



Sag 528607-007 msm/keI

NOTAT

DATO: 22. maj 2019

VEDR.: Rådgivning til Slagelse Kommune vedrørende udskillelse af drift af færgeruter til et kommunalt ejet selskab

1. Baggrund

Vi er blevet bedt om at udarbejde et generelt notat om de juridiske forhold vedrørende udskillelsen af en kommunes færgedrift til et kommunalt ejet A/S eller ApS.

Notatet vil overordnet belyse de juridiske muligheder samt fordele og ulemper ved at udskille færgedriften til et kommunalt ejet selskab.

2. Sammenhæng mellem kommuners drift af færgeruter og kommunalfuldmagtsreglerne

I medfør af de såkaldte kommunalfuldmagtsregler kan kommuner som udgangspunkt ikke lovligt drive handel, håndværk, industri og finansiel virksomhed uden lovhjemmel. Kommunerne har dog fået en sådan lovhjemmel, når det gælder drift af færgeruter.

Lovhjemlen følger nærmere bestemt i Lovbekendtgørelse om færgefart af 27. august 2008 ("Færgefartsloven"), hvor det fremgår af § 2, stk. 1, at staten og kommunerne kan drive færgeruter med henblik på at sikre en effektiv opfyldelse af samfundets behov for drift af færgeruter uden at foretage udbud. Derudover må det antages, at kommunerne i medfør af kommunalfuldmagtsreglernes ulovbestemte undtagelser i et vist omfang har adgang til at sælge overskudskapacitet eller biproduktion, der er opstået som en naturlig følge af kommunernes varetage af driften af færgeruterne.

3. Muligheder for at udskille drift af færgeruter til et kommunalt ejet selskab

Kommunerne kan i stedet for selv at varetage færgedriften indgå aftale med privat selskab, som kan drive færgeruterne, jf. Færgefartslovens § 2, stk. 2. Kommunerne kan derudover indgå aftale med et kommunalt ejet selskab, jf. Færgefartslovens § 2, stk. 4.



Der er overordnet tre muligheder for, at en kommune kan deltage i/eje et privat selskab. Ejerskabet kan enten have hjemmel i kommunalfuldmagtsreglerne, særlovgivning eller i lov nr. 548 om kommuners og regioners deltagelse i selskaber.

Kommunalfuldmagtsreglerne har karakter af at være udfyldende ulovregulerede retsgrundsætninger, som finder anvendelse, når et forhold ikke er lovreguleret – enten i særlovgivning eller i lov nr. 548. Hvis særlovgivningen/lov nr. 548 ikke giver svar på en konkret problemstilling, vil kommunalfuldmagtsreglerne således være afgørende.

Særlovgivning om kommunalt ejede selskaber ses typisk på forsyningsområdet. Derudover er der en særlig Havelov, som blandt andet fastsætter mulighederne for at have kommunalt ejede selskaber, der varetager driften af de danske havne.

I Havelovens § 6, stk. 1 fremgår det af § 6, stk. 1, nr. 4, at en havn kan organiseres som et helt eller delvist kommunalt ejet aktieselskab. De nærmere rammer og vilkår for kommunernes deltagelse i et sådant selskab er fastsat i § 10, som blandt andet fastlægger, at et helt kommunalt ejet aktieselskab skal sidestilles med et aktieselskab i selskabsloven og årsregnskabsloven (og således er underlagt tilsyn efter disse regler). Det fremgår også, hvilke opgaver selskabet kan udføre, og at nogle opgaver ikke kan ske uden forudgående annoncering, jf. § 10, stk. 5 og frem.

I modsætning til Haveloven angiver Færgefartsloven ikke de nærmere rammer for, hvordan et kommunalt ejet selskab der står for driften af færgeruter skal organiseres. Det fremgår heller ikke af Færgefartsloven, om der må være helt eller delvis kommunalt ejerskab af selskabet. Som en konsekvens af at loven er tavs på disse punkter, finder de almindelige kommunalfuldmagtsregler anvendelse.

Hvis en kommune udskiller driften af færgeruter til et kommunalt ejet selskab (A/S eller ApS), må kommunen i medfør af kommunalfuldmagtsreglerne som udgangspunkt ikke have bestemmende indflydelse i dette selskab. Da der ikke er hjemmel i Færgefartsloven til, at en kommune kan eje 100 % af et selskab, der varetager driften af færgeruter, må en kommune ikke have bestemmende indflydelse i selskabet. Der foreligger normalt bestemmende indflydelse, når kommunen har over halvdelen af stemmerettighederne på selskabets generalforsamling. Hensynet bag denne begrænsning er, at udskillelsen til et privatretligt selskab bringer driften af færgeruterne uden for reglerne i den kommunale styrelseslov og den øvrige offentlige lovgivning. Selskabet vil i stedet være omfattet af reglerne i selskabsloven og årsregnskabsloven.

