

• **BORTFORPAGTNING AF CAFÉDRIFT**

GRUNDLAGET OG RAMMERNE FOR BORTFORPAGTNINGEN AF CAFÉDRIFT I KØBENHAVNS KOMMUNES INSTITUTIONER

1. **INDLEDNING**

Københavns Kommune har bedt Horten om at udarbejde et notat om grundlaget og rammerne for bortforpagtning af cafédrift i kommunens institutioner.

Københavns Kommune har således anmodet os om følgende:

1. En redegørelse for grundlaget og rammerne for bortforpagtning af cafédriften, herunder muligheden for at undtage cafédrift fra bortforpagtning. Problemstillingen behandles nedenfor under **pkt. 2.**
2. En redegørelse for de vilkår, der lovligt kan gøres gældende for en forpagter i relation til forpagterens ansættelsesvilkår for sine medarbejdere, herunder navnlig om der f.eks. kan stilles krav om, at forpagteren har indgået kollektiv overenskomst, eller om der kan stilles krav om, at forpagterens medarbejdere skal være ansat på overenskomstlignende vilkår. Problemstillingen behandles nedenfor under **pkt. 3.**

I det omfang, der kan stilles krav, ønskes det vurderet, om der da er forskel på de vilkår, der kan stilles vedrørende de medarbejdere, der måtte være overført fra kommunen til forpagteren i forbindelse med bortforpagtningen og de medarbejdere, forpagteren selv ansætter.

3. En redegørelse for eventuelle forskelle på de krav Københavns Kommune kan stille vedrørende løn- og ansættelsesvilkår til henholdsvis en forpagter af en café og til en leverandør af f.eks. rengøringsydelse eller bygge- og anlægsopgaver. Denne problemstilling behandles i forbindelse med behandlingen af pkt. 2, ovenfor.

Da der ikke er tale om indkøb fra kommunens side, er udbudsreglerne ikke relevante for vurderingen, og disse regler er derfor ikke behandlet i notatet. Herudover har vi i notatet lagt til grund, at der ikke er risiko for sam-

handelspåvirkning ved Københavns Kommunes bortforpagtning af cafédrift. Derfor omfatter vores vurderinger i dette notat ikke de regler og forpligtelser, der følger af tilbudsloven, udbudsdirektivet og uskrevne EU-retlige grundsætninger om ligebehandling og gennemsigtighed.

2. SAMMENFATNING

Det er sammenfattende vores vurdering, at kommunen ikke kan undlade at søge at bortforpagte cafédrift, jf. udgangspunktet om, at accessorisk virksomhed skal forsøges bortforpagtet. Kommunen kan alene varetage driften af en café, hvis det ikke er muligt at bortforpagte den.

Det er desuden vores vurdering, at kommunen ikke kan stille krav til en forpagter om, at vedkommende har indgået en kollektiv overenskomst eller en bestemt kollektiv overenskomst.

Kommunen kan imidlertid under visse omstændigheder indføje klausuler, som sikrer, at løn, arbejdstid og andre arbejdsvilkår for forpagterens medarbejdere ikke er mindre gunstige end dem, der gælder for arbejde af samme art inden for vedkommende fag eller industri på den egn, hvor arbejdet udføres. En sådan klausul skal dog være proportional i forhold til den enkelte kontrakt.

3. GRUNDLAGET OG RAMMERNE FOR BORTFORPAGTNING AF CAFÉDRIFT

Afgrænsningen af, hvilke opgaver kommunen lovligt kan varetage og eventuelle rammer for kommunens opgavevaretagelse, er i vidt omfang reguleret i den skrevne lovgivning. Der er imidlertid ikke skrevne regler om kommuners adgang til at udøve café- og restaurationsdrift.

Herudover er kommunernes opgavevaretagelse reguleret af de uskrevne kommunalretlige grundsætninger om kommuners opgavevaretagelse (de såkaldte kommunalfuldmagsregler), som beskrives nedenfor.

