overskydende kapacitet kan udlejes til formål, der normalt ikke er kommunale.

En konsekvens af betingelsen om at opgaven ikke allerede varetages af private erhvervsdrivende er, at jo mindre konkurrence, der er på et område, desto videre er adgangen til salg af overskudskapacitet – og omvendt. Der skal med andre ord som tidligere nævnt ske en afvejning mellem på den ene side værdispildsbetragtninger og på den anden side hensynet til at undgå konkurrenceforvridning i forhold til den private sektor. Hensynet til om den pågældende opgave kan varetages af private spiller en central rolle ved vurderingen af, om kommunen har adgang til at sælge overskudskapaciteten. Hvis private kan varetage opgaven, taler det imod salg af overskudskapacitet med henvisning til hensynet til at undgå konkurrenceforvridning, der er et tungtvejende/stærkt hensyn.

Eksempel fra tilsynspraksis

Kommunale skolelokaler antages i et vist omfang at kunne anvendes til ikke-kommunale formål ud fra overskudskapacitetssynspunkter.

Der henvises i den forbindelse til Indenrigsministeriets brev af 23. juni 1999, angående en kommunes udlejning af festsale og aulaer på kommunens skoler til bl.a. virksomheder. Ministeriet accepterede efter en konkret vurdering udlejning af de pågældende lokaler til virksomheder, idet der var tale om en overskudskapacitet, der ikke kunne afskaffes, eftersom udlejningen kun skete på tidspunkter, hvor kommunen ikke selv skulle anvende lokalerne til kommunale formål.

Af udtalelsen fremgår bl.a. følgende:

- at lokalerne primært anvendes til aktiviteter, der er knyttet til skolerne, til andre af kommunens arrangementer, samt at de udlånes til kostprisen til foreninger, der er hjemmehørende i kommunen
- at lokalerne alene udlejes til andre aktiviteter, såfremt lokalerne ikke skal anvendes til skolernes eller kommunens andre arrangementer,
- at lejetilladelse kan tilbagekaldes, såfremt kommunen selv skal bruge lokalerne
- at udlejningerne til private virksomheder kun havde et begrænset omfang (1-3 aftener årligt).

Særligt om kommunale institutioner i aften-/nattetimerne

Den ovenfor refererede udtalelse hjemler ifølge den kommunalretlige litteratur ikke, at kommuner i videre omfang kan udleje skolelokaler til virksomhed uden for skoletiden, herunder om natten – selv om kommunerne i dette tidsrum ikke selv anvender lokalerne til kommunale formål, og der således er tale om en overskydende kapacitet, som ikke kan afskaffes. Opgaven med at udleje lokaler varetages allerede af private (virksomheder), ligesom en mere omfattende udlejning af kommunale skolelokaler til private virksomheder kan forrykke grænsen mellem den kommunale og private sektor.²

Dette synspunkt er uddybet af Karsten Revsbech, der bl.a. anfører følgende:³

”En anden problemstilling drejer sig om, hvorvidt en kommune kan udleje sine lokaler til private i de perioder, hvor de ikke benyttes til den normale, kommunale hovedaktivitet. Kan f.eks. kommunale skolelokaler udlejes mod betaling i ferier eller om eftermiddagen til privat kursusvirksomhed? Eller kan de lejes ud om natten til virksomheder, hvis produktion i nattetimerne er egnet til at foregå i denne type af lokaler. Udgangspunktet må tages i betragtningerne om salg af overskudskapacitet. De (delvist) ledige lokaler er en overskydende kapacitet hos kommunen, og denne kapacitet, der ikke

² Frederik Gammelgaard, Kommunal erhvervsvirksomhed s. 72 f.f.

³ Karsten Revsbech: Kommunernes opgaver – Kommunalfuldmagten mv. s. 157 f.

kan afskaffes, kan i princippet sælges (til markedspris) med henblik på at undgå værdispild. Det er imidlertid vigtigt at fremhæve, at det ved vurderingen af, om der er adgang til at sælge overskudskapacitet, indgår som et element i den afvejning, der skal foretages, om opgaven i forvejen varetages på rimelig måde af private. Dette element vil i langt de fleste tilfælde udelukke eller væsentligt begrænse kommunens mulighed for at udleje skolelokaler og lign. En sådan udelukkelse eller begrænsning af kommunens udlejning af lokaler er nærliggende, fordi kommunerne ejer så mange bygninger og lokaler, at kommunal lokaleudlejning kunne blive en meget omfattende aktivitet og dermed et uoverskueligt konkurrenceproblem i forhold til det private erhvervsliv.”

