

Københavns Kommune
Teknik- og Miljøforvaltningen
Jens Magleby
Borups Alle 177
2400 København N

København 14. maj 2019
Lise Lauridsen
Partner

T +45 72 27 36 35
llau@bechbruun.com

Sagsnr. 001445-0370 llau/llau/tios
Dok.nr. 21287625.1

Tilbagebetaling – fortovsordningen

1. Baggrund

Bech-Bruun er blevet bedt om at gennemgå og kommentere de forudsætninger, som Teknik- og Miljøforvaltningen ("TMF") har foreslået i notat fremsendt den 10. maj 2019 ("**Notatet**") som grundlag for beregningen af det beløb, der skal tilbagebetales til grundejere omfattet af den såkaldte fortovsordning. Vi forholder os nedenfor alene til de juridiske forudsætninger. Vi har således ikke forholdt os til øvrige forudsætninger eller til selve beregningerne.

Bech-Bruun afleverede den 15. marts 2019 en rapport udarbejdet på grundlag af den undersøgelse, som Bech-Bruun havde gennemført af administrationen af fortovsordningen i den periode, der var genstand for undersøgelsen ("**Rapporten**"). Vi har i Rapporten bl.a. konkluderet, at TMF har opkrævet mere fra de grundejere, der var omfattet af fortovsordningen i den periode, som har været genstand for vores undersøgelse, end vejlovgivningen tillod. Vi kan ikke med sikkerhed fastslå, hvor lang tid en sådan ulovlig opkrævning har fundet sted, men det må antages, at priserne i hvert fald efter 2012 (dvs. fra og med 2013 og frem) ikke længere var en dokumenterbar refleksion af de direkte og indirekte udgifter, der var forbundet med renholdelsen af fortovene.

2. Gennemførelse af udbud

Den nye vejlov trådte i kraft den 31. december 2014. I efteråret 2016 blev det besluttet, at TMF skulle overtage renholdelsen af fortove i et område, der tidligere havde været omfattet af et forsøg. Efter det, vi har fået oplyst om det faktiske forløb, er det i Rapporten vores vurdering, at TMF i hvert fald på dette tidspunkt var forpligtet til at sikre, at opgaven blev løst "billigst muligt", og at TMF dermed skulle konkurrenceudsætte renholdelsesopgaven på de konkrete strækninger efter proceduren i vejlovens § 137.

Det er vores vurdering i Rapporten, at den markedstest, som TMF gennemførte i 2017, ikke var i overensstemmelse med procedurekravene i vejlovens § 137, idet de indhentede kontrolpriser ikke kunne etablere et retsforhold, hvorefter tilbudsgiverne var forpligtede til at udføre arbejdet i henhold til de givne tilbud. Vi har også vurderet, at det forhold, at alle de kontrolbud, der indkom i april 2017, lå endog meget væsentligt under TMF's priser, burde have medført, at der (straks) blev iværksat en undersøgelse af, om TMF's egne priser var retvisende.

På baggrund af de indkomne kontrolpriser igangsatte TMF forberedelsen af et udbud af dele af fortovsordningen. Udbuddet blev offentliggjort i januar 2018. Selv om udbudsprocessen sandsynligvis kunne have været gennemført hurtigere, har vi ikke i Rapporten konkluderet, at TMF brugte unødigt lang tid til forberedelsen af udbuddet. Vi tager til efterretning, at det i henhold til Notatet er TMF's vurdering, at dette udbud kunne være gennemført på 5 måneder.

3. Manglende indregning af effektiviseringer

Det er i Rapporten konstateret, at de effektiviseringer i udførelsen af renholdelsen, der måtte være blevet iværksat allerede før 2012, og som fortsatte gennem hele perioden, ikke medførte lavere priser for grundejerne i ordningen, selv om daværende ledere i TMF i 2012 forventede dette. Tværtimod blev priserne i perioden 2013-2018 hvert år hævet i takt med pris- og lønudviklingen, uden at TMF kontrollerede, om de underliggende forudsætninger for det regnskabsmæssige resultat var korrekte.

Vi har fået oplyst, jf. Notatet, at det er TMF's vurdering, at effektiviseringerne først er slået igennem i 2014/15, og at der derfor først er effektiviseringer at indregne fra 2015. Vi tager dette til efterretning, idet vi er enige i, at alene dokumenterbare effektiviseringer skal (og kan) indregnes.

4. Overhead

Vi har i Rapporten konkluderet, at der ikke i forbindelse med en beslutning om at foretage renholdelse og vintervedligeholdelse på grundejernes vegne og for disses regning efter vejrenholdelseslovens § 10 er hjemmel til at tillægge et overhead til de reelle driftsudgifter på den skete måde. TMF's priser under fortovsordningen inkluderede således et ikke-ubetydeligt "overhead" til dækning af administration mv. Det er ved fastsættelsen af "overhead" ikke nærmere specificeret eller dokumenteret, hvilke omkostninger der blev dækket ved denne indtægt, eller hvorvidt disse omkostninger kunne henføres til det konkrete renholdelsesarbejde. Om der har været hjemmel til at tillægge et overhead, afhænger til dels af, hvornår beslutningen blev truffet. Der indføres således efter vores vurdering først hjemmel til tillæg af et generelt overhead ved den nye vejlov og alene i den situation, hvor der er sket en konkurrenceudsættelse.

