STATSFORVALTNINGEN MIDTJYLLAND

Midttrafik
Søren Nymarks vej 3
8270 Højbjerg

14-06-2011

TILSYNET

STATSFORVALTNINGEN MIDTJYLLAND
ST. BLICHERS VEJ 6
POSTBOX: 151
6950 RINGKØBING

JOURNAL NR.: 2011-614/166
SAGSBEHANDLER: TIMMID
DIREKTE TELEFON: 7256 8575

TELEFON: 7256 8575
TELEFAX: 9732 4517
GIRO: 887 3747
EAN-NR. 5798000362314
midtjylland@statsforvaltning.dk
www.statsforvaltning.dk

TELEFONTID:
MANDAG - ONSDAG: 09.00-15.00
TORSDAG: 12.30-17.00
FREDAG: 09.00-12.00
EKSPEDITIONSTID:
MANDAG-ONSDAG 09.00-15.00
TORSDAG 09.00-17.00
FREDAG 09.00-12.00

Vedr. oprettelse af serviceselskab.

Midttrafik har den 14. marts 2011 anmodet Statsforvaltningen Midtjylland om at godkende, at Busselskabet Århus Sporveje (i det efterfølgende benævnt busselskabet), der er en afdeling i Midttrafik, opretter et serviceselskab, der udelukkende ejes af busselskabet, og som har til formål at stille busser til rådighed for busselskabet.

Trafikselskabers oprettelse af eller deltagelse i selskaber kræver tilsynsmyndighedens samtykke jf. standardvedtægter for trafikselskaber[1] § 30. Ifølge § 1 i lov om trafikselskaber[2], er trafikselskaber omfattet af styrelseslovens[3] § 60. Tilsynet med kommunale fællesskaber jf. § 60 føres efter § 47, stk. 2 i styrelsesloven af den statsforvaltning, der varetager tilsynet med de deltagende kommuner. Det er således Statsforvaltningen Midtjylland, der skal godkende Midttrafiks oprettelse af eller deltagelse i selskaber.

Det er sammenfattende statsforvaltningens opfattelse, at det vil være i strid med lovgivningen, hvis busselskabet etablerer et serviceselskab, som busselskabet er eneejer af, og busselskabet derfor bevarer rådigheden over opgaveudførelsen.

Statsforvaltningen afslår derfor at godkende, at busselskabet opretter et serviceselskab, der fuldt ud ejes af busselskabet.

---

[1] Bekendtgørelse nr. 1008 af 9. oktober 2006 vedtægter for organisering af trafikselskaber (standardvedtægt)

[2] Lovbekendtgørelse nr. 412 af 11. april 2010 om trafikselskaber

[3] Lovbekendtgørelse nr. 1440 af 1. november 2010 om kommunernes styrelse.

Der er ikke i den skrevne lovgivning hjemmel til at Midttrafik opretter et serviceselskab, og heller ikke uskrevne regler hjemler, efter statsforvaltningens opfattelse, oprettelsen af et sådant selskab. Statsforvaltningen finder derfor at den beskrevne konstruktion vil være ulovlig.

Her følger en gennemgang af sagens baggrund og en nærmere begrundelse for statsforvaltningens opfattelse.

Sagens baggrund:

Busselskabet, der er afdeling i Midttrafik, ønsker at oprette et datterselskab. Selskabet skal organiseres i aktieselskabsform, med busselskabet som eneejer. Selskabet skal være et serviceselskab, der alene skal have til formål at indkøbe busser som serviceselskabet så skal lease ud til busselskabet.

Baggrunden for at Midtrafik ønsker at oprette dette selskab er, at det som følge af en ændring af EU-lovgivningen pr. 1. januar 2010 ikke længere er muligt at hjemsøge moms fra Tyskland (Cross Border Leasing) i forbindelse med buskøb, som busselskabet har gjort siden 2004.

Busselskabet har tidligere leaset sine busser i Tyskland. Efter de dagældende regler, var det det tyske leasingselskab, der skulle beregne momsen på leasingafgiften, hvilket i den konkrete konstruktion betød, at leasingselskabet beregnede tysk moms af leasingydelsen. Denne tyske moms kunne det danske busselskab tilbagesøge hos de tyske myndigheder, idet personbefordring, modsat i Danmark, er en momspligtig aktivitet i Tyskland. På denne måde undgik busselskabet en momsbelastning på de busser, der blev anvendt til momsfri personbefordring i Danmark.

