



Til Kultur- og Fritidsudvalget

4. september 2008

Privates varetagelse af kommunale kultur- og idrætsarrangementer – muligheder og begrænsninger

Sagsnr.
2008-64895

Dokumentnr.
2008-273641

Baggrund og konklusion

Sagsbehandler
Klaus Vollstedt

Dette notat indeholder nogle overordnede juridiske betragtninger i forhold til, at kommunen overlader opgaver i forbindelse med kultur- og idrætsarrangementer til privatretlige konstruktioner henholdsvis yder tilskud til privatretlige konstruktioner, der varetager sådanne opgaver. Fokus lægges på den økonomiske risiko og ansvaret for kommunen.

Fælles for de vurderede opgaver/arrangementer er, at der er tale om opgaver inden for kommunalfuldmagtens rammer, d.v.s. opgaver som kommunen ikke har pligt til at yde støtte til, men lovligt frivilligt må støtte.

Som væsentlig konklusion skal fremhæves, at den begrænsede hæftelse i flere privatretlige selskabskonstruktioner er med til at mindske (og ikke øge) kommunens risiko sammenlignet med, at opgaven var udført i kommunalt regi. Risikoen for at kommunen selv skal dække et eventuelt underskud kan således imødegås ved at udskille opgaven i et

Sekretariatet

Rådhuset
1599 København V

Telefon
33 66 23 42

Telefax
3366 7035

Direkte telefon
3366 2342

E-mail
klvoll@kff.kk.dk

EAN nummer
5798009780515

www.kk.dk

selskab med begrænset ansvar forudsat at kommunen i den forbindelse ikke påtager sig garantiforpligtelser o.lign. i forhold til selskabet.

Det kan således - alt andet lige - være en fordel, at forankre et større kulturelt/idrætsligt arrangement i en privatretlig konstruktion med begrænset hæftelse. Dels er det generelt vurderingen at dette gør det nemmere at allokere indtægter via private samarbejdspartnere, dels begrænser dette den økonomiske risiko for kommunen til et evt. tilskud/den indskudte kapital. Kommunen må i den forbindelse sikre sig ved en aftale, der fastlægger hvad kommunen får for de kommunale midler og som giver sikkerhed for, at kommunale tilskudsmidler alene anvendes til lovlige kommunale formål.

I det følgende belyses indledningsvis 2 væsentlige spørgsmål:

Spørgsmål 1: Er der principielle begrænsninger i forhold til, at kommunen overlader opgaveudførelsen inden for kommunalfuldmagtens område til private?

Når der skal tages stilling til, i hvilket omfang kommunerne må overlade kommunale opgaver til private, må der foretages følgende sondringer:

- ***Myndighedsopgaver*** kan ikke overlades til private uden lovhjemmel.
- ***Faktisk forvaltningsvirksomhed*** kan overlades til private, medmindre andet konkret er fastsat i lovgivningen. Eksempler på faktisk forvaltningsvirksomhed er ydelser, der stilles til rådighed for borgerne, f.eks. undervisning, patientbehandling, rengøring, kantinedrift, anlæg og vedligeholdelse af idrætsanlæg o.s.v.
- ***Intern forvaltningsvirksomhed*** (f.eks. rengøring af kontorbygninger, interne kurser o.s.v.) kan som udgangspunkt frit overlades til private.
- Aktiviteter, som udføres efter ***kommunalfuldmagtsreglerne*** - hvilket er genstand for dette notat - kan frit overlades til private, jf. dog efterstående betingelser.

Spørgsmålet må dermed besvares således, at i det omfang en kommune lovligt selv kan varetage en opgave inden for kommunalfuldmagtens rammer, vil kommunen også lovligt kunne give tilskud til at private varetager opgaven.

Der er dog knyttet en række betingelser for at kommunalfuldmagtsopgaver lovligt kan overlades til private:

1. Den private virksomhed må ikke ved løsningen af de kommunale opgaver opnå økonomisk vinding (ud over et rimeligt afkast af de foretagne investeringer)
2. Den private skal stille ydelserne til rådighed for borgerne på samme vilkår som hvis kommunen havde leveret ydelsen
3. Kommunen skal føre tilsyn med, at den private udfører opgaven korrekt og at kommunale tilskud til opgavens udførelse også rent faktisk bliver anvendt til formålet.

