



2018-21

Fonden Aarhus 2017 ikke omfattet af offentlighedsloven

Det fremgik af en avisartikel, at Fonden Aarhus 2017 – som bl.a. var ansvarlig for gennemførelsen af Europæisk Kulturhovedstad 2017 – havde afslået at give avisen aktindsigt i oplysninger om, hvordan fondens budget på cirka en halv milliard kroner blev anvendt.

Fonden havde begrundet afslaget på aktindsigt med, at fonden ikke var omfattet af offentlighedsloven.

Spørgsmålet i sagen var for det første, om fonden var omfattet af bestemmelsen i offentlighedslovens § 3, stk. 1, nr. 2, hvorefter offentlighedsloven finder anvendelse på al virksomhed, der udøves af "selvejende institutioner, foreninger, fonde m.v., der er oprettet på privatretligt grundlag, og som udøver offentlig virksomhed af mere omfattende karakter og er undergivet intensiv offentlig regulering, intensivt offentligt tilsyn og intensiv offentlig kontrol".

For det andet var spørgsmålet, om fonden var omfattet af bestemmelsen i offentlighedslovens § 4, stk. 1, hvorefter offentlighedsloven finder anvendelse på al virksomhed, der udøves af selskaber, hvor mere end 75 pct. af ejerandelene tilhører danske offentlige myndigheder, medmindre der er tale om børsnoterede selskaber og deres datterselskaber.

Det var ombudsmandens opfattelse, at Fonden Aarhus 2017 hverken var omfattet af bestemmelsen i offentlighedslovens § 3, stk. 1, nr. 2, eller § 4, stk. 1. Fonden var således ikke på dette grundlag omfattet af offentlighedslovens anvendelsesområde.

(Sag nr. 17/00694)

20. maj 2018

Forvaltningsret
11241.9 – 12.2

OMBUDSMANDENS UDTALELSE

Herunder gengives ombudsmandens udtalelse:

Ombudsmandens udtalelse

1. Hvad handler sagen om?

Det fremgik af en artikel i en avis den 30. januar 2017, at Fonden Aarhus 2017 – som bl.a. var ansvarlig for gennemførelsen af Europæisk Kulturhovedstad 2017 – havde afslået at give avisen aktindsigt i oplysninger om, hvordan fondens budget på ca. ½ mia. kr. blev anvendt.

Ifølge artiklen havde avisen anmodet fonden om at fremlægge dokumenter, der viste, hvordan fondens indtægter – som hovedsageligt bestod af offentlige midler – blev fordelt mellem de forskellige dele af kulturlivet i Aarhus og Region Midtjylland.

Fonden havde begrundet afslaget på aktindsigt med, at fonden var en selv-ejende institution, der ikke var underlagt offentlighedslovens bestemmelser og derfor ikke forpligtet til at give aktindsigt i oplysninger om økonomien.

Med henvisning til § 17, stk. 1, i ombudsmandsloven bad jeg den 8. marts 2017 fonden om en udtalelse.

Jeg bad således fonden om at oplyse, om den i forbindelse med behandlingen af avisens anmodning om aktindsigt (og eventuelle andre tilsvarende anmodninger) havde overvejet, om fonden var omfattet af offentlighedsloven i medfør af bestemmelsen i lovens § 4, stk. 1, og i givet fald, med hvilken begrundelse fonden havde fundet, at dette ikke var tilfældet.

Jeg modtog herefter en udtalelse af 27. april 2017 fra fonden. Fonden anførte bl.a., at den i forbindelse med behandlingen af konkrete anmodninger om aktindsigt havde overvejet, om fonden var omfattet af offentlighedslovens §§ 3 eller 4, men at den ikke havde fundet grundlag herfor.

Til brug for mine overvejelser vedrørende anvendelsesområdet for offentlighedslovens § 4, stk. 1, bad jeg den 24. maj 2017 Justitsministeriet – som ansvarligt ressortministerium for offentlighedsloven – om en udtalelse.

Den 17. august 2017 modtog jeg en udtalelse fra Justitsministeriet.

OMBUDSMANDENS UDTALELSE

I det følgende vil jeg tage stilling til, om Fonden Aarhus 2017 efter min opfattelse er omfattet af offentlighedslovens § 3, stk. 1 (pkt. 2 nedenfor) eller § 4, stk. 1 (pkt. 3 nedenfor).