Om TMF's anvendelse af overhead og om størrelsen heraf har vi i Rapporten s. 96 og 101 f. refereret en mailveksling mellem nogle medarbejdere i TMF. Af mailvekslingen fremgår, at en medarbejder, der var beskæftiget med ordningen, mente, at det samlede overhead kunne udgøre op til 30 pct., men at den pågældende ikke kunne sige noget nærmere om, hvordan dette overhead var sammensat.

TMF har oplyst, at TMF med den regnskabsmæssige praksis, der har været anvendt fsva fortovsordningen, ikke er i stand til forud for 2017 at opgøre og fordele det samlede overhead på de kategorier, hvoraf det er sammensat. Det er derfor efter det oplyste ikke muligt at opgøre den del af overhead, der ikke er direkte henførbare til den udførte renholdelse, og som derfor er opkrævet uberettiget, jf. Rapporten.

Københavns Kommune er undergivet et krav om, at afgørelsen om, hvilket beløb der skal tilbagebetales, skal have lovhjemmel, således at kommunen på den ene side skal tilbagebetale det for meget opkrævede,

men på den anden side af hensyn til kommunens øvrige borgere ikke lovligt kan tilbagebetale mere end det, som med den fornødne grad af sikkerhed kan anses for at være opkrævet uberettiget. Vi finder ikke, at der er grundlag for at lempe dette krav om hjemmel.

På dette grundlag tager vi TMF's oplysning i Notatet om den manglende mulighed for på et tilstrækkeligt sikkert grundlag at opgøre størrelsen af indregnet overhead for perioden forud for 2017 til efterretning.

5. Forrentning/indeksering

Med hensyn til spørgsmålet om forrentning eller indeksering af de enkelte grundejeres krav på tilbagebetaling må kravene anses for at være af offentligretlig karakter. Dette betyder, jf. rentelovens § 8, stk. 1, at de først forrentes fra det tidspunkt, hvor fordringshaverne har påbegyndt retsforfølgning til betaling af gælden. Vi er ikke bekendt med, at nogen af de berørte grundejere har indledt retsforfølgning, og det er derfor vores opfattelse, at der ikke er hjemmel til at forrente kravene.

Efter vores opfattelse taler de hensyn, der ligger bag reglen i rentelovens § 8, stk. 1, tillige for, at kommunen ikke har pligt – og dermed heller ikke ret – til at indeksere beløbene inden tilbagebetaling.

6. Forældelse

De berørte grundejere har krav på tilbagebetaling af de beløb, som de uberettiget er blevet opkrævet. Da den uberettigede opkrævning begyndte i – må det antages – 2013, og da dansk rets almindelige forældelsesfrist er 3 år, er det nødvendigt at tage stilling til, om det kan antages, at de berørte grundejeres krav kan være ophørt helt eller delvis ved forældelse. Dette har sammenhæng med, at der som anført ovenfor efter princippet om lovmæssig forvaltning på den ene side er pligt til at tilbagebetale beløb, som ikke er forældet, men på den anden side er pligt til at undlade at tilbagebetale beløb, hvor kravet er ophørt ved forældelse. TMF har ikke redegjort nærmere for de overvejelser, der har ført til, at TMF anser sig for forpligtet til at refundere de for meget opkrævede beløb uden tidsbegrænsning som følge af forældelse, men vi kan om de forudsætninger, som skal lægges til grund ved en sådan beslutning, anføre:

Det følger af forældelseslovens § 3, stk. 1, at forældelsesfristen for de berørte grundejeres tilbagebetalingskrav er 3 år. Det følger af lovens § 2, stk. 1, at denne frist regnes fra "det tidligste tidspunkt, til hvilket fordringshaveren kunne kræve at få fordringen opfyldt", altså det tidspunkt, som betegnes kravets forfaldstidspunkt. Det er fastslået i retspraksis, at tilbagebetalingskrav anses for forfaldne på det tidspunkt, hvor beløbet/det for høje beløb indbetales.

Der gælder derfor en selvstændig forældelsesfrist for det tilbagebetalingskrav, der knytter sig til det enkelte for højt indbetalte beløb. Denne forældelsesfrist regnes som anført som udgangspunkt fra tidspunktet for den enkelte indbetaling.

Det følger imidlertid af forældelseslovens § 3, stk. 2, at den 3-årige forældelsesfrist for en fordring (uanset dennes forfaldstidspunkt) først regnes fra det tidspunkt, hvor fordringshaveren kendte eller burde kende fordringen. Dette er i retspraksis blevet fortolket således, at forældelsesfristen for en fordring først begynder at løbe på det tidspunkt, hvor fordringshaveren fik eller ved sædvanlig agtpågivenhed burde have fået kendskab til de faktiske omstændigheder, der danner grundlag for fordringen. Derimod kan fordringshaverens ukendskab til retsregler eller i øvrigt det retlige grundlag for fordringen ikke begrunde en udskydelse af forældelsesfristens løb.

