

Statsforvaltningerne
Udsendt på e-mail

Dato: 6. juni 2007
Kontor: Forvaltningsjuridisk kt.
J.nr.: 2005-2210-10
Sagsbeh.: chv/jlg

Ændring af de kommunale tilsynsmyndigheders praksis vedr. inhabilitet som følge af deltagelse i selskabsbestyrelser

1. Resume af praksisændringen

I december 2006 afgav udvalget vedrørende de styringsmæssige relationer mellem kommunalbestyrelser og kommunale selskaber sin rapport. Udvalget har bl.a. forholdt sig til spørgsmålet om, i hvilket omfang et kommunalbestyrelsesmedlem eller en kommunalt ansat må antages at være inhabilt, når kommunalbestyrelsen hhv. den kommunale forvaltning behandler en sag vedrørende et aktie- eller anpartsselskab, hvis bestyrelse vedkommende er medlem af efter at være udpeget eller indstillet hertil af kommunen.

Udvalget finder, at der ikke i almindelighed foreligger inhabilitet hos de pågældende.

Denne retsopfattelse adskiller sig fra den forståelse af gældende ret, som hidtil har været lagt til grund af de kommunale tilsynsmyndigheder.

Justitsministeriet – under hvis ressort forvaltningslovens regler om inhabilitet hører – har deltaget i udvalget. De overvejelser, udvalget giver udtryk for vedrørende inhabilitet, bygger således på tilkendegivelser fra Justitsministeriets medlem af udvalget. De kommunale tilsynsmyndigheder lægger normalt ressortministeriets retsopfattelse til grund. Udvalgets forståelse af gældende ret vedrørende det omhandlede spørgsmål skal derfor fremover lægges til grund af de kommunale tilsynsmyndigheder.

Nedenfor redegøres i kortfattet form for reglerne om inhabilitet, de kommunale tilsynsmyndigheders hidtidige praksis samt udvalgets overordnede konklusioner.

Det bemærkes, at udvalget tillige har behandlet spørgsmålet om myndighedsinhabilitet, jfr. rapportens side 113. Det er udvalgets opfattelse, at kommunalbestyrelsens rolle som aktionær ikke i sig selv fører til, at kommunalbestyrelsen som sådan må anses som myndighedsinhabil, når en beslutning vedrører et helt eller delvist kommunalt ejet aktieselskab. Dette forhold har ikke givet anledning til yderligere omtale i det følgende.

Der er vedlagt et eksemplar af rapporten, hvortil der henvises for en mere detaljeret gennemgang af de omhandlede spørgsmål. Yderligere eksemplarer af rapporten kan rekvireres hos Indenrigs- og Sundhedsministeriet. Rapporten er endvidere tilgængelig på ministeriets hjemmeside (www.im.dk).

2. Spørgsmålet om, hvornår der foreligger inhabilitet hos et kommunalbestyrelsesmedlem eller en kommunalt ansat, som er medlem af en selskabsbestyrelse

2.1. Reglerne om inhabilitet

Det følger af lov om kommunernes styrelse § 14, at et kommunalbestyrelsesmedlem kan have en sådan interesse i en sag, som behandles på kommunalbestyrelsens møde, at vedkommende er udelukket fra at deltage i kommunalbestyrelsens forhandling og afstemning om sagen. Spørgsmålet om, hvornår der er tale om inhabilitet i et sådant omfang, at kommunalbestyrelsesmedlemmerne er udelukket fra at deltage i forhandlingen og afstemningen, afgøres ud fra forvaltningslovens regler om inhabilitet. Disse regler finder umiddelbart anvendelse i sager, hvor der er eller vil blive truffet afgørelse af en forvaltningsmyndighed, samt i sager om forvaltningsmyndigheders indgåelse af kontraktforhold eller lignende privatretlige dispositioner, jfr. forvaltningslovens § 2, stk.1. I andre sager finder de almindelige retsgrundsætninger og principper, som forvaltningslovens § 3 er udtryk for, anvendelse.

Forvaltningslovens § 3, stk. 1, nr. 3 og 5, har følgende ordlyd:

"§ 3. Den, der virker inden for den offentlige forvaltning, er inhabil i forhold til en bestemt sag, hvis ...

3) vedkommende deltager i ledelsen af eller i øvrigt har en nær tilknytning til et selskab, en forening eller en anden juridisk person, der har en særlig interesse i sagens udfald,

...

5) der i øvrigt foreligger omstændigheder, som er egnede til at vække tvivl om vedkommendes upartiskhed."

Følgende fremgår af bemærkningerne til § 3, stk. 1, nr. 3, jfr. Folketingstidende 1985/86, tillæg A, sp. 119 f.:

"Bestemmelsen vedrører kun tilknytning til en privat juridisk person. Denne afgrænsning indebærer, at tilknytning til en juridisk person, der fuldt ud ejes af stat eller kommune, ikke medfører inhabilitet som følge af bestemmelsen i nr. 3.