2. Offentlighedslovens § 3, stk. 1

2.1. Retsgrundlaget

Bestemmelsen i § 3, stk. 1, nr. 1 og 2, i offentlighedsloven (lov nr. 606 af 12. juni 2013) har følgende ordlyd:

”§ 3. Loven finder bortset fra bestemmelserne i §§ 11 og 12 og §§ 15-17 anvendelse på al virksomhed, der udøves af

- 1) selvejende institutioner, foreninger, fonde m.v., der er oprettet ved lov eller i henhold til lov,
- 2) selvejende institutioner, foreninger, fonde m.v., der er oprettet på privatretligt grundlag, og som udøver offentlig virksomhed af mere omfattende karakter og er undergivet intensiv offentlig regulering, intensivt offentligt tilsyn og intensiv offentlig kontrol (...).”

I de specielle bemærkninger til § 3 (lovforslag nr. L 144 af 7. februar 2013) er der anført bl.a. følgende:

”Bestemmelsen i *stk. 1* er – bortset fra *stk. 1, nr. 3* – udtryk for en lovfæstelse af gældende ret, da de selvejende institutioner, der er nævnt i *stk. 1, nr. 1 og 2*, er omfattet af den gældende offentlighedslov, idet de henregnes til den offentlige forvaltning. Der henvises herom til pkt. 4.1.1.2, jf. pkt. 3.2.2, i lovforslagets almindelige bemærkninger og til betænkningens kapitel 9, pkt. 6.8.1-6.8.2 (side 298 ff.).

...

Bestemmelsen i *stk. 1, nr. 2*, er en lovfæstelse af gældende ret for så vidt angår selvejende institutioner, foreninger, fonde m.v., der er oprettet på privatretligt grundlag, men som henregnes til den offentlige forvaltning, idet 1) de udøver offentlig virksomhed af mere omfattende karakter og 2) er undergivet intensiv offentlig regulering, intensivt offentligt tilsyn og intensiv offentlig kontrol.

Bestemmelserne i *stk. 1, nr. 1 og 2*, gælder for privatretligt organiserede enheder uanset organisationsformen, jf. udtrykket 'selvejende institutioner, fonde og foreninger m.v.'. Omfattet af bestemmelsen er bl.a. sociale institutioner med driftsoverenskomst.

Det er med bestemmelsen i stk. 1, nr. 2, forudsat, at den praksis, der har udviklet sig i forbindelse med anvendelsen af offentlighedsloven, forvaltningsloven og loven om Folketingets Ombudsmand med hensyn til, hvornår de pågældende institutioner m.v. kan henregnes til den offentlige forvaltning, videreføres, jf. om denne praksis betænkningens kapitel 9, pkt. 2.8.1 (side 271 ff.).”

I betænkning nr. 1510/2009 om offentlighedsloven er der i kapitel 9, pkt. 2.8.1 (s. 271 ff.) – som der er henvist til i bemærkningerne til offentlighedslovens § 3 – bl.a. anført følgende:

”2.8. Privatoprettede selvejende institutioner og foreninger mv.

2.8.1. Som nævnt er det udgangspunktet, at selvejende institutioner og foreninger mv., der er oprettet på privatretligt grundlag, ikke kan henregnes til den offentlige forvaltning.

Det antages dog, at visse selvejende institutioner og foreninger mv., der er oprettet på privatretligt grundlag, kan henregnes til den offentlige forvaltning og dermed være umiddelbart omfattet af offentlighedsloven. Dette gælder, hvis følgende kriterier er opfyldt: '[1] de udøver offentlig virksomhed af mere omfattende karakter og [2] derved er undergivet intensiv offentlig regulering, kontrol og tilsyn [nummerering tilføjet]', jf. bl.a. Folketingstidende 1985-86, tillæg A, sp. 203.

Det har på baggrund af de nævnte betingelser givet anledning til tvivl, hvorvidt selvejende institutioner, som udøver offentlig virksomhed – f.eks. private plejehjem, der udfører opgaver under den sociale lovgivning eller private institutioner inden for undervisningsområdet – kan henregnes til den offentlige forvaltning.

Der foreligger en ganske omfattende praksis i form af dels udtalelser fra Folketingets Ombudsmand dels vejledende udtalelser fra Justitsministeriet, hvori det vurderes om en institution, der er oprettet på privatretligt grundlag, på baggrund af de ovenfor nævnte kriterier, må henregnes til den offentlige forvaltning. Der kan herom henvises til Vogter, side 57 ff., samt Gammeltoft-Hansen m.fl., side 101 ff.