Det er i den sammenhæng en betingelse, at tilskuddet kun anvendes til formål, som kommunen lovligt selv kan varetage. Kommunen kan ikke – ved at indskyde et ekstra led mellem kommunen og en bestemt aktivitet – udvide kommunalfuldmagtens grænser. Hvis den private, der modtager tilskuddet, ikke udelukkende varetager aktiviteter som kommunen selv kan varetage, skal kommunen øremærke støtten til de aktiviteter, som kommunen lovligt selv kan udøve. Er der herved tale om et selskab, som tilstræber økonomisk overskud, bør støtten normalt gives i form af en underskudsgaranti, således at kommunens støtte ikke medgår til at skabe eller øge et overskud hos den private.

Der indgås typisk en samarbejdsaftale o. lign. mellem kommunen og den private samarbejdspart. Aftalen konkretiserer bl.a. de ydelser, som kommunen forventer at få for det kommunale tilskud.

Herudover gøres kommunens støtte typisk betinget af kommunens gennemgang af regnskabsbilag eller af en revisorerklæring om midlernes anvendelse, for på denne måde at sikre, at kommunens økonomiske støtte (tilskud el.lign.) også faktisk udelukkende bliver anvendt til den støtteberettigede aktivitet.

Spørgsmål 2: Må kommunen – ud over blot at give et (øremærket) tilskud til konkrete kulturelle/idrætslige aktiviteter - deltage i privatretlige selskaber, med henblik på at varetage opgaver inden for kommunalfuldmagtens område?

Generelt

Det er inden for den kommunalretlige litteratur almindeligt antaget, at kommunalfuldmagten indeholder hjemmel til, at kommuner – under visse betingelser – kan organisere den kommunale opgavevaretagelse i privatretlige selskaber – alene eller sammen med private virksomheder eller andre offentlige myndigheder, herunder kommuner. Det er

endvidere antaget, at kommunalfuldmagten ikke begrænser typen af selskaber, som kommuner kan deltage i. De pågældende selskaber kan f.eks. være aktieselskaber, anpartsselskaber, andelsselskaber, interessentskaber, foreninger og selvejende institutioner, herunder fonde (fællesbetegnelse: privatretlige selskabskonstruktioner).

Hvornår deltager kommunen i en privatretlig selskabskonstruktion?

Der må sondres mellem en **finansiell** deltagelse og en **ledelsesmæssig** deltagelse.

Den **finansielle deltagelse** indebærer, at kommunen foretager egentlige indskud (kontanter eller andre værdier (apportindskud)) i den privatretlige selskabskonstruktion.

Den **ledelsesmæssige deltagelse** sker typisk ved, at kommunalbestyrelsen udpeger repræsentanter til selskabets ledelse (typisk: bestyrelse).

Kommunalretten indeholder en række begrænsninger i forhold til kommunernes deltagelse i selskaber, herunder at kommunen ikke selv kan bevare rådigheden over opgavevaretagelsen. Dette betyder f.eks., at et evt. indskud som udgangspunkt ikke kan oversigte mere end 49% af selskabets aktie- eller anpartskapital, ligesom der er situationer, hvor en kommune ikke må udpege et flertal af bestyrelsesmedlemmerne. Det ligger uden for rammerne af dette notat at gennemgå disse til dels meget komplekse regler.

Hvorfor overlader kommunerne kulturelle/idrætslige opgaver til privatretlige konstruktioner?

Begrundelserne for at kommunerne overlader udførelsen af f.eks. store kulturelle eller idrætslige arrangementer til privatretlige konstruktioner er typisk:

1. Opgavevaretagelsen kan blive undergivet mere forretningsprægede hensyn, herunder lægges der typisk vægt på effektivitet, kortere beslutningsveje og større handlefrihed for ledelsen.
2. Selskabsformen er en kendt juridisk figur, der tiltrækker private samarbejdspartnere mv.
3. Afhængig af den valgte selskabskonstruktion kan hensynet til hæftelsesbegrænsning spille ind.

Forskellige privatretlige konstruktioner

I det omfang kommunen agter at deltage i en selskabskonstruktion, er det nødvendigt at beskæftige sig med de principielle forskelle mellem de enkelte selskabskonstruktioner. I det følgende er forskellige selskabskonstruktioner derfor kort beskrevet. I denne forbindelse er det vigtigt at være opmærksom på, at risikoen (for kommunen) er forskellig og afhængig af den valgte konstruktion.

Traditionelt opdeles privatretlige konstruktioner (selskaber) i:

- Kapitalselskaber (f.eks. aktieselskaber/anpartsselskaber)
- Personselskaber (f.eks. interessentskaber)
- Øvrige selskabsformer (f.eks. fonde – selvejende institutioner - og foreninger)

I det følgende gennemgås kort de typiske karaktertræk ved de 3 kategorier.

