



Udtalelse til et advokatfirma

Dato: 27-09-2017

## Henvendelse vedrørende Brugerklubben SBSYS

Ankestyrelsen

7998 Statsservice

Økonomi- og Indenrigsministeriet har den 15. januar 2014 fremsendt en henvendelse af 14. maj 2013 fra advokatfirmaet Bird & Bird, der repræsenterer Brugerklubben SBSYS, til videre foranstaltning i Statsforvaltningen.

**Sagsnummer.:** 2014 - 226259

**SAGSBEHANDLER:**

Dorthe Langelund

Bird & Birds henvendelse vedrører spørgsmålet om, hvorvidt brugerklubben lovligt kan stille it-systemet SBSYS, der videreudvikles og vedligeholdes til medlemmernes eget brug, til rådighed for andre end medlemmerne mod betaling.

Telefon: 3341 1200

EAN-Nr. 5798000354821

skriv til os via [ast@ast.dk](mailto:ast@ast.dk)

[www.ast.dk](http://www.ast.dk)

Bird & Bird har ved brev af 18. juli 2014 spurgt Statsforvaltningen, om det er lovligt for kommuner og regioner at være medlemmer af Brugerklubben SBSYS.

Tilsynet med kommunerne og regionerne varetages fra 1. april 2017 af Ankestyrelsen, jf. kommunestyrelseslovens § 47, stk. 1, og regionslovens §30.

### Resumé

Det er Ankestyrelsens opfattelse, at kommuners og regioners deltagelse i brugerklubben er lovlig efter kommunalfuldmagtsreglerne/myndighedsfuldmagten for så vidt angår kommuners/regioners eget brug af SBSYS.

Det er Ankestyrelsens opfattelse, at brugerklubbens udstedelse af licensaftaler ikke er en lovlig kommunal/regional opgave, da der er tale om erhvervsvirksomhed, som ikke er omfattet af modifikationerne til hovedreglen om forbud mod kommunal/regional erhvervsvirksomhed.

Det er derfor Ankestyrelsens samlede opfattelse, at kommuners og regioners deltagelse i Brugerklubben SBSYS ikke er lovlig, da brugerklubben ikke kun varetager opgaver, som kommuner/regioner

selv lovligt kan varetage, men også varetager ikke-lovlige opgaver i form af udstedelse af licensaftaler.

Ankestyrelsen skal anmode Bird & Bird som repræsentant for brugerklubben om at oplyse, hvad Ankestyrelsens udtalelse giver kommunalbestyrelserne og regionsrådet i de deltagende kommuner og den deltagende region anledning til.

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

## **Sagens baggrund**

Ifølge vedtægterne for Brugerklubben SBSYS er brugerklubben en forening. Det fremgår videre, at brugerklubben er et indkøbsfællesskab, hvor medlemmerne i fælleskab udvikler og vedligeholder SBSYS (et elektroniske sags- og dokumenthåndteringssystem).

Følgende fremgår videre af vedtægterne (fodnote er udeladt):

”Brugerklubbens formål er:

- At administrere og udvikle SBSYS i takt med behovet herfor og dermed at understøtte udviklingen af digital forvaltning i de offentlige myndigheder og organisationer, som er medlemmer af Brugerklubben og som anvender systemet.
- At udvikle og vedligeholde SBSYS efter følgende arbejdsfordeling:
  - Beslutninger vedrørende administration, udvikling og vedligeholdelse af kildekoden og kernemodulet i SBSYS træffes af Brugerklubbens generalforsamling (jævnfør nedenfor).
  - Efter godkendelse på Brugerklubbens generalforsamling, kan Brugerklubbens medlemmer i øvrigt – enkeltvist eller i samarbejde med andre medlemmer – udvikle og vedligeholde tillægsmoduler til SBSYS' Kernemodul.
  - Generalforsamlingen kan helt eller inden for nærmere definerede områder bemyndige Brugerklubbens ledelse til mellem generalforsamlinger at godkende medlemmernes ønsker om at udvikle og vedligeholde tillægsmoduler.
- At formidle gensidig information og rådgivning vedrørende drift, anskaffelse og vedligeholdelse af program og driftsinstallationer.
- At formidle gensidig information og rådgivning om de organisatoriske aspekter ved brugen af SBSYS – herunder erfaringer fra implementeringen af systemet hos medlemmerne.

- At skabe mulighed for at indgå og formidle fælles aftaler med it-leverandører og it-konsulentfirmaer om udvikling og vedligeholdelse m.m. af fælles programmer og andre tillægsydelser med relation til SBSYS.
- At varetage administration og videreudvikling af SBSYS over for leverandører og samarbejdspartnere.
- I begrænset omfang at stille ESDH-systemet SBSYS til rådighed for licenstagere på almindelige konkurrencevilkår.
- At besidde ophavsretten og kildekoden til SBSYS."