Den 1. januar 2010 blev reglerne ændret, så det nu er leasingtager, det vil sige busselskabet, der har pligten til at beregne moms efter den momssats, der er gældende i leasingtagers land. Da der i Danmark ikke er momsfradrag for rutekørsel med bus, er momsfordelen ved at lease busser i Tyskland ophørt.

Busselskabet har derfor overvejet flere muligheder for på anden vis at minimere momsbelastningen. Busselskabet ønsker på den baggrund at oprette et serviceselskab, der ejes fuldt ud af busselskabet. Serviceselskabet er et leasingselskab, der momsregistreres, og som indkøber de busser som busselskabet skal anvende i sin daglige drift. Den moms, som sælgeren af busserne beregner ved salg af busserne, har serviceselskabet fuld momsfritagelse for. Serviceselskabet opkræver leasingafgift inklusiv moms fra busselskabet, som busselskabet har et forholdsmæssigt momsfradrag på, typisk 1-5%. Dette giver en væsentlig momsbelastning for busselskabet.

Efter 5 år gennemføres en fællesregistrering momsmæssigt af de to selskaber. Når selskaberne nu er én virksomhed, skal der ikke svares moms af leasingafgiften, og den momsbelastning som busselskabet har været undergivet, bortfalder. Det betyder endvidere, at fordi der er gået mere end 5 år, er leasingselskabet ikke forpligtiget til at tilbagebetale den moms, det sparede ved anskaffelsen af busserne.

Busselskabet vil således kunne opnå betydelige momsfordele ved den beskrevne konstruktion. Det fremgår af et notat fra KPMG, at den beskrevne selskabskonstruktion, efter KPMGs opfattelse, er i overensstemmelse med den gældende momslovgivning.

Midttrafik har i sin henvendelse til statsforvaltningen anført, at oprettelsen af serviceselskabet efter Midttrafiks opfattelse vil være lovligt, på trods af at busselskabet vil være eneejer af selskabet, og dermed have bestemmende indflydelse i selskabet. Det er dels Midttrafiks opfattelse, at kollektiv trafik må sidestilles med traditionel forsyningsvirksomhed, dels at det generelt kan være lovligt, at en kommune har bestemmende indflydelse i netop et serviceselskab.

Midttrafik har til støtte for sit synspunkt om at kollektiv trafik kan sidestilles med traditionel forsyningsvirksomhed anført følgende:

1. Midttrafik henviser til, at et af de særlige hensyn, der for traditionel forsyningsvirksomhed kan begrunde en opgavevaretagelse i privatretlige organisationsformer, uanset at kommunen bevarer rådigheden over opgavevaretagelsen, er, at hensynet til en forretningsmæssig ledelse af selskabet er fremtrædende.

Hensynet til en erhvervsmæssig ledelse er ikke mindre fremtrædende på området for kollektiv trafik end på traditionelle forsyningsområder. Tværtimod er kundegrundlaget for den kollektive trafik efter Midttrafiks opfattelse meget mere følsomt for udsving i priser og service. Kollektiv trafik kan derfor på dette område sidestilles med traditionel forsyningsvirksomhed.

2. Kollektiv trafik må endvidere sidestilles med traditionel forsyningsvirksomhed, fordi driften ikke kun tjener infrastrukturelle formål, men også sikrer borgernes interesse som aftagere af elementære tjenesteydelser i form af persontransport.

3. Adgangen til at bevare den kommunale rådighed over opgavevaretagelsen i forsyningsselskaber er i tilsynspraksis bl.a. begrundet med, at forsyningsområdet ikke finansieres ved skatteudskrivning, men gennem brugerbetaling fra borgerne. På affaldsområdet, der traditionelt anses som forsyningsvirksomhed, har det indtil gebyrfinansiering blev gjort obligatorisk, været lovligt at finansiere dagre-

novationsordninger fuldt ud med skatteindtægter, såfremt det må antages, at alle borgere er omfattet af ordningen.

Midttrafik mener derfor ikke, at sondringen mellem gebyrfinansierede og brugerfinansierede områder er et egnet kriterium for, om kommunen kan udskille sine aktiviteter i et privatretligt selskab og stadig bevare rådigheden over opgaverne. Kollektiv trafik kan derfor godt ligestilles med traditionel forsyningsvirksomhed på trods af, at der er tale om et område, der delvist finansieres ved skatteudskrivning.