Med udgangspunkt i den juridiske litteratur er det således vurderingen:

- at kommunernes adgang til at udleje f.eks. idrætshaller om natten er meget begrænset, og at de pointer, som Indenrigsministeriet fremhævede i sit brev af 23. juni 1999 fortsat må antages at være gældende (herunder at udlejningen har et meget begrænset omfang og at lejetilladelsen kan tilbagekaldes, såfremt kommunen selv skal bruge lokalerne)
- at der ikke kan være tale om, at kommunerne i almindelighed har adgang til at sælge hele deres ledige lokalekapacitet om natten efter reglerne om overskudskapacitet, da dette vil skabe uoverskuelige konkurrenceproblemer i forhold til det private erhvervsliv og i sidste ende vil betyde, at grænsen mellem den kommunale sektor og den private sektor forrykkes.

Kultur- og Fritidsforvaltningen må imidlertid konstatere, at selv om adgangen til at udleje kommunale institutioner om aftenen/natten efter reglerne om overskudskapacitet er begrænset, foreligger der en vis adgang. Det føromtalt citat fra Karsten Revsbech tyder i hvert fald på, at udgangspunktet er, at de ledige lokaler (om aftenen/natten) er en overskydende kapacitet hos kommunen, som ikke kan afskaffes, og derfor i princippet kan sælges til markedspris med henblik på at undgå værdispild. Den konkrete vurdering vil imidlertid ofte føre til, at udlejningen er udelukket henset til konkurrenceproblemet i forhold til det private erhvervsliv.

Den præcise afgrænsning og den konkrete vurdering kan imidlertid synes yderst vanskelig, og der er under alle omstændigheder tale om et ”gråzoneområde”.

Nyere tendenser

Tilsynspraksis

Nyere tilsynspraksis synes at bekræfte, at der i den konkrete situation kan være tale om en ganske vanskelig afvejning af de modstående hensyn, der er beskrevet i det foregående.

Et eksempel herpå er to sager vedrørende salg af overskudskapacitet i forbindelse med madproduktion.

I en sag fra Københavns Kommune, hvor kommunen i en to årig periode ønskede at levere 1.500 måltider dagligt til Panuminstituttet under dettes ombygning, nåede Statsforvaltningen Hovedstaden i brev af 31. august 2011 frem til, at dette ville være i strid med kommunalfuldmagtsreglerne.

Statsforvaltningen havde herved lagt vægt på, at levering af kantinemad er en opgave, som varetages af private erhvervsdrivende, og at kommunen ved at påtage sig opgaven med levering af kantinemad, ville påføre private kantineleverandører en konkurrence, der som udgangspunkt ikke vil være lovlig i henhold til kommunalfuldmagtsreglerne.

Statsforvaltningen havde endvidere lagt vægt på, at alene mængden af daglige kuverter samt den omhandlede tidsperiode var af et sådant omfang, at det måtte forudsætte personaletimer og indkøb af råvarer, som det i et vist omfang måtte være muligt at afvikle, således at kapaciteten i højere grad var dimensioneret til alene at dække kommunens opgave med at producere skolemad til kommunens folkeskoler.

I en lignende sag nåede Statsforvaltningen Midtjylland i brev af 29. marts 2012 til Norddjurs Kommune til den modsatte konklusion. Sagen angik ligeledes madproduktion, idet pågældende kommuner ønskede at afsætte 150 madportioner (svarende til knap 10% af madproduktionen) dagligt til private.

Statsforvaltningen Midtjylland nåede i denne sag frem til, at kommunerne inden for rammerne af kommunalfuldmagten (reglerne om overskudskapacitet) kunne udføre den omhandlede opgave med salg af mad til private og andre offentlige myndigheder.