Lov nr. 548 giver kommunerne mulighed for at deltage i selskaber i videre omfang end efter kommunalfuldmagtsreglerne og særlovgivningen. Det overordnede hensyn er, at selskaberne beskæftiger sig med opgaver, der bygger på kommunal viden. Derudover kan selskaberne videreudvikle aktiviteter på baggrund af denne viden, for at opnå en profit i højere grad end det er tilladt i henhold til kommunalfuldmagtsreglerne. Ligesom i forhold til de sædvanlige kommunalt ejede selskaber oprettet med hjemmel i kommunalfuldmagtsreglerne, må en kommune dog heller ikke have bestemmende indflydelse i et selskab oprettet med hjemmel i lov nr. 548. En kommune vil derfor uanset om man deltager i et selskab som varetager drift af færgeruter med hjemmel i kommunalfuldmagtsreglerne eller lov nr. 548 ikke have bestemmende indflydelse i selskabet.



Kommunens kontrol med driften af færgeruten vil blive varetaget via den aftale om færgedrift, der indgås mellem kommunen og det kommunalt ejede selskab.

4. Offentliggørelse og udbud

Såfremt en kommune indgår aftale med et privat eller kommunalt ejet selskab i henhold til § 2, stk. 2 eller 4 i Færgefartsloven, skal der som udgangspunkt foretages EU-udbud i henhold til reglerne og tærskelværdierne i Forsyningsvirksomhedsdirektivet. De nærmere regler om udbudspligten for kommunernes aftaler om drift af færgeruter med private eller kommunalt ejede selskaber følger af Transportministeriets bekendtgørelse af 16. maj 2013 ("Færgefartsbekendtgørelsen") og er fastsat med hjemmel i Færgefartslovens § 4, stk. 2.

I tilfælde af, at en kommune ønsker at indgå aftale med et privat eller kommunalt ejet selskab om drift af færgeruter til de "små øer", behøver kommunen ikke foretage et egentlig udbud men kan nøjes med at foretage interesseindkaldelser i EU-Tidende, jf. Færgefartsbekendtgørelsens § 3. Ruterne til de "små øer" er karakteriseret som færgeruter, der betjener øer, hvor det samlede årlige antal passagerer, som befordres ad søvejen til eller fra den pågældende ø, ud fra et gennemsnit baseret på de seneste to regnskabsår ikke overstiger 300.000.

En kommunes aftale med et privat eller kommunalt ejet selskab om varetagelsen af færgedriften af ruter til små øer kan indgås med en kontraktperiode på op til 12 år, jf. Færgefartsbekendtgørelsens § 3, stk. 2. Er der ikke tale om færgeruter til små øer, kan der alene indgås aftale med et privat eller kommunalt ejet selskab med en kontraktperiode på maksimalt 6 år, jf. Færgefartsbekendtgørelsens § 2, stk. 3.

Kravet om udbud/interessetilkendegivelser gælder således både når kommunen indgår aftale om varetagelsen af færgedrift med private selskaber og når aftalen skal indgås med et delvist ejet kommunalt selskab. Dette krav gælder både, hvis der indgås aftale med et eksisterende kommunalt ejet selskab eller et nystiftet delvist ejet kommunalt A/S.

Kravet om foretagelsen af interessetilkendegivelser for færgeruter til de små øer er en betydelig lempelse i forhold til de almindelige udbudsregler og procedure. Konkret betyder det, at kommunen skal angive de relevante informationer omkring færgedriften og indkaldelse aktører til at vise deres interesse i EU-Tidende. Herefter kan kommunen indgå aftale med den interesserede aktør, som kan udføre kommunens nærmere bestemte ønsker for driften af færgeruterne billigst eller på de mest fordelagtige vilkår, jf. Færgefartsbekendtgørelsens § 4., stk. 2. Når det skal afgøres, hvilken aktør der kan udføre driften billigst eller på de økonomiske mest fordelagtige vilkår, må kommunen ikke forskelsbehandle på baggrund af nationalitet – dvs. en interessetilkendegivelse fra tysk eller svensk aktør skal vurderes ud fra de samme kriterier som en interessetilkendegivelse fra en dansk aktør. Der hvor kommunen har betydning for at bestemme selv er, når man i første omfang angiver sine behov og krav til en aktør, som skal varetage færgedriften.

