

fra at overlade det til et kommunalt aktieselskab eller en anden privat aktør at udføre en opgave, der har karakter af faktisk forvaltningsvirksomhed.

Case: Madproduktion til ældre

Det er en myndighedsopgave at træffe afgørelse om, hvorvidt den ældre skal visiteres til at få bragt mad ud. Afgørelsen skal træffes af kommunen og kan ikke delegeres til en anden aktør, herunder et kommunalt aktieselskab.

Derimod kan det overlades til en privat aktør – herunder et kommunalt aktieselskab – at producere og levere maden.¹³

Konsekvenser. De fleste kommunale opgaveområder indeholder både myndighedsudøvelse og faktisk forvaltningsvirksomhed. Da en kommune ikke må overlade myndighedsopgaver til et kommunalt aktieselskab, medmindre der er lovhjemmel, er kommunen forud for udskillelsen af opgaven i et kommunalt aktieselskab nødt til at gennemgå opgaverne og lægge et snit, så myndighedsopgaverne forbliver i kommunen, og kun driftsopgaver overlades til aktieselskabet. Denne afgrænsning vil bl.a. få betydning for, hvor mange og hvilke medarbejdere der skal overgå til ansættelse i aktieselskabet, se afsnit 2.7 og 3.6.

2.3 Det juridiske grundlag for selskabet

Kommuner skal have et juridisk grundlag – hjemmel – for at udføre en konkret opgave.

I modsætning til private, der alene begrænses af lovgivningsmæssige forbud, kan kommunerne ikke løse opgaver, medmindre enten den skrevne lovgivning eller de uskrevne kommunalretlige grundsætninger giver mulighed for det.

Kravet om hjemmel gælder også for kommunens overdragelse af opgaver til og ejerskab af et selskab, jf. nedenfor om mellemledsgrundsætningen. Det betyder blandt andet, at en kommune må overveje, om der er det nødvendige juridiske grundlag for, at kommunen kan være (med)ejer af et aktieselskab.

13. Om organiseringen af madproduktion i tværkommunalt samarbejde, se Social- og Indenrigsministeriets udtalelse af 31. oktober 2019.

Retsgrundlaget er bl.a. afgørende for, om kommunen kan eje selskabet alene, om der skal være en privat medejer, og ikke mindst hvilke aktiviteter selskabet kan udføre.

“Mellemledsgrundsætningen”. Kravet om hjemmel gælder også, hvis en kommune udfører en opgave gennem et kommunalt aktieselskab. En kommune kan således ikke udvide kredsen af lovlige opgaver ved at indskyde et led mellem kommunen og udførelsen af opgaven, fx ved at opgaven udføres af et kommunalt aktieselskab. Dette princip kaldes “mellemledsgrundsætningen”.

Mellemledsgrundsætningen gælder også for et kommunalt aktieselskabs eventuelle datterselskaber. Et datterselskab vil derfor heller ikke kunne udføre opgaver, som kommunen ikke selv ville kunne påtage sig.

Eksempel: Vej og Park A/S

To kommuner ejer aktieselskabet Vej & Park A/S. Selskabet sælger vej- og parkydelser til ejerkommunerne.

Da kommuner som udgangspunkt ikke må udøve erhvervsvirksomhed, herunder ved at sælge ydelser til private eller andre myndigheder, må Vej & Park A/S heller ikke sælge sine ydelser (fx græsslåning, fliselægning mv.) til private borgere og virksomheder eller andre kommuner. Hvis selskabet opretter et datterselskab, kan datterselskabet heller ikke udføre opgaver for andre end ejerne.

Mellemledsgrundsætningen fraviges, når den skrevne lovgivning giver mulighed for, at et kommunalt aktieselskab kan udføre opgaver, som en kommune ikke kan udføre, se fx lov om fjernkøling og vandsektorloven, der indebærer, at visse opgaver alene kan udføres i selskabsform, og derfor ikke lovligt ville kunne løses af en kommune.

Tre mulige retsgrundlag. Der er tre forskellige former for juridisk grundlag, der kan give kommunen hjemmel til at eje et aktieselskab:

- en sektorlov
- de uskrevne kommunalfuldmagtsregler
- lov 548 om kommuners deltagelse i selskaber mv.

