

UDLEJNING AF SVØMMEBANER I KOMMUNALE SVØMMEHALLER TIL PRIVATE SVØMMESKOLER

1. BAGGRUND OG OPDRAG

Københavns Kommune, Kultur- og Fritidsforvaltningen (herefter "Kommunen"), har bedt Horten vurdere Kommunens retlige muligheder for at udleje svømmebaner til private svømmeskoler, herunder hvordan en eventuel overskudskapacitet kan opgøres.

Sagens faktuelle forhold beskrives i afsnit 3. I afsnit 4 beskriver vi de relevante retlige rammer. I notatets afsnit 5 redegør vi opgørelsen af overkapacitet for svømmebaner og -bassiner. Notatets afsnit 6 indeholder vores vurdering af Kommunens muligheder for udleje.

Afsnit 2 umiddelbart nedenfor indeholder en sammenfatning af vores vurderinger.

2. SAMMENFATNING

Overkapacitet

Når Kommunen udlejer fast ejendom, herunder faciliteter som svømmebaner og -bassiner i en kommunal svømmehal, udøver Kommunen erhvervsvirksomhed. Da der ikke er hjemmel hertil i den skrevne lovgivning, skal spørgsmålet vurderes efter kommunalfuldmagten. Det er som udgangspunkt i strid med kommunalfuldmagtens regler, at Kommunen udøver erhvervsvirksomhed. Forbuddet fraviges i enkelte tilfælde, bl.a. hvis der er tale om lovlig overkapacitet.

Der er vores vurdering, at det har formodningen imod sig, at den nuværende udlejningsmodel holder sig inden for rammerne af lovlig overkapacitet, der ikke kan afskaffes. Vi lægger herved vægt på varigheden af udlejningsaftalerne, og fordi det ud fra de oplysninger, vi har modtaget, må antages, at der er svømmeforeninger i Kommunen, der kunne være interesserede i at benytte de svømmebaner og -bassiner, der i dag udlejes til de private svømmeskoler.

Hvorvidt dette er tilfældet må afklares konkret.

Prissætning

Hvis forudsætningen for, at der er tale om lovlig overkapacitet, er opfyldt, skal udlejning ske til markedspris. Der kan dog fastsættes en lavere pris, hvis lejer er en aktør, som Kommunen kan yde støtte til.

Der skal være hjemmel, hvis Kommunen skal yde støtte til private aktører. Der er ikke i den skrevne lovgivning hjemmel, og det er i strid med kommunalfuldmagtsreglerne, hvis Kommunen yder ikke-øremærket støtte til private aktører, der varetager aktiviteter med profitformål.

Efter det oplyste drives svømmeskolerne kommercielt på privat grundlag og har til formål at opnå fortjeneste. Betingelserne for, at Kommunen kan yde støtte til svømmeskolerne ved at udleje svømmebaner og -bassiner under markedspris, er derfor ikke opfyldt.

Samlet vurdering

Det beror på en konkret vurdering, om der er tale om lovlig overkapacitet, men henset til bl.a. aftalernes varighed, finder vi, at dette har formodningen imod sig.

Hvis betingelserne for, at der er tale om lovlig overkapacitet er opfyldt, skal udlejningen ske til markedspris, hvilket ikke er tilfældet. Der er ikke hjemmel i kommunalfuldmagten til, at Kommunen kan udleje svømmebanerne og -bassinerne til svømmeskolerne til under markedspris.

Det er endelig vores vurdering, at der ikke i øvrigt foreligger sådanne tungtvejende kommunale interesser i udlejningen til svømmeskolerne, at forbuddet mod erhvervsvirksomhed kan gennembrydes på dette grundlag.

Samlet finder vi således ikke, at Kommunen har hjemmel til at fortsætte den nuværende model for udlejning til de private svømmeskoler.