Højesteret har i UfR 2006.782 H taget stilling til, om en handelsskole kunne anses som en del af den offentlige forvaltning. (...) Højesteret fastslog imidlertid – med henvisning til de grunde, som landsretten havde anført – at handelsskolen ikke var en del af den offentlige forvaltning. Landsretten havde i den forbindelse anført, at handelsskolen, der i sin tid var etableret på privatretligt grundlag, nu var en selvejende institution, at skolen ifølge skolens vedtægter blev ledet af en bestyrelse, at skolen ik-

OMBUDSMANDENS UDTALELSE

ke var undergivet statslig revision, men havde en selvstændig revisor, og at Undervisningsministeriet ikke havde instruktionsbeføjelse over for skolen. Det forhold, at skolens drift i det væsentligste blev finansieret af staten, at skolens ledelse skulle overholde en række generelle vilkår om drift og administration, og at Undervisningsministeriet var rekursmyndighed i visse klagesager, kunne ikke føre til, at skolen kunne anses for en del af den offentlige forvaltning.

...

Udtrykket 'offentlig virksomhed' – som er den første forudsætning for, at en privatoprettet selvejende institution kan henregnes til den offentlige forvaltning – må i hvert fald antages at dække udfærdigelse af retsakter samt virksomhed, der traditionelt betragtes som faktisk forvaltningsvirksomhed, såsom undervisning og sygepleje.

Herudover kan det på grundlag af den nævnte praksis fra Folketingets Ombudsmand og Justitsministeriet konstateres, at der foretages en konkret og samlet vurdering af, om der er tale om en institution, der er 'undergivet intensiv offentlig regulering, kontrol og tilsyn', jf. herved den anden forudsætning for, at en privatoprettet selvejende institution kan henregnes til den offentlige forvaltning.

Ved vurderingen af, om den nævnte forudsætning er opfyldt, lægges der bl.a. vægt på, om institutionen helt eller delvis er offentligt finansieret, om institutionen er undergivet statslig revision, om det offentlige har adgang til at udpege bestyrelsesmedlemmer, om det offentlige har adgang til at ansætte den daglige leder af institutionen, om det offentlige har instruktionsbeføjelse over for institutionen, om det offentlige skal godkende institutionens vedtægter, om det offentlige eventuelt yder sekretariatsbistand til institutionen, om det offentlige overtager institutionens rettigheder og forpligtelser, hvis den nedlægges, om det offentlige skal godkende institutionens regnskaber, og om institutionens drift og virksomhed er detaljeret reguleret ved regler og retningslinjer udstedt af det offentlige.

Det synes ikke muligt på baggrund af den nævnte praksis at pege på, hvilken vægt de enkelte momenter skal tillægges ved vurderingen af, om en privatoprettet institution er undergivet intensiv offentlig regulering, kontrol og tilsyn, herunder om der er enkelte momenter, der skal tillægges særlig vægt."

I Mohammad Ahsan, Offentlighedsloven med kommentarer (2014), s. 129 ff., er der anført bl.a. følgende:

"2. Organer oprettet på privatretligt grundlag

2.1. Generelt

Udgangspunktet efter offentlighedsloven er fortsat, at institutioner, foreninger og selskaber mv., der er oprettet på privat initiativ, ikke omfattes af loven. Det gælder, uanset om den virksomhed, der udøves, ganske kan sidestilles med den, der sædvanligvis udøves af forvaltningsmyndighederne, uanset om virksomheden udøves i henhold til lov, uanset om virksomheden udøves efter aftale med det offentlige eller hviler på en udlicitering fra det offentlige, uanset om institutionen modtager offentligt tilskud til driften og uanset, om virksomheden bygger på særlig tilladelse fra det offentlige (såkaldte koncessionerede selskaber). Ombudsmanden har da også fremhævet, at retspraksis viser, at der skal ganske meget til, for at en institution, som er oprettet på privatretligt grundlag, kan anses for omfattet af den offentlige forvaltning (...).

Der gælder dog en række undtagelser fra det nævnte udgangspunkt. Således er privatoprettede institutioner mv., der falder inden for anvendelsesområdet for § 3, stk. 1, nr. 2, omfattet af offentlighedsloven. (...).

...

Som eksempler på privatoprettede institutioner mv., der *ikke er anset for omfattet af offentlighedsloven*, kan bl.a. nævnes (...) Københavns Kulturbymodning 96 (UfR 1998.1322 H (...)).

2.2. Kriterier

...

I forhold til illustration af, hvordan de omhandlede momenter inddrages i den konkrete vurdering, kan fra nyere praksis nævnes følgende eksempler (...).

