

ADVOKATPARTNERSELSKAB
WWW>NNLAW.DK

FREDERIKSBERGGADE 16
1459 KØBENHAVN K

CVR. NR. 32 30 33 74

TEL +45 33 11 45 45
FAX +45 33 11 80 81

LFB@>NNLAW.DK

2. AUGUST 2018
REF. 66.249

NOTAT OM TILBAGEBETALING AF BELØB OPKRÆVET I HENHOLD TIL KØBENHAVNS KOMMUNES FORTOVSRORDNING

1. BAGGRUND

Kommunerne må ikke tjene penge på at overtage renholdelsen af fortovene fra grundejere i medfør af vejloven. De beløb, der opkræves, må således ikke overstige de faktiske udgifter, der er forbundet med renholdelsesopgaven. Dette krav gjaldt før den nye vejlov trådte i kraft den 1. juli 2015 og er fortsat gældende. Ifølge en rapport fra Ernst & Young af 6. august 2018 har Københavns Kommune for 2016 og 2017 imidlertid ved en fejl opkrævet mere end de faktiske udgifter. Teknik- og Miljøforvaltningen har i lyset af rapporten anmodet om et notat, som belyser, hvorvidt kommunen har pligt til at betale de beløb tilbage, der er opkrævet udover de faktiske udgifter og i givet fald rækkevidden af en sådan tilbagebetalingsforpligtelse. Københavns Kommune har i den forbindelse særligt anmodet om at få belyst et eventuelt beslutningsrum for tilbagebetalingens størrelse.

Med vejloven, der trådte i kraft den 1. juli 2015, blev der indført et nyt krav om, at kommunerne skal sørge for, at arbejder, der udføres for borgernes regning, udføres billigt muligt. Dette sikres ved, at der indhentes tre tilbud på det pågældende arbejde, medmindre udbudslovgivningen foreskriver en anden fremgangsmåde, eller andet er aftalt. Rækkevidden af denne pligt, som ikke mindst i pressen fejlagtigt er blevet blandet sammen med pligten for Københavns Kommune til at tilbagebetale opkrævede beløb for kommunens fortovsrenhold, der overstiger de faktiske udgifter, er tvivlsom og uafklaret. Navnlig kan det *ikke* – sådan som det f.eks. er blevet udlagt i pressen – uden videre konkluderes, at kommunen allerede med virkning fra den 1. juli 2015 skulle have fundet den billigst mulige markedspris, og at kommunen ikke efter dette tidspunkt kunne varetage fortovsrenholdet til en højere pris. Der verserer i øjeblikket 43 klagesager for Vejdirektoratet om bl.a. dette spørgsmål.

Københavns Kommune har anmodet om, at notatet også belyser konkurrenceudsættelsesbestemmelsen i den nye vejlovs § 137, som har betydning for, om der – foruden pligten til at tilbagebetale beløb, der overstiger de faktiske udgifter forbundet med fortovsrenholdet i 2016 og 2017 – kan være et yderligere tilbagebetalingsbehov.

Notatets punkt 2 indeholder vores vurdering og anbefalinger. Spørgsmålet om rækkevidden af Københavns Kommunes tilbagebetalingsforpligtelse, hvis det lægges til grund, at Københavns Kommune har opkrævet mere end de faktiske udgifter forbundet med fortovsrenholdet, behandles uddybende under punkt 3. Det retlige grundlag knyttet til konkurrenceudsættelsesbestemmelsen i den nye vejlovs § 137 – og de tvivlsspørgsmål det rejser – behandles under punkt 4.

2. VURDERING OG ANBEFALINGER

2.1. Beløb opkrævet udover de faktiske udgifter

Det er vores vurdering, at Københavns Kommune har pligt til at tilbagebetale de beløb, som kommunen har opkrævet udover de faktiske udgifter forbundet med renholdelsesopgaven, og som ifølge rapporten af 6. august 2018 fra Ernst & Young kan opgøres til ca. 17,5 mio. kr. for 2016-2017, at kommunen ikke skal forrente de opkrævede beløb efter renteloven eller i øvrigt, og at der ikke er et beslutningsrum i forhold til at træffe beslutning om at betale tilbage, i det omfang kommunen ikke vurderes at være juridisk forpligtet hertil.

Vi lægger i den forbindelse navnlig vægt på følgende:

Kommuner er normalt forpligtet til at betale tilbage, når modtagere og beløb kendes

- Med Ernst & Youngs rapport har Københavns Kommune fået sikker viden om, at kommunen i 2016-2017 har opkrævet mere end, hvad det faktisk har kostet at varetage renholdelsesopgaven for grundejerne.
- Det følger af retspraksis og teori, at kommunen herefter er forpligtet til at tilbagebetale de fejlagtigt opkrævede beløb. Da det efter det oplyste ikke vil være uforholdsmæssigt vanskeligt at identificere de grundejere, der har betalt for meget, skal kommunen tilbagebetale de fejlagtigt opkrævede beløb, så snart modtagerne (de enkelte grundejere) er identificeret, og størrelsen af tilbagebetalingsbeløbene kendes.

De opkrævede beløb skal ikke forrentes

- Det er vores vurdering, at der ikke er pligt for kommunen til at forrente de beløb, som kommunen fejlagtigt har opkrævet for meget hos grundejerne, hverken efter renteloven eller efter almindelige retsgrundsætninger.
- Vi tillægger det i den sammenhæng betydning, at der ikke foreligger oplysninger, der understøtter, at kommunen bevidst har opkrævet for meget, at fejlen forsøges rettet, nu hvor den er blevet opdaget, og at tilbagebetaling efter det oplyste for os vil ske hurtigt herefter.
- Spørgsmålet om pligt til forrentning er dog behæftet med en vis tvivl, dels fordi spørgsmålet beror på en konkret vurdering, der i sidste ende henhører under domstolene, dels fordi reglerne om forrentning og praksis herom ikke er entydig.