Grundlæggende kan en kommune kun udføre eller støtte aktiviteter i det omfang, der er en kommunal interesse deri (almennyttekriteriet).¹

Som hovedregel er kommuner afskåret fra at udøve **erhvervsvirksomhed**. Der findes dog enkelte, afgrænsede undtagelser hertil, f.eks. hvor hensynet til at undgå værdispild (afsætning af overkapacitet) eller tilsvarende hensyn kan begrunde det, jf. nedenfor om accessorisk virksomhed. Aktiviteten skal i så fald udøves på markedsvilkår for at sikre private aktører mod urimelig konkurrence. En kommune må dog ikke drive eller deltage i en aktivitet med det formål at opnå profit.

Forbuddet mod kommunal erhvervsvirksomhed er som nævnt fraveget, når der er tale om varetagelse af såkaldte **accessoriske opgaver**. Det vil sige opgaver, der i princippet ikke er kommunale, men som knytter sig na-

¹ Se f.eks. Jens Garde og Karsten Revsbech: *Kommunalret*, 2011, s. 18ff.

turligt og tæt til varetagelsen af kommunale opgaver. Et typisk eksempel er etablering af en restaurant i et kommunalt musikhus eller lignende.²

Kommunernes adgang til at udøve accessorisk virksomhed kan dog ikke gå længere, end formålet tilsiger. Det betyder, at en kommune kan etablere en restaurant i et kommunalt musikhus. Kommunen kan dog ikke drive restauranten selv, men er forpligtiget til at søge at bortforpagte driften på markedsvilkår.

Fra tilsynspraksis kan der f.eks. henvises til Statsforvaltningen Midtjyllands udtalelse af 6. juni 2011 om Harboøre Centret. Her fandt statsforvaltningen bl.a., at et solcenter ikke kunne anses som accessorisk virksomhed, mens en café kunne. Desuden kan der henvises til Statsforvaltningen Hovedstadens udtalelse af 29. april 2009 om Rungsted Havn, hvor restauranter og tøjbutikker samt en frisør og en shippingvirksomhed blev anset for accessorisk virksomhed i relation til en kommunal havn.

Såfremt **bortforpagtning ikke er mulig**, kan kommunen selv drive restauranten, men er forpligtiget til løbende at undersøge mulighederne for bortforpagtning.³

Det er vores anbefaling, at der i et sådant tilfælde sikres dokumentation for, at bortforpagtning er forsøgt uden held.

Fra tilsynspraksis kan der i den forbindelse henvises til *Statsforvaltningen Midtjyllands udtalelse af 22. juli 2008* vedrørende drift af et kurbad i en kommunal svømmehal. Statsforvaltningen udtalte i den forbindelse, at der kunne drives et kurbad (af begrænset omfang) i forbindelse med en kommunal svømmehal, men at kommunen kun selv kunne drive kurbadet, såfremt driften heraf ikke lod sig bortforpagte. Statsforvaltningen Midtjylland fastslog i en *udtalelse af 17. september 2008*, at Holstebro Kommune kunne yde støtte til driften af en restaurant, som lå i tilknytning til et kulturcenter, som kommunen lovligt kunne drive. Statsforvaltningen lagde vægt på, at restauranten uden held var blevet forsøgt bortforpagtet. Kravet om, at bortforpagtning skal ske på markedsvilkår, kan i særlige tilfælde indebære, at kommunen kan yde støtte til forpagteren.⁴

Det er på den baggrund sammenfattende vores vurdering, at det ikke er muligt generelt at undtage cafédrift fra udgangspunktet om, at accessorisk virksomhed skal forsøges bortforpagtet på markedsvilkår, og at kommunen alene vil kunne varetage driften, hvis det konkret viser sig umuligt at bortforpagte driften.

4. MULIGHEDEN FOR AT STILLE VILKÅR TIL EN FORPAGTER

4.1 Generelle bemærkninger

Der findes ikke særlige regler, der generelt regulerer kommuners **udlejning eller bortforpagtning** af faciliteter til private, herunder bortforpagtning af cafédrift. Kommunen har imidlertid efter almindelige kom-

² Se f.eks. Jens Garde og Karsten Revsbech: *Kommunalret*, 2011, s. 57.

³ Se Karsten Revsbech: *Kommunernes opgaver*, 2. udg. 2010, s. 142f. samt Indenrigsministeriets breve af 8. december 1999 og 27. april 2001 om restaurationsdrift på Læsøfærgen.