Kapitalselskaber

Kapitalselskaberne er karakteriseret ved,

- at der via lovgivningen stilles krav om, at selskabsdeltagerne ved stiftelsen indskyder en vis kapital i selskabet, som mindst svarer til lovens mindstekrav, og ved
- at selskabsdeltagerne ikke hæfter for selskabets gæld.

Kapitalselskaberne reguleres primært ved aktieselskabsloven og anpartsselskabsloven. Traditionelt anvendes aktieselskabsformen for større virksomheder, mens anpartsselskabsformen typisk anvendes ved mindre virksomheder.

Selskabsformen giver mulighed for at fremskaffe kapital fra en kreds af investorer (aktionærer/anpartshavere) til at oprette og drive erhvervsmæssig virksomhed, uden at aktionærerne/anpartshaverne behøver at hæfte personligt, at være beskæftiget i eller på anden måde at deltage i virksomheden. Ledelsen af virksomheden kan overlades til professionelle virksomhedsledere.

I aktieselskaber/anpartsselskaber hæfter ingen af deltagerne (aktionærerne/anpartshaverne) personligt for selskabets forpligtelser, idet hæftelsen er begrænset til den af deltagerne indskudte kapital samt selskabets øvrige formue. Det er således kun selskabet som sådant, der hæfter for selskabets gæld med sin formue.

Selskabets øverste organ er generalforsamlingen (dog kan anpartsselskaber undlade at have et egentligt generalforsamlingsorgan). Ledelsen af selskabets anliggender varetages i øvrigt af selskabets bestyrelse og direktion.

Personsselskaber

Et personsselskab er karakteriseret ved, at mindst én selskabsdeltager hæfter personligt, d.v.s. med hele sin formue, for gæld, der påhviler selskabet, jf. lov om erhvervsdrivende virksomheder. Videre har personsselskaber ikke en autonomi, der svarer til kapitalsselskaber: personsselskabet kan som hovedregel ikke bestå uafhængigt af sine selskabsdeltagere. I Danmark er personsselskaberne i vidt omfang ikke lovregulerede.

I det omfang en kommune indgår i et personsselskab, sker dette typisk i form af et interessentskab. Interessentskabers virksomhed er i begrænset omfang bl.a. reguleret i lov om erhvervsdrivende virksomheder, men er ellers reguleret på ulovbestemt grundlag af selskabsretlige principper og domspraksis.

Ved interessentskab forstås et erhvervsmæssigt samvirke mellem flere – personer eller selskaber – hvor deltagerne hæfter ubegrænset og solidarisk for de forpligtelser, der udspringer af samvirket.

Et interessentskab har typisk ikke til formål at skaffe deltagerne afkast af investeret kapital. Et interessentskab er et erhvervsmæssigt arbejdsfællesskab, et produktions- eller afsætningsfællesskab eller et indkøbsfællesskab. Fælleskommunale interessentskaber har ofte et fælles afsætnings- eller indkøbsformål, f.eks. i form af naturgasforsyning, varmetransmission, bortskaffelse af affald mv.

Idet interessentskabsformen ikke er reguleret ved lov, gælder en vidtgående aftalefrihed. Den væsentligste retskilde er således den aftale, som selskabets ejere har indgået ved selskabets stiftelse (interessentskabskontrakten). Da der ikke som ved f.eks. aktieselskaber gælder en udfyldende selskabslovgivning, er en præcis interessentskabskontrakt af afgørende betydning. Interessentskabskontrakten er selskabets retsgrundlag.

Øvrige selskabsformer

De selskabsformer, der ikke omfattes af kategorierne kapitalsselskaber og personsselskaber er f.eks. foreninger og fonde (selvejende institutioner). I det følgende gennemgås selvejende

institutioner og foreninger kort.

Selvejende institutioner

Ved beskrivelsen af retstilstanden for selvejende institutioner er der i det følgende taget udgangspunkt i fongsretten. Begrundelsen herfor er, at en fond er en selvejende institution. Selv om fonde er lovregulerede (lov om almindelige fonde og visse foreninger og lov om erhvervsdrivende fonde) kan de efterfølgende regler betragtes som almindelige grundsætninger, der gælder for selvejende institutioner i almindelighed. Det er næppe muligt at drage nogen retligt relevant sondring mellem begreberne fonde og selvejende institutioner.