Der er ikke et beslutningsrum i forhold til at betale tilbage, medmindre kommunen vurderes at være juridisk forpligtet hertil

- Det følger af kommunalfuldmagtsreglerne, at kommunen ud fra en fortolkning af almennytteskriteriet, princippet om økonomisk forsvarlig forvaltning og særligt forbuddet mod at begunstige enkeltpersoner og praksis knyttet hertil skal tilbagebetale, i det omfang kommunen er retligt forpligtet hertil, og ikke i øvrigt.
- Der er derfor ikke et beslutningsrum i forhold til tilbagebetalingens størrelse, medmindre den retlige vurdering er, at kommunen har pligt til at betale tilbage. F.eks. kan det ikke besluttes politisk, at grundejerne ud fra rimelighedsbetragtninger eller kulancemæssige synspunkter skal tilkendes en godtgørelse, som ligger udover de beløb, der er opkrævet for meget.

Såfremt Københavns Kommune kan tilslutte sig Ernst & Youngs rapport, som vi ikke har foretaget en vurdering af, anbefaler vi, at kommunen iværksætter en proces med at finde de grundejere, der har betalt for meget, og med at tilbagebetale de fejlagtigt opkrævede beløb uden tillæg af renter.

Den retlige usikkerhed, der er forbundet med rentespørgsmålet, indebærer efter vores samlede vurdering, at der ikke er den fornødne sikkerhed for, at kommunen er forpligtet til at forrente grundejernes tilbagebetalingskrav. Vi mener derfor heller ikke, at forvaltningen

eller Teknik- og Miljøudvalget ud fra de foreliggende oplysninger retligt har mulighed for at beslutte at betale yderligere.

2.2. Konkurrenceudsættelse

Overordnet er det efter vores opfattelse usikkert, om kommunen har været forpligtet til at konkurrenceudsætte fortovsordningen. Hvis der var en sådan pligt til at konkurrenceudsætte fortovsordningen, er det efter vores opfattelse mest nærliggende, at en sådan pligt først indtrådte efter udløbet af en rimelig frist. De rejste spørgsmål er vanskelige, tvivlsomme og principielle. Vi mener derfor ikke, at der er grundlag for allerede nu at træffe beslutning om tilbagebetaling til grundejerne som følge af, at kommunen ikke konkurrenceudsatte fortovsordningen tidligere, men at spørgsmålet derimod må bero på en retlig prøvelse.

Vi lægger navnlig vægt på følgende:

Det er usikkert, om kommunen har været forpligtet til at konkurrenceudsætte

- På den ene side fremgår det således af vejlovens § 137, at reglen finder anvendelse, "når vejmyndigheden (kommunerne) træffer bestemmelse" om at udføre arbejder for borgernes regning. Samtidig fremgår det af lovens overgangsbestemmelse i § 140, at udgangspunktet om, at loven træder i kraft den 1. juli 2015, ikke gælder for verserende sager, der skal færdigbehandles efter de gældende regler.
- "Bestemmelserne", dvs. afgørelserne om at overtage fortovsrenholdet for borgernes regning, er truffet længe inden lovens ikrafttræden, og lovens overgangsbestemmelse peger desuden i retning af – hvilket også er det sædvanlige – at loven kun har virkning for afgørelser, der træffes fremadrettet. Disse forhold taler for, at Københavns Kommune ikke haft pligt til at konkurrenceudsætte renholdelsesopgaven.
- På den anden side kan det heroverfor indvendes, at det ikke kan have været tanken, at der kan ses helt bort fra konkurrenceudsættelsesbestemmelsen ved blot lade den eksisterende fortovsordning og opkrævning – i princippet i tid og evighed – fortsætte uden at konkurrenceudsætte ordningen, da der er tale om en bestemmelse, som har til formål at beskytte borgerne mod, at der opkræves for meget.

Hvis der har været pligt til at konkurrenceudsætte, hvornår indtrådte den så?

- Hvis Vejdirektoratet eller i sidste ende domstolene i de 43 klagesager uanset den fremhævede formulering i vejlovens § 137, og uanset overgangsbestemmelsen i lovens § 140, når frem til, at kommunen havde pligt til at konkurrenceudsætte fortovsordningen, er spørgsmålet, hvornår pligten indtrådte.
- Efter vores opfattelse er det mest nærliggende, at kommunerne – hvis der var en pligt til at konkurrenceudsætte alle eksisterende ordninger omfattet af vejlovens § 137 (og den tilsvarende bestemmelse i privatvejslovens § 99 a) – må indrømmes en rimelig frist til at gennemføre en konkurrenceudsættelse, således at et eventuelt tilbagebetalingskrav, der opstår som følge af manglende konkurrenceudsættelse, tidligst kan regnes fra udløbet af en sådan rimelig frist.
- Vi lægger bl.a. vægt på, at der tidligst kan have været pligt for kommunen til at påbegynde en konkurrenceudsættelsesproces (udarbejdelse af tilbudsmateriale m.v.) den 1. juli 2015. Forvaltningen kan således – svarende til klagernes synspunkt i de 43 klagesager, og sådan som retstilstanden er blevet udlagt i pressen – ikke have haft pligt at have gennemført en konkurrenceudsættelse den 1. juli 2015.

Der skal ikke træffes beslutning om yderligere tilbagebetaling som følgende af den manglende konkurrenceudsættelse allerede nu

- Spørgsmålet om, hvorvidt Københavns Kommune har tilsidesat vejlovens § 137, om kommunen i givet fald har en (yderligere) tilbagebetalingsforpligtelse over for grundejerne samt størrelsen af et eventuelt tilbagebetalingskrav – der formentlig under alle omstændigheder vil skulle reduceres med værdien af den renholdelsesydelse, grundejerne trods alt har fået – er efter vores opfattelse forbundet med så stor usikkerhed, at der ikke er det fornødne grundlag for allerede nu at træffe beslutning om tilbagebetaling i relation til disse spørgsmål.

