



KOMMUNE- STYRELSESLOVENS § 2

Guide til indgåelse og fortolkning
af driftsoverenskomster





INDHOLD

.....

BAGGRUND FOR HÅNDBOGEN 3

IN-HOUSE REGLEN OG KOMMUNESTYRELSESLOVEN 3

DEN SELVEJENDE INSTITUTION 6

BESTEMMENDE INDFLYDELSE 7

KOMMUNESTYRELSESLOVENS § 2 7

HVORNÅR UDØVES BESTEMMENDE INDFLYDELSE? 7

548-LOVEN 8

IN-HOUSE REGLEN 8

SAMMENFATNING OM BESTEMMENDE INDFLYDELSE 9

DRIFTSOVERENSKOMSTENS BESTEMMELSER 10

MANGLENDE OPFYLDELSE AF IN-HOUSE REGLEN 10

VEDTÆGTSÆNDRINGER 10

KOMMUNENS ÆNDRINGER AF OPGAVEVARETAGELSEN 11

ØVRIG KOMMUNAL INDFLYDELSE 13

ER SELVEJENDE INSTITUTIONER UDBUDSPLIGTIGE, NÅR DE KØBER IND? 19

FODNOTER 19





BAGGRUND FOR HÅNDBOGEN

Når en kommune indgår en driftsoverenskomst med en selvejende institution om varetagelse af kommunale serviceydelser, er der to betingelser, der skal være opfyldt

1. Institutionen må ifølge driftsoverenskomsten alene varetage opgaver, som kommunen selv kan varetage, og
2. Lovgivningen må ikke være til hinder for, at opgaven udføres uden for det kommunale system.

De aktiviteter, der varetages under en driftsoverenskomst, skal alle opfylde disse kriterier.

På nuværende tidspunkt (december 2013) er det således, at der ikke som tidligere (efter tilbudsloven) er en pligt til at annoncere de indkøb som det offentlige foretager hos selvejende institutioner. Det skyldes, at tilbudslovens bestemmelser er ophævet og foreløbigt ikke erstattet af et andet annonceringskrav. Som det ser ud nu, vil det nye udbudsdirektiv dog indføre en light udbudsmodel for disse ydelser, når indkøbet overstiger 750.000 euro.

Om nærværende materiale skal det i øvrigt bemærkes, at det er udarbejdet med særlig fokus på de driftsoverenskomster der er indgået mellem kommuner og selvejende institutioner på ældreområdet. Principperne omkring kommunestyrelseslovens § 2 og in-house regler er naturligvis gældende på alle områder, men de udarbejdede forslag til formuleringer knytter sig primært til den praksis, der er udviklet på ældreområdet.

¹ IN-HOUSE REGLEN OG KOMMUNESTYRELSESLOVEN

Der kan lovligt "købes ind" hos de selvejende institutioner uden annoncering, når de er omfattet af den såkaldte in-house regel. Den regel er skrevet ind i de nye udbudsdirektiver, som er på trapperne. Når en institution er omfattet af in-house reglen, kan en kommune undlade at annoncere indkøbet, så længe kommunen overholder kriterierne for at anvende in-house reglen, eksempelvis skal kommunen føre en vis form for kontrol med institutionen.

Konkurrencestyrelsen udsendte i 2010 et notat om in-house reglens betydning for indgåelse af aftaler med selvejende institutioner.

Tiden har vist, at kontrolelementer i driftsoverenskomsterne er opstrammet betydeligt. Modstykket til in-house reglen er kommunestyrelseslovens § 2.

En kommune må ikke udskille en opgave til en selvejende institution og samtidig bevare rådigheden over opgavevaretagelsen ved at have bestemmende indflydelse på institutionen, jf. kommunestyrelsesloven § 2

Når en opgave udskilles til en selvejende institution er opgavevaretagelse som udgangspunkt ikke længere omfattet af de offentligretlige regler, herunder forvaltningsloven og retsikkerhedsloven, og kommunalbestyrelsen bringes uden for indflydelse direkte på opgavevaretagelsen.



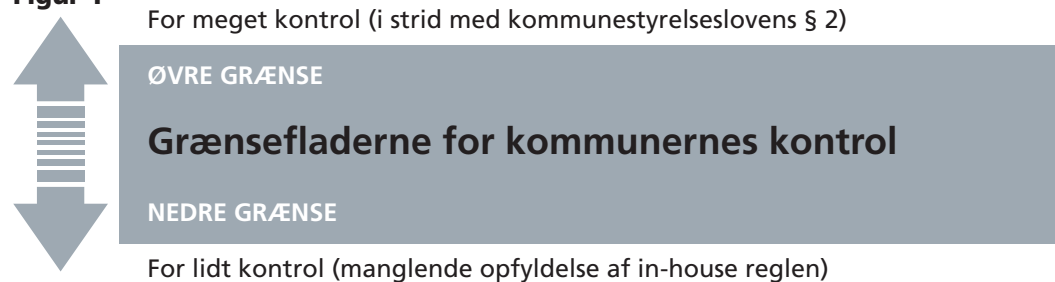
Der er derfor grænser for det tilsyn og den kontrol, kommunen kan føre med en selvejende institution, der har overtaget varetagelsen af en konkret opgave.

Der er desværre en tendens til, at kommunerne i vidt omgang ønsker at bevare en betydelig indflydelse på opgavevaretagelsen, selvom den er udlagt til en selvejende institution. Dette kan til dels begrundes i, at kommunen efter in-house reglen er forpligtet til at føre en form for kontrol med selvejende institutioner for at undgå udbud eller annoncering af opgaven. Men den kontrol skal imidlertid være så begrænset, at den ikke samtidig udgør et brud på kommunestyrelseslovens § 2, forbud om bestemmende indflydelse.

Opretholdes en fuldstændig kontrol over den selvejende institutions opgavevaretagelse med det formål at sikre, at opgaven i enhver henseende løses i overensstemmelse med kommunens til enhver tid gældende retningslinjer, kan det indebære, at det er i strid med kommunestyrelseslovens § 2, da der reelt set ikke er overladt nogen råderet til den selvejende institution. I en sådan situation kunne det være hensigtsmæssigt at lade kommunen definere, hvilket råderum der er overladt til den selvejende institution.

Selveje Danmark og Dansk Erhverv har på baggrund af ovenstående problemstilling opdateret og videreudviklet Advokatfirmaet Rønne & Lundgrens håndbog om kommunestyrelseslovens § 2. Vedrørende anvendelse af in-house reglen henvises til konkurrence- og forbrugerstyrelsens udtalelse herom, samt de nye regler som netop er ved at blive fastlagt i det nye udbudsdirektiv. Disse vil konkret opliste betingelserne for at være omfattet af in-house reglen.

