

Notat om mulighed for etablering af gratis Internet

I forlængelse af vores notat dateret 23. november 2005 har Økonomiudvalget i Københavns Kommune anmodet Bender von Haller Dragsted om en supplerende juridisk vurdering af muligheden for etablering af gratis Internet til Københavns Kommunes borgere. Det supplerende notat vedrører følgende forhold:

- (1) Københavns Kommune etablerer til eget brug trådløst Internet og stiller i samme forbindelse eventuel overskudskapacitet gratis til rådighed for Kommunens virksomheder og borgere.
- (2) Hvorvidt turistfremme kan benyttes som grundlag for etablering af faciliteter til gratis Internet adgang.
- (3) Hvorvidt erhvervsfremme kan benyttes som grundlag for etablering af faciliteter til gratis Internet adgang.
- (4) Hvorvidt gratis Internet adgang lovligt kan etableres i afgrænsede geografiske områder som f.eks. Ørestaden.

1. Sammenfatning af konklusioner

Københavns Kommune kan lovligt etablere trådløst netværk til egen brug, hvor dette er hensigtsmæssigt og økonomisk forsvarligt.

Med den nuværende retstilstand kan Københavns Kommune ikke tilbyde gratis Internet til samtlige Københavns kommunens virksomheder og borgere.

Københavns Kommune kan derimod lovligt udvide nuværende tilbud i Københavns Kommune. Adgang til brug af Internet kan etableres i tilknytning til andre aktiviteter, hvor kommunen forfølger et konkret lovligt formål.

Gives adgangen via trådløst Internet, behøver adgangen ikke være isoleret til konkrete lokaler eller adresser, men muligheden for opnåelse af adgangen til Internettet må begrænses til de lovlige formål. Adgangen kan f.eks. begrænses ved brug af personlige kodeord og adgangskontrol, så der ikke etableres en generel adgang.

Turistfremme kan i den forbindelse være et lovligt formål, men dette formål kan ikke begrunde en generel etablering af gratis adgang til brug af Internet. Lovligheden af det enkelte projekt må vurderes konkret, og det skal sikres at projektet ikke indebærer en forvrejning af konkurrencen.

2. Borgernes nuværende muligheder for adgang til Internet

Borgere og virksomheder i Københavns Kommune er ikke i en situation med mangel på tilbud indenfor adgang til Internet, da der på dette område er et veletableret marked med betydelig konkurrence.

Københavns Kommunes henvendelse vedrører dermed ikke forsyning til borgerne af en ydelse, der ellers ikke ville være til rådighed. De fremsatte forslag vil derimod give virksomheder og borgere i Københavns Kommune en besparelse gennem gratis eller billigere adgang til ydelser, der i dag udbydes kommercielt. Kommunens påtænkte tilbud vil blive udbudt i konkurrence med de nuværende udbydere, og et tilbud fra Københavns Kommune om levering af gratis Internet til alle virksomheder og borgere må antages at påføre de nuværende udbydere et betydeligt tab.

På nuværende tidspunkt er der i begrænset omfang i offentligt regi allerede etableret faciliteter, med mulighed for gratis adgang til brug af PC og Internet fra biblioteker, skoler, fritids- og ungdomsklubber. Denne adgang er lovligt etableret i tilknytning til forfølgelse af lovlige formål.

Der findes ingen direkte og udtrykkelig lovregulering af Kommunens mulighed for at tilbyde Internet adgang til alle virksomheder og borgere i kommunalt regi. Lovlighe-

den heraf skal på den baggrund vurderes i forhold til almindelig gældende dansk ret, herunder især kommunalfuldmagtens rækkevidde. Inden kommunalfuldmagten vurderes skal anføre enkelte supplerende lovregler, der må tages i betragtning.

3. Lovregler der må tages i betragtning

A: Lov om erhvervsfremme:

Lov om erhvervsfremme angiver de grundlæggende regler for kommuner og regioners bidrag til erhvervsfremme. Lovens §1 angiver lovens formål, hvorfra følgende skal fremhæves: "Formålet med denne lov er at styrke udviklingen i dansk erhvervsliv gennem fremme af konkurrenceevne og globalisering ved anvendelse af foranstaltninger, der sigter mod 1) at forbedre og udbygge rammerne for virksomhedernes vækst, internationale samarbejde og samhandel..... 3) at fremme den regionale erhvervsudvikling og beskæftigelse....."