Vi anbefaler derfor, at dette – i forhold til pligten for kommunen til at tilbagebetale beløb opkrævet udover de faktiske udgifter – *selvstændige* tilbagebetalingsspørgsmål om nødvendigt afventer en retlig prøvelse ved Vejdirektoratet og eventuelt domstolene.

3. BELØB OPKRÆVET UDOVER DE FAKTISKE UDGIFTER

Ernst & Young har i sin rapport af 6. august 2018 vurderet Københavns Kommune tilbagebetalingsbehov over for de grundejere, som er omfattet af kommunens

renholdelsesordning for fortove. Det fremgår bl.a. af rapporten, at fortovsregnskaberne udviser et underskud for hvert af årene 2011 til 2015. For disse år opstår der således ikke et spørgsmål om tilbagebetaling til grundejerne som følge af, at kommunen har opkrævet mere end de faktiske udgifter – når foreløbigt ses bort fra eventuelt opkrævede beløb for perioden 1. juli 2015 til 31. december 2015 og den mulighed, at en retlig prøvelse fører til, at kommunen havde pligt til allerede den 1. juli 2015 at have gennemført en konkurrenceudsættelse og fundet en lavere pris, jf. nedenfor under punkt 4.

Ifølge Ernst & Youngs rapport udviser fortovsregnskaberne for 2016 og 2017 imidlertid et overskud på i alt ca. 17,5 mio. kr. Ifølge rapporten og de oplysninger, vi har fået fra forvaltningen, skyldes overskuddet, at man ved en fejl ikke har taget højde for effektiviseringer implementeret i 2015-2018. Da kommunerne – som også uddybet i vores notat af 22. april 2018 – ikke må opkræve mere end de faktiske udgifter forbundet med fortovsrenholdet, opstår spørgsmålet, om kommunen har en tilbagebetalingspligt over for grundejerne og i givet fald omfanget af en sådan tilbagebetalingspligt.

3.1. Tilbagebetalingspligt

Da Københavns Kommune med Ernst & Youngs rapport nu må anses for at have fået sikker viden om, at der er opkrævet for meget for kommunens renholdelse af fortove for 2016 og 2017, og da Teknik- og Miljøforvaltningen har oplyst over for os, at det ikke vil være uforholdsmæssigt vanskeligt at identificere de enkelte grundejere, der har betalt for meget, har kommunen pligt til at tilbagebetale de opkrævede beløb, der overstiger de faktiske udgifter, af egen drift, så snart der er truffet beslutning herom, og de enkelte grundejere og beløbenes størrelse er fundet.

3.2. Renter

3.2.1. Rentelovens almindelige regler

Det fremgår af rentelovens § 1, stk. 1, at loven gælder for rente af pengekrav på "formuerettens område". Uden for formuerettens område – og dermed lovens almindelige regler – falder ifølge forarbejderne bl.a. krav af offentligretlig karakter, jf. lovforslag nr. L 38 af 13. oktober 1977, de specielle bemærkninger til § 1 og § 8. Afgørende for, om et krav har en sådan offentligretlig karakter, at det falder uden for lovens anvendelsesområde, er, hvorvidt kravet støttes på lovgivning, der i særlig grad er bestemt af offentligretlige hensyn, jf. Lars Lindenchrone Petersen: Renteloven med kommentarer, 5. udgave (2017), side 40.

I praksis er bl.a. tilbagebetalingskrav, der udspringer af uretmæssigt opkrævede tilslutningsbidrag (MAD 1999.517) ulovligt opkrævede havneafgifter (U 2005.2171 H), for høje acontobeløb for vandforbrug (FED 2004.307 V) og for høje skrotpristillæg (U 2015.823 V), blevet anset for offentligretlige med den konsekvens, at rentelovens almindelige regler ikke fandt anvendelse. Fra den forvaltningsretlige litteratur kan bl.a. henvises til Bent Christensen: Forvaltningsret – Opgaver Hjemmel Organisation, 1991, som under afsnittet "Forvaltningens opgaver" på side 31 som eksempler på sådanne opgaver bl.a. nævner tekniske ydelser, som udføres af kommunerne såsom snerydning og affaldshåndtering.

Fortovsrenhold er en kommunal opgave, som er tæt reguleret i vejloven, og som har et bredere samfundsmæssigt sigte. Ifølge forarbejderne til vejlovens § 72, stk. 1, der giver kommunerne mulighed for at overtage fortovsrenholdet for grundejernes regning, er formålet således "at sikre et ensartet og højt niveau af renholdelse", jf. herved lovforslag nr. L 20 af 8. oktober 2014, de specielle bemærkninger til § 72, stk. 1. På denne baggrund – samt på baggrund af de nævnte retskilder – må det konkluderes, at grundejernes krav har en sådan offentligretlig karakter, at rentelovens almindelige regler ikke finder anvendelse.

3.2.2. Rentelovens regler om retsforfølgning

For så vidt angår pengekrav uden for formuerettens område, herunder offentligretlige krav, følger det af rentelovens § 8, stk. 1, at rente først skal betales fra den dag, da fordringshaveren (her grundejerne) påbegyndte retsforfølgning, dvs. anlagde retssag. Efter stk. 2 finder bl.a. rentelovens § 3, stk. 5, om rente fra et tidligere eller senere tidspunkt, hvor "særlige forhold" gør sig gældende, også anvendelse på sådanne krav. Det er imidlertid antaget i retspraksis og dele af litteraturen, at denne § 3, stk. 5, om forrentning fra et tidligere tidspunkt kun er anvendelig, hvis der rent faktisk gennemføres en retssag.