UfR 1998.1322 H

Københavns Kulturbymodning 96 var stiftet i 1991 af en række kommuner og amtskommuner i Storkøbenhavn med henblik på at planlægge og yde støtte til arrangementer og projekter i anledning af, at København skulle være europæisk kulturbymodning i 1996. Fondens bestyrelse bestod af borgmestere mv. fra de deltagende kommuner samt et medlem udpeget af kulturministeren, og dens udgifter blev i vidt omfang finansieret af stat og kommuner. Fonden havde indgået en overenskomst med SiD vedrørende ansatte på Færgen Kronborg indeholdende en bestemmelse om, at alle ansatte under overenskomstens virkeområde skulle være medlemmer af SiD. Et andet fagforbund (Teaterfagforbundet) påstod under påberøbelser af, at fonden måtte anses for en del af den offentlige forvaltning.

OMBUDSMANDENS UDTALELSE

ning, fonden tilpligtet at anerkende, at den omhandlede eksklusivbestemmelse var ugyldig.

Højesteret indledte dommen med at fremhæve, at 'spørgsmålet om, hvorvidt Københavns Kulturby Fond 96 skal anses for 'en del af den offentlige forvaltning', kan ikke besvares generelt eller abstrakt', hvorfor Teaterteknikerforbundets påstand om, at fonden var en del af den offentlige forvaltning 'ikke som sådan [kan] være genstand for domstolsprøvelse'.

Højesterets flertal på 3 dommere fandt *ikke, at fonden kunne anses for en del af den offentlige forvaltning* i den forstand, at fonden ud fra en forvaltningsretlig lighedsgrundsætning havde været afskåret fra at aftale den omhandlede eksklusivbestemmelse. De lagde i den forbindelse vægt på, *at fonden var organiseret på privatretligt grundlag som en registreret erhvervsdrivende fond, at det havde været hensigten, at fonden skulle have en selvstændig stilling i forhold til den offentlige forvaltning, at fondens opgaver efter deres karakter og det begrænsede tidsrum, inden for hvilket de skulle udføres, måtte anses for atypiske i forhold til sædvanlig forvaltningsvirksomhed, og at finansieringen af fondens projekter også i betydeligt omfang skete gennem private bidrag.*

Højesterets mindretal på 2 dommere fandt derimod, at fonden ud fra en forvaltningsretlig lighedsgrundsætning havde været afskåret fra at indgå en eksklusivaftale som den, sagen handlede om. De lagde i den forbindelse vægt på, *at fonden, som især havde til formål at fremme kulturelle aktiviteter i bred forstand i Københavnsområdet, blev oprettet ved det offentliges foranstaltning, at stifterne, som alene bestod af kommuner og amtskommuner, ved oprettelsen forpligtede sig til at bidrage til dækning af fondens administrationsudgifter fra stiftelsen til afviklingen, at fonden blev ledet af en bestyrelse, som hovedsagelig bestod af repræsentanter for stifterne, at rammer og budgetter for fondens aktiviteter efter vedtægterne skulle udarbejdes i overensstemmelse med bestyrelsens retningslinjer efter drøftelse med et af bestyrelsen nedsat idéudvalg og godkendes af bestyrelsen, at fonden i vidt omfang blev finansieret af det offentlige, og at fondens regnskaber blev revideret af København Kommunes revision."*

2.2. Vedtægten for Fonden Aarhus 2017 mv.

2.2.1. Af vedtægten for Fonden Aarhus 2017 fremgår bl.a. følgende:

"2. STIFTER

2.1 Fonden er stiftet af Aarhus Kommune.

...

4. FONDENS FORMÅL

4.1 Fonden er en erhvervsdrivende fond, som har til formål, at styrke den langsigtede udvikling og betydning af kunst- og kulturlivet i Aarhus og Region Midtjylland og bidrage til at styrke den europæiske kulturs mangfoldighed.

Fonden skal øge Aarhus og Region Midtjyllands synlighed og tiltrækningskraft nationalt og internationalt og udvikle europæisk kultursamarbejde og dialog.

Fonden skal planlægge og gennemføre værtskabet for Europæisk Kulturhovedstad 2017, og yde støtte til arrangementer og projekter op til, under og efter kulturhovedstadsåret 2017.

Fonden skal sikre, at kreativitet, innovation, viden og eksperimenter anvendes som brændstof for menneskelig udvikling og økonomisk vækst i Aarhus og Region Midtjylland.

Fonden skal fremme et mere aktivt medborgerskab gennem en bred og aktiv deltagelse samt fremme samfundsgavnligt engagement fra erhvervslivet, kultursektoren samt forsknings- og uddannelsessektoren i forberedelser og gennemførelse af Aarhus 2017 samt herefter.

Fonden skal bidrage til udvikling af åbne og medlevende bymiljøer, der fremmer fællesskab med plads til forskellighed.

Fonden skal understøtte tværfagligt samarbejde om bysamfundets udfordringer og fremme visionen om en bæredygtig fremtid – lokalt såvel som globalt.