Det fremgår af en aftale fra 2007 mellem Brugerklubben SBSYS og Ditmer A/S, at SBSYS.NET er udviklet af Ditmer A/S og brugerklubben til brug for offentlige myndigheder. Formålet med aftalen er at regulere, hvilke rettigheder og forpligtelser brugerklubben og Ditmer A/S har i forhold til hinanden i forbindelse med (videre)udviklingen og brugen af programmet SBSYS.NET. Det fremgår blandt andet af aftalen, at brugerklubbens brugsret til det samlede SBSYS.NET er vederlagsfri og at brugerklubben betaler vederlag til Ditmer A/S for videreudvikling af SBSYS.NET efter særskilt rammeaftale herom.

Enhver offentlig myndighed eller organisation, herunder kommuner og regioner, der ønsker at anvende SBSYS kan ifølge vedtægterne søge om optagelse som medlem i brugerklubben. Det fremgår af foreningens hjemmeside, at der pt. er 39 medlemmer: 38 kommuner og 1 region.

Bird & Bird har oplyst, at en myndighed/organisation som medlem får vederlagsfri brugsret til SBSYS og samtidig forpligter sig til at deltage i og bidrage økonomisk til den fælles udvikling og vedligeholdelse af SBSYS. Medlemmerne afgiver ikke kompetence til brugerklubben.

Det fremgår af vedtægterne, at generalforsamlingen er brugerklubbens øverste myndighed og at hvert medlem har én stemme. Det fremgår videre, at brugerklubbens ledelse består af brugerklubbens bestyrelse, brugerklubbens forretningsledelse, Strategi & Arkitektur og Drift & Udvikling, og at personvalg til brugerklubbens ledelse afgøres ved relativt, simpelt stemmeflertal.

Ifølge vedtægterne er en del af foreningens formål i begrænset omfang at stille SBSYS til rådighed for licenstagere på almindelige konkurrencevilkår. Bird & Bird har herom oplyst, at SBSYS ved licensaftalerne stilles til rådighed for offentlige organisationer, der er åbne for deltagelse af privat kapital. Disse kan kun opnå brugsret til SBSYS ved licensaftaler, da de ikke kan blive medlemmer af brugerklubben. Bird & Bird har i henvendelsen af 14. maj 2013 videre oplyst, at brugerklubben har 20 offentlige eller halvoffentlige licensholdere. Ifølge brugerklubbens hjemmeside er der pt. 28 licensholdere, herunder nogle færøske og grønlandske kommuner, samt forsyningsselskaber, trafikkselskaber og nogle undervisningsinstitutioner.

Følgende fremgår videre af henvendelsen (fodnoter er udeladt):

"Ved vurderingen af, om Brugerklubbens indgåelse af licensaftaler er forenelig med kommunalfuldmagtsreglerne, må det centrale spørgsmål være, om denne aktivitet er omfattet af undtagelsen for salg af biprodukter eller overskudskapacitet og derfor ikke i strid med forbuddet mod kommunal erhvervsvirksomhed. Vi mener, at dette spørgsmål skal besvares bekræftende, henset til

at SBSYS udelukkende videreudvikles og vedligeholdes med henblik på medlemmernes brug af systemet,

at det er en naturlig, tilfældig og uundgåelig følge af denne lovlige kommunale aktivitet, at der er udviklet et it-system, som også kan anvendes af andre end medlemmerne,

at udstedelsen af licenser ikke indebærer, at SBSYS på nogen måde tilpasses licensholdernes behov, idet licensholderne er henvist til selv at foretage den tilpasning og videreudvikling af systemet, som måtte være nødvendig for deres brug af systemet, jf. licensaftalens bestemmelser om egenudvikling (bilag 5),

at Brugerklubben alene tilbyder licensholderne en begrænset service, der i vidt omfang er afledt af den service, som i forvejen tilbydes medlemmerne, hvorfor udstedelsen af licenser kun indebærer en meget begrænset brug af Brugerklubbens personalemæssige ressourcer, jf. licensaftalens bestemmelser om aftalens indhold (bilag 5),

at de samlede licensindtægter (310.000 kr.) er meget beskedne i forhold til det samlede budget (7.568.000 kr.), jf. bilag 6,

at det egentlige formål med udstedelsen af licenser ikke er profit, men at undgå værdispild, idet det forekommer samfundsøkonomisk utilfredsstillende at undlade en videregående nyttiggørelse af et it-system, som i forvejen videreudvikles og vedligeholdes til brug for Brugerklubbens medlemmer, som kan anvendes også af andre end medlemmerne, som har en vis økonomisk værdi, og som kan gøres til genstand for en licensudstedelse, uden at dette kræver nogen særlig indsats."