U 1984.1061 H – forretning af ulovligt opkrævet stempelafgift

I forbindelse med overdragelse af en fast ejendom fra en komplementar til et kommanditistselskab krævede Skatteministeriet stempelafgift af halvdelen af ejendommens værdi. Selskabet betalte stempelafgiften og af tilsvarende ejendomsoverdragelser under protest og anlagde straks et anerkendelsessøgsmål mod ministeriet. Knap et år efter sagsanlægget tog ministeriet bekræftende til genmæle, tilbagebetalte de opkrævede stempelafgifter, men nægtede at betale renter forud for sagsanlægget under henvisning til manglende hjemmel i renteloven. Både landsret og Højesteret var enige om, at der ikke var hjemmel i renteloven til at forrente

stempelafgiftsbeløb, som selskabet ikke havde haft rådighed over i perioden, indtil ministeriet tog bekræftende til genmæle, forud for et sagsanlæg.

Rationalet bag dommen er formentlig, at hvis der ikke er indledt retsforfølgning, er der ikke det fikspunkt for, hvornår der skal betales renter fra, som kræves efter rentelovens § 8, stk. 1, og derfor kan et tilbagebetalingskrav heller ikke forrentes i medfør af rentelovens § 3, stk. 5, fra et "tidligere" tidspunkt end tidspunktet for et sagsanlæg, jf. Jørgen Nørgaard i Juristen 1985, side 194. Dommen er dog ikke helt klar, og det kan ikke anses for endeligt afklaret, om rentelovens § 3, stk. 5, er uanvendelig, medmindre der rent faktisk anlægges en retssag, jf. Lars Lindenchrone Petersen: Renteloven med kommentarer, 5. udgave (2017), side 226.

3.2.3. Almindelige retsgrundsætninger

Det forhold, at renteloven muligvis ikke indeholder hjemmel til at forrente grundejernes tilbagebetalingskrav, allerede fordi der ikke er anlagt en retssag, er ikke ensbetydende med, at det er udelukket, at grundejerne kan have krav på forrentning.

U 1984.1061 H – forretning af ulovligt opkrævet stempelafgift fortsat

I Højesterets dom nævnt ovenfor fandt landsrettens mindretal og Højesteret – trods den manglende hjemmel i renteloven – alligevel et grundlag for at forrente kommanditistselskabets krav, nemlig med henvisning til, at dette var bedst stemmende med "almindelige retsgrundsætninger". Landsrettens mindretal henviste i den forbindelse til, at ministeriet før stempelafgørelserne måtte antages at have været bekendt med alle relevante faktiske omstændigheder, der senere førte til, at ministeriet tog bekræftende til genmæle, at ministeriet som følge af sin forkerte fortolkning havde haft stempelbeløbene til rådighed i et længere tidsrum, og at selskabet under hele forløbet havde gjort gældende, at beløbene var opkrævet med urette.

På Skatteministeriets område er spørgsmålet om forrentning i dag løst, da der er tilvejebragt det fornødne retlige grundlag for forrentning af fejlagtigt opkrævede skatte og afgifter kan forrentes allerede fra indbetalingsdagen. Dette er imidlertid ikke tilfældet på dele af det kommunale område, herunder i relation til tilbagebetalingskrav, der udspringer af kommunernes administration af vejloven. De retningslinjer, der kan udledes af U 1984.1061 H, senere praksis og af litteraturen, er derfor fortsat gældende her.

Praksis er righoldig og viser, at spørgsmålet om, hvorvidt der i kraft af "særlige forhold" er grundlag for forrentning fra et tidligere tidspunkt end tidspunktet for sagsanlæg (hvis sag anlægges), eller hvorvidt der er grundlag for forrentning på grundlag af almindelige retsgrundsætninger (hvis ikke sag anlægges), beror på en konkret vurdering. Vi skal derfor kun fremhæve nogle få eksempler, der efter vores opfattelse er illustrerende, men som desværre ikke tegner et meget klart billede:

U 1995.366 H forrentning før sagsanlæg af tillæg til købesum

En borger havde i 1969 solgt en grund til en kommune bl.a. med vilkår om, at det skulle udløse et tillæg til købesummen, hvis arealet grunden lå på, overgik til byzone inden udgangen af 1989. Det skete i 1979, uden at kommunen oplyste borgeren herom. Tillægget blev først betalt i 1990, efter at borgeren selv havde rettet henvendelse til kommunen med anmodning om en status. Højesteret vurderede, at der forhold sådanne "særlige forhold", at borgerens tillægsvederlag til købesummen skulle forrentes fra det tidspunkt i 1979, hvor arealet var overgået til byzone. Højesteret lagde vægt på, at kommunen havde en loyalitetsforpligtelse over for borgeren som aftalepart, og at kommunen bevidst havde undladt at oplyse borgeren om, at arealet var overgået til byzone, og borgeren kunne ikke forventes selv at holde sig orienteret om arealets status.

U 2008.229/2 H ikke forrentning før sagsanlæg af tilslutningsbidrag

Nogle grundejere fik under en højesteretssag medhold i, at en kommune ikke havde været berettiget til opkræve tilslutningsbidrag fra dem. Højesteret fandt til gengæld ikke, at der forelå "særlige forhold", jf. rentelovens § 3, stk. 5, der kunne begrunde, at kommunen skulle forrente tilbagebetalingsbeløbene forud for, at retssagen var blevet anlagt.

