Notat

Dato: 6. september 2016

Til: Bestyrelsen

Fra: Administrationen

Kommunal deltagelse i erhvervsvirksomhed

Formål

Formålet med dette notat er at redegøre for rammerne for (fælles)kommunal deltagelse i erhvervsvirksomhed, herunder for, hvornår kommuner lovligt kan etablere og deltage i en erhvervsvirksomhed.

Mulighed for kommunal deltagelse i erhvervsvirksomhed

Som udgangspunkt gælder der et forbud mod at kommuner udøver handel, håndværk, industri og finansiel virksomhed. Dette udgangspunkt gælder uanset om aktiviteten udøves med formål at opnå fortjeneste eller ej. Forbuddet har blandt andet til hensigt at sikre, at der ikke sker konkurrenceforvridning.

Der findes imidlertid en række modifikationer til dette udgangspunkt, hvor de væsentligste fremgår nedenfor:

Produktion til eget brug

Kommuner kan på lovlig vis producere varer og tjenesteydelser til kommunalt forbrug. Det betyder blandt andet, at kommunen kan udføre vej- og parkopgaver eller kan drive et vaskeri, der vasker linned mv. til kommunens egne institutioner. Adgangen hertil er begrundet i hensynet til at udnytte de kommunale ressourcer på bedst mulig vis.

Kommunen har pligt til at handle økonomisk forsvarligt, hvorfor kommunen vil være udelukket fra at producere til eget brug, hvis dette vil være økonomisk urentabelt.

Salg af biproduktion

Ud fra en værdispildsbetragtning kan en kommune afsætte biprodukter på det frie marked. Opstår der et restprodukt fra en lovlig kommunal aktivitet, anses det ud fra et samfundsøkonomisk synspunkt for utilfredsstillende, hvis dette restprodukt blot skal kasseres.

Det er dog et krav, at biproduktet er opstået naturligt, tilfældigt og uundgåeligt som følge af en lovlig kommunal opgave. Endvidere er det et krav, at salget af biprodukter skal ske til markedspris – dette af hensyn til ikke at forvride konkurrencen i forhold til private samt på grund af forbuddet mod at yde støtte til enkeltpersoner.

Det er antaget, at det kan være nødvendigt at foretage en vis forarbejdning eller videreudvikling af det pågældende biprodukt (vare eller tjenesteydelse) for at gøre dette salgbart, men det forudsættes, at forarbejdningen ikke går længere end til det punkt, hvor produktet

er salgbart samt at biproduktet ikke viderebearbejdes så meget, at det bliver bestanddel af et nyt produkt.

Materialer, som modtages på en kommunal genbrugsstation, er at betragte som biprodukter, som lovligt kan afsættes. Kravet om en begrænset bearbejdning sætter en grænse for, hvor meget bearbejdning, der inden for rammerne af kommunalfuldmagten kan tillades af de genstande, som modtages på genbrugspladserne. Der kan dog inden for rammerne af kommunalfuldmagten foretages en bearbejdning i et omfang, der muliggør videresalg.

Salg af overskudskapacitet
Udgangspunktet er, at overskudskapacitet skal afhændes og ikke må udnyttes til at skaffe kommunen indtægter. Der findes dog en begrænset mulighed for at sælge overskudskapacitet på markedet ud fra værdispildsbetragtninger.

Der gælder det samme her som ved salg af biprodukter; der skal være tale om overskudskapacitet, som er opstået naturligt, tilfældigt og uundgåeligt som følge af en lovlig kommunal opgave. Samtidig er det er krav, at overskudskapaciteten ikke kan afskaffes (eksempelvis, hvis det af en eller anden grund ikke er muligt at producere mindre). Også når der er tale om overskudskapacitet skal salget ske til markedspris.

Ved afgørelsen af, om en kommune lovligt kan sælge overkapacitet, indgår det efter tilsynsmyndighedernes praksis som et element i afvejningen, om opgaven i øvrigt varetages på en rimelig måde af private erhvervsdrivende.

Accessorisk virksomhed
Accessorisk virksomhed er en selvstændig opgave, der i sig selv falder uden for kommunalfuldmagten, men som har en så nær og naturlig sammenhæng med en lovlig kommunal (hoved)opgave, at den alligevel accepteres som en hjemlet opgave i henhold til kommunalfuldmagten.

Adgangen til at udøve accessorisk virksomhed er meget begrænset og kan betegnes som en art sikkerhedsventil, som gør det muligt for kommunen at påtage sig en mindre supplerende opgave i særlige situationer.

Et typeeksempel på accessorisk virksomhed er en kommunal café i et kommunalt kulturhus eller en kommunalt ejet lufthavn. En kommune kan normalt ikke udøve restaurationsvirksomhed, men en café er et naturligt tilbehør til et musikhus og en lufthavn. Udøvelsen af accessorisk virksomhed må ikke gå længere end formålet tilsiger, og selve driften skal bortforpagtes på markedsvilkår i det omfang, det er muligt.

Opgaven skal være underordnet i forhold til den kommunale opgave og må som udgangspunkt ikke i forvejen varetages af private.

Kommunalfuldmagten
Kommuner må som nævnt ikke drive erhvervsvirksomhed, medmindre der er lovhjemmel til det. Forbuddet mod at drive kommunal erhvervsvirksomhed er dels begrundet i, at kommunerne har til opgave at udføre opgaver, der kommer almenvellet til gode, dels begrundet i et ønske om at undgå konkurrenceforvridning i forhold til den private sektor.