Statsforvaltningen havde herved lagt vægt på, at overproduktion havde et begrænset omfang, at den udgjorde en beskeden andel af den samlede produktion, samt at kommunen havde oplyst, at det ikke var muligt, at afskaffe overkapaciteten af hensyn til løsningen af den primære opgave med at levere mad til bl.a. kommunernes ældre nu og i nærmere fremtid

Udviklingstendenser i forhold til forvaltningens institutioner

Den samfundsmæssige udvikling gennem de senere år peger efter Kultur- og Fritidsforvaltningens opfattelse i retning af, at kommunerne alt andet lige generelt har fået en videre adgang til at varetage hensyn, der tidligere ikke var karakteriseret som kommunale.

Et eksempel herpå fremgår af Økonomi- og Indenrigsministeriets skrivelse af 3. maj 2013 til Aarhus Kommune ("Fair Trade Sagen"). I modsætning til Statsforvaltningen Midtjylland nåede ministeriet frem til, at Aarhus Kommune lovligt kan varetage Fair Trade-hensyn, d.v.s. at kommunerne i højere grad end tidligere lovligt kan påtage sig et samfundsansvar efter kommunalfuldmagtsreglerne.

Særligt med hensyn til reglerne om overskudskapacitet er det Kultur- og Fritidsforvaltningens vurdering, at værdispildsbetragtninger og hensynet til en økonomisk rationel udnyttelse af de kommunale ressourcer må tillægges større vægt end tidligere. Dette hænger bl.a. sammen med statens skærpede krav om effektiv kommunal økonomi og overholdelse af budgetrammer mv. De redskaber som kommunerne anvender for at imødegå disse krav og stigende økonomiske udfordringer er typisk effektivisering, kapacitetsoptimering, egenfinansiering og omkostningsdækning.

Et eksempel herpå kan f.eks. være at kommunen løbende reducerer brugen af administrationslokaler. Og selv om dette på sigt medfører mulighed for afhændelse af ejendomme, vil der om ikke andet i en længere overgangsfase være adgang til en stigende udlejning efter reglerne om overskudskapacitet.

Et andet eksempel på kapacitetsoptimering er den selvbetjente adgang, som Kultur- og Fritidsforvaltningen har etableret og videre etablerer på institutionerne. Ordningen betyder, at borgerne har adgang til de kommunale institutioner (biblioteker, kulturhuse, idrætsfaciliteter) på langt senere tidspunkter end tidligere. Således er det ikke længere et særsyn, at borgerne har adgang til kommunens kulturhuse, biblioteker og idrætsfaciliteter helt frem til kl. 22 og kl. 23. Dette betyder med andre ord, at kulturinstitutionerne mv. ikke længere pr. definition er lukkede om aftenen og om natten. I en institution, der lukker dørene kl. 18, kan der pr. definition ikke opstå periodisk ledig kapacitet efter kl. 18. Derimod må det anses for naturligt, at der i en institution, der holder åbent fra kl. 7-23 i hele åbningstiden kan opstå periodisk ledig kapacitet, der vil kunne udlejes efter reglerne om overskudskapacitet.

Dermed får reglerne om overskudskapacitet også en helt anden relevans end tidligere.

Praksis i Kultur- og Fritidsforvaltningen

Kultur- og Fritidsforvaltningen foretager allerede i dag lokaleudlejning med afsæt i overskudskapacitet. Der er herved tale om den ”traditionelle” lokaleudlejning. D.v.s. at en sådan udlejning alene kan finde sted, når kulturhusets, idrætsanlæggets primære brugere/folkeoplysende foreninger ikke anvender faciliteten.

Konklusion

Kultur- og Fritidsforvaltningen udlejer allerede i dag ledige lokaler efter reglerne om overskudskapacitet.

Det er sammenfattende vurderingen, at forvaltningens adgang til at udleje lokaler efter reglerne om overskudskapacitet må antages at være udvidet i takt med udvidelsen af institutionernes åbningstid.

Samtidig er det vurderingen, at hensynet til en økonomisk rationel udnyttelse af kommunale ressourcer og værdispildsbetragtninger må antages at indgå med større vægt end tidligere i den samlede afvejning og vurdering af grænserne for hvad der er lovlige kommunale opgaver.