4.2 Bestyrelsen kan foretage forretningsmæssige dispositioner i relation til projektet i form af fx salg af kunstgenstande, merchandise, fødevarer, bøger, undervisningsmateriale og andet, der efter bestyrelsens skøn har forbindelse til projektet.

4.3 Der er ikke tillagt stifteren eller andre særlige rettigheder eller fordele.

OMBUDSMANDENS UDTALELSE

...

6. FONDENS MIDLER

6.1 Bestyrelsen bestemmer under hensyntagen til Fondens formål, jf. pkt. 4, efter sit frie skøn, hvorledes Fondens midler skal anbringes.

6.2 Det er bestyrelsens ansvar, at Fondens aktiver til enhver tid er anbragt på forsvarlig og betryggende vis.

7. FONDENS BESTYRELSE

7.1 Fondens bestyrelse består af 3-13 medlemmer. Bestyrelsens medlemmer er følgende:

- a) Borgmesteren i Aarhus Kommune
- b) Kulturrådmand i Aarhus Kommune
- c) Regionsrådsformanden i Region Midtjylland
- d) 1 (et) medlem udpeget af Vækstforum for Region Midtjylland
- e) 1 (en) politisk repræsentant udpeget af følgende kommuner i fællesskab: Horsens, Randers, Silkeborg, Viborg
- f) 1 (en) politisk repræsentant udpeget af følgende kommuner i fællesskab: Herning, Holstebro, Ikast-Brande, Lemvig, Ringkøbing-Skjern, Skive og Struer
- g) 1 (en) politisk repræsentant udpeget af følgende kommuner i fællesskab: Favrskov, Hedensted, Norddjurs, Odder, Samsø, Skanderborg og Syddjurs
- h) 6 (seks) eksterne medlemmer, som i første valgperiode udpeges af Aarhus Kommune

7.2 Aarhus Kommunes Borgmester er formand for bestyrelsen. Næstformanden vælges af bestyrelsen.

...

8. OPGAVER

8.1 Bestyrelsen har den overordnede ledelse af Fondens virksomhed og det økonomiske ansvar for Fonden.

8.2 Fondsbestyrelsen leder Fonden i overensstemmelse med dennes formål og under iagttagelse af nærværende vedtægter.

...

10. FONDENS LEDELSE

10.1 Bestyrelsen skal ansætte en direktør, som varetager den daglige ledelse af fonden. Direktøren ansætter i samarbejde med bestyrelsen en direktion, herunder en programdirektør og en kommunikationschef. Di-

OMBUDSMANDENS UDTALELSE

rektionen skal følge de retningslinjer og anvisninger, som bestyrelsen fastsætter.

...

13. REGNSKAB OG REVISION

13.1 Fondens regnskabsår følger kalenderåret.

13.2 Fondens regnskab skal revideres af en statsautoriseret eller registreret revisor.

...

17. VEDTÆGTSÆNDRINGER, OPLØSNING OG EKSTRAORDINÆRE DISPOSITIONER

17.1 Bestyrelsen kan med 3/4 flertal af samtlige medlemmer i bestyrelsen og med tilladelse fra fondsmyndigheden foretage ændring i nærværende vedtægter, herunder Fondens formål. Det kan herunder besluttes, at Fonden skal fusionere med andre erhvervsdrivende fonde eller ved overtagelse af en dattervirksomhed, der er aktie- eller anpartsselskab, eller at Fonden skal opløses.

17.2 Ved likvidation eller opløsning uddeles et likvidationsprovenu eller overskud til en anden dansk fond eller forening med et formål i overensstemmelse med fondens formål i § 4.1 eller som på anden vis har et almenvelgørende eller almennyttigt formål.

17.3 Bestyrelsen må kun med fondsmyndighedens samtykke foretage eller medvirke til ekstraordinære dispositioner, som kan medføre risiko for, at vedtægten ikke kan overholdes.”

2.2.2. Den 28. juni 2017 orienterede fonden mig om, at Aarhus Kommune ikke længere skulle godkende regnskaber og budgetter fra fonden. Ifølge det medsendte materiale havde Aarhus Kommune den 16. juni 2017 skrevet til fonden, at kommunen fremover ønskede, at budgetter, regnskaber og redegørelser for aktiviteter blev sendt til kommunen til orientering og ikke til godkendelse.

I kommunens brev af 16. juni 2017 var der henvist til en redegørelse af 31. maj 2017 fra Erhvervsstyrelsen. I denne redegørelse var det bl.a. anført, at Aarhus Kommunes beføjelser til at godkende fondens budgetter efter styrelsens opfattelse indikerede, at der i praksis ikke var den fornødne uafhængighed af fondens stifter (dvs. kommunen), da godkendelse af budgetter først og fremmest var et anliggende for fondens selvstændige bestyrelse.