Følgende fremgår af den standardiserede licensaftale, der er vedlagt henvendelsen til ministeriet:

#### **"Aftalens indhold**

Aftalen giver licensholder brugsret til sags- og dokumenthåndteringssystemet SBSYS samt ret til løbende opdateringer.

Aftalen giver desuden licensholder adgang til webbaseret hjælpeportal, i det omfang brugerklubbens medlemmer beslutter at vedligeholde en sådan portal. På hjælpeportalen findes der vejledninger til de fleste brugervendte funktioner i SBSYS.

Brugerklubben SBSYS tilbyder en begrænset service til licensholdere. Den service, der tilbydes ligger i umiddelbar forlængelse af nogle af de serviceydelser, der tilbydes medlemmerne:

- Der udsendes information om nye releases i form af nyhedsbreve
- Øvrig information til medlemmerne sendes til licensholdere, hvis sekretariatet vurderer det relevant. Det kan fx være information om kendte fejl og workarounds o.lign.
- Sekretariatet vedligeholder og udvikler brugerklubbens hjemmeside til gavn for medlemmer og licensholdere
- Sekretariatet vedligeholder en liste over licensholdere og deres kontaktpersoner på brugerklubbens hjemmeside, så licensholdere har mulighed for at søge sparring hos hinanden
- Licensholdere kan i mindre omfang henvende sig med spørgsmål til sekretariatet. Kan spørgsmålet ikke umiddelbart besvares, kan der evt. henvises til andre medlemmer eller licensholdere, der sidder med samme problemstilling
- Licensholdere kan indberette fejl/uhensigtsmæssigheder og ønsker til

sekretariatet for såvel programmet som hjælpeportalen. Licensholdere har dog ingen indflydelse på prioritering af fejlrettelser og udvikling af ønsker

- Licensholdere kan inviteres til arrangementer i brugerklubben, såfremt brugerklubbens forretningsledelse eller Strategi og Udvikling vurderer det hensigtsmæssigt

Brugerklubben SBSYS tilbyder ikke hjælp til lokal installation, opsætning, undervisning osv. Disse ydelser kan tilkøbes hos private leverandører, fx ditmer a/s, ProOffice m.fl.”

Bird & Bird har i brevet af 14. maj 2013 til Økonomi- og Indenrigsministeriet oplyst følgende:

”3.4 Brugerklubben er opmærksom på det principielle krav om, at licenserne skal sælges til markedsprisen for at undgå konkurrenceforvridning i forhold til private, der sælger tilsvarende produkter på markedet. Det er imidlertid ganske vanskeligt at fastlægge en markedspris for et it-system som SBSYS. Der er flere grunde hertil:

SBSYS er udviklet for at imødekomme de særlige behov hos danske kommuner og regioner. Licensholderne er netop ikke danske kommuner og regioner. En licens til SBSYS er derfor kendetegnet ved, at der gives licens til et system, som er udviklet for at imødekomme de særlige behov hos en anden typer bruger end licensholder, og som ikke vil blive tilpasset eller videreudviklet for at imødekomme behovene hos licensholder, der tværtimod er henvist til at indkøbe tilpasning og videreudvikling af systemet på egen hånd. Dette betyder efter vores vurdering, at en licens til SBSYS ikke har samme økonomiske værdi som en licens til andre ESDH-systemer.

3.5 Brugerklubben har under alle omstændigheder ikke adgang til oplysninger om prisen for tilrådighedsstillelse af tilsvarende ESDH-systemer, der sælges på lignende licensvilkår.

3.6 Endelig kan det konstateres, at udstedelsen af licenser ikke påfører Brugerklubben specifikke omkostninger af nogen betydning, hvorfor det ikke umiddelbart er muligt at basere en vurdering af markedsprisen på en beregning af kostprisen. Givet er det dog, at udstedelsen af licenser ikke påfører Brugerklubben et tab.

For det tilfælde, at Indenrigs- og Økonomiministeriet måtte finde, at Brugerklubben er forpligtet til at søge at beregne en (fiktiv) kostpris bemærkes, at Brugerklubben hidtil har betalt sine medlemmer for løn, kørsel og specifikke kurser, men ikke for lønadministration, lokaleleje, kontorudgifter, edb-udgifter o.lign. Det må i givet fald overvejes, om der er behov for at ændre denne praksis.