Det er endvidere jævnlige forekommende, at kommunalbestyrelsesmedlemmer af kommunalbestyrelsen eller efter dennes indstilling er indvalgt i selskabs- eller foreningsbestyrelser for der at varetage kommunale interesser. Ifølge den kommunalretlige praksis antages et sådant repræsentationsforhold ikke i almindelighed at bevirke, at den pågældende er inhabil i forhold til kommunalbestyrelsens behandling af en sag, hvori den pågældende enhed er part, eller som denne i øvrigt er berørt af. Lovforslaget tilsigter ikke nogen ændring af denne praksis...."

Den omtalte kommunalretlige praksis omtales generelt som "den kommunalretlige modifikation".

2.2. De kommunale tilsynsmyndigheders hidtidige praksis

For så vidt angår *aktieselskaber, der er delvist kommunalt ejede*, har tilsynsmyndighederne i deres praksis lagt til grund, at medlemmer af kommunalbestyrelsen i henhold til forvaltningslovens § 3, stk. 1, nr. 3, som udgangspunkt er inhabile som følge af deltagelse i selskabets bestyrelse efter at være udpeget eller indstillet af kommunen hertil i

det omfang, selskabet har en særlig interesse i udfaldet af en sag, der behandles i kommunalbestyrelsen.

Tilsynsmyndighederne har herved lagt afgørende vægt på hensynet til aktieselskabslovgivningen. I henhold til aktieselskabslovens § 65, stk. 1, udøves aktionærernes ret til at træffe beslutning i selskabet på generalforsamlingen. En aktionær er således afskåret fra at meddele en eventuel repræsentant i en aktieselskabsbestyrelse bundet man dat. En kommune vil derfor som aktionær være henvist til at gøre sin indflydelse gældende på selskabets generalforsamling.

Tilsynsmyndighederne har således lagt til grund, at selskabsretten udelukker, at selskabsbestyrelsen varetager andre interesser end selskabets, og at selskabsbestyrelsen har en loyalitetspligt i forhold til selskabet. Endvidere har tilsynsmyndighederne lagt til grund, at kommunalbestyrelsen ikke har instruktionsbeføjelse i forhold til medlemmerne af en selskabsbestyrelse. På den baggrund har tilsynsmyndighederne lagt til grund, at medlemmerne i en selskabsbestyrelse ikke i fuldt omfang som led i bestyrelseshvervet kan varetage kommunens interesse.

Som følge af, at bestyrelsesmedlemmer i aktieselskaber ikke i fuldt omfang kan varetage kommunalbestyrelsens interesse som led i bestyrelseshvervet, har det været tilsynsmyndighedernes praksis, at den kommunalretlige modifikation – der omhandler tilfælde, hvor et kommunalbestyrelsesmedlem er udpeget af kommunalbestyrelsen til en bestyrelse, for der at varetage kommunale interesser – ikke finder anvendelse på kommunalbestyrelsesmedlemmer, der er udpeget eller indstillet af kommunalbestyrelsen til en aktieselskabsbestyrelse.

For så vidt angår *fuldt ud offentligt ejede aktieselskaber* har tilsynsmyndighederne haft en tilsvarende praksis. Bestemmelsen i forvaltningslovens § 3, stk. 1, nr. 3, finder ikke direkte anvendelse i sådanne situationer, men efter tilsynsmyndighedernes praksis har der kunnet statueres inhabilitet ud fra tilsvarende hensyn og i tilsvarende omfang efter § 3, stk. 1, nr. 5.

Efter tilsynsmyndighedernes praksis kan der endvidere foreligge inhabilitet for kommunalbestyrelsesmedlemmer i en række situationer efter bestemmelserne i forvaltningslovens § 3, stk. 1, nr. 1, 4 eller 5. Det er i situationer, hvor 1) kommunalbestyrelsen skal tage stilling til den pågældendes varetagelse af sit bestyrelseshverv, 2) kommunalbestyrelsen udøver tilsyn – ud over det overordnede økonomiske tilsyn med selskabet, der følger af kommunernes ejerskab – eller kontrolvirksomhed i forhold til selskabet, 3) kommunalbestyrelsesmedlemmet er bestyrelsesformand i selskabet, og der kan være tvivl om, hvorvidt den pågældende ved kommunalbestyrelsens behandling af sagen alene vil varetage saglige, offentlige interesser, og 4) kommunalbestyrelsen og selskabet indgår privatretlige aftaler.