U 2015.823 V ikke forrentning før sagsanlæg af skrotpristillæg

Sagen angik Energinet.dk, som havde registreret to vindmøller forkert. Fejlen, der blev opdaget i 2011, indebar, at ejeren af vindmøllerne fra 2007-2011 havde fået et for lavt skrotpristillæg. Under en retssag mod Energinet.dk krævede ejeren pristillægget forrentet. Landsretten afviste at forrente ejerens krav. Landsretten lagde vægt på, at fejlen, som fremgik af afregningerne, ejeren havde modtaget, at fejlen blev rettet, da den blev opdaget, og at Energinet.dk ikke havde opnået en berigelse ved at have haft beløbene til rådighed.

3.2.4. Sammenfatning

På nuværende tidspunkt, hvor der ikke er anlagt sag mod kommunen, er der formentlig ikke hjemmel i renteloven til at forrente tilbagebetalingskrav fra grundejerne efter renteloven, da kravene er offentligretlige, og der ikke er indledt retsforfølgning, jf. herved rentelovens § 1, stk. 1, og § 8, stk. 1, modsætningsvis, og lovens § 8, stk. 2, jf. § 3, stk. 5, om forrentning fra et tidligere tidspunkt end sagsanlæg, men spørgsmålet er ikke afklaret. En sådan hjemmel kan til gengæld findes i "almindelige retsgrundsætninger", hvis det af de retningslinjer, der kan udledes af praksis herom, følger, at kommunen – uanset manglende hjemmel i renteloven – efter disse retningslinjer er forpligtet til at forrente kravene. Her kan praksis vedrørende rentelovens § 3, stk. 5, om "særlige forhold" tjene til inspiration.

Praksis er imidlertid ikke klar, herunder navnlig med hensyn til spørgsmålet om, hvornår det er bedst stemmende med "almindelige retsgrundsætninger", at tilbagebetalingsbeløb forrentes. Spørgsmålet synes at bero på rimelighedsbetragtninger, her forstået som friere overvejelser om, hvem der er nærmest til at bære risikoen for et rentetab.

For at forrente grundejernes tilbagebetalingskrav kan i den sammenhæng tale, at de fejlagtige opkrævninger beror på kommunens fejl, og at kommunen – kan det argumenteres – har haft de opkrævede beløb i et længere tidsrum. *Imod* at forrente grundejernes tilbagebetalingskrav taler, at der ikke foreligger oplysninger, der understøtter, at kommunen bevidst har opkrævet for meget, at fejlen forsøges rettet, nu hvor den er opdaget, og at tilbagebetaling efter det oplyste for os vil ske hurtigt herefter.

Samlet set mener vi ikke, at der er det fornødne sikre grundlag for at fastslå, at Københavns Kommune har pligt til at forrente grundejernes tilbagebetalingskrav. Vi kan derfor ikke anbefale, at kommunen forrenter grundejernes tilbagebetalingskrav. Det bemærkes, at spørgsmålet som nævnt er behæftet med en vis tvivl.

3.3. Beslutningsrum for tilbagebetaling

Kommunerne er på ulovregulerede områder underlagt kommunalfuldmagtsreglerne, der består af en række grundsætninger og principper. Ét af disse principper er forbuddet mod at begunstige enkeltpersoner. Baggrunden for princippet er, at kommuner opfattes som et tvungent fællesskab for borgere, hvis formål er at varetage fællesskabets interesser. Der er ingen fælles eller kommunal interesse i at yde støtte til enkeltpersoner, hvor dette ikke er

særligt tilladt eller påbudt ved lov. Princippet har berøringsflader med to andre almindelige principper inden for kommunalfuldmagtslæren, nemlig almennytteskriteriet (kommunerne kan som udgangspunkt kun gennemføre foranstaltninger, som har sammenhæng med det kommunale fællesskabs behov) og princippet om økonomisk forsvarlig forvaltning.

Særligt er det – som et udslag af forbuddet mod at begunstige enkeltpersoner – fast antaget, at en kommune ikke er berettiget til at udbetale erstatninger og lignende, som den ikke juridisk er forpligtet til. Forbuddet hindrer ikke, at en kommune udbetaler erstatning til en borger, selv om dette ikke er fastslået ved endelig dom, hvis kommunen på anden relevant måde er nået frem til, at der er grundlag herfor (f.eks. i kraft af en udtalelse fra en advokat om, at det er sandsynligt, at kommune vil blive pålagt at betale erstatning i forbindelse med en retssag). Udbetaling i sådanne tilfælde kræver imidlertid et relativt sikkert grundlag.

Fra praksis kan bl.a. fremhæves følgende eksempler:

Indenrigsministeriets skrivelse af 19. februar 1999, sag 1997/1220-395-1

Indenrigsministeriet udtalte i en sag om en kommunes betaling for flytning af en ulovligt opført gyllebeholder, at kommunerne lovligt kan betale beløb til en enkeltperson, når dette er begrundet i hensynet til at begrænse kommunens udgifter til erstatning, herunder i forbindelse med en retssag. Kommunerne indrømmes et vist spillerum til at vurdere risikoen for at blive pålagt erstatningsansvar. Sagen er omtalt i Karsten Revsbech: Kommunernes opgaver – Kommunalfuldmagten mv., 3. udgave (2015), side 89.

Statsforvaltningen Hovedstadens brev af 21. februar 2008, sag 2008-613/335

En kvinde tabte en injuriersag anlagt mod Hørsholm Kommune, fordi kommunen havde anmeldt hende for omsorgssvigt af sine børn – en anmeldelse, som senere viste sig at være uberettiget. Kvinden tabte sagen i by- og landsret med den begrundelse, at et eventuelt strafansvar var forældet. Kvinden havde bl.a. afholdt 200.000 kr. i advokatudgifter til sagen. Hørsholm kommune, som følte et vist medansvar for sagens opståen, ønskede at kompensere kvinden med en godtgørelse på 100.000 kr. Statsforvaltningen udtalte, at udbetaling af en sådan kulancemæssig økonomisk godtgørelse ville være i strid med forbuddet mod at begunstige enkeltpersoner.