3.7 I lyset af ovennævnte særlige forhold har Brugerklubben p.t. skønsmæssigt fastsat ”markedsprisen” for en licens til brug af SBSYS som følger:

Antal brugere	Pris pr. år
For op til 25 unikke brugere betales	10.000 kr.
For 26-50 unikke brugere betales	20.000 kr.
For 51-75 unikke brugere betales	30.000 kr.
For 76-100 unikke brugere betales	70.000 kr.

Ved over 100 unikke brugere betales	100.000 kr.
-------------------------------------	-------------

”

Dansk Erhverv har ved e-mail af 7. februar 2017 fremsendt kopi af et notat fra Dansk Erhverv og et brev af 1. februar 2017 fra PA-bureauet Grace til Erhvervsministeriet. Følgende fremgår blandt andet af e-mailen:

”I relation til spørgsmålet om, hvorvidt SBSYS varetager erhvervsvirksomhed i strid med kommunalfuldmagtsreglerne, finder jeg anledning til at fremhæve brugerklubbens egen udtalelse om at agere direkte i konkurrence med private aktører på ESDH-markedet, jf. brev af 8. april 2014 fra Advokatpartnerselskabet Bird & Bird til Økonomi- og Indenrigsministeriet (brevets pkt. 4.7 og 4.8):

*”Brugerklubben stiller SBSYS vederlagsfrit til rådighed for sine medlemmer, mod at disse påtager sig forpligtelse til at bidrage økonomisk til den fælles udvikling og vedligeholdelse af systemet.*

*Brugerklubben opererer dermed i direkte konkurrence med private udbydere af sags- og dokumenthåndteringssystemer. Når en kommune eller region har behov for at anskaffe et nyt sags- og dokumenthåndteringssystem har den således valget mellem et medlemskab af brugerklubben (der giver brugsret til SBSYS mod deltagelse i afholdelsen af udgifter udvikling og vedligeholdelse) og indkøbet af en it-licens (der giver brugsret og adgang til vedligeholdelse og videreudvikling) fra en privat udbyder som eksempelvis Formpipe Software A/S, Scanjour A/S, Convergens A/S, cBrain A/S, Intranote A/S, Fujitsu A/S og FICS Danmark A/S. Dette valg vil udelukkende være betinget af økonomiske og kommercielle overvejelser i den enkelte kommune eller region.*

*Brugerklubben og dens medlemmer har samtidig en klar interesse i at tilbyde den bedste og billigste løsning på markedet, eftersom det er muligt at nedbringe udgifterne for de enkelte medlemmer og/eller øget omfanget af videreudviklingen af systemet i takt med at flere kommuner og regioner måtte vælge et medlemskab af Brugerklubben frem for indkøbet af en it-licens hos en privat udbyder.*

*Såfremt Brugerklubben inddrages under offentlighedsloven vil dette medføre risiko for, at konkurrerende virksomheder får et sådant indblik i Brugerklubbens økonomiske og forretningsmæssige forhold, at dette forringer foreningens konkurrencesituation, og indebære en betydelig administrativ belastning af Brugerklubben, hvilket i sig selv indebærer et konkurrencemæssigt handicap i forhold til private aktører på det omhandlede marked.”*

Hertil kommer, at der helt generelt bør sættes spørgsmålstegn ved, om SBSYS kan anses for en indkøbscentral henset til de aktiviteter, brugerklubben varetager (systemudvikling, videresalg mv.).”

Følgende fremgår blandt andet af notatet fra Dansk Erhverv:

”Det bør på den baggrund undersøges, om it-fællesskaberne ved at agere på markedet og ved at udvikle og sælge it-systemer overholder kommunalfuldmagts snævre grænser for udøvelse af erhvervsvirksomhed, og om der i de af it-fællesskaberne indgåede aftaler og prissætningsmodeller er tale om, at det offentlige eksempelvis via for

lav prissætning eller via tjenesteydelser yder en indirekte støtte til visse virksomheder på markedet.”

Ifølge notatet giver de foreliggende oplysninger om de eksisterende it-fællesskaber blandt andet anledning til overvejelser om, hvorvidt fællesskabernes finansieringsmodeller er omkostningsægte, således at myndighedernes betaling til it-fællesskaberne ikke kan siges at indeholde ulovlig støtte eller krydssubsidiering af midler myndighederne imellem, og om, hvorvidt it-fællesskabernes prissætning og aftaler indebærer ulovlig statsstøtte eller ulovlig støtte efter kommunalfuldmagtsreglerne.