Juridisk set er selvejende institutioner i formueretlig og procesretlig henseende selvstændige retssubjekter, organiseret med forbillede i selskabsretten. Selvejende institutioner er oprettet på privatretligt grundlag, d.v.s. i henhold til de for selvejende institutioner gældende skrevne og uskrevne regler.

Det karakteristiske for selvejende institutioner er, at de ikke drives ud fra profitmæssige hensyn; et eventuelt overskud fordeles til visse forud fastsatte formål. En følge af, at institutionen er selvejende er, at en eventuel formue ved institutionens nedlæggelse ikke udloddes til private.

Karakteristisk for en selvejende institution er, at det alene er institutionen selv, der har ejendomsretten i forhold til institutionens aktiver. Ingen fysisk eller juridisk tredjemand (ud over den selvejende institution selv) har eller kan få ejerbeføjelser i en selvejende institution. Institutionens formue falder ikke i arv, og såfremt en selvejende institution opløses, sker der ikke udbetaling til en ejerkreds eller stifterens arvtagere mv. Nettoformuen kan ved en opløsning alene udbetales til de formål, som vedtægterne angiver. En kommune kan således ikke være (med)ejers af en selvejende institution (i modsætning til interessentskaberne og aktieselskaberne).

En selvejende institution er ledet af en bestyrelse, der er sammensat efter reglerne i institutionernes vedtægter. I visse selvejende institutioner er der også et repræsentantskab eller en generalforsamling. Bestyrelsen varetager den overordnede ledelse af institutionen og ansætter typisk en leder til at varetage den daglige ledelse. Det er institutionen selv, der gennem sine vedtægter, fastlægger reglerne for valg af bestyrelsen.

Foreninger

En forening stiftes ved en aftale, for hvilken der ikke gælder særlige formkrav. I praksis vil foreningens stiftere normalt indkalde til et såkaldt stiftelsesmøde, hvor beslutningen om stiftelsen skal træffes. Med indkaldelsen vil ofte følge et udkast til vedtægter.

Foreningernes øverste organer er typisk generalforsamlingen, bestyrelsen eller et forretningsudvalg. En forening kan også ansætte en direktion. Bestyrelse (og direktion) kan forpligte foreningen i forhold til tredjemand, dels i kraft af en eventuel tegningsret (der oftest vil fremgå af vedtægterne), dels i kraft af almindelige regler om stillingsfuldmagt.

Konklusion

Når der i forhold til et konkret arrangement skal tages stilling til kommunens ansvar og økonomiske risiko, er det nødvendigt at betragte den konkrete konstruktion, d.v.s. den valgte selskabsform, kommunens engagement i selskabet og den indgåede samarbejdsaftale mellem kommunen og selskabet.

Risikoen er eksempelvis større, hvis kommunen er en del af et personselskab (interessentskab), mens kommunen ikke hæfter for kapitalselskaber (aktieselskab/anpartsselskab) og selvejende institutioner/foreninger, ud over den indskudte kapital.

Under henvisning til bl.a. gennemgangen af de forskellige selskabskonstruktioner må som vigtig konklusion fremhæves, at **den begrænsede hæftelse i flere privatretlige selskabskonstruktioner er med til at mindske (og ikke øge) kommunens økonomiske risiko sammenlignet med, at opgaven var udført i kommunalt regi.** Hvis man forestiller sig, at kommunen selv varetager en opgave, der ikke lever op til de budgetmæssige forudsætninger, vil kommunen – i tilfælde af en massiv budgetoverskridelse – typisk ikke have anden mulighed end at dække det opståede underskud. Denne økonomiske risiko kan kommunen imødegå ved at udskille opgaven i et selskab med begrænset ansvar forudsat at kommunen i den forbindelse ikke påtager sig garantiforpligtelse o.lign. i forhold til selskabet.

Under hensyn til den vidtgående aftalefrihed, der eksisterer i Danmark, er det imidlertid også nødvendigt at foretage en konkret vurdering af den indgåede aftale mellem kommunen og den privatretlige konstruktion.

Sammenfattende kan – groft forenklet - anføres at det alt andet lige kan være en fordel, at forankre et større kulturelt/idrætsligt arrangement i en privatretlig konstruktion med begrænset hæftelse. Dels er det

generelt vurderingen at dette gør det nemmere at allokere indtægter via private samarbejdspartnere, dels begrænser dette risikoen for kommunen til et evt. tilskud/den indskudte kapital. Kommunen må i den forbindelse sikre sig ved en aftale, der fastlægger hvad kommunen får for de kommunale midler og som giver sikkerhed for, at kommunale tilskudsmidler alene anvendes til lovlige kommunale formål.