3. SAGENS FAKTUELLE FORHOLD

Kommunen udlejer i dag svømmebaner og -bassiner i kommunale svømmehaller til private svømmeskoler. De ældste svømmeskoler har undervist i svømmehallerne i mere end 40 år.

Kommunen har på nuværende tidspunkt i alt fem aftaler med private svømmeskoler. Aftalerne omhandler banetid i Frankrigsgades Svømmehal, Sundby bad, Vesterbro Svømmehal, Emdrup bad og Hillerødgade bad.

På årsbasis udlejer Kommunen ca. 3.910 timers banetid på 25-meter baner og 272 timer i halve undervisningsbassiner fordelt over 34 uger årligt. Udnytter svømmeskolerne banetiden fuldt ud, er der samlet mulighed for undervisning af ca. 2.000 elever om ugen for de private svømmeskoler.

Udlejningen til private svømmeskoler sker i svømmehallernes offentlige åbningstid, men tiden er i praksis reserveret til svømmeskolerne.

Svømmeskolerne tilbyder undervisning til børn og voksne, herunder mulighed for enetimer. Svømmeskolerne tilbyder ikke elite- og konkurrencesvømning, men fokuserer på

basale svømmekundskaber og vandskræk. Vi har ikke gennemgået de private svømmeskolers vedtægter, men lægger til grund, at der er tale om private virksomheder, der har til formål at opnå fortjeneste, og hvor der ikke er en begrænsning af ejernes mulighed for at opnå udbytte.

Eleverne på svømmeskolerne betaler et deltagergebyr til svømmeskolen samt entrébillet til den pågældende svømmehal.

Kommunens aftaler med svømmeskoler indgås for et år ad gangen. Vi har ikke gennemgået aftalerne, men lægger til grund, at den enkelte svømmeskoles adgang til det lejede ikke er betinget af, at Kommunen ikke ønsker at anvende tiden til andre formål.

4. DE RETLIGE RAMMER

4.1 Generelt om kommunernes hjemmelsgrundlag

En kommune skal have et retligt grundlag for at udføre aktiviteter, herunder aktiviteter der har karakter af erhvervsvirksomhed, fx udleje af kommunale ejendomme og faciliteter.

Et sådant hjemmelsgrundlag kan enten findes i den skrevne lovgivning eller fremgå af de uskrevne grundsætninger om kommuners forhold; de såkaldte kommunalfuldmagtsregler. Kommunalfuldmagten er som udgangspunkt subsidiær til den skrevne lovgivning.

Den skrevne lovgivning indeholder ikke regler om kommunernes mulighed for at udleje idrætsfaciliteter, herunder svømmebaner og -bassiner, til private sportsskoler. Spørgsmålet må derfor besvares ud fra de uskrevne regler om kommunalfuldmagten, jf. nedenfor.

4.2 Kommunalfuldmagten

4.2.1 Lovlig kommunal interesse i støtte af idrætsformål

Kommunerne kan som udgangspunkt ikke yde støtte til private foretagender, herunder til private svømmeskoler. Kommunerne kan imidlertid lovligt yde støtte, hvis kommunerne hermed varetager en lovlig kommunal interesse, herunder idrætsformål.

Kommunerne yder i væsentligt omfang støtte til idræt på baggrund af folkeoplysningsloven¹, der hjemler kommunal støtte til idrætsformål, herunder amatøridræt. Der er imidlertid også mulighed for at støtte idrætsformål uden for folkeoplysningslovens rammer på grundlag af kommunalfuldmagtens regler.

Indenrigs- og Sundhedsministeriet har om Slagelse Kommunes økonomiske engagement i test- og træningscentret i Antvorskovhallen udtalt, at kommunerne sideløbende med reglerne i folkeoplysningsloven efter kommunalfuldmagtens regler under visse betingelser kan stille faciliteter til rådighed for borgerne med henblik på fremme af folkesundheden og idrætslivet i kommunerne.²

¹ Lovbekendtgørelse nr. 1115 af 31. august 2018

² Indenrigs- og Sundhedsministeriets skrivelse af 25. februar 2002 til en borger.