OMBUDSMANDENS UDTALELSE

Fondens bestyrelse burde derfor overveje at ændre proceduren, således at kommunen fremover alene modtog en orientering om fondens økonomi og aktiviteter frem for – i lyset af kommunens rolle som stifter af fonden – at være tillagt en generel beføjelse til at godkende fondens budgetter.

2.2.3. Det fremgår af fondens årsrapport for 2015 (note 1), at fondens indtægter dette år udgjorde ca. 81 mio. kr. i form af tilskud og sponsorater. Heraf var ca. 65 mio. kr. offentlige midler, der hidrørte fra Aarhus Kommune og en række andre regionskommuner, Region Midtjylland og staten.

Det samlede bidrag fra stat, kommuner og region for perioden 2013-18 var opgjort til 348 mio. kr. Det var derudover målet, at der gennem fundraising blev skaffet 80 mio. kr., svarende til ca. 20 pct. af det samlede budget ("Europæisk Kulturhovedstad Aarhus 2017/Strategisk forretningsplan 2015-17", s. 43-44).

2.3. Fonden Aarhus 2017's opfattelse

I en udtalelse af 27. april 2017 har fonden anført bl.a. følgende:

"For så vidt angår anvendelsen af § 3, har Fonden henholdt sig til den praksis, der er gennemgået i offentlighedsbetænkningen s. 253-264 samt s. 298f. med specifik omtale af selvejende institutioner oprettet ved det offentlige foranstaltning, f.eks. ved lov.

Disse institutioner omfattes umiddelbart af offentlighedsloven som følge af det særlige oprettelsesgrundlag, jf. betænkningens s. 298.

Betænkningen gennemgår s. 299f den praksis, der efter den tidligere offentlighedslov havde udviklet sig vedrørende privatretligt oprettede selvejende institutioner, og som forudsattes videreført med offentlighedsloven.

Fonden har som nævnt tidligere og ved modtagelsen af (den førømtalte) anmodning om aktindsigt forholdt sig til denne praksis og har vurderet, at Fonden ikke i medfør heraf kan betragtes som henhørende under den offentlige forvaltning (...).

2.4. Min vurdering

2.4.1. Fonden Aarhus 2017 er som nævnt i pkt. 2.2 stiftet af Aarhus Kommune. Fonden er ikke oprettet ved lov eller i henhold til lov.

Spørgsmålet er herefter, om fonden er omfattet af bestemmelsen i offentlighedslovens § 3, stk. 1, nr. 2, hvorefter offentlighedsloven – bortset fra bestemmelserne i §§ 11 og 12 og §§ 15-17 – finder anvendelse på al virksomhed, der udøves af "selvejende institutioner, foreninger, fonde m.v., der er

OMBUDSMANDENS UDTALELSE

oprettet på privatretligt grundlag, og som udøver offentlig virksomhed af mere omfattende karakter og er undergivet intensiv offentlig regulering, intensivt offentligt tilsyn og intensiv offentlig kontrol”.

Det er i forarbejderne til den gældende offentlighedslov forudsat, at den praksis, der hidtil havde udviklet sig i forbindelse med anvendelsen af offentlighedsloven, forvaltningsloven og lov om Folketingets Ombudsmand med hensyn til, hvornår de pågældende institutioner mv. kunne henregnes til den offentlige forvaltning, skulle videreføres, jf. de specielle bemærkninger til § 3, stk. 1, nr. 2. Der er i bemærkningerne henvist til den praksis, som er beskrevet i betænkning nr. 1510/2009 om offentlighedsloven, kapitel 9, pkt. 2.8.1 (se herom ovenfor i pkt. 2.1).

2.4.2. Spørgsmålet om, hvorvidt Fonden Aarhus 2017 udøver ”offentlig virksomhed af mere omfattende karakter”, giver efter min opfattelse anledning til en vis tvivl.

På den *ene side* er det både lovligt og sædvanligt, at kommuner med hjemmel i den såkaldte kommunalfuldmagt varetager eller yder støtte til forskelligartede kulturelle aktiviteter, jf. bl.a. Hanna Ege og Hans B. Thomsen m.fl., Forvaltningsret (2018), s. 802 ff. Se også kommissionens overvejelser i betænkning nr. 1510/2009 om offentlighedsloven, kapitel 9, pkt. 6.8.3.3, der omtaler kommunernes mulighed for at yde tilskud til en lang række kulturelle formål, herunder kulturelle foreninger.