Denne guide beskæftiger sig med de øvre grænser for, hvor omfattende kontrollen fra kommunens side må være uden at den strider mod kommunestyrelseslovens § 2, jf. figur 1 nedenfor. Det er naturligvis indenfor disse rammer til forhandling mellem den enkelte kommune og selvejende institution, hvor omfattende kommunens kontrol skal være. Der er således ikke på forhånd givet en model for hvordan f.eks. driftsoverenskomster skal se ud, selvom mange kommuner anvender en standard. Det er således kommunens egen standard, der kan forhandles.

Figur 1

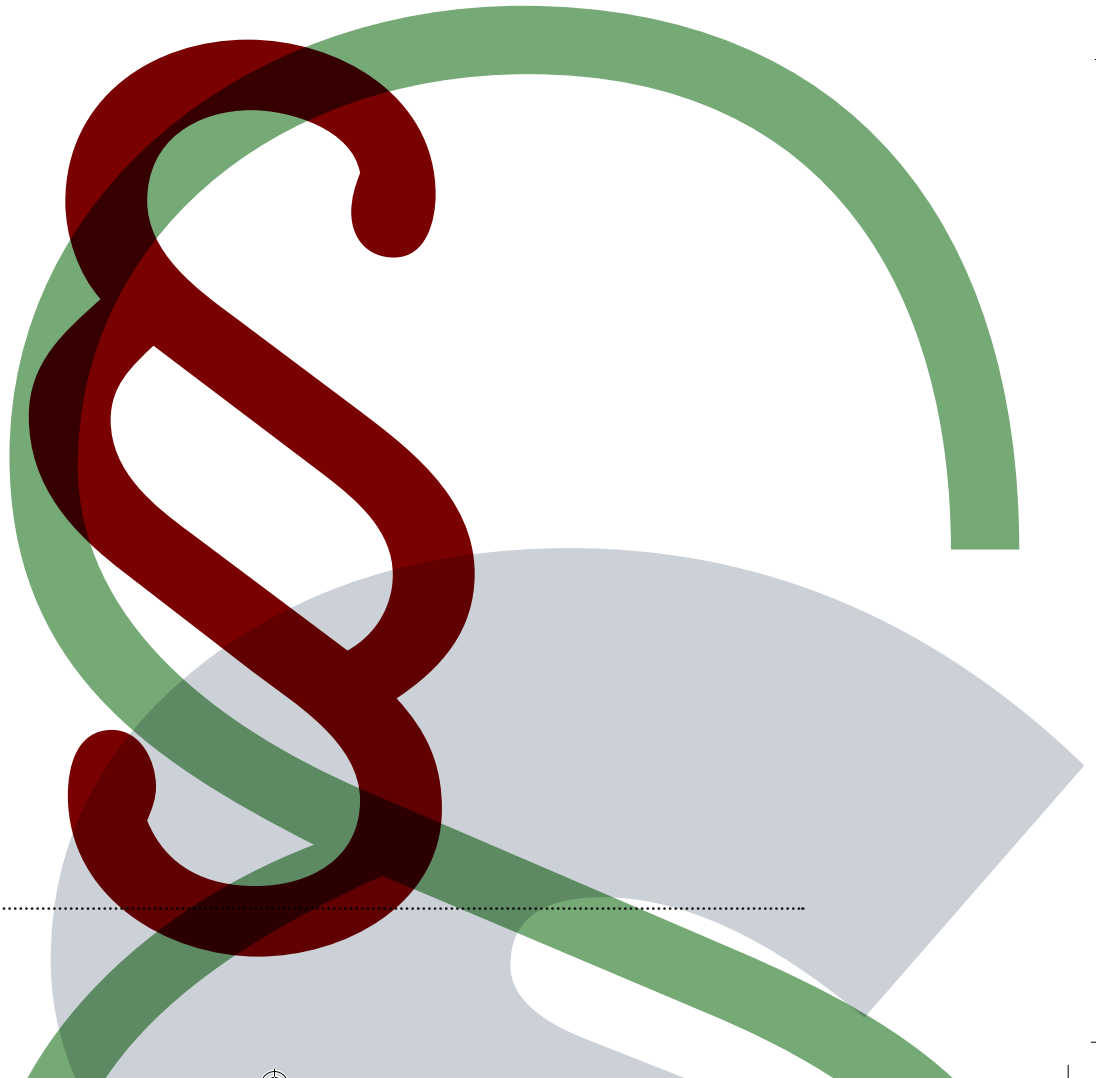


Guiden kan anvendes ved indgåelse af nye driftsoverenskomster samt ved ændringer i og fornyelse af eksisterende driftsoverenskomster.

Tekst med rød og grøn skrift

I kapitlet "Driftsoverenskomstens bestemmelser" er der eksempler på bestemmelser fra driftsoverenskomster. Bestemmelserne er angivet i anonymiseret form. De bestemmelser, der potentielt kan overstige den øvre grænse for kontrol efter kommunestyrelseslovens § 2 er anført med **rød skrift**. Forslag til bestemmelser, der er i overensstemmelse med såvel in-house reglen som kommunestyrelsesloven, er anført med **grøn skrift**. En enkelt bestemmelse (rød bestemmelse) kan være problematisk i forhold til kommunestyrelseslovens § 2, hvis bestemmelsen medfører så omfattende kontrol, at kommunen reelt har bevaret opgavevaretagelsen.

Det forhold, at en driftsoverenskomst indeholder en eller flere bestemmelser, der potentielt overstiger den øvre grænse for kontrol (røde bestemmelser), medfører dog ikke i sig selv, at driftsoverenskomsten er i strid med kommunestyrelseslovens § 2. Der må i hvert tilfælde foretages en konkret, samlet vurdering.