4. Inden for EU-retten er kriteriet i forsyningsvirksomhedsdirektivet for, om en forsyningsart er omfattet af direktivet, hvorvidt en offentlig myndighed på forskellig vis kan øve indflydelse på virksomhedens adfærd. Direktivet regulerer ikke spørgsmål vedrørende offentlige myndigheders deltagelse i selskaber, men baggrunden for direktivets regler for visse forsyningsområder, er behovet for en mere erhvervsmæssig ledelse af en i udgangspunktet mindre konkurrenceudsat form for virksomhed. Dette svarer til hensynet bag at lade kommuner bevare rådigheden over opgaver, der er udskilt i selvstændige forsyningsselskaber.

Midttrafik oplyser, at kollektiv trafik er omfattet af forsyningsvirksomhedsdirektivet. Midttrafik mener derfor, at hensynet til en ensartet begrebsdannelse på tværs af EU-udbudsretten og dansk tilsynspraksis, samt hensynet til lige organisatoriske vilkår for offentligt og privat ejede trafikselskaber taler for, at tilsynspraksis så vidt muligt tilpasses direktivets anvendelsesområde, således at virksomhed, der er omfattet af forsyningsvirksomhedsdirektivet, også er omfattet af begrebet traditionel forsyningsvirksomhed i dansk tilsynspraksis.

For så vidt angår spørgsmålet om, hvorvidt det generelt kan være lovligt, at kommuner bevarer rådigheden over opgaver, der er udskilt til et serviceselskab, har Midttrafik henvist til vandsektorlovens[4] § 19, stk. 3, hvor der er udtrykkelig hjemmel til, at kommunerne kan etablere serviceselskaber, der ud over vandselskaber også kan varetage serviceopgaver på fx el- og varmeområdet. Det fremgår af bemærkningerne til vandsektorloven, at adgangen til at etablere serviceselskaber er en kodificering af gældende ret.

Det fremgår endvidere af bemærkningerne, at det kommunalretlige udgangspunkt om at en kommune ikke må udskille opgaver til et selskab og samtidig bevare rådigheden over opgavevaretagelsen, er fraveget for selskaber oprettet i medfør af vandsektorlovens bestemmelse. Det fremgår ikke klart, hvorvidt denne sidste del også er et udtryk for kodificering af allerede gældende ret, eller om der er tale om en nyskabelse.

---

[4] Lov nr. 769 af 12. juni 2009 om vandsektorens organisering og økonomiske forhold

Midttrafik mener, uanset om kollektiv trafik kan anses som forsyningsvirksomhed, at hensynet til en erhvervsmæssig ledelse af selskabet fører til, at det vil være lovligt at etablere et serviceselskab, der ejes af busselskabet, da busselskabet skal byde på opgaver i konkurrence med private aktører. Der bør derfor være samme organisationsfrihed. Ellers er der ikke lige konkurrencevilkår mellem private og offentlige selskaber.

Midttrafik har til støtte for sine synspunkter henvist til statsforvaltningens udtalelse af 19. november 2009 vedrørende ESØ I/S, hvor statsforvaltningen udtalte, at det efter statsforvaltningens opfattelse ville være lovligt, hvis affaldshåndteringsselskabet ESØ I/S udskilte sine serviceopgave til et serviceselskab i aktieselskabsform, der var 100% ejet af ESØ I/S.

Retsgrundlag:

Lov om trafikselskaber

> § 1
> Hvert regionsråd etablerer et eller flere trafikselskaber, jf. dog stk. 2. Hver kommune deltager i ét trafikselskab. Et trafikselskab kan omfatte kommuner i to regioner, hvis regionerne grænser op til hinanden. Trafikselskaberne er omfattet af § 60 i lov om kommunernes styrelse.
> ...

Bekendtgørelse om standardvedtægt for trafikselskaber

> § 1
> For de trafikselskaber vest for Storebælt, der skal oprettes i medfør af lovens § 1, stk. 1, 1. pkt., gælder den standardvedtægt, som er vedlagt som bilag 1.
> Stk.2. Følgende bestemmelser i bilag 1 kan ikke fraviges: §§ 2-9, 11,12, 14, 17-21, 25, 26, stk. 2 og 3, 27, 28, stk. 1-3, og 29-31.
> ...
>
> Bilag 1,
> § 30.Tilsyn med selskabet varetages i overensstemmelse med reglerne i den kommunale styrelseslovgivning af den statsforvaltning, der varetager tilsynet med selskabets hjemstedskommune.

Vandsektorloven

> §19...
> Stk.3. Stk. 1 i denne bestemmelse og § 3 i lov om kommunal fjernkøling er ikke til hinder for, at servicefunktioner varetages i et selvstændigt selskab, som også varetager servicefunktioner i forhold til opgaver forbundet med affaldshåndtering efter lov om miljøbeskyttelse samt opgaver omfattet af lov om elforsyning, lov om varmeforsyning og lov om naturgasforsyning.