Lovens § 9 og § 13 angiver rammer for de tilladte aktiviteter:

"§ 9. stk.1. Regionsrådet kan efter indstilling fra vækstfora medfinansiere aktiviteter til fremme af regional erhvervsudvikling inden for

- 1) innovation, videndeling og videnopbygning,
- 2) anvendelse af ny teknologi,.....
- 5) vækst og udvikling i turismeerhvervet
- 6)

Stk. 4. De erhvervsudviklingsaktiviteter, som iværksættes af regionen, jf. stk. 1, skal være til gavn for en åben kreds af erhvervslivet i de pågældende regioner.....

Stk. 6. De i stk. 1 omhandlede erhvervsudviklingsaktiviteter må ikke virke konkurrenceforvridende i forhold til det private erhvervsliv, herunder må der ikke ydes direkte finansiel støtte til enkelte erhvervsvirksomheder."

§ 13. Kommunerne kan iværksætte erhvervsudviklingsaktiviteter, bl.a. inden for

- 1) innovation, videndeling og videnopbygning,
- 2) anvendelse af ny teknologi,.....
- 5) vækst og udvikling i turismeerhvervet
- 6)

Stk. 2. Aktiviteterne skal iværksættes i overensstemmelse med § 9, stk. 4 og 6. Aktiviteterne kan gennemføres i regi af selvstændige juridiske enheder."

De afgørende principper fremgår her af § 9, stk. 6 og stk. 4. Ønsker Københavns Kommune at yde støtte til erhvervsudvikling eller at støtte turismen, skal to grundlæggende krav være opfyldt: (i) støtten må ikke ydes til enkeltvirksomheder men skal være til gavn for "en åben kreds" og (ii) aktiviteterne må ikke "virke konkurrenceforvridende i forhold til det private erhvervsliv".

B: Konkurrenceloven:

Når Københavns Kommune udøver en økonomisk aktivitet, der foregår i et marked for varer og tjenesteydelser, finder Konkurrencelovens regler anvendelse. Det fremgår af lovens § 2.

"§ 2, Stk. 1. Loven omfatter enhver form for erhvervsvirksomhed samt støtte ved hjælp af offentlige midler til erhvervsvirksomhed.

At loven finder anvendelse indebærer blandt andet et forbud mod begrænsning eller forvridding af konkurrencen, jf. reglerne i lovens kapitel 2 og 3.

Det anførte forbud gælder dog ikke, når udførelse af den pågældende opgave følger af lovgivningen, jf. lovens § 2, stk. 2:

"Stk. 2. Reglerne i kapitel 2 og 3 gælder ikke, hvis en konkurrencebegrænsning er en direkte eller nødvendig følge af offentlig regulering. En konkurrencebegrænsning, som er fastsat af en kommunalbestyrelse, er kun en direkte eller nødvendig følge af offentlig regulering, når konkurrencebegrænsningen er nødvendig for, at kommunalbestyrelsen kan opfylde de opgaver, den er pålagt i henhold til lovgivning."

Konkurrencerådet tog i 1998 stilling til en klage fra en kommercielt drevet Internetcafe vedrørende PC og Internetadgang stillet til rådighed i en fritidsordning. I afgørelse fra 25. marts 1998 udtalte konkurrencerådet at:

"Efter konkurrencelovens § 2, stk. 2, 2. punktum, er "en konkurrencebegrænsning, som er fastsat af en kommunalbestyrelse, kun en direkte eller nødvendig følge af offentlig regulering, når konkurrencebegrænsningen er nødvendig for, at kommunalbestyrelsen kan opfylde de opgaver, den er pålagt i henhold til lovgivning." Det indebærer, at det omhandlede PC-tilbud skal være nødvendigt for, at kommunen kan opfylde de opgaver, den er pålagt. PC-spil og internetadgang anses i dag for et naturligt og integreret led i mange kommuners klubtilbud til børn og unge. Ud fra de oplysningspolitiske, uddannelsespolitiske, kulturpolitiske, socialpolitiske og fordelingspolitiske hensyn, der ligger bag bistandslovens tilbud, må det omhandlede PC-tilbud derfor anses for en nødvendig del af den opgave, som kommunerne er pålagt at udføre, jf. lovens § 2, stk. 2, 2. pkt.