DEN SELVEJENDE INSTITUTION

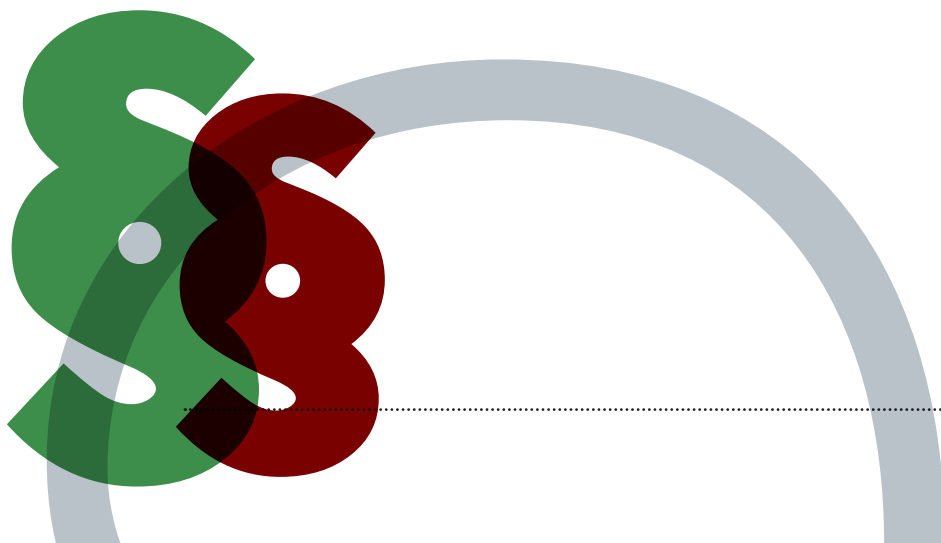
Kendetegnende for en selvejende institution er, at

- Institutionens formue uigenkaldeligt er udskilt fra såvel stifternes og indskydernes formue som fra den kommunale formue.
- Institutionen i sin vedtægt har fastlagt et eller flere særskilte formål, som ofte er af almen interesse.
- Institutionen er non-profit derved at den geninvesterer sit eventuelle overskud i formålet.
- Institutionen er et selvstændigt retssubjekt, som således indgår aftaler i eget navn og forpligter sin formue.
- Institutionen er organisatorisk autonom med bestyrelsen som øverste myndighed, det vil sige uden medlemmer eller andre interessenter, som via en generalforsamling eller lignende er overordnet bestyrelsen.
- Ledelsesretten ligger entydigt hos ledelsen af den selvejende institution.
- Ingen udenfor fysisk eller juridisk person udenfor den selvejende institution har ejendomsretten til institutionens formue, hvilket vil sige, at ejendomsretten til institutionens formue tilkommer institutionen som sådan.

En selvejende institution ejer således sig selv i såvel juridisk som økonomisk forstand. En stor andel af de selvejende institutioner er derfor etableret som erhvervsdrivende fonde, undtagelsesfonde eller som selskaber 100 procent ejet af fonde.

Når en selvejende institution indgår en driftsoverenskomst med en kommune, vil der være tale om to selvstændige parter. Den selvejende institution er således ikke én del af kommunen eller en selvstændig enhed under kommunen, men en selvstændig samarbejdspart.

Konsekvensen af, at en selvejende institution ikke er og heller ikke skal betragtes som en kommunal enhed er eksempelvis, at økonomiske forpligtelser overfor institutionens ansatte påhviler institutionen og ikke kommunen. Dette har en særlig betydning ved driftsoverenskomsten etablering og ophør², men også under driftsoverenskomsten forløb. Det kan eksempelvis være i relation til ansvaret for feriepengeforpligtigelsen i forbindelse med etablering eller medarbejdernes almindelige rettigheder³.





BESTEMMENDE INDFLYDELSE

Kommunestyrelseslovens § 2 indeholder et forbud mod, at en kommune udlægger en opgave og samtidig bevarer "bestemmende indflydelse" over opgaven.

Begrebet "bestemmende indflydelse" er tillige anvendt i forbindelse med in-house reglen samt i lovgivningen. Nedenfor redegøres nærmere for denne anvendelse af begrebet i andre sammenhænge, og hvorvidt der herfra kan hentes inspiration ved vurderingen af omfanget af bestemmende indflydelse efter kommunestyrelseslovens § 2.

KOMMUNESTYRELSESLOVENS § 2

Det fremgår af kommunestyrelseslovens § 2, at

"Kommunernes anliggender styres af kommunalbestyrelser (...)".

Kommunestyrelsesloven § 2 fortolkes efter en fast ministeriel praksis således, at en kommune normalt ikke kan udskille en opgave til en selvejende institution og samtidig bevare rådigheden over opgavevaretagelsen⁴. Kunne en kommune det, ville beslutninger truffet af kommunen gennem sådanne konstruktioner, kunne bringes udenfor blandt andet forvaltningsloven.

Den faste ministerielle praksis er efterfølgende støttet i en landsretsafgørelse fra 2009⁵, hvori landsretten slog fast, at en kommunalbestyrelse som udgangspunkt ikke må drive kommunal virksomhed i en erhvervsdrivende fond og samtidig bevare rådigheden over opgavevaretagelsen. Landsretten fastslog endvidere i afgørelsen, at det forhold, at kommunalbestyrelsen kan udpege og genudpege – eller undlade at udpege og genudpege – medlemmer i bestyrelser, og at et flertal af bestyrelsesmedlemmerne vælges af kommunalbestyrelsen blandt dennes medlemmer, gør, at kommunalbestyrelsen har rådighed over opgavevaretagelsen, i strid med kommunestyrelsesloven § 2.

Det afgørende i sagen var ikke, hvorvidt kommunebestyrelsen benyttede muligheden for at udpege og genudpege bestyrelsesmedlemmer, men derimod at de havde muligheden for at gøre det.

HVORNÅR UDØVES BESTEMMENDE INDFLYDELSE?

Som tidligere anført indebærer kommunestyrelseslovens § 2 et forbud mod at udlægge en opgave til en selvejende institution og samtidig bevare den bestemmende indflydelse på opgaven.

Bestemmende indflydelse foreligger, når kommunen ifølge driftsoverenskomst eller vedtægter er berettiget til at udpege mere end halvdelen af medlemmerne i den selvejende institutions bestyrelse.

Bestemmende indflydelse efter kommunestyrelseslovens § 2 handler imidlertid ikke alene om bestyrelsesflertal, men også om andre for former indflydelse.

I det omfang kommunen besidder stemmeandele på mere end 50 %, vil kommunen have en bestemmende indflydelse i strid med kommunestyrelseslovens § 2.





Ligeledes vil det være i strid med kommunestyrelseslovens § 2, hvis kommunen har den bestemmende indflydelse på den daglige varetagelse af opgaven i den selvejende institution, idet der således reelt ingen forskel er på den situation, hvor kommunen selv har fuld rådighed over opgaven og udfører denne.

548-LOVEN

Efter lov nr. 548 af 8. juni 2006 om kommunens udførelse af opgaver for andre offentlige myndigheder og kommuners og regioners deltagelse i selskaber (548-loven) må en kommune ikke have en bestemmende indflydelse i et selskab, hvori kommunen har en ejerandel.