Følgende fremgår blandt andet af brev af 1. februar 2017 fra PA-bureauet Grace til Erhvervsministeriet:

”Efter kommunalfuldmagten må kommuner kun udøve erhvervsvirksomhed til eget brug. Når Brugerklubben SBSYS derfor udøver erhvervsvirksomhed i direkte konkurrence med private udbydere af sags- og dokumenthåndteringssystemer om at kunne levere til såvel medlemmer som ikke-medlemmer, forekommer det at være i strid med kommunalfuldmagtens formål, hensigt og intentioner. Brugerklubbens erhvervsaktiviteter sker således ikke kun til eget brug, men også med henblik på at øge sine markedsandele i direkte konkurrence med private udbydere.

At Brugerklubben SBSYS opererer i en gråzone bekræftes af Økonomi- og Indenrigsministeriet, som i et notat af 15. maj 2014 til Folketingets Ombudsmand har udtalt, at det bør overvejes, om Brugerklubben aktiviteter er forenelige med kommunalfuldmagten:

*”Såfremt Brugerklubben SBSYS må anses for omfattet af lov om visse erhvervsdrivende virksomheder og på den baggrund må anses for en virksomhed, der har til formål at fremme virksomhedens deltagers økonomiske interesser gennem erhvervsdrift, skal det efter Økonomi- og Indenrigsministeriets opfattelse overvejes, om dette er foreneligt med de uskrevne kommunalretlige regler om kommuners deltagelse i privatretlige organisationsformer (kommunalfuldmagtsreglerne).”*

...

Som notatet viser, udøver Brugerklubben SBSYS erhvervsvirksomhed på to planer. Både som it-leverandør i direkte konkurrence med andre private udbydere af ESDH-systemer og som fælleskommunal indkøbscentral i konkurrence med KOMBIT og SKI.”

Folketingets Ombudsmand har i redegørelse af 12. september 2014 taget stilling til spørgsmålet om, hvorvidt Brugerklubben SBSYS i medfør af offentlighedslovens § 4 er omfattet af offentlighedsloven (bortset fra bestemmelserne i lovens §§ 11 og 12 og §§ 15-17).

Følgende fremgår blandt andet af redegørelsen:

”Under henvisning til det, som jeg skrev i min foreløbige redegørelse af 31. marts 2014, og til det, som Erhvervsstyrelsen - som ressortmyndighed i forhold til lov om visse erhvervsdrivende virksomheder - har anført i sin udtalelse af 11. juni 2014, er det fortsat min opfattelse, at Brugerklubben SBSYS er omfattet af virksomhedsbegrebet i § 1, stk. 2, i lov om visse erhvervsdrivende virksomheder, og at brugerklubben har til formål at fremme medlemmernes økonomiske interesser gennem erhvervsdrift (§ 1, stk. 1).

Vedrørende udtrykket "fremme medlemmernes økonomiske interesser" bemærker jeg, at medlemmerne efter min opfattelse opnår eller kan opnå en besparelse ved modtagelsen af ydelser fra brugerklubben, og jeg henviser i den forbindelse bl.a. til det, som Bird & Bird selv har anført i brev af 29. april 2014, og som Erhvervsstyrelsen har citeret i udtalelsen af 11. juni 2014, jf. ovenfor.

Ligeledes under henvisning til det, som jeg skrev i min foreløbige redegørelse af 31. marts 2014, og til det, som Erhvervsstyrelsen har anført i sin udtalelse af 11. juni 2014, er det også fortsat min opfattelse, at brugerklubben udøver "erhvervsdrift" omfattet af bestemmelsen i § 1, stk. 4, nr. 1 (tidligere stk. 3, nr. 1) i lov om visse erhvervsdrivende virksomheder ("overdrager varer eller immaterielle rettigheder, erlægger tjenesteydelser eller lignende, for hvilke virksomheden normalt modtager vederlag").

Særligt for så vidt angår kravet om, at virksomheden normalt "modtager vederlag" for erlæggelsen, forstår jeg i den forbindelse Bird & Birds opfattelse således, at den betaling, der sker fra de enkelte medlemmer af brugerklubben til brugerklubben, ikke kan sidestilles med et "vederlag" for de ydelser, som medlemmerne modtager fra brugerklubben.