Dette skal sammenholdes med, at en del af fondens formål er at yde støtte til diverse kulturelle arrangementer og projekter, og at fonden er stiftet af Aarhus Kommune og tilført betydelige offentlige midler.

På den *anden side* er et af hovedformålene med fonden tidsmæssigt begrænset og mere atypisk for en kommune: at planlægge og gennemføre værtskabet for Europæisk Kulturhovedstad 2017. Ligeledes er fonden tilført betydelige midler via fundraising, jf. nærmere pkt. 2.2.3 ovenfor. Jeg henviser i den forbindelse til Højesterets dom om Københavns Kulturby Fond 96, hvor flertallet fandt, at bl.a. lignende kriterier talte imod, at denne fond var en del af den offentlige forvaltning. Dommen er refereret ovenfor under pkt. 2.1.

Uanset karakteren af fondens virksomhed er det imidlertid min opfattelse, at fonden ikke er ”undergivet intensiv offentlig regulering, intensivt offentligt tilsyn og intensiv offentlig kontrol”, jf. nærmere nedenfor i pkt. 2.4.3.

Jeg har derfor ikke anledning til at foretage en endelig vurdering af, om Fonden Aarhus 2017 udøver ”offentlig virksomhed af mere omfattende karakter”.

OMBUDSMANDENS UDTALELSE

2.4.3. Med hensyn til betingelsen om, at de pågældende institutioner mv. skal være "undergivet intensiv offentlig regulering, intensivt offentligt tilsyn og intensiv offentlig kontrol", er det i betænkningen anført, at der skal foretages en konkret og samlet vurdering. I den forbindelse skal der efter praksis lægges vægt på en række forskellige kriterier, jf. nærmere citatet fra betænkningen ovenfor i pkt. 2.1.

Ifølge betænkningen er det ikke muligt på baggrund af praksis at pege på, hvilken vægt de enkelte kriterier skal tillægges ved vurderingen af, om en privatoprettet institution mv. er undergivet intensiv offentlig regulering, kontrol og tilsyn, herunder om der er enkelte kriterier, der skal tillægges særlig vægt.

Fonden Aarhus 2017 er som nævnt organiseret på privatretligt grundlag og registreret som en erhvervsdrivende fond.

Bestyrelsen består af borgmesteren og kulturrådmanden i Aarhus Kommune, regionsrådsformanden i Region Midtjylland, et medlem udpeget af Vækstforum for Region Midtjylland, tre medlemmer udpeget af de øvrige kommuner i Region Midtjylland samt seks eksterne medlemmer, som i første valgperiode er udpeget af Aarhus Kommune.

Aarhus Kommunes borgmester er formand for bestyrelsen.

Det er bestyrelsen, der har den overordnede ledelse af fondens virksomhed og det økonomiske ansvar for fonden, og som leder fonden i overensstemmelse med dennes formål og under iagttagelse af vedtægterne.

Det er også bestyrelsen, der ansætter en direktør, som varetager den daglige ledelse af fonden.

Selv om fonden i vidt omfang er finansieret af offentlige midler, indgår der også betydelige midler skaffet via fundraising i finansieringen, jf. nærmere ovenfor i pkt. 2.2.3.

Fondens regnskab skal revideres af en statsautoriseret eller registreret revisor.

Som erhvervsdrivende fond er Fonden Aarhus 2017 undergivet tilsyn fra Fondsmyndigheden, dvs. Erhvervsstyrelsen, men der er ikke efter vedtægterne krav om, at fondens regnskaber og budgetter skal godkendes af Aarhus Kommune eller andre af de deltagende offentlige myndigheder. Jeg bemærker i den forbindelse, at Aarhus Kommune den 28. juni 2017 orienterede mig om, at en tidligere aftalt praksis herom ikke længere er gældende, da budgetter, regnskaber og redegørelser for aktiviteter nu alene sendes til kommunen til orientering og ikke til godkendelse (jf. pkt. 2.2.2 ovenfor).

OMBUDSMANDENS UDTALELSE

Endelig fremgår det af vedtægterne, at et likvidationsprovenu eller overskud ved fondens likvidation eller opløsning uddøles til en anden dansk fond eller forening, som har et formål i overensstemmelse med fondens formål, eller som på anden vis har et almenvelgørende eller almennyttigt formål.

Det er på den baggrund og efter de foreliggende oplysninger min opfattelse, at fonden ud fra en konkret og samlet vurdering ikke kan anses for at være "undergivet intensiv offentlig regulering, intensivt offentligt tilsyn og intensiv offentlig kontrol".

2.4.4. Det er herefter samlet set min opfattelse, at Fonden Aarhus 2017 ikke er omfattet af bestemmelsen i offentlighedslovens § 3, stk. 1, og fonden er således efter min opfattelse ikke på dette grundlag omfattet af lovens anvendelsesområde.