Det fremgår af 548-lovens § 3 stk. 4., at

”En kommune eller region må ikke ved sin deltagelse i selskaber efter denne lov opnå bestemmende indflydelse”.

Af forarbejderne til bestemmelserne⁶ fremgår:

”Efter de gældende regler i lov om kommuners og amtskommuners samarbejde med aktieselskaber må den enkelte kommune ikke have bestemmende indflydelse i et selskab omfattet af loven (...). Herved sikres, at kommunalbestyrelsen ikke bevarer rådigheden over en fra kommunen udskilt opgave og herved bringer sin virksomhed uden for reglerne i styrelseslovgivningen og den øvrige lovgivning, der gælder for kommunal forvaltning. Kommunen/regionen vil have bestemmende indflydelse i et aktie- eller anpartsselskab, såfremt kommunen/regionen besidder mere end 50 % af aktierne, eller hvis kommunen/regionen på anden måde, f.eks. ved indgåelse af aktionæroverenskomst herom, har en bestemmende indflydelse på selskabet.”

Bestemmende indflydelse efter 548-loven foreligger således ved aktiemajoritet, eller hvis vedtægter eller ejeraftale på anden måde tillægger kommunen ret til bestemmende indflydelse.

IN-HOUSE REGLEN

In-house reglen er et princip, der betyder at en kommune under særlige forhold ”in-house” kan købe udbudspligtige tjenesteydelser uden, at indkøbet skal i udbud selvom prisen overstiger 750.000 euro. Aftales det således med en ekstern part at den eksterne part – for eksempel et selvejende plejehjem – driver et plejecenter i kommunen på driftsoverenskomst, så forudsætter det at kommunen har en sådan grad af styring over opgaven at in-house reglen er opfyldt. Efter in-house reglen kan den offentlige myndighed (kommunen) - undgå udbudspligt - hvis de udøver kontrol med den selvejende institution, der svarer til den kontrol, myndigheden fører med sine egne tjenestegrene (kontrolkriteriet)⁷.

Det er derfor relevant konkret at få fastlagt, hvilken kontrol den offentlige myndighed udøver med egne tjenestegrene.

Betingelserne for hvornår in-house reglen finder anvendelse fremgår af udkastet til det nye udbudsdirektiv artikel 11. Direktivet skal implementeres via en ny udbudslov, in-house reglen vil således i fremtiden være at finde i den danske udbudslov.





Efter EU-domstolens praksis skal kontrollen være bestemmende såvel i forhold til strategiske målsætninger som i forhold til vigtige beslutninger⁸.

Der stilles dog ikke krav om kommunen skal have indflydelse på den daglige ledelse, for at det såkaldte kontrolkriterie er opfyldt⁹.

SAMMENFATNING OM BESTEMMENDE INDFLYDELSE

Begrebet "bestemmende indflydelse" er ikke entydigt defineret.

Hvis en kommune i en institutions vedtægter eller i driftsoverenskomsten gives ret til, i det væsentligste, at styre de finansielle og driftsmæssige forhold, er der tale om en bestemmende indflydelse. Har den indflydelse et omfang, der svarer til at kommunen faktisk beholder styringen over selve den opgave der udføres, så vil den indflydelse kunne være i strid med kommunestyrelseslovens § 2.

Herefter følger en konkret vurdering af bestemmelserne i vedtægter og driftsoverenskomster.



DRIFTSOVERENSKOMSTENS BESTEMMELSER

MANGLENDE OPFYLDELSE AF IN-HOUSE REGLEN

In-house reglen finder kun anvendelse i den periode, hvor kommunen opretholder en kontrol, svarende til den kontrol kommunen fører med sine egne institutioner og tilbud.

En adgang for kommunen til at opsig driftsoverenskomsten, såfremt forudsætningerne for in-house reglens opfyldelse ikke længere er til stede, er således ikke en hindring i forhold til opfyldelse af in-house reglen.

VEDTÆGTSÆNDRINGER

Driftsoverenskomsten kan endvidere indeholde en bestemmelse om, at vedtægtsændringer, der berører opgavevaretagelsen i henhold til driftsoverenskomsten, skal godkendes af kommunalbestyrelsen.

Sådanne bestemmelser bør imidlertid være indføjnet i driftsoverenskomsten og ikke direkte i institutionens vedtægter. Institutionens vedtægter bør alene vedrøre institutionens forhold – og ikke forholdet til andre parter. Konkrete forhold, som aftales med en kommune, bør således rettelig anføres i en driftsoverenskomst, der netop har til formål at regulere forholdet mellem de to parter.

Bestemmelser, der har til formål at sikre, at kommunalbestyrelsen skal godkende enhver form for vedtægtsændring – og ikke kun ændringer, der vedrører opgavevaretagelsen og dermed indirekte forholdet mellem kommunen og den selvejende institution – er mere omfattende end kravet til opfyldelse af in-house reglen og formålet med driftsoverenskomsten tilsiger. Eksempler på vedtægtsændringer, der som udgangspunkt ikke kræver godkendes af kommunen, kan være ændringer af regler for afholdes af bestyrelsesmøder, præciseringer mv.

En bestemmelse i driftsoverenskomsten, hvor kommunalbestyrelsen skal godkende enhver form for vedtægtsændring, vil indgå blandt de omstændigheder, der kan pege i retning af at være i strid med kommunestyrelseslovens § 2.

På baggrund af ovenstående anbefales det, at kontrolbestemmelser om vedtægtsændringer alene skal vedrøre opgavevaretagelsen, ligesom det anbefales, at bestemmelser herom indsættes i driftsoverenskomsten og ikke i vedtægterne. Herefter kan institutionen foretage mindre vedtægtsændringer uden betydning for opgavevaretagelse uden at skulle have ændringen formelt godkendt fra kommunens side.

I det omfang institutionen måtte foretage en vedtægtsændring af betydning for opgavevaretagelsen, uden at dette er afklaret med kommunen som aftalepart, kan der være tale om misligholdelse af driftsoverenskomsten. Det vil føre til, at kommunen kan reagere efter de almindelige aftaleretlige regler.

Eksempler:

"Alle ændringer af vedtægter skal godkendes af kommunen".

"Vedtægtsændringer, der berører opgavevaretagelsen i henhold til driftsoverenskomsten, skal godkendes af kommunalbestyrelsen".