⁴ Se ovennævnte breve om restaurationsdrift på Læsøfærgen.

munalretlige principper, herunder grundsætningen om økonomisk forsvarlig forvaltning, pligt til at konkurrenceudsætte sådanne kontrakter for at sikre, at kontrakterne indgås på markedsvilkår.

4.2 **Almindelige offentligretlige grundsætninger**

En kommune skal altid iagttage almindelige offentligretlige retsgrundsætninger, herunder kravet om saglighed i forvaltningen, proportionalitetsgrundsætningen og lighedsgrundsætningen samt de ovenfor beskrevne regler i kommunalfuldmagtsreglerne. Endelig gælder også den nævnte grundsætning om økonomisk forsvarlig forvaltning.

Dette indebærer bl.a., at en kommune ved indgåelse af aftaler med private alene kan varetage hensyn, som er saglige i forhold til den eller de opgaver, som den pågældende aftale vedrører, eller – for så vidt det ikke strider mod magtfordrejningsgrundsætningen – saglige i forhold til andre opgaver, som kommunen lovligt kan varetage.

Det beror således på en konkret vurdering, hvilke krav en kommune lovligt kan stille til en forpagter. Kommunens krav skal være begrundet i en saglig kommunal interesse.

Det daværende Indenrigsministerium antog i en *udtalelse af 1. juli 1999*, at en kommune efter de offentligretlige retsgrundsætninger og kommunalfuldmagtsreglerne ikke lovligt kunne varetage fagforenings- og organisationsmæssige interesser eller hensyn til løn- og ansættelsesvilkår for ansatte hos kommunens leverandører af varer og tjenesteydelser.

Indenrigsministeriet udtalte, at det i det konkrete tilfælde kunne være sagligt, at kommunen lagde vægt på, at ansættelsesvilkårene for kontraktpartens ansatte ikke var mindre gunstige, end hvad der i almindelighed ville gælde inden for den pågældende virksomhed eller industri. Ministeriet udtalte dog, at en kommune ikke lovligt kunne varetage sådanne saglige hensyn, ved – som betingelse for at den private aktør kunne udføre opgaver for kommunen – at stille et generelt krav om eller på anden måde generelt forudsætte, at leverandøren havde *indgået* overenskomst med en arbejds-tagerorganisation.

Som eksempel på tilsynsmyndighedernes praksis i forhold til kravet om, at kommuner alene kan fastsætte krav, i det omfang, der foreligger en saglig kommunal interesse, kan vi også henvise til *Statsforvaltning Syddanmarks udtalelse af 9. april 2010* om Odense Kommunes krav om, at der skulle opføres Svanemærket byggeri på byggegrunde, som kommunen ud-bød til salg. Statsforvaltningen fastslog, at kommunen ikke havde en saglig kommunal interesse i at stille krav om, at der skulle bygges Svanemærkede huse på byggegrundene.

Som endnu et eksempel kan nævnes *Statsforvaltning Midtjyllands udtalelse af 3. juli 2012* om Aarhus Kommunes adgang til bl.a. at stille krav om fair trade-mærkning af 10 % af kommunens indkøb m.v. Statsforvaltningen udtalte om kommunens beslutning om at foretrække fair trade-varer til eget brug:

"Når lokalsamfundets behov er beskrevet og priskravene stillet, forudsættes det i kommunalretten, at kommunalbestyrelsen skal handle økonomisk forsvarligt. Kommunen er således forpligtiget til at søge at indkøbe de definerede varer og tjenesteydelser bedst og billigst.

[...] En kommune skal i sine udbud og indkøbsbeslutninger tilstræbe at købe en vare eller ydelse med de egenskaber, den har defineret ud fra sine behov til markedspris, det vil sige billigst muligt. Det kan på den baggrund næppe antages, at en kommunalbestyrelses mulige interesse i at bedre eksempelvis fattige bønders arbejds- og levevilkår i Mellemerika lovligt kan danne baggrund for, at kommunen påføres merudgifter til indkøb af varer eller tjenesteydelser til kommunens brug."