En mulighed kunne være, at man foretager udbud/interessetilkendegivelse for at se, om der skulle være nogle private aktører på markedet, som ønsker at varetage driften på de vilkår, som kommunen finder passende – evt. med betingelse om, at driften skal varetages med kommunens egne færger og at kommunen skal have mulighed for at indtræde som delvis ejer. Hvis man finder



en egnet aktør, kan man købe sig ind i dette selskab og dermed opnå en vis indflydelse på valg af bestyrelsesmedlemmer og ejerstrategien imens driften fortsat vil skulle udføres i henhold til de vilkår, som er fastlagt i aftalen mellem kommunen og den pågældende aktør. Alternativt vil man kunne stifte et helt nyt selskab, herunder finde medejere til selskabet, så kommunen ikke kommer til at have bestemmende indflydelse. En aftale mellem Slagelse Kommune og et nystiftet delvist kommunalt ejet A/S vil dog heller ikke kunne indgås uden forudgående udbud/interessetilkendegivelse.

5. Fordele og ulemper ved at udskille driften af færgeruter til et kommunalt ejet selskab

Kommunerne kan i medfør af Færgefartslovens § 2 deltage som ejer i et selskab, som varetager driften af færgeruter med henblik på at sikre samfundets behov herfor.

Fordelen ved at udskille færgedriften til et kommunalt ejet selskab er, at der vil komme større fokus på løsningen af de pågældende opgaver i dette selskab, fremfor at det er kommunen selv, der udover alle de andre opgaver, som kommunen skal løse til daglig, også varetager færgedriften. Der vil således komme en større distance mellem kommunen og driften af færgeruterne.

Det kommunalt ejede selskab vil være reguleret af selskabslovens regler. Det betyder, at kommunen som aktionær/anpartshaver vil være begrænset i sine muligheder for at få indflydelse på den daglige drift af færgeruterne. Kommunen vil i stedet kunne yde indflydelse som aktionær/anpartshaver, når der afholdes generalforsamling, dvs. blandt andet deltage i afstemning om valg af bestyrelsesmedlemmer og fastsættelse af selskabets ejerstrategi. Kommunen må dog ikke have bestemmende indflydelse i selskabet, jf. under afsnit 2.

Det kommunalt ejede selskab kan etableres i form af et aktieselskab, A/S, eller et anpartsselskab, ApS.

Grundkapitalen i et A/S skal være mindst 400.000 kr. og i et ApS mindst 40.000 kr., jf. Selskabslovens § 4, stk. 2. Afhængigt af hvor omfattende driften af færgeruterne kommer til at være, kan det overvejes, om det er hensigtsmæssigt indledningsvist at starte ud med at drive selskabet som et ApS. Selskabet vil efterfølgende kunne konverteres til et A/S ved indskydelse af yderligere kapital.

Kapitalkravet vil kunne opfyldes ved apportindskud af et eller flere aktiver i selskabet. Et muligt aktiv for apportindskud kunne være en kommunal færge. Alternativt kunne kapitalen indskydes i form af andre aktiver eller kontanter. I så fald vil kommunale færger kunne forblive under kommunens ejerskab, men vil kunne lejes ud til det kommunalt ejede selskab på betingelse af, at det kommunalt ejede selskab står for drift, vedligehold og evt. bemanning af færgen. Dermed vil kommunens involvering i færgedriften reduceres til selve ejerskabet af færgen.

Det er også relevant at overveje, hvordan ledelsen af driften af færgeruterne kan/vil komme til at se ud i et A/S henholdsvis et ApS.

Et ApS kan have en direktion, som varetager både den strategiske og den daglige ledelse. Alternativt kan et ApS have en bestyrelse, som varetager den strategiske ledelse, mens den daglige



ledelse varetages af en direktion, der udpeges af bestyrelsen. Der gælder ikke som udgangspunkt noget minimumskrav til antallet af bestyrelsesmedlemmerne i et ApS.

I et A/S skal der være både en bestyrelse og en direktion, alternativt en direktion og et tilsynsråd, som udpeger direktionen. Der skal som minimum være 3 medlemmer af bestyrelsen/tilsynsrådet i et A/S, idet flertallet af bestyrelsesmedlemmerne ikke samtidig må være direktører i selskabet.

I relation til mulighederne og ønskerne for hvordan det kommunalt ejede selskab skal ledes, om der skal ske en opsplitning af den strategiske henholdsvis daglige ledelse af selskabets aktiviteter, og hvor mange mennesker der skal sidde i ledelsen, vil det have en stor betydning, hvor omfattende selskabets aktiviteter vil være, nærmere bestemt driften af færgeruter i henhold til en aftale med kommunen. Når valget af selskabsformen, ledelsesformen og antallet af ledelsesmedlemmerne er truffet, vil det derudover være afgørende, at det er de rigtige folk, som kommer til at sidde i bestyrelsen – fx personer med en baggrund i nærmiljøet ved de pågældende færgeruter, som har en interesse i at sikre den bedst mulige løsning for de lokale beboere, som er afhængige af færgeruterne.

I er velkomne til at kontakte os, hvis I har spørgsmål eller kommentarer.

Med venlig hilsen

Christian Benedictsen-Nislev
Advokat (L) / Partner