



SAMARBEJDET MELLEM KOMMUNER OG SELVEJENDE INSTITUTIONER

Samarbejdet mellem kommunerne og de selvejende institutioner kan give anledning til flere juridiske udfordringer. Det gælder f.eks. spørgsmålene om, hvor lidt og hvor meget kommunerne via driftsoverenskomsten må bestemme over den selvejende institutions organisering og drift. Det er derfor interessant at se på, hvilke retlige rammer der gælder for samarbejdet, herunder i forhold til indhold og ophør af en driftsoverenskomst, tilsyn med institutionen samt udbudspligt.

Der findes hverken i den skrevne lovgivning eller i den juridiske litteratur en generel definition af begrebet "selvejende institution". Finansministeriet har i en redegørelse om selvejende institutioner (2009) angivet, at begrebet anvendes som en "benævnelse for institutioner, der er oprettet og organiseret på forskellig måde, og indholdet af begrebet varierer fra retsområde til retsområde".

I nogle sammenhænge anføres det, at begrebet både omfatter fonde, foreninger og særlige forvaltningssubjekter, mens det andre steder anføres, at en selvejende institution i retlig henseende altid er en fond.

Begrebet "selvejende institution" er således noget uklart og anvendes ikke entydigt, hverken sprogligt eller retligt.

Det ligger dog fast, at en selvejende institution karakteriseres som en juridisk person, der ejer sig selv. I modsætning til hvad der gælder for de kommunale institutioner, ejer en kommune således ikke de selvejende institutioner, der er indgået driftsoverenskomst med. En selvejende institution ledes af en bestyrelse og typisk også af en direktion, og institutionen vil ofte have sit eget værdigrundlag. Det er endvidere karakteristisk, at en selvejende institution betragtes som en "non profit virksomhed".

DRIFTSOVERENSKOMST

En driftsoverenskomst er et aftaleretligt dokument mellem kommunen og den selvejende institution. Heri fastsættes de indholdsmæssige og økonomiske rammer for institutionens drift.

Typisk har de to parter modsatrettede interesser, da kommunen ønsker mest mulig indflydelse på opgaveløsningen, og institutionen ønsker den højst mulige grad af selvbestemmelse.

Kommunen fritages ikke for sit myndighedsansvar for løsningen af en opgave ved at delegerer opgaven til en anden juridisk enhed, herunder en selvejende institution. Kommunen er som følge af sit myndighedsansvar og sin forsyningspligt derfor forpligtet til at sikre den fornødne kvalitet i institutionens opgaveløsning og fastsætte de overordnede rammer for dette. Dette sker gennem driftsoverenskomsten.

Da den selvejende institution er en selvstændig juridisk person, bør driftsoverenskomsten dog samtidig give rum til, at institutionen kan disponere frit inden for de overordnede rammer, der er fastsat af kommunen.

Dette følger også forudsætningsvist af kommunestyrelseslovens § 2 og af en uskrevet retsgrundsætning om, at en kommune som udgangspunkt ikke må overdrage en opgave til en anden retlig enhed og samtidig bevare fuld kontrol over opgaven. Den selvejende institutions ret til selvbestemmelse kan også følge af særlovgivningen, jf. f.eks. dagtilbudslovens § 6, stk. 2, hvorefter lederen af en selvejende institution har "den pædagogiske og administrative ledelse af tilbuddet og er ansvarlig over for institutionsbestyrelsen herfor". Efter praksis har institutioner selv arbejds-giveransvaret for medarbejderne samt det økonomiske ansvar for institutionens drift.

KAN EN DRIFTSOVERENSKOMST INDGÅS UDEN UDBUD?

En driftsoverenskomst vil i de fleste tilfælde indebære, at kommunen mod betaling modtager tjenesteydelser fra den selvejende institution. Udgangspunktet er derfor, at en driftsoverenskomst ikke kan indgås uden forud-

gående udbud. Hvilket udbudsretligt regelsæt, driftsoverenskomsten er underlagt, afhænger af karakteren af ydelserne og disses værdi.

Hvis en driftsoverenskomst i øvrigt er undergivet udbudspligt, er det relevant at efterprøve, om aftalen kan være omfattet af den såkaldte "in house"-undtagelse.

Efter "in-house"-undtagelsen kan en driftsoverenskomst indgås uden udbud, hvis følgende tre betingelser alle er opfyldt:

1. Kommunen kontrollerer den selvejende institution på en måde, der svarer til den kontrol, kommunen fører med sine egne organisatoriske enheder.
2. Mere end 80 % af den selvejende institutions aktiviteter udføres i forbindelse med gennemførelsen af de opgaver, den selvejende institution har fået betroet af kommunen eller af andre juridiske personer, der kontrolleres af kommunen.
3. Der er ikke direkte privat ejerskab af den selvejende institution med undtagelse af private kapitalandele, der er krævet i henhold til lovgivningen, og som ikke medfører en afgørende indflydelse på den selvejende institution.