Til dette skal jeg bemærke følgende:

Ifølge § 6 i vedtægterne for brugerklubben fastlægges budget til daglig drift af brugerklubben, udvikling og vedligehold af SBSYS-kernemodulet årligt i en hovedsamarbejdsaftale mellem medlemmerne. Medlemmer, som har modtaget den til enhver tid gældende version af kernemodulet SBSYS, er forpligtede til at indgå hovedsamarbejdsaftalen samt at bidrage økonomisk til budgettet i forhold til medlemmets størrelse efter hovedsamarbejdsaftalens nærmere bestemmelser herom. Medlemmerne kan ikke pålægges udgifter ud over det, der aftales i hovedsamarbejdsaftalen. Medlemmerne kan også indgå samarbejdsaftaler vedrørende tillægsmoduler. Deltagere i samarbejdsaftalen kan ikke pålægges udgifter ud over det i samarbejdsaftalen aftalte.

Erhvervsstyrelsen har i udtalelsen af 11. juni 2014 skrevet, at medlemmerne ifølge denne bestemmelse i vedtægterne betaler for driften af brugerklubben, og at bestemmelsen kan "fortolkes som et medlemskontingent til Brugerklubben, som medlemmerne betaler for at få del i Brugerklubbens software og de tjenesteydelser, som Brugerklubben udbyder til sine medlemmer".

Jeg er enig med Erhvervsstyrelsen i, at denne betaling må anses for brugerklubbens medlemmers "vederlag" for modtagelsen af de serviceydelser, som de modtager fra brugerklubben.

Det er på den baggrund min endelige opfattelse, at Brugerklubben SBSYS er en virksomhed omfattet af lov om visse erhvervsdrivende virksomheder. Dette gælder efter min opfattelse allerede ud fra brugerklubbens erlæggelse af ydelser til medlemmerne af brugerklubben, og det er således uafhængig af brugerklubbens udstedelse af it-licenser til ikke-medlemmer. Det vil med andre ord efter min opfattelse også gælde, selvom brugerklubben ophørte med at udstede it-licenser til ikke-medlemmer.

Jeg forstår Erhvervsstyrelsens udtalelse af 11. juni 2014 således, at dette også er styrelsens opfattelse. Jeg henviser til, at styrelsen i udtalelsen anfører, at "[p]å baggrund af foranstående finder styrelsen, at Brugerklubben yder serviceydelser, som er omfattet af erhvervsdriftsdefinitionen i lov om visse erhvervsdrivende virksomheder", og



først herefter bemærker, at brugerklubbens udstedelse af licenser til ikke-medlemmer i sig selv må anses for tilstrækkelig til at kvalificere brugerklubben som en erhvervsdrivende virksomhed, der har til formål at fremme medlemmernes økonomiske interesser gennem erhvervsdrift, "da der ikke i lov om visse erhvervsdrivende virksomheder er indsat en bagatelgrænse for erhvervsdriften".

Det er derfor også min endelige opfattelse, at brugerklubben opfylder de betingelser, der er beskrevet i offentlighedslovens § 4 og forarbejderne hertil for at være et selskab, hvor mere end 75 pct. af ejerandelene tilhører danske offentlige myndigheder, og at brugerklubben derfor er omfattet af offentlighedsloven (bortset fra bestemmelserne i lovens §§ 11 og 12 og §§ 15-17)."

Følgende fremgår af Økonomi- og Indenrigsministeriets brev af 15. maj 2014 til Folketingets Ombudsmand:

"Det bemærkes, at det forhold, at ombudsmanden måtte nå frem til, at Brugerklubben SBSYS er omfattet af lov om visse erhvervsdrivende virksomheder, ikke er ensbetydende med, at foreningens aktiviteter er ulovlige i medfør af kommunalfuldmagtsreglerne, idet der skal foretages en selvstændig vurdering af foreningens aktiviteter efter disse regler."

### **Ankestyrelsens kompetence**

Ankestyrelsen fører tilsyn med, at kommunerne og regionerne overholder den lovgivning, der særligt gælder for offentlige myndigheder, jf. kommunestyrelseslovens § 48, stk. 1.

Ankestyrelsens tilsyn omfatter ikke foreninger, som kommuner/regioner deltager i, men tilsynet omfatter spørgsmålet om, hvorvidt kommuners/regioners deltagelse i en forening er lovlig.

Ankestyrelsen kan udtale sig om lovligheden af kommunale eller regionale dispositioner eller undladelser, jf. kommunestyrelseslovens § 50.

### **Ankestyrelsens udtalelse**

Kommuners og regioners deltagelse i en forening som Brugerklubben SBSYS ses ikke at være reguleret i den skrevne lovgivning, herunder lov om kommuners og regioners udførelse af opgaver for andre offentlige myndigheder og kommuners og regioners deltagelse i selskaber (i selskaber omfattet af loven skal der være private ejere, som besidder minimum 25 pct. af selskabets kapital og stemmerettigheder), og den skrevne lovgivning ses ikke at være til hinder herfor. Spørgsmålet må derfor afgøres efter de uskrevne regler om kommuners og regioners opgavevaretagelse; de såkaldte kommunalfuldmagtsregler - for regioner den såkaldte myndighedsfuldmagt.