Det juridiske grundlag er styrende ikke kun for kommunens ejerskab af selskabet, men også for selskabet, herunder hvilke typer opgaver det

kan udføre, og hvilke kunder det kan have. Retsgrundlaget er således afgørende for både kommune og selskab.¹⁴

Konsekvenserne, hvis kommunens ejerskab er reguleret af en sektorlov

De fleste sektorlove regulerer ikke, hvilket regi en opgave kan løses i. Dette ses fx i miljøbeskyttelsesloven, der giver kommuner ansvaret for, at en række opgaver på affaldsområdet løses, men ikke tager stilling til, om dette kan ske i selskabsform.¹⁵

Hvis en sektorlov giver hjemmel til at udføre en opgave, men hverken udtrykkeligt eller forudsætningsvist regulerer, hvilket regi opgaven udføres i, må det vurderes ud fra de uskrevne retsgrundsætninger, om opgaven kan udføres i et kommunalt aktieselskab og i så fald betingelserne herfor.

Lovgivningen regulerer kun sjældent udtrykkeligt, om opgaver kan udføres i kommunale aktieselskaber. Der kan spores en tendens til, at nyere lovgivning hyppigere indeholder en nærmere regulering af, hvordan en konkret opgave kan organiseres. Et eksempel herpå er erhvervsfremmeloven, hvor det i § 14, stk. 8, udtrykkeligt fremgår, at erhvervsfremmeopgaverne kan udføres i kommunalt regi eller i selvstændige juridiske enheder.

Love, der indeholder en sådan regulering, synes også at være langt mere detaljerede end tidligere, hvilket fx kan ses, hvis man sammenligner den oprindelige havnelov fra 1999 med de senere ændringer, der er gennemført, fx ændring ved lov nr. 283 af 27. marts 2012 om udvidelse af havnenes forretningsmuligheder.

Valgfrihed. I en række tilfælde giver lovgivningen mulighed for at udøve den ønskede aktivitet i selskabsform, uden at kommunen er afskåret fra at udøve aktiviteten i kommunalt regi. Der er i disse tilfælde valgfrihed, og kommunen må da overveje, hvilken placering af aktiviteten der bedst indfrier kommunens ønsker til udførelse af opgaven.

14. Deltager en kommune via et selskab i en aktivitet, som der ikke er hjemmel til at deltage i, kan det kommunale tilsyn afgive en vejledende udtalelse herom. Kommunen kan i lyset heraf enten udtræde af selskabet, eller selskabet kan tilpasse sine aktiviteter, så kommunen lovligt kan fortsætte som ejer. Retter kommunen ikke for sig, kan tilsynet ultimativt bringe reglerne i kommunestyrelsenslovens kapitel VI, herunder bestemmelsen om tvangsbøder, i anvendelse.

15. Jf. miljøbeskyttelseslovens § 45. Det følger dog af § 49, at miljøministeren kan pålægge kommunerne at oprette/deltage i § 60-fællesskaber på affaldshåndteringsområdet, og af § 50, at anlæg for deponering af affald (lossepladser), der er etableret efter 1. januar 1992, kun må ejes af offentlige myndigheder. Et kommunalt aktieselskab må derfor ikke eje en losseplads omfattet af denne regel.

I visse tilfælde pålægges kommunen en bestemt organiseringsform, hvis opgaven ikke løses i kommunalt regi. Lovgivningen vil da typisk anvende begrebet “selskaber med begrænset hæftelse”,¹⁶ hvilket omfatter både aktie- og anpartsselskaber og andre selskabsformer med begrænset hæftelse.

Havneloven

Havnelovens § 6 giver mulighed for at drive en havn bl.a. i kommunalt regi, som kommunal selvstyrehavn eller som helt eller delvist kommunalt ejet aktieselskab.

Loven fastlægger udtrykkeligt, hvilke opgaver der kan udføres i havnene afhængigt af deres organiseringsform. For så vidt angår de kommunale aktieselskabshavne, følger det eksempelvis af havnelovens § 10, stk. 3, at disse havne kan udføre blandt andet havnerelateret operatørvirksomhed.

Hvis en havn derimod er privat ejet, er den ikke begrænset i sine aktiviteter, se lovens § 11.

Krav om drift i selskab. Hvis der i lovgivningen er krav om, at aktiviteten skal udøves i selskabsform, er kommunen afskåret fra at udøve aktiviteten i kommunalt regi. Det gælder fx inden for vand- og spildevandsområdet, hvor kommunerne som følge af vandsektorlovens § 15 ikke længere kan udøve vand- og spildevandsforsyning i kommunalt regi. Loven indebærer, at kommunerne senest med virkning fra 1. januar 2010 skulle udskille deres vand- og spildevandsforsyninger til aktie- eller anpartsselskaber. Myndighedsopgaverne udføres fortsat af kommunerne, mens driften nu varetages af vand- og spildevandsselskaberne.