I sager, hvor der foreligger en "lovskabt" konkurrencebegrænsning, jf. konkurrencelovens § 2, stk. 2, 2. punktum, kan Konkurrencestyrelsen rette henvendelse til den pågældende myndighed for at påpege mulige skadelige virkninger for konkurrencen. Da den omhandlede konkurrenceforvridding er af mindre betydning

og må anses for nødvendig for, at kommunen kan opfylde sine forpligtelser efter bistandsloven, finder Konkurrencestyrelsen ikke, at de skadelige virkninger for konkurrencen er af et sådant omfang, at der er grundlag for at rette offentliggjort henvendelse til kommunen i medfør af konkurrencelovens § 2, stk. 5. Konkurrencestyrelsen agter derfor ikke at foretage yderligere i sagen.”

Denne afgørelse indeholder generelle vurderinger, der viser Konkurrencerådets opfattelse af hvor der kan foreligge en legitim kommunal interesse. Samtidig understreger afgørelsen at der i hver situation skal foretages en vurdering af i hvor høj grad konkurrencen påvirkes. Jo mindre påvirkningen af konkurrencen er, jo større spillerum er der for Kommunen.

Hvorvidt de påtænkte tilbud om Internetadgang kan anses for pålagt i henhold til lovgivningen afgøres ud fra kommunalfuldmagten. Den afgørende myndighed i den forbindelse er i første omgang den kommunale tilsynsmyndighed, hvilket både følger af de almindelige kommunalretlige regler og af konkurrencelovens § 11a, stk. 3.

”§ 11a Konkurrencerådet kan udstede påbud om, at støtte, der er ydet ved hjælp af offentlige midler til fordel for bestemte former for erhvervsvirksomhed, skal bringes til ophør eller skal tilbagebetales.

Stk. 2. Påbud efter stk. 1 kan udstedes, når støtten 1) direkte eller indirekte har til formål eller til følge at forvride konkurrencen og ikke er lovlig i henhold til offentlig regulering.

Stk. 3. Afgørelse af, om ydet støtte er lovlig i henhold til offentlig regulering, træffes af vedkommende minister, henholdsvis af den pågældende kommunale tilsynsmyndighed, medmindre andet følger af anden lovgivning. Afgørelse af, hvorvidt en ydet støtte er lovlig i henhold til offentlig regulering, skal træffes senest fire uger fra modtagelsen af rådets anmodning. Konkurrencerådet kan forlænge fristen.....”

Selvom det følger at lovens § 2, stk. 2 at konkurrencelovens forbud ikke finder anvendelse på de handlinger, der er tilladt efter kommunalfuldmagten, betyder dette ikke at konkurrenceloven helt kan ignoreres ved vurderingen af kommunalfuldmagten. Ved vurdering af kommunalfuldmagtens område skal der tages hensyn til konkurrencelovens forbud, således at kommunalfuldmagtens område i tvivlstilfælde må fortolkes indskrænkende, hvis det påtænkte skridt har en betydelig konkurrencefordrejende effekt.

4. Vurdering af kommunalfuldmagten

Københavns Kommune står ikke helt frit, når der skal træffes beslutning om nye aktiviteter, som ikke er lovbundne.

Udgangspunktet er, at Kommunen kun med hjemmel i lov kan drive handel og finansiel virksomhed, uanset om dette sker med fortjeneste for øje. Det samme gælder ydelser, som kommunen vælger at stille gratis til rådighed.

Det antages dog, at kommunen kan disponere over sin egen økonomi og af egen kraft påtage sig opgaver indenfor grænser, der er udviklet gennem praksis. Afgrænsningen af tilladte og ulovlige aktiviteter er ikke statisk, men den beror på et konkret skøn ud fra hidtidig praksis.