Statsforvaltningens afgørelse:

Statsforvaltningen har lagt KPMGs og Midttrafiks opfattelse af, at den planlagte selskabskonstruktion vil være i overensstemmelse med momslovgivnignen til grund. Statsforvaltningen har således ikke foretaget en nærmere vurdering af dette spørgsmål.

Der findes ikke i skreven lovgivning om trafikselskaber regler om kommuners og kommunale fællesskabers deltagelse i privatretlige selskaber som det omhandlede. Det betyder dog ikke, at busselskabet ikke vil kunne deltage i selskaber, da det på ulovbestemt grundlag antages, at kommuner kan deltage i aktieselskaber i samarbejde med bl.a. private for at løse dele af deres opgaver ad den vej i stedet for i den kommunale organisation. For selskabsdeltagelse uden lovhjemmel er der dog i tilsynsmyndighedernes praksis opstillet en række betingelser.

De regler, der gælder om kommuners deltagelse i selskaber, må antages at gælde tilsvarende for kommunale fællesskabers, f.eks. trafikselskabers selskabsdeltagelse, og danner udgangspunkt i det følgende.

Kommunens anliggender, lovbestemte som ulovbestemte, styres af kommunalbestyrelsen, jf. styrelseslovens § 2. Det betyder, at beslutninger som udgangspunkt træffes af kommunalbestyrelsen eller i den kommunale organisation. Hvis en kommune lægger opgaver over i et aktieselskab, som den selv dominerer, kan den varetage opgaverne uden at skulle respektere reglerne i bl.a. kommunestyrelsesloven, offentlighedsloven, forvaltningsloven og ombudsmandsloven.

Det er således en betingelse for kommunale fællesskabers deltagelse i et selskab, at det kommunale fællesskab ikke reelt må bevare rådigheden over opgavevaretagelsen, når den er overført til selskabet. Dette udmøntes i praksis i et krav om, at et i selskabet deltagende kommunalt fællesskab ikke må have bestemmende indflydelse i selskabet.

For visse opgavetyper foreligger særlige hensyn, der kan begrunde en opgavevaretagelse i privatretlige organisationsformer, uanset at det kommunale fællesskab bevarer rådigheden over opgavevaretagelsen. Dette er navnlig tilfældet, hvor den pågældende opgave har mindre sammenhæng med det kommunale fællesskabs øvrige virksomhed, eller hvor hensynet til en forretningsmæssig ledelse af opgavevaretagelsen er fremtrædende. Som eksempler på tilfælde, hvor der foreligger sådanne særlige hensyn, der kan begrunde en fælleskommunal virksomhed i selskabsform, kan nævnes forarbejdning og afsætning af biprodukter fra en fælleskommunal virksomhed og udførelse af kommunal forsyningsvirksomhed.

Det er endvidere en betingelse for kommunale fællesskabers deltagelse i et aktieselskab på ulovbestemt grundlag, at selskabet alene varetager opgaver som det kommunale fællesskab selv lovligt kunne have varetaget. Det kommu-

nale fællesskab kan således ikke udvide sit område for lovlige opgaver ved at deltage i et aktieselskab, ligesom der ikke via selskabet må kunne ydes økonomisk støtte til enkeltpersoner eller –virksomheder i videre omfang, end det kommunale fællesskab selv ville have kunnet det.

Endelig er det en betingelse for kommunale fællesskabers deltagelse i aktieselskaber efter de uskrevne regler, at det pågældende selskab ikke har et erhvervsøkonomisk formål.

Om de uskrevne regler om kommuners deltagelse i aktieselskaber kan fx henvises til Karsten Revsbechs "Kommunernes opgaver", Jurist· og Økonomforbundets Forlag, 2010, kapitel 14.

At busselskabet skal være eneejer i det nyoprettede serviceselskabet, vil således efter statsforvaltningens opfattelse være i strid med udgangspunktet om, at et kommunalt fællesskab ikke må udskille en opgave til et selvstændigt selskab og bevare rådigheden over opgaveudførelsen.

Tilsynsrådet for Nordjyllands Amt har i en udtalelse fra 1993 vedrørende Ålborg Omnibus Selskab A/S udtalt, at det ikke fandt, at den virksomhed, der skulle udøves i selskabet, kunne sidestilles med kommunale forsyningsvirksomhed. Selskabet var derfor ikke omfattet af undtagelsen til udgangspunktet om, at en kommune ikke må udskille opgaver til et selvstændigt selskab og have bestemmende indflydelse i dette selskab.