Såfremt kommunen ønsker at have enekompetence til at vurdere og afgøre, hvorvidt der er tale om en ændring, der berører opgavevaretagelsen eller ej, vil en bestemmelse, der giver kommunen sådan ret, ligeledes indgå blandt de omstændigheder, der kan pege i retning af en bestemmende indflydelse over opgavevaretagelsen. Bestemmelsen vil i givet fald ikke afvige fra tilfælde, hvor alle vedtægtsændringer skal godkendes af kommunen. Der er dog intet til hinder for, at der nævnes eksempler på ændringer, som parterne er enige om skal godkendes af kommunen. Det kunne være ændringer i forhold til institutionens værdigrundlag, kvalitative krav til bestyrelsessammensætning, eller omlægninger til andre aktiviteter.

Såfremt der opstår uenighed om, hvorvidt en vedtægtsændring berører opgavevaretagelsen eller ej, vil parterne dog oftest kunne opsiges en driftsoverenskomst, hvis det vurderes, at driftsoverenskomsten ligefrem vil blive misligholdt som følge af vedtægtsændringen.

Eksempler:

"Vedtægtsændringer, der efter kommunens vurdering har betydning for nærværende aftale, skal godkendes af kommunen".

"Vedtægtsændringer skal godkendes af kommunen i det omfang ændringerne har eller kan have betydning for opgavevaretagelsen. Såfremt der efter afholdelse af møde om sagen ikke er eller kan opnås enighed om, hvorvidt ændringen berører opgavevaretagelsen, kan driftsoverenskomsten opsiges, jf. punkt (punkt nr.-) (misligholdelsesbestemmelse)".

KOMMUNENS ÆNDRINGER AF OPGAVEVARETAGELSEN

I nogle driftsoverenskomster er der indsat bestemmelser, der indebærer, at kommunen har en fri og ubegrænset adgang til at ændre opgavevaretagelsen uden varsel.

Eksempler på ændringer i opgavevaretagelsen kan være en nedsættelse af antallet af institutionspladser eller en udvidelse af kredsene af brugere, eksempelvis brugere med yderligere plejekrav eller med en anden type handicap end oprindelig aftalt.

"Kommunen bestemmer, hvor mange og hvilke typer pladser den selvejende institution skal levere samt hvilke tilbud, der skal leveres".

"Antallet af pladser i institutionen er fastsat til (antal pladser). Antallet af pladser kan ændres efter forudgående aftale mellem parterne".

Et andet eksempel på ændring i opgavevaretagelsen kan være, at kommunen indfører en grøn politik i kommunalt regi, der ønskes overført direkte og umiddelbart på institutionens opgavevaretagelse. Sådanne ændringer har direkte konsekvenser for institutionen og dens økonomi. Da det kan have væsentlig betydning for institutionen i forhold til de forudsætninger, der var til stede da driftsoverenskomsten blev indgået.





Institutionen skal derfor altid inddrages i overvejelser om ændringer af ikke uvæsentlig betydning for opgavevaretagelsen. Konsekvenserne kan jo være særdeles byrdefulde for institutionen, herunder særligt hvis ændringerne har økonomiske konsekvenser, væsentligt begrænser den selvejende institutions eget ledelsesrum eller medfører en større omstrukturering. Det er ikke tilstrækkeligt, at kommunen orienterer om ændringerne eller blot i et vist omfang i praksis inddrager institutionen. Institutionens krav på inddragelse skal fremgå af driftsoverenskomsten. Derfor forslås det, at der i driftsoverenskomsten indføres en bestemmelse, hvorefter kommunens ønsker om ændringer, der berører opgavevaretagelsen forhandles mellem parterne.

Eksempler:

"Kommunen har mulighed for at fastsætte og ændre de nærmere regler og rammer for den selvejende institutions opgaveløsning (...)"

"I det omfang kommunen ønsker at ændre på væsentlige forhold vedrørende opgavevaretagelsen, skal dette ske ved forhandling med den selvejende institution. Såfremt der ikke er eller kan opnås enighed om ændringerne i opgavevaretagelsen, kan driftsoverenskomsten opsiges, jf. punkt (punkt nr.) (Opsigelsesbestemmelse)".

Det afgørende ved vurderingen i forhold til kommunestyrelseslovens § 2, er ikke kommunens faktiske anvendelse af bestemmelsen, men om reglerne i forhold til institutionen i sig selv virker eller kan virke på en sådan måde, at kommunen derigennem opnår bestemmende indflydelse¹⁰.

Det skal objektivt kunne udledes, at kommunen respekterer, at der er tale om to parter, at opgaven er overladt til institutionen i henhold til en aftale, og at institutionen har rådighed over opgaveløsningen indenfor aftalens rammer. Der kan derfor anbefales, at der i driftsoverenskomsten redegøres for, hvilket råderum den selvejende institution har tilbage.

Hvis der ændres væsentligt i kommunens ønsker til opgaveløsningen og dette medfører ekstraomkostninger for institutionen, må udgangspunktet være, at kommunen skal dække de ekstra omkostninger de måtte påføre institutionen i forbindelse med den af kommunen krævede ændring. Hvis kommunen ikke ønsker at dække ekstraomkostningerne, skal institutionen have ret til at modsætte sig sådanne ændringer med den konsekvens, at driftsoverenskomsten kan opsiges. Medmindre parterne efter aftalemæssige drøftelser opnår enighed herom, evt. gennem forhøjelse af den aftalte budgetramme.

Som det følger heraf, bør kommunens kontrol og indflydelse i hovedsagen afgrænses af aftalens/driftsoverenskomstens rammer for opgavevaretagelsen på tidspunktet for aftalens indgåelse.

Såfremt kommunen i en driftsoverenskomst gives ret til egenrådigt at regulere sådanne forhold, der vedrører opgavevaretagelsen, indikerer dette, at kommunen reelt ønsker at bevare fuld rådighed over opgaven. En sådan bestemmelse i en driftsoverenskomst kan formentlig i sig selv bringe forholdet i strid med kommunestyrelseslovens § 2.





Det anbefales derfor, at det i driftsoverenskomsten alene bestemmes, at de selvejende institutioner skal følge kommunens retningslinjer m.v. gældende på tidspunktet for driftsoverenskomstens indgåelse, medens enhver ændring heraf som medfører væsentlige ændringer for institutionens opgavevaretagelse skal forhandles mellem kommunen og institutionen, såfremt institutionen måtte have bemærkninger hertil. Det er vigtigt, at den selvejende institution ved indgåelse af driftsoverenskomsten har det konkrete og fulde overblik over, hvilke af kommunens retningslinjer m.v. der er tale om. Disse bør vedlægges driftsoverenskomsten som bilag, så den selvejende institution ved, hvilke retningslinjer de skal følge.