A: Generelle principper:

Af praksis kan udledes en række principper, der har betydning for vurderingen af de fremsatte forslag:

- § Kommunen kan kun agere, hvor der foreligger en "kommunal interesse" i aktiviteten. Der skal således foreligge et fælles behov i lokalsamfundet for at kommunen varetager den pågældende aktivitet, og generelle sociale hensyn kan ikke begrunde en sådan "kommunal interesse",
- § Kommunen har en mulighed for at forsyne sig selv med varer og tjenesteydelser i det omfang, kommunen finder at den derved bedst kan varetage sin forpligtelse til at udnytte de kommunale ressourcer forsvarligt.
- § Kommunen må ikke uden lovhjemmel yde tilskud til enkeltpersoner eller grupper af enkeltpersoner, der er afgrænset efter økonomiske eller andre sociale kriterier,
- § Ved forfølgelse af lovlige formål som f.eks. varetagelse af interessen som arbejdsgiver, varetagelsen af en ældrepolitik eller varetagelse af trafikale formål har kommunen mulighed for at iværksætte nye aktiviteter, der er sagligt begrundet i de lovlige formål, og
- § Kommunen skal udvise økonomisk forsvarlighed med sine finanser, så Kommunen ikke påføres unødige udgifter.

De anførte generelle principper angiver kun et udgangspunkt, og når der ikke foreligger en tidligere sag med identiske forhold, må der foretages en konkret vurdering af den ønskede aktivitet og de konkrete formål, der begrundes aktiviteten.

B: Reglerne om overskudskapacitet:

Et centralt spørgsmål er i hvilket omfang kommunalfuldmagtregerne kan hjemle etablering og drift af et trådløst netværk, hvor overskudskapacitet stilles gratis til rådighed for virksomheder og borgere i Københavns Kommune.

I praksis har ønsket om at undgå værdispild medført en ret for kommunerne til salg af overskudskapacitet, da det er samfundsmæssigt uønskeligt, at lade uudnyttede ressourcer gå tabt. Helt centralt for adgangen til at sælge overskudskapacitet, står den i praksis udviklede grundsætning om at overskudskapaciteten ikke må være et resultat af en bevidst overdimensionering. Vi vedlægger til orientering en repræsentativ skrivelse fra Indenrigsministeriet af 22. februar 2000, idet vi henviser til følgende afsnit i skrivelsen:

”Det er en betingelse for udnyttelse af overskudskapacitet, at den pågældende kommunale aktivitet ikke er dimensioneret med det formål at opnå mulighed for at varetage opgaver, der normalt ikke er kommunale, samt at overkapaciteten af hensyn til løsningen af den kommunale opgave ikke kan afskaffes.”

Københavns Kommune må således ikke anskaffe et trådløst netværk til eget brug, hvis det reelle formål med anskaffelsen er at etablere en overkapacitet.

Et yderligere centralt element i kommunalfuldmagten er, at Kommunen hverken må forrykke grænsen mellem henholdsvis den kommunale og den private sektor, eller påvirke konkurrencen i den private sektor. Dette indebærer, at hvor kommunen vælger at stille overskudskapacitet til rådighed, på et område hvor den pågældende ydelse allerede tilbydes af private virksomheder, skal dette ske på markedsvilkår. Også dette forhold fremgår af den vedlagte skrivelse:

”Den omstændighed, at kommunens opgavevaretagelse ikke må påføre private en urimelig konkurrence, indebærer, at prisen ved salg af overskudskapacitet skal fastsættes således, at den mindst svarer til markedsprisen for den pågældende vare eller tjenesteydelse.”

Udbud på markedsvilkår foreligger ikke, når en almindelig udbudt ydelse stilles gratis til rådighed af Kommunen.

Ved vurderingen af aktivitetens lovlighed i henhold til kommunalfuldmagten skal der endvidere tages hensyn til, hvorvidt den pågældende ydelse allerede er tilvejebragt af private virksomheder. Er der allerede et tilstrækkeligt udbud på det private marked, stilles der større krav til begrundelsen for den ønskede aktivitet. Det fremgår f.eks. af den ovennævnte skrivelse af 22. februar 2000:

”Ved afgørelsen af, om en kommune lovligt kan sælge overkapacitet, indgår det efter de kommunale tilsynsmyndigheders praksis endvidere som et element i afvejningen, om opgaven i forvejen varetages på rimelig måde af private erhvervsdrivende.”