Statsforvaltningen fandt således, at kommunens interesse i at være med til at forbedre arbejdsvilkårene for fattige bønder i andre dele af verden kunne ikke tilsidesætte kommunens forpligtelse til at opfylde kommunens behov bedst og billigst. Økonomi- og Indenrigsministeriet har taget sagen op af egen drift og har telefonisk oplyst, at ministeriet vil afgive sin udtalelse om sagen snarest.

Ud over, at der skal foreligge en saglig kommunal interesse i at fastsætte konkrete krav i forbindelse med en kommunes aftaleindgåelse, skal kommunen også iagttage proportionalitetsgrundsætningen og lighedsgrundsætningen.

4.3 **Særligt om krav til ansættelsesvilkår m.v.**

Spørgsmålet er herefter, om det vil være muligt specifikt i forhold til aftaler om bortforpagtning af cafédrift at stille særlige krav i relation til forpagterens ansættelsesvilkår.

4.3.1 *ILO-konvention nr. 94*

ILO-konvention nr. 94 er i 1990 tiltrådt af Danmark og er gennemført i dansk ret ved cirkulære om arbejdsklausuler i offentlige kontrakter⁵, herefter benævnt "Cirkulæret".

Efter Danmarks ratifikation af konventionen er alle statslige myndigheder ved Cirkulæret blevet pålagt at anvende en klausul i visse offentlige kontrakter med henblik på at sikre, at løn, arbejdstid og andre arbejdsvilkår, som ikke er mindre gunstige end dem, der gælder for arbejde af samme art inden for vedkommende fag eller industri på den egn, hvor arbejdet udføres. I Cirkulæret henstilles kommunerne til også at anvende en sådan klausul i forbindelse med indgåelse af aftaler om bygge- og anlægsarbejder.

Denne henstilling taler for, at det må kunne anses som et sagligt kommunalt hensyn at stille krav, som svarer til klausulerne beskrevet i Cirkulæret, når der indgås aftaler på bygge- og anlægsområdet. Det skal dog være proportionalt i forhold til den konkrete kontrakt at stille sådanne krav.

⁵ Cirkulære nr. 115 af 27. juni 1990 fra beskæftigelsesministeren om arbejdsklausuler i offentlige kontrakter om bygge- og anlægsarbejde.

Af den under afsnit 4.2 nævnte udtalelse af 1. juli 1999 fra det daværende Indenrigsministerium fremgår udtrykkeligt, at det i konkrete tilfælde kunne være sagligt, at kommunen lagde vægt på, at løn- og ansættelsesvilkår for kontraktpartens ansatte ikke var mindre gunstige end de vilkår, der i almindelighed gjaldt inden for det fag eller den industri, hvor kontraktparten havde sin virksomhed. Indenrigsministeriet henviste i den forbindelse til Cirkulæret.

4.3.2 *Rapporten om Almindelige Betingelser for levering af Serviceydelser (ABS-rapporten)*

Under ledelse af det daværende Økonomi- og Erhvervsministerium blev der i april 2003 afgivet en embedsmandsrapport om almindelige betingelser for serviceydelser, ofte kaldet ABS-rapporten.⁶

Bilag 1 til rapporten vedrører udvalgte problemstillinger vedrørende medarbejderforhold, herunder kommunernes rammer for at fastsætte krav til løn- og ansættelsesforhold, når opgaver varetages af private aktører. På side 33-34 i bilag 1 fremgår:

"I det omfang dette må anses at være sagligt begrundet i kommunens varetagelse af hensynet til udførelsen af den opgave, som aftalen vedrører eller i et vist omfang andre opgaver, som kommunen lovligt kan varetage, kan en kommune således ved indgåelse af en aftale med en privat om udførelse af opgaver for kommunen lægge vægt på, hvilke løn- og ansættelsesvilkår den privates ansatte har under udførelsen af opgaver for kommunen.

Fagforenings- og organisationsmæssige interesser og hensyn til løn- og ansættelsesvilkår for ansatte hos kommunernes leverandører af varer og tjenesteydelser er imidlertid ikke lovlige hensyn, som kommunerne kan varetage.

[...]