Disse regler udelukker ikke, at kommuner/regioner deltager i privatretlige organisationsformer, herunder foreninger, med det formål at samarbejde med andre om varetagelse af i øvrigt lovlige kommunale/regionale opgaver.

Det er normalt en betingelse, at én kommune/region ikke har bestemmende indflydelse i foreningen. Betingelsen ses at være opfyldt i denne sag.

Det er også en betingelse, at lovgivningen ikke må være til hinder for, at opgaven løses uden for det kommunale/regionale system. Det indebærer primært, at myndighedsopgaver, der bl.a. går ud på at træffe afgørelser, ikke kan overlades til privatretlige foreninger, uanset at den

pågældende kommune/region deltager, idet myndighedsudøvelse ikke uden lovhjemmel kan overlades til private. Denne betingelse er også opfyldt.

Endelig er det en betingelse, at den privatretlige organisation udelukkende varetager opgaver, som de deltagende kommuner/regioner selv kan varetage. En kommune/region kan således ikke udvide sit lovlige opgaveområde ved at deltage i en forening mv.

Efter kommunalfuldmagtsreglerne/myndighedsfuldmagten gælder et princip om, at kommuner/regioner som udgangspunkt ikke må drive erhvervsvirksomhed. Princippet hviler dels på, at visse erhvervsaktiviteter traditionelt har været forbeholdt den private sektor, dels på hensynet til at undgå konkurrenceforvridning. Princippet gælder også, selvom aktiviteten ikke udøves med det formål at opnå en fortjeneste.

Der er dog en række modifikationer til hovedreglen om forbud mod kommunal/regional erhvervsvirksomhed, herunder f.eks. muligheden for – under visse nærmere bestemte betingelser – at producere varer og tjenesteydelser til eget brug.

Modifikationen om produktion til eget brug indebærer, at en kommune/region kan producere varer og tjenesteydelser, som skal indgå i kommunens/regionens løsning af lovbestemte opgaver eller opgaver, som kommunen/regionen har påtaget sig inden for rammerne af kommunalfuldmagtsreglerne/myndighedsfuldmagten.

Der er ingen grænser med hensyn til arten af varer og tjenesteydelser, som en kommune/region kan producere til eget brug. Produktionen kan omfatte enhver vare og tjenesteydelse, som en kommune/region er i stand til at producere.

Ankestyrelsen henviser til Karsten Revsbech, Kommunernes opgaver, 3. udgave, 2015, s. 144 ff.

Administration, udvikling og vedligeholdelse af en kommunes/regions elektroniske sags- og dokumenthåndteringssystem er en opgave, der lovligt kan varetages af en kommune/region. Der er en kommunal/regional interesse i, at kommunen/regionen har et sådant velfungerende system. Der er således tale om en lovlig kommunal/regional opgave.

Kommuner/regioner kan derfor som udgangspunkt også deltage i en forening, der administrerer, udvikler og vedligeholder de deltagende kommuners/regioners elektroniske sags- og dokumenthåndteringssystem.

Betingelsen om, at den privatretlige organisation udelukkende varetager opgaver, som de deltagende kommuner/regioner selv kan varetage, indebærer dog også, at en kommune/region er afskåret fra at deltage i for eksempel en forening, der har et erhvervsøkonomisk formål, idet kommuner/regioner ikke må drive virksomhed med henblik på at opnå en fortjeneste. I praksis kan dette sikres ved, at der i vedtægterne indføres en bestemmelse om, at der ikke kan udbetales højere udbytte, end hvad der svarer til almindelig forretning af den indskudte kapital.

Som det fremgår ovenfor har Økonomi- og Indenrigsministeriet bemærket, at det forhold, at Brugerklubben SBSYS er omfattet af lov om visse erhvervsdrivende virksomheder, ikke er ensbetydende med, at foreningens aktiviteter er ulovlige i medfør af kommunalfuldmagtsreglerne, idet der skal foretages en selvstændig vurdering af foreningens aktiviteter efter disse regler.

Ankestyrelsen må på baggrund af sagens oplysninger lægge til grund, at Brugerklubben SBSYS ikke drives med henblik på at opnå fortjeneste, idet der ikke udbetales udbytte til

medlemmerne. Foreningen drives for at opnå besparelse for medlemmerne og det er ikke i strid med kommunalfuldmagtsreglerne/myndighedsfuldmagten. Efter almindelige kommunalretlige grundsætninger om kommuners opgavevaretagelse har kommuner en helt generel pligt til at handle økonomisk forsvarligt i alle dispositioner.