Efter Indenrigs- og Sundhedsministeriets udtalelse gælder følgende betingelser for den kommunale støtte:

- At Kommunen eller den private person eller virksomhed, som kommunen støtter, ikke har til formål at opnå en fortjeneste ved, at der stilles faciliteter til rådighed.
- At faciliteterne stilles til rådighed for alle borgere i kommunen eller for en kreds af borgere, der er afgrænset efter saglige kriterier.

Støtten er således betinget af, at den støttede aktivitet ikke drives på kommercielt grundlag med fortjeneste for øje.

4.2.2 **Forbud mod kommunal erhvervsvirksomhed**

Udgangspunkt: Forbud mod kommunal erhvervsvirksomhed

Efter kommunalfuldmagtens regler gælder som udgangspunkt et forbud mod kommunal erhvervsvirksomhed, herunder handel, håndværk, industri og finansiel virksomhed. Det er herefter ikke en kommunal opgave at opnå fortjeneste ved kommunens virksomhed.

Baggrunden for forbuddet mod kommunal erhvervsvirksomhed er navnlig hensynet til, at kommunerne ikke med skattefinansierede midler skal kunne forvride konkurrencen i forhold til private aktører på markedet.

Forbuddet mod kommunernes varetagelse af erhvervsvirksomhed gælder, uanset at det ikke er formålet med aktiviteten at opnå fortjeneste, og uanset at der ikke konkret er nogen fortjeneste forbundet med aktiviteten.

Kommunens udleje af kommunale ejendomme til private aktører anses for erhvervsvirksomhed.

Der gælder imidlertid en række undtagelser til dette forbud, herunder princippet om lovlig overkapacitet. Endvidere kan der være en sådan tungtvejende kommunal interesse i en aktivitet, at forbuddet mod kommunal erhvervsvirksomhed gennembrydes, jf. nedenfor.

Undtagelse: Overkapacitet

En undtagelse til forbuddet mod kommunal erhvervsaktivitet er princippet om lovlig overkapacitet. Hvis en kommune har et tilfældigt overskud af kapacitet, kan kommunen sælge/udleje denne overkapacitet til markedspris.

De kommunale tilsynsmyndigheder opstiller i deres praksis en række betingelser for, at kommunerne lovligt kan sælge overkapacitet:

- Overkapaciteten skal være et resultat af varetagelse af lovlige kommunale opgaver.
- Der må ikke være tale om bevidst planlagt overkapacitet, som er dimensioneret med det formål at opnå mulighed for at varetage opgaver, der normalt ikke er kommunale.

- Overkapaciteten kan af hensyn til løsningen af den kommunale opgave ikke afskaffes.

Overkapacitet kan være periodevis, og overkapaciteten skal således sælges/udlejes herefter. Som udgangspunkt kan der ikke indgå kontrakter om salg af overkapacitet for længere perioder, da overkapaciteten som absolut udgangspunkt vil være ad hoc.

Der lægges ved vurderingen af, om der er tale om lovlig overkapacitet også vægt på, om opgaven i forvejen varetages på en rimelig måde af private aktører.

Endelig er det en betingelse, at overkapaciteten sælges til markedspris. Kommunen skal udfolde sædvanlige bestræbelser på at fastslå, hvad markedsprisen er. Salg/udlejning kan imidlertid ikke ske til under kostprisen, uanset at markedsprisen måtte være lavere end kostprisen.