Der kan som eksempler på hensyn, som kan være saglige, anføres, at en kommune – med henblik på at sikre at den private leverandør faktisk vil være i stand til at udføre den pågældende opgave i overensstemmelse med de krav til bl.a. kvaliteten i f.eks. borgerbetjeningen, pris og frister, som kommunen har fastsat – må antages lovligt at kunne lægge vægt på forhold som f.eks. arbejdsmiljø og personale- og ledelsesmæssige forhold hos leverandøren. Det må derfor ofte anses at være sagligt for kommunen at lægge vægt på forhold, som (også) vedrører løn- og arbejdsvilkår for kontraktpartens ansatte. Sådanne forhold kan eksempelvis vedrøre løn, informationsprocedurer i forhold til medarbejderne, arbejdets tilrettelæggelse, etablering af samarbejdsorganer og procedurer på personaleområdet, medarbejdernes kvalifikationer og efteruddannelse.

Hvorvidt det i det enkelte tilfælde er sagligt, at kommunen i forbindelse med en aftale stiller et bestemt krav eller ved valget af leverandør lægger vægt på et bestemt kriterium vedrørende medarbejderfor-

⁶ <http://www.evm.dk/resources/oem/static/publikationer/html/abservice/index.htm>

hold, afhænger imidlertid, som det fremgår af ovenstående, af en konkret vurdering af, hvorvidt hensynet til varetagelsen af den kommunale opgave – eller efter omstændighederne andre opgaver, som kommunen lovligt kan varetage – kan begrunde kravet eller kriteriet." (vores fremhævning)

Det vil således i henhold til rapporten ikke være sagligt, hvis Københavns Kommune fastsætter krav om visse løn- og ansættelsesvilkår ud fra et ønske om at varetage fagforenings- og organisationsmæssige interesser eller ud fra hensynet til de ansatte hos kommunernes leverandører. Derimod vil hensyn til leverandørens mulighed for at kunne udføre opgaven eller hensyn til kvalitet i ydelsen kunne udgøre en saglig begrundelse for at fastsætte sådanne krav.

4.4 **Sammenfattende om adgangen til at stille vilkår**

Det er på baggrund af ovenstående sammenfattende vores vurdering, at det ikke er muligt generelt for Københavns Kommune at stille krav til forpagtere om, at vedkommende skal tiltræde en kollektiv overenskomst.

Det er endvidere vores vurdering, at Københavns Kommune efter en konkret vurdering kan stille krav om, at forpagterens ansatte skal tilbydes løn- og ansættelsesvilkår, der ikke er mindre gunstige end de vilkår, der i almindelighed gælder inden for cafébranchen. Det er i så fald en betingelse, at kommunen herved lægger vægt på hensyn, som en kommune sagligt kan varetage, f.eks. hensynet til at sikre driften af caféen eller hensynet til kvalitet. Herudover skal kravet være proportionalt i forhold det hensyn, kommunen ønsker at tilgodese.

Henset til, at der er tale om en relativt kompleks retsstilling, delvist præget af noget ældre udtalelser, anbefaler vi, at kommunen, i det omfang man i en konkret sag agter at stille krav til en forpagter om at indgå eller iagttage overenskomstmæssige krav, beder statsforvaltningen om at forholde sig til sagen.

4.5 **Medarbejdere, som virksomhedsoverdrages**

For så vidt angår medarbejdere, der måtte blive overdraget fra en ansættelse i Københavns Kommune til at være ansat af forpagteren, vil forpagteren som følge af virksomhedsoverdragelsesloven være forpligtet til at tilbyde samme løn- og ansættelsesvilkår til de overdragne medarbejdere, som de har haft hos kommunen.

Da kommunen ifølge vores oplysninger ikke selv driver caféerne pt., vil denne situation ikke opstå. Derudover vedrører virksomhedsoverdragelseslovens pligt til at tilbyde samme vilkår som hidtil ikke Københavns Kommunes mulighed for at stille selvstændige krav om løn- og ansættelsesvilkår hos forpagteren. Reglerne i virksomhedsoverdragelsesloven beskrives derfor ikke nærmere her.

Hellerup, den 12. april 2013
Horten

Andreas Christensen

Line Markert