Eksempler:

"Den selvejende institution skal levere ydelser, der er i overensstemmelse med de af kommunen fastsatte **til enhver tid gældende retningslinjer**".

"Den selvejende institution er omfattet af kommunens retningslinjer af (dato) for (eksempelvis kvalitetskrav, økonomistyring, kapacitetstyring, personalpolitik m.v.). I det omfang kommunen i forhold til institutionen ønsker at foretage ændringer i retningslinjerne af ikke uvæsentlig betydning for opgavevaretagelsen, sker dette ved forhandling mellem kommunen og den selvejende institution. Såfremt der ikke er eller kan opnås enighed om ændringerne i retningslinjerne, kan driftsoverenskomsten opsiges, jf. punkt (punkt nr.) (opsigelsesbestemmelse)".

Selveje Danmark og Dansk Erhverv anbefaler i øvrigt, at der mellem en kommune og den selvejende institution tages en drøftelse af, hvordan kvaliteten kan sikres og dokumenteres uden, at det sker gennem krav om, at alle retningslinjer, vejledninger m.v. skal følges. Ønsker man, at den selvejende institution skal udvikle sig som et inspirerende og innovativt alternativ til f.eks. kommunen eller andre selvejende tilbud, vil en mere dialogbaseret model i langt videre omfang kunne understøtte dette mål.

ØVRIG KOMMUNAL INDFLYDELSE

Udpegning af bestyrelsesmedlemmer

For så vidt angår opfyldelsen af in-house reglens kontrolkriterium har sammensætningen i institutionens bestyrelse betydning.

I det omfang kommunen er repræsenteret i bestyrelsen, anses kommunen for at have en tilstrækkelig kontrol til at opfylde kontrolkriteriet i in-house reglen med institutionens strategiske og økonomiske dispositioner. Det kan dog opfyldes på forskellige måder, og det er således ikke et krav, at kommunen skal være repræsenteret i bestyrelsen.





Jo større bemyndigelse kommunen er tillagt i driftsoverenskomst og vedtægter i forhold til udpegning af bestyrelsesmedlemmer, jo mere vil andre omstændigheder, der giver kommunen kontrolbeføjelser, kunne pege i retning af at være i strid med kommunestyrelseslovens § 2.

Kontrol med institutionens drift

Den kontrol, som en kommune fører med en institutions budget og regnskab, skal efter in-house reglen svare til, den kontrol kommunen fører med dens egne institutioner og tilbud. Kontrollen behøver ikke være identisk eller lige så detaljeret. I forhold til in-house reglen er det tilstrækkeligt at der er kontrol med strategiske målsætninger samt vigtige beslutninger.

I relation til kommunestyrelseslovens § 2 er det problematisk, hvis kontrollen bliver så omfattende, at der ingen råderet er overladt til den selvejende institution.

Jo mindre råderum, der er overladt til institutionens daglige ledelse, jo mere peger den kommunale kontrol i retning af at være i strid med kommunestyrelseslovens § 2.

Dagligledelse

I det omfang der gennem detaljerede budgetposter eller særskilte bestemmelser om kommunale godkendelseskrav gives kommunen indflydelse på alle daglige ledelsesforhold, er der reelt intet råderum for den daglige ledelse for institutionen, hvilket utvetydigt vil kendetegne en kommunal indflydelse i strid med kommunestyrelseslovens § 2. Det kunne eksempelvis være kommunens forudgående godkendelse af ansættelser, afskedigelser og personalenormeringer samt indflydelse på IT-forhold, indkøb, finansierings-, bogførings- og administrationsforhold.

Eksempler:

"Ansættelse og afskedigelse af institutionens leder sker under forbehold af kommunens godkendelse. Ansættelse kan ikke meddeles, før kommunens godkendelse foreligger".

"Institutionens bestyrelse ansætter en leder til at forestå institutionens daglige ledelse".

"Institutionen skal anvende det af kommunen anvendte økonomisystem, og kommunen foretager kontrol svarende til kommunens egne institutioner".

"Institutionen kan anvende det af kommunen anvendte økonomisystem".

Løn og ansættelsesvilkår

En helt central del af økonomien i samtlige selvejende institutioner og tilbud udgøres af løn. Reguleringen af løn og ansættelsesvilkår, er derfor et afgørende ledelsesmæssigt styringsinstrument. En ikke acceptabel formulering kan lyde:

"Løn- og ansættelsesvilkår fastsættes af kommunen".





Kommunernes Lønningsnævn skal i henhold til bekendtgørelse nr. 1340 af 8. december 2006 om Kommunernes Lønningsnævn godkende løn- og øvrige ansættelsesforhold for visse selvejende institutioner. Den kommune, som lægger opgaven ud til en selvejende institution, kan være forpligtet her af. Følgende fremgår af bekendtgørelsen:

§1.

Lønningsnævnet godkender bestemmelser om løn- og øvrige ansættelsesforhold for:

...

- 3) Personale ved selvejende dag- og døgninstitutioner for børn og unge, med hvilke institutioner kommuner indgår driftsaftale i henhold til bestemmelserne i lov om social service.
- 4) Personale ved selvejende institutioner for voksne, med hvilke kommuner indgår driftsaftale til opfyldelse af forpligtelser vedrørende bo-, behandlings-, beskæftigelses-, samværs- og aktivitetstilbud i henhold til kap. 18, 19 og 20 i lov om social service."

Det anbefales, at ovennævnte bestemmelse, som forpligter den kommunale aftalepart, ikke udbredes til selvejende virksomheder og opgaver, som falder udenfor områder, som er omfattet af bekendtgørelsen. Det gælder blandt andet ældreområdet.

Følgende formuleringer kan således anvendes under hensyn til ovenstående. Formuleringerne er graderet i forhold til afgivelse af selvbestemmelse:

"Den selvejende institution fastsætter selv løn- og ansættelsesvilkår"

"Den selvejende institution fastsætter selv løn- og ansættelsesvilkår under hensyntagen til overenskomstforhold på området under hensyntagen til lønniveauet i de kommunale overenskomster "

"Løn og ansættelsesvilkår følger den til enhver tid gældende overenskomst mellem KL og den relevante forhandlingsberettigede faglige organisation (for så vidt angår individuelle vilkår)."

Det anbefales at søge ansættelsesretlig rådgivning omkring håndtering af løn- og ansættelsesvilkår, inden der indgås en endelig driftsoverenskomst.