Ålborg Omnibus Selskab A/S skulle forestå driften af den kollektive trafik i Ålborg. Ålborg Kommune havde over for tilsynsrådet gjort gældende, at de hensyn, der begrunder at kommuner på forsyningsområdet kan udskille en opgave til et selvstændigt selskab og bevare rådigheden over opgaven også gør sig gældende for kollektiv trafik. Det drejede sig navnlig om tilfælde, hvor den pågældende opgave har mindre sammenhæng med den øvrige kommunale virksomhed eller hvor hensynet til en forretningsmæssig ledelse af opgavevaretagelsen er fremtrædende. Ålborg Kommune indbragte tilsynsrådets udtalelse for Indenrigsministeriet, der tilsluttede sig tilsynsrådets udtalelse.

Statsforvaltningen Midtjylland finder i overensstemmelse hermed ikke, at den særlige regel, der gælder for traditionel kommunal forsyningsvirksomhed, kan udstrækkes til også at gælde drift af kollektiv trafik. Trafikselskaber kan derfor ikke, efter statsforvaltningens opfattelse, udskille en opgave til et selvstændigt selskab, og samtidig bevare rådigheden over opgavevaretagelsen Hensynet til at selskabet i konkurrence med private skal kunne byde på opgaver kan ikke i sig selv medføre, at et kommunalt fællesskab på ulovbestemt grundlag har adgang til bevare rådigheden over opgaver, der er udskilt til et selvstændigt selskab.

Heller EU-retten, kan efter statsforvaltningens opfattelse medføre, at kollektiv trafik kan sidestilles med traditionel forsyningsvirksomhed, med den retsvirkning, at busselskabet kan stifte et serviceselskab i strid med de uskrevne regler i dansk ret om kommunalfuldmagten.

Det fremgår af vandsektorloven § 19, stk. 3, at servicefunktioner for vandselskaber kan varetagers af selvstændige selskaber. Disse serviceselskaber kan endvidere varetage serviceopgaver i forhold til opgaver forbundet med affaldshåndtering efter lov om miljøbeskyttelse samt opgaver omfattet af lov om elforsyning, lov om varmeforsyning og lov om naturgasforsyning.

Det fremgår af bemærkningerne til bestemmelsen, at adgangen til at etablere sådanne serviceseksaber på vandsektorområdet er en kodificering af gældende ret. Det fremgår endvidere, at udgangspunktet om, at en kommune ikke må have bestemmende indflydelse i et selvstændigt selskab fraviges. Det fremgår ikke af bemærkningerne til bestemmelsen, hvorvidt dette er en nyskabelse, eller en kodificering af gældende ret.

Statsforvaltningen finder ikke, at det på baggrund af vandsektorlovens § 19, stk. 3 eller bemærkningerne hertil kan antages, at der på ulovbestemt grundlag gælder en generel hjemmel til, at kommuner kan etablere selvstændige serviceselskaber og samtidig bevare rådigheden over opgavevaretagelsen.

Statsforvaltningen finder ikke, at statsforvaltningens udtalelse i sagen vedrørende ESØ I/S er sammenlignelig med denne sag. ESØ I/S beskæftiger sig med affaldshåndtering, der betragtes som traditionel forsyningsvirksomhed. ESØ I/S' udskillelse af visse serviceopgaver til et selvstændigt aktieselskab, som ESØ I/S ejer fuld ud, er derfor efter statsforvaltningens opfattelse omfattet af den modifikation, der gælder for traditionel forsyningsvirksomhed i forhold til udgangspunktet om, at kommuner ikke må bevare rådigheden over opgaver, der er udskilt til et selvstændigt selskab.

Det er sammenfattende statsforvaltningens opfattelse, at det vil være i strid med lovgivningen, hvis busselskabet etablerer et serviceselskab, som busselskabet er eneejer af, og busselskabet derfor bevarer rådigheden over opgaveudførelsen.

Statsforvaltningen afslår derfor at godkende, at busselskabet opretter et serviceselskab, der fuldt ud ejes af busselskabet.

Tilsynets afgørelse kan i henhold til styrelseslovens § 52, stk. 2, af kommunalbestyrelsen indbringes for Indenrigs- og Sundhedsministeren, Slotsholmsgade 10-12, 1216 København K.

Udtalelsen vil snarest blive offentliggjort på statsforvaltningen hjemmeside på internettet (www.statsforvaltning.dk).

Med venlig hilsen

Martin Basse

/Stine Rask