Indenrigs- og Sundhedsministeriets brev af 11. august 2011, sag 1007705

Indenrigs- og Sundhedsministeriet udtalte, at en kommune som følge af forbuddet mod at begunstige enkeltpersoner ikke lovligt kan tegne ulykkesforsikringer for børn og unge i dagtilbud og folkeskoler. Baggrunden er, at der ikke er nogen fælles kommunal interesse i at yde økonomisk støtte til enkeltpersoner alene med det formål at spare dem for udgifter. Ministeriet udtalte bl.a. følgende om rækkevidden af forbuddet mod at foretage udbetalinger til enkeltpersoner: "Ved udøvelsen af skønnet over, hvornår der med henblik på at begrænse kommunens udgifter til erstatning bør ydes et beløb til en enkeltperson, må der indrømmes kommunen et vist spillerum, der blandt andet omfatter vurderingen af, hvorvidt kommunen ved en retssag ville blive dømt erstatningsansvarlig. Det må imidlertid på grundlag af de foreliggende oplysninger i en given sag, for eksempel med støtte i en udtalelse fra en advokat herom, med den fornødne sikkerhed kunne lægges til grund, at kommunen, uden at der er blevet afsagt dom derom, er forpligtet til at udbetale erstatning."

Social- og Indenrigsministeriets brev af 29. april 2016, sag 2015-612

Med en lignende begrundelse som i Indenrigs- og Sundhedsministeriets brev af 11. august 2011 udtalte Social- og Indenrigsministeriet, at ministeriet efter en samlet vurdering mente, at forbuddet mod at begunstige enkeltpersoner var til hinder for, at tre kommuner kunne tegne kollektive ulykkes- og ansvarsforsikringer for frivillige. I udtalelsen gentages også citatet fra 2011-udtalelsen.

Fra den forvaltningsretlige litteratur kan bl.a. henvises til Hans Gammeltoft-Hansen m.fl.: Forvaltningsret, 2. udgave (2002), side 687, Dario Silic: Kommunalret i praksis – udvalgte emner, 2012, side 132, Karsten Revsbech: Kommunernes opgaver – Kommunalfuldmagten m.v., 3. udgave (2015), side 84-90, og Hanna Ege og Hans B. Thomsen (Niels Fenger red.): Forvaltningsret, 2018, side 753-754. Se endelig økonomi- og indenrigsministerens svar på Retsudvalgets spørgsmål 617 af 28. februar 2013, REU 2012-13 alm. del, hvor denne retsopfattelse også er lagt til grund.

Det ligger således fast, at Københavns Kommune ikke er berettiget til at udbetale beløb til grundejerne, som kommunen ikke vurderes at være retligt forpligtet til at betale. Der er med andre ord ikke et beslutningsrum i forhold til ud fra rimelighedsbetragtninger eller kulancemæssige synspunkter at udbetale en økonomisk godtgørelse til grundejerne.

Det beslutningsrum, der er i forhold til at træffe beslutning om tilbagebetalingens størrelse, knytter sig således til den retlige vurdering. Vurderes det f.eks. administrativt eller politisk på et sagligt grundlag, at der – uanset vores vurdering – er det fornødne sikre retlige grundlag for at forrente grundejernes tilbagebetalingskrav eller at tilbagebetale yderligere beløb som følge af, at kommunen ikke konkurrenceudsatte fortovsordningen på et tidligere tidspunkt, jf. nedenfor, vil kommunen kunne træffe beslutning herom. I denne vurdering af, om kommunen *retligt* er forpligtet til at betale tilbage, har kommunen en vis skønsmargen.

4. KONKURRENCEUDSÆTTELSE

Spørgsmålet om rækkevidden af § 137 i den nye vejlov, herunder hvorvidt Københavns Kommune har haft pligt til at konkurrenceudsætte fortovsordningen, og hvornår en sådan forpligtelse i givet fald indtrådte, er omdrejningspunktet for 43 klagesager, der i øjeblikket verserer for Vejdirektoratet. Københavns Kommune har i sagerne afvist at tilbagebetale beløb opkrævet som følge af, at en konkurrenceudsættelse ikke var gennemført (og en lavere pris implementeret) pr. 1. juli 2015. Det retlige grundlag sagerne angår, og de tvivlsomme, uafklarede og principielle spørgsmål, sagen giver anledning til, er følgende:

4.1. Usikkert om pligt til at konkurrenceudsætte

Når kommunerne træffer bestemmelse om at udføre arbejde for borgernes regning, herunder om fortovsrenhold, skal de i medfør af vejlovens § 137, der trådte i kraft den 1. juli 2015, sikre, at arbejdet udføres billigst muligt. Det sker ved, at der gennemføres en konkurrenceudsættelse. Vejlovens § 137, stk. 1 og 2, om pligt til at konkurrenceudsætte lyder:

”§ 137

Når vejmyndigheden træffer bestemmelse om, at den sørger for at udføre arbejder for borgernes regning skal den sikre, at arbejdet udføres billigst muligt. Dette skal ske ved at indhente tre tilbud på det påbudte arbejde, medmindre udbudslovgivningen foreskriver en anden fremgangsmåde eller andet er aftalt.

Stk. 2. Stk. 1 finder anvendelse på de påbudte arbejder, der er omtalt i § 49, stk. 7, § 72, stk. 1, § 76, stk. 3, og § 88, stk. 4.”

Som det fremgår af citatet, er spørgsmålet om, hvilken betydning vejlovens § 137 har for allerede truffne afgørelser, herunder om grundejerpåbud om renhold af fortove, hvor kommunen har overtaget renholdelsesforpligtelsen mod betaling, ikke nærmere reguleret i

bestemmelsen. Forarbejderne til bestemmelsen indeholder heller ikke fortolkningsbidrag. Svaret herpå må derfor bero på en almindelig fortolkning.