Der er særdeles snævre rammer for kommunal deltagelse i et offentligt/privat selskab i henhold til kommunalfuldmagtsreglerne. En kommune kan lovligt i henhold til kommunalfuldmagten deltage i et privatretligt selskab, hvis dette selskabs aktiviteter falder ind under, hvad den enkelte kommune selv kunne påtage sig som accessorisk virksomhed eller i henhold til reglerne om biproduktion samt salg af overskudskapacitet.

Det er ifølge tilsynsmyndighedernes praksis en betingelse for kommunal deltagelse, at selskabet udelukkende varetager lovlige kommunale opgaver. Selskabet må således alene varetage opgaver, som den eller de deltagende kommuner lovligt kan varetage i eget regi efter lovgivningen, herunder kommunalfuldmagten.

Overordnet set kan det fastlås, at kommuner ifølge de almindelige retsgrundsætninger om kommunernes opgavevaretagelse som udgangspunkt ikke kan udføre opgaver for andre offentlige myndigheder eller virksomheder eller deltage i andre virksomheder, medmindre der foreligger særlig hjemmel herfor.

En kommunes deltagelse i offentlig/private selskaber skal således enten have hjemmel i de såkaldte "kommunalfuldmagtsregler" eller have hjemmel i særlig lovgivning.

Offentlig-privat samarbejde

Offentlig-privat samarbejde (OPS) er en samlebetegnelse for en række forskellige typer af samarbejde mellem offentlige myndigheder og private virksomheder. Nogle af de mest almindelige OPS-typer er følgende:

Klassisk udbud
Klassisk udbud er velkendt i Reno Djurs-regi og omtales derfor ikke nærmere.

Offentlig-private partnerskaber (OPP)
OPP er en form for offentlig-privat samarbejde, der bl.a. er kendetegnet ved, at etablering, drift og vedligeholdelse sammentænkes i udbuddet af en offentlig investering, som regel i form at et bygge- og anlægsprojekt. OPP kan enten gennemføres med offentlig eller med privat finansiering. En OPP-kontrakt løber typisk over mellem 15 og 25 år. OPP kan give totaløkonomiske fordele, fordi den private leverandør har mulighed for at vælge de løsninger, der er mest effektive set på tværs af anlæg og vedligeholdelse over en længere periode. Samtidig indebærer OPP en systematisk funderet deling af risici, der har til formål at sikre at henholdsvis den offentlige og den private part bærer ansvaret for de risici, de hver især kan varetage bedst og billigt.

Offentlig-Private Innovationspartnerskaber (OPI)
Offentlig-private innovationspartnerskaber (OPI) er en samarbejdsform, hvor offentlige institutioner og private virksomheder som udviklingspartnere sammen udvikler nye innovative løsninger. Det særegne ved OPI-samarbejde sammenlignet med andre former for offentlig-privat samarbejde er, at relationen mellem deltagerne ikke kan karakteriseres som et aftager/leverandør-forhold med henblik på levering af en kendt løsning. Deltagerne er derimod udviklingspartnere, der sammen udforsker nye innovative løsninger på fælles definerede problemer. Der findes ikke én måde at organisere et OPI-samarbejde på; der er eksempler på både store velstrukturerede OPI-programmer og på små lokalt forankrede OPI-projekter.

Fælles selskaber (L548-selskaber)
Lov 548 (Lov om kommuners udførelse af opgaver for andre offentlige myndigheder og kommuners og regioners deltagelse i selskaber) har til formål at fremme offentligt/privat samspil på områder, hvor der reelt kun er offentlige udførere, og hvor mulighederne for udlicitering derfor er begrænsede.

Kernen i samarbejdsformen efter lov 548 er, at en kommune går sammen med en eller flere private virksomheder om at etablere et selskab, der kan markedsgøre og sælge kommunal knowhow – og samtidig få løst en række kommunale serviceopgaver. Der er altså tale om et selskab, der er oprettet med det formål, at sælge produkter eller serviceydelser, der bygger på en viden, oparbejdet i kommunen i forbindelse med løsningen af kommunale opgaver.

Loven kan anvendes, når hverken anden lovgivning eller kommunalfuldmagten giver kommuner eller regioner mulighed for at udføre en konkret opgave i selskabsregi.

Et selskab efter Lov 548 kan løse opgaver for henholdsvis kommuner og regioner, givet at selskabet har vundet et udbud. Dette gælder også i forhold til løsning af opgaver for netop den kommune eller region, som deltager i selskabet. Såfremt en kommune eller region ønsker at deltage i et selskab netop med henblik på at få løst nogle opgaver af dette selskab, må kommunen eller regionen altså lave et samlet udbud af opgaverne og etableringen af selskab.

I øvrigt gælder følgende:

- Opgaven, der skal udføres af selskabet, må ikke tidligere have været overladt til private, medmindre særlige omstændigheder taler herfor
- Selskabet må ikke drive anden virksomhed end den som opgaven angår
- Kommunen hhv. regionen må ikke have bestemmende indflydelse i selskabet
- Kommuner og regioner kan kun deltage finansielt og ledelsesmæssigt i aktieselskaber, anpartsselskaber og andre virksomheder med begrænset ansvar
- De private ejere af selskabet skal som minimum besidde 25 pct. af selskabets kapital og stemmerettigheder
- Selskabets omsætning, der stammer fra salg til andre end kommuner/regioner, må højest andrage 50 pct. vurderet gennemsnitligt over tre år