

TELEFONNOTAT

Thor Rasmussen, Københavns Kommune, har den 22. april 2003 rettet henvendelse til ISM vedr. byggemodningsselskabet. Kommunen er i færd med at udarbejde vedtægter, hvorfor han ønsker at få uddybet ministeriets udtalelse den 13. februar 2003 om, at selskaberne ikke må have til formål at opnå fortjeneste.

TR har imidlertid tillige spurgt, om selskabet ved ophør må dele et eventuelt opstået overskud. Jeg har oplyst, at det forhold, at selskabet "kan risikere" at tjene penge som følge af prisudviklingen på ejendomsmarkedet med en muligvis høj markedspris ved salg af de byggemodnede grunde, ikke er i strid med forbudet om at tjene penge, idet det afgørende er, at selskabet ikke har dette til formål. Selskabets formål er således at byggemodne og ikke at tjene penge.

TR har ved fax f 30. april 2003 videre anført, at som argument for, at kommunen må kunne bevare det evt. opnåede overskud og lade det indgå i kommunekassen, kan anføres, dels at byggemodningsselskabet skal handle markeds-mæssigt, når den køber arealer, foretager byggemodning og videresælger, dels at det evt. opnåede overskud altovervejende vil kunne tilskrives en positiv konjunkturudvikling/generel værdistigning i den omhandlede periode. Efter TR's opfattelse vil man således kunne sidestille selskabets situation med de forhold, der er gældende for kommunen, når den opkøber jord mhp. at sikre udbud af bolig- og erhvervsarealer.

Det følger af praksis, at en kommune alene kan deltage i selskaber, der alene varetager kommunale opgaver. Det indebærer, at selskabet ikke må have erhvervsøkonomisk formål. Det er videre antaget i praksis, at betingelsen indebærer, at vedtægterne skal indeholde en bestemmelse om udbyttebegrænsning. Selskabet må således ikke udbetale større udbytte, end hvad der svarer til almindelig forrentning af den investerede kapital, idet der dog ved fastsættelse af forrentningens størrelse kan tages hensyn til en eventuel betydelig tabsrisiko ved investeringen, jf. IMs udtalelse af 21. december 1988 fra resuméhæftet.

Spørgsmålet er imidlertid, hvad selskabet i tilfælde af dets ophør må gøre ved et eventuelt opstået overskud.

Man kunne på den ene side anføre, at en deling af et eventuelt opstået overskud ville kunne indebære en omgåelse af betingelsen om udbyttebegrænsningen og således forbudet mod at tjene penge. Det kunne i den forbindelse anføres, at kommunen har

bidraget til, at en privat får et overskud, jf. det forhold, at betingelsen om udbyttebegrænsning også gælder for private selskabsdeltagere.

Til det sidste punkt kan det dog anføres, at et eventuelt overskud jo skal deles forholdsmæssigt i overensstemmelse med indskuddet. Man kan således anskue det således, at det er den privates andel af indskuddet, som har genereret det overskud, som den private får i sidste ende.

Til begge argumenter kan anføres, at der i en ophørssituation må tages stilling til fordelingen af et evt. overskud mellem selskabsdeltagerne. I den situation, hvor der skal udbetales udbytte af et fortsat eksisterende selskab, giver en betingelse om udbyttebegrænsning derimod mening, fordi alternativet til udbytteudlodning er, at overskuddet forbliver i selskabet.

Hertil kommer, at så længe det sikres, at selskabets formål ikke er at blive opløst efter at have oparbejdet et overskud, vil faren for omgåelse være mere begrænset.

Som yderligere argument for, at det må være lovligt at dele et eventuelt opstået overskud, kan endvidere anføres, at der ikke i aktieselskabsloven er krav om, at der i vedtægterne tages stilling til fordeling af aktiver ved likvidation af selskabet. Det følger imidlertid af § 124, stk. 1, i aktieselskabsloven, at hvis selskabet f.eks. pga. formålsopfyldelse, likvideres, skal der ske en udlodning af aktiverne til aktionærerne efter, at alle kreditorer er blevet betalt. Som oftest vil der således ikke være taget direkte stilling hertil i vedtægterne, men det følger af alm. selskabsret, at evt. overskud skal deles forholdsmæssigt mellem selskabsdeltagerne i forhold til deres indskud. Da der typisk ikke i vedtægterne ses at være taget stilling til evt. opløsning/likvidation af selskabet, vil retsstillingen formentlig være således for de eksisterende kommunale selskaber, at et eventuelt opstået overskud deles mellem aktionærerne.

Som yderligere argument kan det anføres – således som Kammeradvokaten anfører i sit notat af 21. nov. 1996 vedr. Nesa-loven – at der ikke i aktieselskabsloven er hjemmel til at forskelsbehandle aktionærer i et aktieselskab afhængig af, hvem aktionærerne er. Da tilsynsmyndighederne ikke kan bestemme, hvad Københavns Havn A/S som privat skal anvende det opståede overskud til, kan tilsynsmyndighederne alene hindre Københavns Kommune i at oppebære overskud fra selskabet ved at nægte kommunen adgang til at deltage i selskabet. Det forhold, at et vilkår i vedtægterne om, at Københavns Kommune skal have en forholdsmæssig del af overskuddet, er i overensstemmelse med, hvad der uden et sådant vilkår følger af selskabslovgivningen, taler imidlertid for, at Københavns Kommune skal have adgang hertil.

Endvidere kan man – ligesom Kbh. K. har anført – argumentere for, at når en kommune kan lade et eventuelt overskud indgå i kommunekassen, som den har opnået via køb af ejendomme mhp. at sikre tilstrækkeligt udbud af grunde og senere salg med overskud pga. konjunkturudviklingen, må kommunen tillige kunne tage et sådant over-

skud ud fra et selskab, der udfører samme opgaver, jf. det forhold, at betingelsen om udbyttebegrænsning udledes af princippet om, at selskabet udelukkende må løse kommunale opgaver.

Man kunne overveje at drage parallel til en fond, som jo netop er kendetegnet ved, at den indskudte kapital er uigenkaldelig udskilt fra stifterens formue, men dette ses ikke at være relevant, da det jo er accepteret, at kommuner kan deltage i selskaber og ikke kun i fonde. Det må indebære, at det er acceptabelt, at kommunen kan få sin indskudskapital og det evt. opståede overskud tilbage efter ophør af selskabet. Det kan til orientering oplyses, at en fond ikke kan blive opløst, hvis den fortsat har en kapital. Dette kan alene godkendes, hvis fondens kapital er af beskeden størrelse.

På baggrund af ovenstående er det Stabsenhedens opfattelse, at Københavns Kommune og Københavns Havn A/S må kunne dele et eventuelt opstået overskud i selskabet i tilfælde af dets ophør, så længe det sikres, at dette ikke er formålet med selskabet. Endvidere skal det naturligvis sikres, at overskuddet deles ligeligt mellem parterne.

Dette er dags dato meddelt Københavns Kommune telefonisk.

Stabsenheden, den 20. maj 2003