En sektorlov kan således give kommunen hjemmel til at eje et aktieselskab, der udfører opgaver, som kommunen ikke selv kan udføre.

Aktivitetsbegrænsninger. Der vil ikke være ubegrænset adgang til at udføre aktiviteter i et kommunalt aktieselskab. Selskabets aktiviteter afgrænses af sektorloven – og i det omfang denne ikke er udtømmende også af de uskrevne kommunalfuldmagtsregler. Begrænsningerne kan være en direkte regulering af de lovlige aktiviteter, eventuelt kombineret med mere indirekte regulering af takster eller regler om modregning

16. Se fx lov om kommunal fjernkøling, der i § 3 giver valgfrihed mellem de forskellige selskabsformer med begrænset hæftelse.

i ejerkommunens bloktilskud. Eksempelvis er vandselskabernes mulighed for at udøve tilknyttet virksomhed ganske snævert afgrænset i en bekendtgørelse herom. Håndhævelsen af aktivitetsbegrænsningen sker bl.a. gennem den såkaldte ”stoplov”, der medfører, at ejerkommunen kan blive modregnet i bloktilskuddet, hvis den ejer et vandselskab, der udøver ikke-lovlige aktiviteter. Spørgsmålet om selskabets aktiviteter er nærmere beskrevet i kapitel 4.1.

Krav om særskilte selskaber. En sektorlov kan indeholde krav om, at visse aktiviteter ikke kan udøves af det direkte kommunalt ejede selskab, men skal udøves i et datterselskab.

Et krav om udskillelse i særskilte selskaber ses ofte i forbindelse med tilknyttede aktiviteter. Eksempelvis kan kommunale aktieselskabshavne alene udføre de tilknyttede aktiviteter, der er omfattet af havnelovens § 10, stk. 4, hvis aktiviteterne udskilles fra den øvrige havnedrift i et selvstændigt selskab, se lovens § 10, stk. 9. Tilsvarende gør lov om kommunal fjernkøling det muligt for kommuner, der ejer fjernvarmevirksomheder, at etablere fjernkølingsanlæg under forudsætning af, at dette sker i selskaber med begrænset ansvar.

Herudover indeholder vandsektorloven krav om, at tilknyttet virksomhed skal udøves i et selvstændigt selskab med begrænset ansvar, hvis den samlede omsætning med disse aktiviteter overstiger 2 mio. kr. om året, jf. lovens § 18, stk. 1. Beløbet reguleres i overensstemmelse med § 18, stk. 2. Er omsætningen mindre end dette, kan aktiviteten udøves i vandselskabet, blot der sker en regnskabsmæssig adskillelse af vandforsyningsaktiviteterne og andre aktiviteter.

Erhvervs-mæssig aktivitet. En sektorlov kan give kommunerne hjemmel til, at et kommunalt aktieselskab kan drives med henblik på at generere et overskud, se fx § 10, stk. 1, i havneloven. Det fremgår heraf, at en havn, der drives som kommunalt ejet aktieselskab, er en erhvervsdrivende virksomhed. Af forarbejderne fremgår udtrykkeligt, at dette indebærer, at havnens formål er at drive virksomhed med overskud.¹⁷

- En sektorlov kan udvide aktivitetsområdet for et kommunalt aktieselskab i forhold til, hvis kommunen udfører opgaven i eget regi.

17. Se de særlige bemærkninger til § 10 i lovforslag nr. 162 om ændring af havneloven som fremsat 20. januar 1999.

- Aktivitetsområde for et kommunalt aktieselskab, der er reguleret af en sektorlov, vil være afgrænset i sektorloven, og selskabet kan være tvunget til at udskille tilknyttede aktiviteter i et selvstændigt (datter)selskab.
- En sektorlov indebærer derfor oftest, at kommunale aktieselskaber er underlagt begrænsninger sammenlignet med privatejede aktieselskaber.

Konsekvenserne, hvis kommunens ejerskab er reguleret af kommunalfuldmagten

Hvis en sektorlov ikke giver udtrykkelig hjemmel til, at en kommune kan udføre en opgave i aktieselskabsregi, må det undersøges, om kommunalfuldmagten indeholder hjemmel til at udføre opgaven. De uskrevne retsgrundsætninger om kommunalfuldmagten viger for sektorlovgivning, men går forud for lov 548 som hjemmelsgrundlag.¹⁸

Kommunalfuldmagten er en række uskrevne retsgrundsætninger, der giver kommunerne mulighed for at udføre en bred vifte af opgaver.