Detaljegraden i budgetter

I forhold til kommunestyrelseslovens § 2 har det betydning, hvor detaljeret et budget er udarbejdet. Hvis det er nøje præciseret, hvordan hver enkelt krone skal anvendes, herunder eksempelvis i forhold til personalenormering, kan det tale for at bestemmelsen er i strid med kommunestyrelseslovens § 2. Følgende kan pege i retning af, at kommunen har bevaret rådigheden over opgavevaretagelsen:



- Kommunen har udarbejdet et meget detaljeret budget, som institutionen skal følge.
- Kommunen fører eller har aftalemæssig ret til at føre aktiv kontrol med institutionens forretningsførelse (og ikke blot en efterfølgende kontrol af regnskabet).
- Kommunen kan tildele institutionen sanktioner ved manglende efterlevelse af detaljerede budgetkrav.
- Kommunen kan egenrådigt ændre på forhold af ikke uvæsentlig betydning for opgavevaretagelsen.
- Kommunen har indflydelse på størstedelen af de daglige ledelsesforhold.

I det omfang den selvejende institutions økonomi ikke kan betragtes som adskilt fra kommunens økonomi, kan rådigheden over opgavevaretagelsen ej heller anses for udskilt, hvilken kan bringe forholdet i strid med kommunestyrelseslovens § 2.

Eksempler:

"Budgetkontrol sker efter kommunens bestemmelser, herunder skal regnskab revideres af en revisor, der er godkendt af kommunen".

"Budget udarbejdes af den selvejende institution på baggrund af en budgetramme udmeldt af kommunen".

Kontrol med formuedispositioner

I relation til formuedispositioner i aftalens løbetid er der set eksempler på begrænsninger i den selvejende institutions mulighed for optagelse af lån m.v. Sådanne bestemmelser kan være naturligt begrundet i kommunens ønske om at sikre sig mod institutionens konkurs og dermed forbundne risici for svigt i opgavevaretagelsen.

Formålet med bestemmelser om begrænsninger og kontrol i forhold til formuedispositioner kan fremgå direkte af driftsoverenskomsten, men kan også fremgå implicit. Bestemmelser, der ikke kan begrundes sagligt i relation til ønsket om på aftaletidspunktet at skabe sikkerhed omkring institutionens opgavevaretagelse, kan være en udfordring i forhold til kommunestyrelseslovens § 2.

Eksempler:

"Den selvejende institution kan ikke uden forudgående samtykke fra kommunen påtage sig forpligtelser, der finansieres ved optagelse af lån".

"Den selvejende institution kan ikke uden forudgående samtykke fra kommunen påtage sig forpligtelser, der finansieres ved optagelse af lån, der har eller kan have betydning for opgavevaretagelsen. I det omfang kommunen afviser at meddele samtykke til optagelse af lån, kan institutionen opsige driftsoverenskomsten med forkortet varsel, jf. punkt (punkt nr.)) (Opsigelsesbestemmelse).

"Institutionen kan ikke indgå løbende kontrakter med et opsigelsesvarsel på mere end 6 måneder, uden kommunens forudgående godkendelse".





”Institutionens indgåelse af kontrakter, der har eller kan have væsentlig betydning for opgavevaretagelsen, forudsætter kommunens godkendelse”.

Optagelse af lån, der ikke har betydning for opgavevaretagelsen, kan eksempelvis foreligge ved omlægning af eksisterende finansiering m.v. Konverterer institutionen eksisterende lån med henblik på at opnå besparelser på renter og afdrag, bør dette oftest kunne foretages uden kommunens godkendelse, idet der typisk ikke herved består en risiko, der kan have betydning for opgavevaretagelsen.

Enhver bestemmelse om begrænsning og kontrol i forhold til institutionens formuedispositioner bør være sagligt begrundet i opgavevaretagelsen. Det kan naturligvis være vanskeligt at præcisere, hvilke situationer der skal være omfattet af bestemmelser om begrænsning og kontrol. Det må ikke desto mindre frarådes ”for en sikkerheds skyld” at indføre vidtgående bestemmelser i driftsoverenskomsten om kontrol med enhver formuedisposition, da dette ret utvetydigt kan pege i retning af et ønske om at opretholde bestemmende indflydelse og rådighed over opgavevaretagelsen i strid med kommunestyrelseslovens § 2.

Enhver kontrol med den selvejende institution skal være sagligt begrundet i opgavevaretagelsen.

Værdigrundlag

Ministeriet for Børn og Undervisning har i brev af 20. marts 2013 vurderet, at en kommune i forbindelse med fastsættelse af mål og rammer for en selvejende institution ikke må hindre en selvejende institution i at agere i forhold til eget værdigrundlag, med mindre der er tale om væsentlige saglige hensyn fra kommunens side.

Det er altså vigtigt for den selvejende institution at have et klart værdigrundlag, og en bestyrelse og ledelse, der aktivt sikrer en sammenhæng mellem værdigrundlaget og det levede liv i den selvejende institution.

En kommune kan som udgangspunkt ikke fastsætte mål og rammer for en selvejende institution, som hindrer en selvejende institution i at agere i forhold til eget værdigrundlag.

Ejerforhold til aktiver, herunder ved ophør

Der er set eksempler på driftsoverenskomster, der indeholder bestemmelser, hvorefter alt løsøre/ inventar tilfalder kommunen ved driftsoverenskomstens ophør. Sådanne bestemmelser kan indebære formueretlige overdragelser og skattemæssige uheldigheder.

Også selvejende institutioner er omfattet af beskyttelsen i grundlovens § 73 om ejendomsrettens ukrænkelighed. Kommunen kan derfor ikke disponere over eller inddrage institutionens formue, for eksempel i forbindelse med driftsoverenskomstens ophør eller institutionens nedlæggelse. Medmindre der er hjemmel hertil i institutionens oprettelsesgrundlag, vedtægter eller aftale/driftsoverenskomst. Som udgangspunkt tilhører den selvejende institutions aktiver denne.





Da der er aftalefrihed, kan den selvejende institution og kommunen naturligvis indgå aftale om ejerskab til aktiverne ved driftsoverenskomstens ophør. I det omfang det er aftalt, at alle aktiver uden videre tilfalder kommunen ved driftsoverenskomstens eller institutionens ophør, kan dette imidlertid indgå som et moment ved vurderingen af, om kommunen reelt har bevaret opgavevaretagelsen.