Hvis flere kommuner i fællesskab udøver en kontrol som beskrevet herover, kan undtagelsen tilsvarende finde anvendelse.

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen har i en vejledende udtalelse fra 2010 tilkendegivet, at "in house"-undtagelsen efter omstændighederne kan finde anvendelse på en kommunes driftsoverenskomst med en selvejende institution. Styrelsen konkluderede bl.a.:

"at de selvejende institutioners karakter er en omstændighed, der taler for, at kontrolkriteriet er opfyldt. Selvejende institutioner er således bl.a. non-profit foretagender. Herudover kan selvejende institutioner via formålet være knyttet til at udføre sine ydelser for en specifik kommune og inden for denne kommunes geografiske område. Herudover er selvejende institutioner generelt stiftet med det formål at udføre en opgave af kommunal interesse. Der må dog foretages en konkret vurdering af disse forhold for den enkelte selvejende institution."

I forhold til de mange eksisterende driftsoverenskomster, som er indgået mellem én kommune og én selvejende institution, og som indebærer, at institutionen stiller hele sin kapacitet til



rådighed for den pågældende kommune, er det nærliggende, at "in-house"-undtagelsen kan finde anvendelse. I disse tilfælde vil kommunen typisk have ganske omfattende tilsynsbeføjelser, ligesom institutionens aktiviteter vil være begrænset til driftsoverenskomsten; dvs. ingen markedsrettede aktiviteter.

I relation til driftsoverenskomster, som indgås med selvejende institutioner, der tilbyder sine ydelser på det åbne marked (dvs. til andre end den pågældende kommune), skal styrelsens udtalelse efter vores opfattelse læses med en vis forsigtighed. Det er således ikke givet, at den kontrol, som etableres ved en driftsoverenskomst, vil være tilstrækkelig til at konkludere, at betingelserne for at anvende "in house"-undtagelsen er opfyldt. Dette gælder også, selvom institutionen alene indgår aftaler med kommuner, da de kommuner, som har driftsoverenskomst(er) med en selvejende institution, sjældent i fællesskab vil føre den nødvendige kontrol. Af samme grund er det tvivlsomt, om en aftale mellem en kommune og en selvejende institution vil kunne etableres med henvisning til undtagelsen om horisontale samarbejder, da denne undtagelse som udgangspunkt (også) er betinget af, at den selvejende institution er underlagt offentlig kontrol.

OPHØR AF DRIFTSOVERENSKOMST

Den selvejende institution består fortsat som juridisk person, når driftsoverenskomsten ophører. Institutionen kan herefter bestå - blot uden en driftsoverenskomst med det offentlige.

Om institutionen skal nedlægges, er en beslutning, der træffes af institutionens bestyrelse. Vedtægterne i en selvejende institution, der har udført en offentlig

opgave og har haft driftsoverenskomst, vil ofte indeholde bestemmelser om, at anvendelse af kapitalen ved nedlæggelse skal godkendes af kommunen eller anden offentlig part, som institutionen har haft driftsoverenskomst med. Men selve beslutningen om nedlæggelse træffes af bestyrelsen. Hvis institutionen er en fond, vil der også være krav om godkendelse af fondsmyndighederne.

Hvis bestyrelsen i en selvejende institution beslutter at fortsætte driften uden driftsoverenskomst, f.eks. som privat daginstitution, rejser det spørgsmålet, om institutionen kan overtage driftsmidler og inventar. Et andet spørgsmål, som har givet anledning til retssager mellem kommuner og selvejende institutioner, er, om en kommune har ret til den formue, der kan være oparbejdet i en selvejende institution gennem den kommunale finansiering af driften.

Retspraksis på området viser, at det er vigtigt at være opmærksom på, at kommunen og den selvejende institution agerer på privatretligt grundlag, når der indgås en driftsoverenskomst. Kommunen bør derfor i driftsoverenskomsten sikre sig, at kommunalt finansieret driftsinventar tilfalder kommunen, hvis driftsoverenskomsten opsiges, ligesom kommunen bør sikre sig indflydelse på, hvordan en kommunalt finansieret formue, f.eks. en fast ejendom, anvendes, herunder i forbindelse med ophør ■



Rikke Søgaard Berth
Advokat, partner
rsb@horten.dk



Annelouise Dalgaard Pedersen
Advokat, partner
adp@horten.dk



Malene Graff
Specialistadvokat
mgr@horten.dk



Lisbet Vedel Thomsen
Senioradvokat
lvt@horten.dk