I en afgørelse af 15. juni 2004 fra Århus Statsamt, blev salg af overskudskapacitet fra bredbånd godkendt, men omstændighederne i den pågældende sag afveg i betydelig grad fra forholdene i Københavns Kommune, idet leverancen til borgerne på kommunens vegne blev varetaget af en virksomhed, der solgte overskudskapaciteten på kommunens vegne, idet den blev markedsført på markedsvilkår. Endvidere fremgik følgende af sagen:

”Det må ...lægges til grund, at bredbåndsnettet ikke oprindeligt blev dimensioneret med henblik på tilvejebringelse af overkapacitet til brug for Borger- og Erhvervsnettet. Kommunalfuldmagtens principper om overkapacitet...kan derfor anvendes på forholdet.”

”Det må ligeledes efter det oplyste lægges til grund, at der ikke i forvejen eller undervejs i forløbet har været private erhvervsdrivende, der ønsker at varetage opgaven eller som ved kommunens disposition er blevet påført en urimelig konkurrence”.

5. Den ønskede vurdering

Ad (1) Københavns Kommune etablerer til eget brug trådløst Internet og stiller i samme forbindelse eventuel overskudskapacitet gratis til rådighed for alle Kommunens virksomheder og borgere.

Ud fra den forudsætning at der i Københavns Kommune er et velfungerende privat marked for udbud af Internet forbindelser, og at dette marked sikrer forsyning af

stort set hele Københavns Kommunes område med mulighed for Internet adgang, er det vores opfattelse at Københavns Kommune ikke lovligt kan stille gratis Internet til rådighed for alle kommunens virksomheder og borgere.

Levering af Internetadgang til samtlige borgere og virksomheder i Københavns Kommune kan ikke karakteriseres som en kommunal opgave, men det er derimod en opgave, der allerede varetages af den private sektor.

Dette vil gælde selvom Københavns Kommune måtte have en overskuds kapacitet til rådighed, der gør levering af gratis Internet adgang mulig uden meromkostninger for Københavns Kommune. Vi har i den forbindelse vurderet at Københavns Kommune ikke kan tilbyde levering af Internet adgang til samtlige Kommunens borgere og virksomheder uden at dette fører til en ulovlig fordistning af konkurrencen.

Ad (2) Hvorvidt turistfremme kan benyttes som grundlag for etablering af faciliteter til gratis Internet adgang.

Turistfremme kan ikke begrunde en generel etablering af gratis Internet for alle borgere og virksomheder i Københavns Kommune.

Men for turister er Internettet er en værdifuld kilde til information om København og seværdighederne i København. Københavns Kommune kan lovligt iværksætte aktiviteter med henblik på turistfremme, og sådanne aktiviteter vil efter omstændighederne kunne omfatte et tilbud til turister om gratis adgang til faciliteter med Internet adgang. Hvert enkelt tilfælde må vurderes konkret, og Københavns Kommune skal sikre sig, at det konkrete tilbud ikke indebærer en ulovlig fordistning af konkurrencen.

Ad (3) Hvorvidt erhvervsfremme kan benyttes som grundlag for etablering af faciliteter til gratis Internet adgang.

Erhvervsfremme kan ikke begrunde en generel etablering af gratis Internet, hverken for alle borgere eller for alle virksomheder i Københavns Kommune.

Ad (4) Hvorvidt gratis Internet adgang lovligt kan etableres i afgrænsede geografiske områder som f.eks. Ørestaden.

Som anført ovenfor kan den generelle adgang for alle Kommunens borgere og virksomheder ikke gives lovligt. Dette vil også gælde en generel adgang givet i et større geografisk område som f.eks. Ørestaden.

Adgang til gratis Internet kan kun gives i begrænset omfang og kun som led i forfølgelse af i øvrigt lovlige formål. Dette kan f.eks. være på det/den enkelte skole, uddannelses institution, bibliotek, AF kontor, etc., til den enkelte handikappede eller til forfølgelse af andet lovligt formål.

Gives adgangen via trådløst Internet, behøver adgangen ikke være isoleret til konkrete lokaler eller adresser, men muligheden for opnåelse af adgangen til Internetet må begrænses til de lovlige formål, f.eks. ved brug af personlige kodeord og adgangskontrol, så der ikke etableres en generel adgang.

København, den 1. februar 2006

Bender von Haller Dragsted

Nicolai Dragsted

Partner

Bilag:

- § Indenrigsministeriets brev af 22. februar 2000 om brug af overskudskapacitet
- § Statsamtet Århus: afgørelse af 15. juni 2004