Undtagelse: Tungtvejende kommunale hensyn

På visse områder kan særlige hensyn til det kommunale fællesskabs behov eller almindelige samfundsmæssige interesser begrunde, at forbuddet mod kommunal erhvervsvirksomhed gennemføres.³

Social- og Indenrigsministeriet har udtalt, at det er ministeriets opfattelse, at der skal foreligge tungtvejende hensyn for, at forbuddet mod erhvervsvirksomhed kan gennemføres med hjemmel i kommunalfuldmagtsreglerne.⁴

Det fremgår ikke af udtalelsen, hvad der kræves, førend der foreligger sådanne tungtvejende hensyn. Det fremgår dog af udtalelsen, at der stilles relativt strenge krav, før forbuddet mod erhvervsvirksomhed kan gennemføres med hjemmel i kommunalfuldmagtsreglerne.

5. OPGØRELSE AF OVERKAPACITET

Ved opgørelsen af overskudskapacitet af kommunale faciliteter skal det undersøges, om der er tale om en reel overskudskapacitet – konkret, om svømmebanerne havde stået ledige, hvis ikke de blev udlejet til svømmeskolerne.

Det kan i den forbindelse blandt andet være relevant at kigge på antal besøgende i svømmehallerne, samt om svømmeforeningerne i kommunen ville kunne anvende de tider, der ellers sælges til de private svømmeklubber.

Ved vurderingen af antal besøgende i svømmehallerne kan der ses på antal fordelt på de forskellige tidspunkter af dagen, henholdsvis ugen, ligesom der i vurderingen kan inddrages udsving i antal besøgende for de forskellige sæsoner eller årstider.

I vurderingen bør også indgå, at borgerne efter Kommunens langvarige praksis med udlejning til private svømmeskoler i fastsatte tidsintervaller har indrettet deres besøg i svømmehallerne efter denne praksis. De nuværende besøgsantal i de relevante tidsrum kan således ikke uden videre lægges til grund.

³ Udkast til lov om kommunal og regional erhvervsvirksomhed af 11. marts 2018, side 10.

⁴ Social- og Indenrigsministeriets udtalelse af 31. oktober 2019 om tværkommunal madproduktion.

Herudover skal det bemærkes, at Kommunen ikke bevidst kan planlægge overkapacitet. Det er således ikke tilstrækkeligt, at Kommunen holder svømmehallerne ekstraordinært lukket i det tidsrum, hvor de private svømmeskoler lejer banerne.

Som udgangspunkt kan kommunen ikke indgå lange kontrakter om salg af overkapacitet, da overkapaciteten typisk har ad hoc karakter.

6. VORES VURDERING

6.1 Kan Kommunen yde støtte til de private svømmeskoler?

Kommunen har oplyst, at de svømmebaner og -bassiner, der udlejes til private svømmeskoler, ikke udlejes til markedspris. Kommunen yder således støtte til de private svømmeskoler ved at stille faciliteter til rådighed for svømmeskolerne til en pris, der ligger under, hvad svømmeskolerne skulle betale ved en privat aktør. Støtten er ikke øremærket.

Det skal derfor undersøges, om Kommunen lovligt kan yde denne støtte til svømmeskolerne begrundet i en lovlig kommunal interesse i at støtte idrætsformål.

Udgangspunktet er, at Kommunen lovligt kan støtte idrætsformål – udover, hvad der følger af folkeoplysningsloven – med hjemmel i kommunalfuldmagtens regler, hvis betingelserne herfor er opfyldt.

Én af betingelserne for at yde ikke-øremærket støtte er, at den modtagende svømmeskole ikke har til formål at opnå fortjeneste. Det er lagt til grund, at der ikke er en begrænsning af de private svømmeskolers ejeres mulighed for at opnå udbytte.

Efter det oplyste drives svømmeskolerne kommercielt på privat grundlag og har til formål at opnå fortjeneste. Betingelserne for, at Kommunen kan yde støtte til svømmeskolerne ved at udleje svømmebaner og -bassiner under markedspris er derfor ikke opfyldt.

Der er således ikke den fornødne hjemmel i kommunalfuldmagten til, at Kommunen kan udleje svømmebanerne og -bassinerne til svømmeskolerne til under markedspris.