På den ene side kan der til støtte for, at bestemmelsen ikke udløser en pligt til konkurrenceudsættelse i forhold til allerede truffne afgørelser – og under alle omstændigheder ikke med virkning fra før den nye vejlov trådte i kraft den 1. juli 2015 – peges på ordlyden af § 137, der foreskriver en pligt til konkurrenceudsættelse "Når vejmyndigheden træffer bestemmelse". Dette kan forstås som en pligt, der kun omfatter nye "bestemmelser" om at udføre fortovsrenhold m.v. for grundejernes regning.

I samme retning taler lovens overgangsbestemmelser i § 140, stk. 2 og 3:

"§ 140

...

Stk. 2.

Regler, der er fastsat i henhold til hidtil gældende regler, forbliver i kraft, indtil de ophæves eller afløses af regler fastsat med hjemmel i denne lov.

Stk. 3.

Sager, der ved lovens ikrafttræden verserer for en kommune, eller som er indbragt for Vejdirektoratet, transportministeren eller taksationsmyndighederne, færdigbehandles efter de hidtil gældende regler."

"Bestemmelserne", dvs. afgørelserne om at overtage fortovsrenholdet for borgernes regning, er truffet længe inden lovens ikrafttræden, og lovens overgangsbestemmelse peger i retning af – hvilket også er det sædvanlige – at loven kun har virkning for afgørelser, der træffes fremadrettet. Disse forhold taler imod, at Københavns Kommune har haft pligt til at konkurrenceudsætte fortovsordningen.

På den anden side kan det heroverfor indvendes, at det ikke kan have været tanken, at der kan ses helt bort fra konkurrenceudsættelsesbestemmelsen ved blot lade den eksisterende fortovsordning og opkrævning – i princippet i tid og evighed – fortsætte uden at konkurrenceudsætte ordningen, da der er tale om en bestemmelse, som har til formål at beskytte borgerne mod, at der opkræves for meget.

4.2. Hvis der var pligt til at konkurrenceudsætte, hvornår indtrådte den så?

Hvis Vejdirektoratet eller i sidste ende domstolene i de 43 klagesager uanset den fremhævede formulering i vejlovens § 137, og uanset overgangsbestemmelsen i lovens § 140, når frem til, at kommunen havde pligt til at konkurrenceudsætte fortovsrenholdelsesopgaven, er spørgsmålet, hvornår pligten indtrådte. Skulle konkurrenceudsættelsen have været gennemført den 1. juli 2015, da den nye vejlov trådte i kraft, skulle den være påbegyndt 1. juli 2015, eller skulle den være gennemført inden udløbet af en rimelig frist?

Da vejloven først trådte i kraft den 1. juli 2015, er den 1. juli 2015 det tidligste tidspunkt, hvor der kan have været pligt for kommunen til at påbegynde en konkurrenceudsættelsesproces. Der kan med andre ord efter vores opfattelse ikke have været pligt til at forberede og gennemføre en konkurrenceudsættelse forud for den 1. juli 2015 i medfør af § 137, fordi bestemmelsen var ikke gældende før dette tidspunkt.

Eksempel 1: Vejlovens § 137 trådte i kraft den 1. juli 2015. På dagen for lovens ikrafttræden iværksætter en kommune arbejdet med at udarbejde tilbudsmateriale, indhente tilbud, efterprøve tilbud osv. Konkurrenceudsættelsen er tilendebragt 6 måneder senere.

Eksempel 2: Samme situation som i eksempel 1, men denne gang vurderes det, at ingen af de indkomne bud er realistiske. Et egentligt udbud gennemføres nu efter udbudsloven, og på baggrund af de nu (for tilbudsgiverne forpligtende) indkomne bud vælges en leverandør. Udbuddet er gennemført, 1 år efter at kommunen første gang iværksatte processen med at indhente kontrolbud.

Eksempel 3: Samme situation som i eksempel 2, men denne gang påklages udbuddet til Klagenævnet for Udbud, der undtagelsesvis tillægger klagen opsættende virkning. Klagen afvises efter en klagesagsbehandling på 6 måneder. Den samlede periode fra iværksættelsen af den oprindelige konkurrenceudsættelse, indtil Klagenævnet har afsagt kendelse, er 1 ½ år.

Følges klagerens tankegang i de 43 klagesager – svarende til retstilstanden, som den er blevet udlagt i pressen – er konsekvensen, at kommunen i alle tre eksempler skal tilbagebetale beløb opkrævet efter den 1. juli 2015, uanset at kommunen har overholdt alle tænkelige forpligtelser i forhold til at konkurrenceudsætte og umuligt kunne kende markedsprisen, før en konkurrenceudsættelse var gennemført. Det kan efter vores opfattelse ikke have været tanken med bestemmelsen. Først fra den 1. juli 2015 var der hjemmel og dermed eventuelt pligt til i medfør af vejlovens § 137 at foretage en

konkurrenceudsættelse, herunder at udarbejde tilbudsmateriale, indhente tilbud, efterprøve tilbud osv. En konkurrenceudsættelse i medfør af denne bestemmelse kunne således ikke have været gennemført pr. 1. juli 2015. Et krav om tilbagebetaling kan af samme grund ikke regnes fra denne dato.

Spørgsmålet er herefter, om der i medfør af vejlovens § 137 var pligt for Københavns Kommune til at påbegynde en konkurrenceudsættelsesproces af fortovsordningen den 1. juli 2015. Også dette spørgsmål er tvivlsomt, men efter vores opfattelse er det ikke nærliggende, at der allerede den 1. juli 2015 var pligt for kommunen til at påbegynde en konkurrenceudsættelsesproces.