Hvem der må anses som ejer af et aktiv følger af almindelige formueretlige principper, hvorefter ejeren af et indkøbt aktiv som udgangspunkt er den juridiske person, i hvis navn aktivet er erhvervet, og som fakturaen er udstedt til. Er fakturaen udstedt til den selvejende institution, må det således antages, at det også er den selvejende institution, der ejer aktivet. Det gælder, uanset om indkøbet af aktivet er finansieret via kommunens betaling af institutionens driftsomkostninger. De driftsomkostninger som kommunen betaler til den selvejende institutionen, må antages blandt andet, at skulle dække det faktiske køb af den ydelse den selvejende institution leverer, hvilket vil sige løn, (for) brug af institutionens aktiver, slitage m.v.

Tilskud til de generelle driftsomkostninger giver med andre ord ikke i sig selv ejerskab til de aktiver, der eventuelt måtte erhverves af institutionen.

I tilfælde, hvor en selvejende institution har indkøbt udstyr, der afskrives over en årrække, og hvor driftsoverenskomsten opsiges inden udstyret er fuldt afskrevet, må det ligeledes antages, at det er den selvejende institution – og ikke kommunen – der er retmæssig indehaver af udstyret. Er aktivet ikke ved ophør fuldt afskrevet, kan kommunen dog, hvor dette måtte være aftalt, have et kompensationskrav på den ikke afskrevne værdi af aktivet, for så vidt angår kommunen har afholdt alle omkostninger til erhvervelse af aktivet. Dette udmøntes typisk gennem kommunens disponering over aktivet.

Ønsker kommunen at være ejer af de aktiver, institutionen erhverver sig, må det ske gennem et anlægsbudget, hvorefter kommunen kan have krav på at få et finansieret anlæg retur ved ophør af samarbejdet.

Eksempler:

"Ved driftsoverenskomstens ophør tilfalder løsøre/inventar, der er finansieret over kommunens budget, kommunen".

"Ved institutionens ophør tilfalder løsøre/inventar, der er finansieret over kommunens driftsbudget kommunalbestyrelsen, i det omfang det ikke er afskrevet. Institutionen kan omkostningsfrit beholde afskrevne aktiver. Institutionen er endvidere berettiget til at overtage ikke-afskrevne aktiver mod betaling af aktivernes restværdi til kommunen".

Ferieforpligtigelse

Feriepengeforpligtelser bør medtages i budgetterne for det regnskabsår, hvori de ansattes feriepenge optjenes. Er hensættelserne ikke medtaget i driftsbudgettet, kan den selvejende institution komme til at hæfte for betalingen af feriepenge ved ophør uden eventuelt refusionsmulighed fra kommunen. Tilsvarende er det i forbindelse med etablering eller, ved omlægning af en tidligere kommunal institution meget vigtigt at tage stilling til spørgsmålet om, hvem der hæfter for optjente feriepenge. Det er derfor afgørende, at den selvejende institution sikrer sig, at feriepengehensættelser er medtaget i de årlige driftsbudgetter og regnskaber, hvor forpligtelsen "optjenes" Tilsvarende gælder andre hensættelser.





Feriepengeforpligtelser skal medtages i budgetterne for det regnskabsår, hvor de ansattes feriepenge optjenes.

ER SELVEJENDE INSTITUTIONER UDBUDSPLIGTIGE, NÅR DE KØBER IND?

Afslutningsvist kan det oplyses, at Konkurrence- og forbrugerstyrelsen ved mail af 8. februar 2013 har oplyst, at man ikke anser selvejende institutioner for at være omfattet af udbudspligten, når de køber ind. Det betyder, at den selvejende institution kan købe ind, som de vil, uden at skulle gå i offentligt udbud.

Fodnoter

¹ Konkurrencestyrelsen: "In-house begrebets betydning for kommunal aftaleindgåelse med selvejende institutioner",

² februar 2010.

² Jf. Østre Landsrets dom af 18. februar 2010. Fonden Bullerup (tidligere Den Selvejende Institution Bullerup Børnehave) mod Odense Kommune vedrørende blandt andet feriepengeforpligtelser ved driftsoverenskomstens ophør.

³ Virksomhedsoverdragelser, MED-aftaler m.v.

⁴ Herom fremgår eksempelvis af Karnovs note 5 t k: "En kommunalbestyrelse kan efter fast ministeriel praksis normalt ikke udskille en opgave i et selvstændigt selskab og samtidig bevare rådigheden over opgavevaretagelsen ved at eje mere en 50 % af selskabet eller på anden måde have bestemmende indflydelse på selskabet. Herved ville kommunalbestyrelsen bringe sin virksomhed uden for reglerne i styrelseslovgivningen og den øvrige lovgivning, der gælder for kommunal forvaltning, navnlig offentlighedsloven og forvaltningsloven samt almindelige rets grundsætninger om saglighed i forvaltningen

⁵ Østre Landsrets dom af 17. april 2009 i sag 21. afd. B.-531-08, Rudersdal Kommune mod Velfærdsministeriet, U.2010.8Ø.

⁶ LFT 2005-2006.1.176. (Forslag til lov om kommuners udførelse af opgaver for andre offentlige myndigheder og kommuners og regioners deltagelse i selskaber).

⁷ Derudover skal det såkaldte virksomhedskriterium være opfyldt, hvorefter en selvejende institutions aktiviteter hovedsagelig skal udføres for den eller de myndigheder, som institutionen kontrolleres af.

⁸ Jf. præmis 65 i Domstolens afgørelse af 13. oktober 2005 i sag C458/03 (Parking Brixen).

⁹ SE således også Klagenævnet for Udbud's (nu H.P. Rosenmeiers udbudsportals) resumé af EF-domstolens dom af 10. september 2009, sag C-573/07, Sea, hvori anføres, at "kontrolkriteriet er opfyldt, selvom de ordregivende myndigheder kun udøver indflydelse på selskabets strategi og vigtige beslutninger, dvs., ikke har indflydelse på selskabets daglige ledelse.

¹⁰ Se således også Østre Landsrets dom af 17. april 2009 omtalt s. 5., hvorefter blot muligheden for at udpeget flertal af bestyrelsesmedlemmer var til strækkelig til at anse en opgavevaretagelse i en fond for retsstridig.





DANSK ERHVERV
BØRSEN
1217 KØBENHAVN K
T. +45 3374 6000
F. +45 3374 6080
WWW.DANSKERHVERV.DK
INFO@DANSKERHVERV.DK

SELVEJE DANMARK
BØRSEN
1217 KØBENHAVN K
T. +45 33746427
WWW.SELVEJE.DK
KONTAKT@SELVEJE.DK

DANSK
ERHVERV

SELVEJE DANMARK