6.2 Kan Kommunen udleje svømmebaner og -bassiner med hjemmel i reglerne om salg af overkapacitet?

Når Kommunen udlejer fast ejendom, herunder faciliteter som svømmebaner og -bassiner i en kommunal svømmehal, udøver Kommunen erhvervsvirksomhed. Det er som udgangspunkt i strid med kommunalfuldmagtens regler, at Kommunen udøver erhvervsvirksomhed.

Forbuddet mod erhvervsvirksomhed gælder dog ikke, hvis der er tale om udlejning af lovlig overkapacitet.

Følgende to betingelser skal derfor være opfyldt, for at udlejningen sker inden for rammerne af kommunalfuldmagtsreglernes princip om overkapacitet:

- Der er tale om overkapacitet, der er tilfældigt opstået, og som ikke kan afskaffes.
- Udlejningen sker til markedspris.

Er der tale om lovlig overkapacitet?

For at Kommunen kan siges at have lovlig overkapacitet af svømmebaner eller -bassiner, kræver det efter vores vurdering følgende:

- At der ikke er nok besøgende til at holde svømmehallen (fuldt) åben for offentligheden.
- At der ikke sker udlejning til de private svømmeskoler af baner eller bassiner på tidspunkter, som svømmeforeningerne i Kommunen (eller Kommunen selv) ønsker at benytte.

Det er vores vurdering, at udlejning som overkapacitet efter omstændighederne kan komme på tale for tidspunkter, hvor svømmehallen delvist holdes åben for offentligheden, men hvor der erfaringsmæssigt alene er et begrænset antal besøgende, så visse baner kan udgøre overkapacitet. Det vil dog være en forudsætning, at svømmeforeningerne ikke har interesse i banerne på de pågældende tidspunkter. Det er endvidere en forudsætning, at udlejningen til de private svømmeskoler sker mod betaling af markedspris, jf. nedenfor.

Det bemærkes også, at det har formodningen imod sig, at der kan indgås kontrakter af et års varighed efter princippet om salg af lovlig overkapacitet.

Udlejning til markedspris

Hvis Kommunen konkret måtte have overkapacitet, der opfylder kriterierne ovenfor, skal Kommunen opkræve markedslejen for denne.

Kommunen har oplyst, at svømmebanerne og -bassinerne ikke udlejes til markedspris. Udlejningen sker derfor ikke i overensstemmelse med betingelserne for salg af overkapacitet.

6.3 Kan Kommunen udleje svømmebaner og -bassiner med hjemmel i tungtvejende kommunale hensyn?

Ud fra udkastet til lovforslag samt den ovenfor refererede udtalelse fra Social- og Indenrigsministeriet om tværkommunal madproduktion antages det, at der skal særligt tungtvejende hensyn til, at forbuddet mod erhvervsvirksomhed kan gennembrydes med hjemmel i kommunalfuldmagtsreglerne.

Vi vurderer, at dette fx kunne være i den situation, hvor kommunens manglende varetagelse af en opgave medfører, at en aktivitet, der er i det kommunale fællesskabs interesse, slet ikke findes i kommunen – fx hvis der i Københavns Kommune ikke, eller ikke i tilstrækkeligt omfang, ville blive udbudt svømmeundervisning til de relevante målgrupper, hvis ikke Kommunen udlejede svømmebaner og -bassiner til de private svømmeskoler.

Der findes imidlertid et betydeligt antal svømmeforeninger i kommunen, der efter folkeoplysningsloven lovligt kan støttes af Kommunen.

Vi vurderer derfor ikke, at der findes tilstrækkeligt tungtvejende hensyn til at bryde forbuddet mod erhvervsvirksomhed.

Udlejningen af svømmebaner og -bassiner til de private svømmeskoler kan derfor alene ske inden for rammerne af princippet om udleje af ledig overkapacitet.

Hellerup, 16. marts 2020
Horten



Rikke Søgaard Berth