Som det fremgår af Rapporten, kan årsagen til, at der i perioden 2013-2018 blev opkrævet for høje beløb af de berørte grundejere, navnlig tilskrives to forhold – dels, at TMF efter 2012 havde taget udgangspunkt i et højere ressourceforbrug til renholdelse på det brugerbetalte område end det faktiske, dels at TMF havde indregnet et overhead i prisen. Vi har i Rapporten konstateret, at indregning af overhead blev ændret i 2013 med virkning for priserne i 2014, uden at den nødvendige hjemmel hertil forelå.

Det er vores opfattelse, at de berørte grundejere ikke med rimelighed har kunnet konstatere, hvilket ressourceforbrug TMF havde taget udgangspunkt i ved fastsættelsen af det beløb, som skulle betales for fortovsrenholdelsen – endsi-ge har haft nogen mulighed for at efterprøve forudsætningernes rigtighed eller i øvrigt forholde sig hertil.

Denne del af de berørte grundejeres manglende viden må karakteriseres som en faktisk vildfarelse – et ukendskab til de faktiske omstændigheder, der begrunder fordringen (tilbagebetalingskravet), som ikke kan bebrejdes dem. Dette medfører som udgangspunkt, at forældelsesfristen for deres tilbagebetalingskrav er suspenderet, og at ingen del af kravet således er forældet i dag.

Vi finder det usandsynligt, at de berørte grundejere skulle være klar over, at opkrævningen til dem var baseret dels på en indregning af direkte omkostninger, dels et overhead. I det omfang nogle af dem måtte have været bekendt hermed, vil de jo – da TMF har givet udtryk for, at det er vanskeligt at opgøre den del af opkrævningen, der skyldes overhead – i hvert fald have haft overordentlig vanskeligt ved at erkende, hvilken størrelse dette overhead havde. Ud fra denne antagelse må også deres ukendskab til indregningen af overhead karakteriseres som en faktisk – og dermed suspensionsbegrundende – vildfarelse. Det samme gælder – for det begrænsede antal grundejere, som berøres heraf – det forhold, at TMF ikke justerede sine priser i overensstemmelse med den praksisændring, som Vejdirektoratet i 2013 foretog på grundlag af den ovenfor omtalte sag fra Randers.

Vi lægger til grund, at ingen af de berørte grundejere har været klar over, at indregning af overhead krævede hjemmel – en hjemmel, som efter vores Rapport ikke har foreligget. En sådan uvidenhed må formentlig karakteriseres som en retlig vildfarelse – en vildfarelse, der som udgangspunkt ikke kan medføre, at forældelsesfristen for deres tilbagebetalingskrav kan udskydes.

Der foreligger så vidt ses ikke retspraksis, der tager stilling til betydningen for et kravs forældelse af, at en vildfarelse med hensyn til dettes grundlag kan karakteriseres som både faktisk og retlig. Det er vores opfattelse, at det ville virke meget kunstigt at dele kravet op, således at man konstaterede, at en del af kravet var forældet (fordi fordringshaverens ukendskab til det beroede på en retlig vildfarelse, der udelukker suspension), mens en anden fortsat bestod (fordi ukendskabet i dette omfang beroede på en suspensionsgivende

faktisk vildfarelse). Det vil efter vores opfattelse være det rigtigste at tage udgangspunkt i, hvad der må anses for at være den overvejende årsag til fordringshaverens manglende kendskab til fordringen. Dette gælder efter vores opfattelse i hvert fald i et tilfælde som det foreliggende, hvor den del af den samlede vildfarelse, som de berørte grundejere svævede i, der i givet fald kan karakteriseres som retlig, er ganske underordnet.

Der foreligger ikke nogen præcis opgørelse af, hvor meget af den uberettigede opkrævning der skyldes, at der er taget udgangspunkt i et for højt ressourceforbrug, og hvor meget der skyldes indregningen af overhead. Efter den ovenfor gengivne mailveksling mellem medarbejdere i TMF lægger vi til grund, at indregningen af overhead formentlig i det højeste har udgjort 30 pct.

Det er på dette grundlag vores samlede vurdering, at de berørte grundejeres manglende kendskab til deres tilbagebetalingskrav i ganske overvejende grad beror på, hvad der må karakteriseres som ukendskab til de faktiske omstændigheder, hvorpå deres krav beror, altså en faktisk vildfarelse, der således har medført, at forældelsesfristens løb har været suspenderet i overensstemmelse med reglen i forældelseslovens § 3, stk. 2.

Vi har derfor ikke bemærkninger til, at TMF har forudsat, at det tilbagebetalingskrav, som tilkommer de enkelte berørte grundejere, ikke for nogen dels vedkommende kan anses for at være ophørt ved forældelse.

Med venlig hilsen



Lise Lauridsen



Lars Lindenchrone Petersen