Det er således Ankestyrelsens opfattelse, at kommuners og regioners deltagelse i brugerklubben er lovlig efter kommunalfuldmagtsreglerne/myndighedsfuldmagten for så vidt angår kommuners/regioners eget brug af SBSYS.

Det er imidlertid også en betingelse, at udstedelse af licensaftaler er en lovlig kommunal/regional opgave.

Ud over modifikationen om produktion til eget brug, er der en række andre modifikationer til hovedreglen om forbud mod kommunal/regional erhvervsvirksomhed.

Som udgangspunkt kan en kommune/region ikke lovligt sælge overskudskapacitet, men må afvikle den. Hvis en kommune/region har et større produktionsapparat end den selv kan udnytte, kan den dog i særlige tilfælde sælge denne overskydende kapacitet, sådan at den mod betaling leverer tjenesteydelser eller varer produceret ved hjælp af den overskydende kapacitet. Modifikationen er begrundet i hensynet til at undgå værdispild.

Det er en betingelse, at den pågældende opgave ikke er dimensioneret med det formål at opnå mulighed for at varetage opgaver, der normalt ikke er kommunale/regionale, og at overskudskapaciteten af hensyn til løsningen af den kommunale/regionale opgave ikke kan afskaffes. Det indgår også i vurderingen, om opgaven i forvejen varetages på rimelig måde af private erhvervsdrivende. Hvis private kan varetage opgaven, taler det imod salg af overskudskapacitet. Det skyldes hensynet til at undgå konkurrenceforvridding.

Selv om salg af overskudskapacitet kun udgør en begrænset del af kommunens/regionens samlede aktiviteter på det pågældende område, er det ikke i sig selv nok til at salget kan anses for at være lovligt.

Ankestyrelsen henviser til Karsten Revsbech, Kommunernes opgaver, 3. udgave, 2015, side 162 ff.

Det er Ankestyrelsens opfattelse, at brugerklubbens udstedelse af licensaftaler ikke er omfattet af modifikationen om overskudskapacitet.

Brugerklubben er et indkøbsfællesskab, som har brugsret til det samlede SBSYS.NET, og medlemmerne udvikler og vedligeholder SBSYS, som medlemmerne har brugsret til.

Der er ikke tale om, at brugerklubben har et større produktionsapparat end den selv kan udnytte, og der er således ikke overskydende kapacitet, som ikke kan afvikles og som ville gå til spilde, hvis licensaftalerne ikke blev udstedt.

Ankestyrelsen henviser desuden til, at der er tale om en opgave, som på rimelig vis varetages af private.

Værdispildsbetragtninger kan også føre til, at kommuner/regioner lovligt kan sælge et restprodukt/biprodukt, herunder for eksempel knowhow, som stammer fra en lovlig kommunal/regional aktivitet. Det er en betingelse, at produktet er en naturlig, tilfældig og uundgåelig følge af den kommunale/regionale aktivitet.

Ankestyrelsen henviser til Karsten Revsbech, Kommunernes opgaver, 3. udgave, 2015, side 151 ff.

Det er Ankestyrelsens opfattelse, at licensaftalerne ikke er et restprodukt/biprodukt, da der er tale om det samme produkt, som deltagerne i brugerklubben selv anvender.

På baggrund af ovenstående er det Ankestyrelsens opfattelse, at brugerklubbens udstedelse af licensaftaler ikke er en lovlig kommunal/regional opgave, da der er tale om erhvervs-virksomhed, som ikke er omfattet af en af de nævnte modifikationer.

Det er herefter Ankestyrelsens samlede opfattelse, at kommuners og regioners deltagelse i Brugerklubben SBSYS ikke er lovlig, da brugerklubben ikke kun varetager opgaver, som kommuner/regioner selv lovligt kan varetage, men også varetager ikke-lovlige opgaver i form af udstedelse af licensaftaler.

Ankestyrelsen skal derfor anmode Bird & Bird som repræsentant for brugerklubben om at oplyse, hvad Ankestyrelsens udtalelse giver kommunalbestyrelserne og regionsrådet i de deltagende kommuner og den deltagende region anledning til.

Ankestyrelsen beklager den meget lange sagsbehandlingstid.

Ankestyrelsen har sendt en kopi af dette brev til Dansk Erhverv, PA-bureauet Grace og Økonomi- og Indenrigsministeriet.

Udtalelsen vil blive offentliggjort på [www.ast.dk](http://www.ast.dk).

Venlig hilsen



Dorthe Langelund