2.3. Udvalgets forståelse af gældende ret

For så vidt *angår aktie- eller anpartsselskaber, der er delvist kommunalt ejede*, er det udvalgets opfattelse, at det ved forvaltningslovens vedtagelse har været udgangspunktet, at kommunalbestyrelsesmedlemmer eller kommunalt ansatte, der er udpeget eller indstillet af kommunalbestyrelsen som medlemmer af bestyrelsen i et aktie- eller an-

partsselskab, ikke anses som inhabile. Udvalget har herved lagt vægt på de ovenfor citerede bemærkninger til lovens § 3, stk. 1, nr. 3, der omhandler de tilfælde, hvor kommunalbestyrelsesmedlemmer af kommunalbestyrelsen eller efter dennes indstilling er indvalgt i bl.a. selskabsbestyrelser for der at varetage kommunale interesser.

Udvalget lægger – ligesom i tilsynsmyndighedernes hidtidige praksis – til grund, at et kommunalbestyrelsesmedlem eller en kommunalt ansat, der er medlem af bestyrelsen i et aktie- eller anpartsselskab, ikke i sit bestyrelseshverv kan bindes af instruktioner fra kommunalbestyrelsen, samt at ledelsen i et sådant selskab har en særlig loyalitetsforpligtelse i forhold til selskabet. Udvalget lægger imidlertid endvidere til grund, at uanset det pågældende medlem af kommunalbestyrelsen kun har begrænsede muligheder for at varetage kommunens interesser i selskabsbestyrelsen, har vedkommende i kommunalbestyrelsen juridisk set den samme mulighed som altid for at varetage brede interesser, selvom sagen drejer sig om det selskab, hvis bestyrelse vedkommende er medlem af. En kommunalt ansat vil tilsvarende have mulighed for at inddrage alle saglige hensyn i behandlingen af en sag, som drejer sig om et selskab, hvis bestyrelse vedkommende er medlem af.

For så vidt angår *aktie- eller anpartsselskaber, der er fuldt ud kommunalt ejede*, finder udvalget, at opsamlingsbestemmelsen i forvaltningslovens § 3, stk. 1, nr. 5, ikke, uden at der foreligger yderligere konkrete omstændigheder, kan anvendes på situationer, ikke kan henføres under lovens § 3, stk. 1, nr. 3.

Særligt når der er tale om selskaber, som er 100 pct. ejet af en enkelt kommune, finder udvalget, at et kommunalbestyrelsesmedlem eller en kommunalt ansat, der er udpeget til bestyrelsen i selskabet, vanskeligt kan være udpeget til bestyrelsen for der at varetage andre end kommunens interesser.

Udvalget har endvidere i begge de ovennævnte situationer lagt vægt på, at der på det statslige område ikke i almindelighed foreligger inhabilitet, når en ansat som led i tjenesten deltager i bestyrelsen i et aktieselskab med statslig deltagelse, fordi statens interesser som aktionær som hovedregel anses for sammenfaldende med selskabets. Udvalget finder således, at det ikke er hensigtsmæssigt, hvis der er forskel på retstilstanden ved deltagelse i bestyrelsen i statslige aktieselskaber og i bestyrelsen i aktie- og anpartsselskaber med kommunal deltagelse.

Udvalget anbefaler derfor en fremtidig retstilstand på det kommunale område, hvorefter der ikke *i almindelighed* foreligger inhabilitet hos et kommunalbestyrelsesmedlem eller en kommunalt ansat, når kommunalbestyrelsen hhv. den kommunale forvaltning behandler en sag vedrørende et aktie- eller anpartsselskab, hvis bestyrelse vedkommende er medlem af eller er udpeget eller indstillet hertil af kommunen. Udvalget er endvidere enig i, at der i de ovenfor nævnte fire særlige typetilfælde kan være grundlag for at statuere inhabilitet.

2.4. Konklusion

De kommunale tilsynsmyndigheder skal fremover lægge til grund, at der ikke i almindelighed foreligger inhabilitet hos et kommunalbestyrelsesmedlem eller en kommunalt ansat, når kommunalbestyrelsen hhv. den kommunale forvaltning behandler en sag vedrø-

rende et aktie- eller anpartsselskab, hvis bestyrelse vedkommende er medlem af efter at være udpeget eller indstillet hertil af kommunen. Der kan fortsat være anledning til at statuere inhabilitet hvor 1) kommunalbestyrelsen skal tage stilling til den pågældendes varetagelse af sit bestyrelseshverv, 2) kommunalbestyrelsen udøver tilsyn – ud over det overordnede økonomiske tilsyn med selskabet, der følger af kommunernes ejerskab – eller kontrolvirksomhed i forhold til selskabet, 3) kommunalbestyrelsesmedlemmet er bestyrelsesformand i selskabet, og der kan være tvivl om, hvorvidt den pågældende ved kommunalbestyrelsens behandling af sagen alene vil varetage saglige, offentlige interesser, og 4) kommunalbestyrelsen og selskabet indgår privatretlige aftaler.

Med venlig hilsen

Christian Vigh