Følgende fem krav skal være opfyldt, for at kommunens deltagelse i et selskab er lovlig under henvisning til kommunalfuldmagtsreglerne:

1. Lovgivningen må ikke være til hinder for, at opgaven løses i selskabsform.
2. Selskabet må udelukkende varetage lovlige kommunale opgaver.
3. Selskabet må kun udøve erhvervsaktivitet, hvis der er tale om produktion til eget brug, biproduktion, overkapacitet, accessorisk virksomhed eller forsyningsvirksomhed.
4. Selskabet må ikke have et egentligt erhvervsøkonomisk formål.
5. En enkelt kommune må ikke have bestemmende indflydelse i selskabet, medmindre selskabet forarbejder og sælger biprodukter eller udøver forsyningsvirksomhed.

I det følgende beskrives de fem grundlæggende krav til kommunalt ejede selskaber, som følger af de uskrevne grundsætninger om kommunalfuldmagten.¹⁹

18. Jf. lovforslaget til lov 548, se bemærkningerne til § 1. Erhvervsstyrelsen har i forbindelse med de tidligere årlige redegørelser vedrørende den kommunale deltagelse i selskaber anført, at det efter styrelsens vurdering ikke kan udelukkes, at både kommunalfuldmagtsreglerne og lov 548 kan bringes i anvendelse for samme selskab.

19. Økonomi- og Indenrigsministeriet sendte den 11. marts 2019 et udkast til lovforslag om kommunal og regional erhvervsvirksomhed i høring. Det ville indebære en

1. betingelse: Ikke hindring i lovgivningen. Det følger af ulovfæstede retsgrundsætninger, at det kræver lovhjemmel at overlade det til andre, herunder et kommunalt aktieselskab, at udføre myndighedsopgaver, se ovenfor afsnit 2.2. For så vidt angår drift (faktisk forvaltningsmyndighed) fremgår det til tider af lovgivningen, at kommunen ikke må overlade det til private at udføre disse opgaver. Et kommunalt aktieselskab anses i denne sammenhæng som en privat. Det afhænger af almindelig lovfortolkning, om en konkret lov indeholder et sådant forbud. Forbudet kan fremgå udtrykkeligt af lovens ordlyd, af bemærkningerne til lovforslaget, eller loven må forstås sådan, at den udtømmende regulerer, hvem der kan udføre opgaven.

2. betingelse: En lovlig kommunal opgave. Kommunalfuldmagten giver kommunerne hjemmel til at udføre opgaver, der tager sigte på at imødekomme borgerens fælles interesser. En kommune må fx forestå driften af parker og veje, vedligeholde kommunens faste ejendomme samt varetage kulturelle opgaver. For at en kommune lovligt kan udføre en opgave, skal den – i hvert fald i det væsentligste – opfylde følgende kriterier:

- **Almennytteskriteriet:** Opgaven skal have en almenyttig karakter, dvs. at den skal komme alle kommunens borgere eller en sagligt afgrænset kreds til gode. En udløber af almenytteskriteriet er, at støtte, der er begrundet i hensynet til enkeltpersoner eller enkelte virksomheder, kræver hjemmel.²⁰
- **Lokalitetsprincippet:** Løsningen af opgaven skal hovedsageligt komme kommunen eller dens borgere til gode.²¹

lovfæstelse af de uskrevne kommunalfuldmagtsregler og myndighedsfuldmagtsregler for så vidt angår erhvervsaktivitet. Udkastet indeholder væsentlige bidrag til forståelsen af grundsætningerne om kommunal (og regional) erhvervsaktivitet, men er ikke blevet fremsat i Folketinget.

20. Se fx nærmere om dette i udkast til lovforslaget om kommunal og regional erhvervsaktivitet pkt. 3.1.1.5.1.

21. Til tider formuleres denne grundsætning omvendt, og giver dermed videre rammer, sådan at kommuner ”ikke kan varetage eller støtte opgaver, der alene eller i det væsentligste er af interesse for borgere udenfor kommunen”, se fx Statsforvaltningen Hovedstadens udtalelse af 27. februar 2007 om muligheden for at opkøbe arealer i Sverige for at etablere kolonihaver. Lokalitetsprincippet antages ofte at gælde som baggrundsret, også hvor der er sektorlovgivning. I havneloven fraviges det dog udtrykkeligt i § 10, stk. 10, der giver kommunale aktieselskabshavne mulighed for at foretage investeringer i udenlandske havne. Endvidere har Statsforvaltningen den 22. juni 2015 udtalt, at lokalitetsprincippet ikke er til hinder for at etablere en multiforsyning, hvori ejerkommunerne ikke indskyder samme forsyningsarter.