For det første fordi hverken den nye vejlovs § 137 eller forarbejderne til bestemmelsen indeholder fortolkningsmæssige holdepunkter for, at alle landets kommuner den 1. juli 2015 skulle "slippe, hvad de havde i hænderne" og påbegynde en konkurrenceudsættelsesproces. Tværtimod fremgår det som nævnt af overgangsbestemmelsen i lovens § 140, at § 137 ikke gælder for igangværende sager, men kun fremadrettet. Der foreligger heller ikke udtalelser fra ressortmyndighederne, herunder Vejdirektoratet, der peger i den retning. Overgangsordninger er i øvrigt sædvanlige i tilfælde, hvor der som her gribes ind i eksisterende og løbende retsforhold.

Eksempel 4: Chefen for Intern Revision er udpeget som databeskyttelsesrådgiver for Københavns Kommune, og der er en række artikler i databeskyttelsesforordningen, hvor Justitsministeriet i betænkning 1565/2017 ud fra en almindelig fortolkning er nået frem til, at bestemmelserne f.eks. ikke finder anvendelse i forhold til eksisterende systemer, men at de tværtimod først gælder, hvis der indføres nye systemer eller foretages væsentlige ændringer heri. Dette er f.eks. tilfældet i forhold til artikel 35 om konsekvensanalyse. Kommunens databeskyttelsesrådgiver har efter det for os oplyste været enig i, at denne fortolkning er gjort til kommunens egen fortolkning.

For det andet må det i forhold til fortolkningen spille ind, at en pligt for kommunerne til at påbegynde en konkurrenceudsættelsesproces den 1. juli 2015 ikke kun ville have betydning på fortovsområdet. § 137 omfatter nemlig ikke kun bestemmelser om fortovsrenhold, men tillige bestemmelser truffet efter lovens § 49, stk. 7 (om nye eller udvidede adgange til offentlig vej), § 72, stk. 1 (snerydning og glatførebeholdelse foruden fortovsrenhold), § 76, stk. 3 (om lovliggørelse af gravearbejder), og § 88, stk. 4 (om arbejder nødvendiggjort af tankanlæg), og at en tilsvarende bestemmelse om konkurrenceudsættelse findes i

privatvejslovens § 99 a. En fortolkning, der indebærer en omgående pligt for kommunerne til at konkurrenceudsætte alle eksisterende ordninger, vil således have store konsekvenser.

For det tredje er en eventuel pligt for kommunerne til at påbegynde en konkurrenceudsættelsesproces den 1. juli 2015 vanskelig at omformulere til en konkret retlig forpligtelse – navnlig til en retlig forpligtelse, der skal kunne danne grundlag for et tilbagebetalingskrav. Det skyldes, at spørgsmålet om, hvor lang tid det tager at gennemføre en konkurrenceudsættelse (udarbejde tilbudsmateriale, indhente tilbud, efterprøve dem osv.), varierer fra sag til sag. Hvis der skal gives grundejere medhold i et tilbagebetalingskrav, kræver det, at der kan fastsættes et tidspunkt for, hvornår kravet skal beregnes fra (f.eks. at kommunen skulle have gennemført en konkurrenceudsættelsesproces den 1. januar 2018), der kan benyttes som grundlag for tilbagebetaling, og et sådant kan ikke umiddelbart fastsættes, men må bero på friere overvejelser om, hvor hurtigt kommunen burde have reageret.

Samlet set er det efter vores opfattelse mest nærliggende at forstå vejlovens § 137 på den måde, at pligten til at konkurrenceudsætte – hvis der var en pligt – først indtrådte efter udløbet af en rimelig frist.

4.3. Anbefaling

Spørgsmålet om, hvorvidt Københavns Kommune har tilsidesat vejlovens § 137, om kommunen i givet fald har en (yderligere) tilbagebetalingsforpligtelse over for grundejerne samt størrelsen af et eventuelt tilbagebetalingskrav – der under alle omstændigheder vil skulle reduceres med værdien af den renholdelsesydelse, grundejerne trods alt har fået – er efter vores opfattelse forbundet med så stor usikkerhed, at der ikke er det fornødne grundlag for allerede nu at træffe beslutning om tilbagebetaling i relation til disse spørgsmål.

Vi anbefaler derfor, at dette – i forhold til pligten for kommunen til at tilbagebetale beløb opkrævet udover de faktiske udgifter – *selvstændige* tilbagebetalingsspørgsmål afventer en retlig prøvelse ved Vejdirektoratet og eventuelt ved domstolene. I den sammenhæng bemærkes, at det er usikkert, om Vejdirektoratet vil anse sig for helt eller delvist kompetent til at behandle de 43 verserende klagesager. Det skyldes, at Vejdirektoratet efter vejlovens § 132 som rekursmyndighed kun kan tage stilling afgørelser efter vejlovgivningen. Krav om tilbagebetaling knyttet til manglende konkurrenceudsættelse efter vejlovens § 137 er imidlertid ikke afgørelser efter vejlovgivningen. Som ressortmyndighed kan Vejdirektoratet vælge at udtale sig vejledende om rækkevidden af den nye § 137, men

en sådan udtalelse, som ikke er bindende for kommunen, vil ikke nødvendigvis give den fornødne vejledning vedrørende omfanget af en eventuel tilbagebetalingspligt for kommunen. En retssag anlagt af grundejere mod Københavns Kommune med påstand om tilbagebetaling som følge af, at kommunen ikke konkurrenceudsatte fortovsordningen tidligere – og dermed på et tidligere tidspunkt fandt en lavere pris – er derfor en mulighed.

København, den 2. august 2018

Anders Valentiner-Branth

Lau Franzmann Berthelsen