Foranstående betyder alt andet lige, at kommunens adgang til at leje ledige lokaler ud efter reglerne om overskudskapacitet må anses for at være udvidet i forhold til tidligere.

Det er således Kultur- og Fritidsforvaltningens vurdering, at kulturinstitutioner, idrætshaller o.lign. vil kunne udlejes i en begrænset periode – og i et videre omfang end angivet i Indenrigsministeriets skrivelse af 23. juni 1999 - forudsat at den konkrete afvejning bl.a. fører til, at der ikke er nogen risiko for at påføre private erhvervsdrivende konkurrence.

Derimod vil det på det foreliggende grundlag ikke være lovligt, at Kultur- og Fritidsforvaltningen generelt sætter samtlige kulturinstitutioner, idrætsanlæg o.s.v. fri til udlejning efter reglerne om overskudskapacitet på tidspunkter, hvor disse ikke anvendes af kommunen, f.eks. om natten. Begrundelsen er, at et sådant skridt må antages at ske med profitformål for øje samtidig med den beskrevne risiko for at forrykke grænsen mellem den kommunale og private sektor

Forsøg på en vurdering af sagen om nødherberget i lyset af konklusionen

Den konkrete sag omhandlede udlejning af en del af en idrætshal om natten i en 3 måneders periode. Der var tale om en ikke-kommunal

opgave (nødherberg for udenlandske hjemløse), og i givet fald ville idrætshallen skulle udlejes til markedspris efter reglerne om overskudskapacitet. Aftalepart ville have været Blå Kors, og idrætshallen ville kunne anvendes til idrætsformål i dagtimerne.

Situationen synes at falde ind i ”gråzoneområdet”.

Følgende forhold taler for, at det vil være lovligt at indgå en sådan lejekontrakt:

- Der er – alt andet lige – tale om en begrænset udlejning: der er tale om en 3 måneders periode, og alene i nattetimerne.
- Samtidig er det vurderingen, at udlejning af lokaler til udenlandske hjemløse på herbergsvilkår er meget lidt attraktivt for private udlejere og derfor kun i et meget begrænset omfang vil påføre private erhvervsdrivende konkurrence.
- Selv om ”Fair Trade”-udtalelsens betydning og rækkevidde er forbundet med nogen usikkerhed, har kommunerne nu i højere grad end tidligere adgang til at lade ”samfundsansvar” indgå i den samlede afvejning
- Der var tale om en enkeltstående ansøgning.

Følgende forhold taler imod:

- En sammenhængende periode på 3 måneder overstiger de få aftener (1-3 årligt), som fremgik af Indenrigsministeriets brev af 23. juni 1999.
- Samtidig vil lejetilladelsen ikke uden videre kunne tilbagekaldes, såfremt kommunen selv skal bruge lokalerne – kommunen ville i givet fald indgå en bindende kontrakt. Det er yderst tvivlsomt om et nødherberg i praksis vil kunne fungere, hvis der med kort varsel kan ske aflysning for en eller flere nætter.
- Hertil kommer risikoen for præcedensvirkninger (de mange kommunale bygninger og lokaler vil ved en generel åbning kunne udgøre et uoverskueligt konkurrenceproblem i forhold til det private erhvervsliv).

Sammenfatning

Ud fra en samlet afvejning er det fortsat Kultur- og Fritidsforvaltningens vurdering at den foreslåede udlejning i 3 måneder om natten ligger uden for den hidtidige praksis på overskudskapacitetsområdet.

Omvendt kan Kultur og Fritidsforvaltningen i lyset af de foranstående bemærkninger – herunder især det forhold, at en udlejning til nødherberg i en kortere periode (her: 3 måneder) kun i meget begrænset omfang kan forventes at påføre private erhvervsdrivende

konkurrence – ikke afvise, at det evt. kan være lovligt for kommunen at udleje en idrætshal om natten til det omhandlede formål.

Netop det forhold at en sådan udlejning ikke kan forventes at påføre private erhvervsdrivende konkurrence vil efter en fornyet konkret vurdering af sagen kunne føre til, at en sådan udlejning evt. vil kunne accepteres.