3. Offentlighedslovens § 4, stk. 1

3.1. Retsgrundlaget

3.1.1. Offentlighedslovens § 4, stk. 1

I § 4, stk. 1, i offentlighedsloven er der bestemt følgende:

"§ 4. Loven finder bortset fra bestemmelserne i §§ 11 og 12 og §§ 15-17 anvendelse på al virksomhed, der udøves af selskaber, hvis mere end 75 pct. af ejerandelene tilhører danske offentlige myndigheder. Det gælder dog ikke børsnoterede selskaber og disses datterselskaber."

I de specielle bemærkninger til § 4 (lovforslag nr. L 144 af 7. februar 2013) er der anført bl.a. følgende:

"Bestemmelsen, der er ny, udvider lovens organisatoriske anvendelsesområde, således at loven ikke alene finder anvendelse på de offentlige myndigheder, der er omfattet af § 2, men også på selskaber, der i kraft af det offentliges ejerskab er undergivet en betydelig grad af offentlig styring og kontrol.

Bestemmelsen i *stk. 1, 1. pkt.*, fastsætter, at loven – bortset fra bestemmelserne i §§ 11-12 og §§ 15-17 – finder anvendelse på al virksomhed, der udøves af selskaber, hvis mere end 75 % af ejerandelene tilhører danske offentlige myndigheder.

...

Ifølge bestemmelsen finder loven anvendelse for selskaber, hvis *mere end 75 % af ejerandelene tilhører danske offentlige myndigheder*. Om

OMBUDSMANDENS UDTALELSE

begrundelsen herfor henvises der til betænkningens side 304 ff. og pkt. 4.3.1.2 og pkt. 4.3.2.2 i lovforslagets almindelige bemærkninger.

Det afgørende for, om loven gælder for et selskab, er, hvorvidt denne betingelse om offentlig ejerskab på mere end 75 % er opfyldt på tidspunktet for modtagelsen af anmodningen om aktindsigt.

Ved *selskaber* forstås juridiske personer med en formue adskilt fra det offentlige formue, der driver forretningsmæssig virksomhed. Dermed omfattes bl.a. aktieselskaber og anpartsselskaber omfattet af selskabsloven. Endvidere omfattes selskaber, der er omfattet af lov om visse erhvervsdrivende virksomheder, der gælder for enkeltmandsvirksomheder, interessentskaber, kommanditselskaber, andelsselskaber (andelsforeninger) samt andre selskaber og foreninger med begrænset ansvar, som ikke er omfattet af selskabsloven eller lov om erhvervsdrivende fonde.

3.1.2. Lov om erhvervsdrivende fonde § 1

I § 1 i lov om erhvervsdrivende fonde (lov nr. 712 af 25. juni 2014 med senere ændringer) er der bestemt bl.a. følgende:

”§ 1. Loven finder anvendelse på fonde, legater, stiftelser og andre selvejende institutioner, der efter § 2 anses for at være erhvervsdrivende (erhvervsdrivende fonde).

Stk. 2. Ved en erhvervsdrivende fond forstås i denne lov en juridisk person, som besidder en formue, der er uigenkaldeligt udskilt fra stifterens formue til varetægelse af et eller flere i vedtægten bestemte formål, som skal kunne efterleves i en længere årrække, hvor rådighedsbeføjelserne over fonden tilkommer en i forhold til stifter selvstændig ledelse, hvor der udøves erhvervsaktivitet, jf. § 2, stk. 1 og 2, og hvor ingen fysisk eller juridisk person uden for fonden har ejendomsretten til fondens formue.

Stk. 3. (...).”

I de specielle bemærkninger til § 1, stk. 2 (lovforslag nr. L 154 af 12. marts 2014) er der anført bl.a. følgende:

”Det er endvidere et krav, at fondens formue skal være *uigenkaldeligt udskilt* fra stifterens formue, hvilket medfører, at der er forbud mod at føre midler tilbage til stifter. Dette forbud mod tilbagebetaling omfatter bl.a. tilbagebetaling af grundkapitalen og fondens øvrige egenkapital, herunder tilbagebetaling ved fondens opløsning, tildeling af legatportioner, lån af enhver art, herunder lån mod sikkerhed og kaution og garantistillelse for stifterens og for dennes nærtstående forpligtelser. Dette krav har sammenhæng med kravet om en af stifter *selvstændig ledelse*, som også er et led i definitionen af en erhvervsdrivende fond. Forbuddet gælder uanset, om stifter er en fysisk eller en juridisk person. I sidstnævnte til-

OMBUDSMANDENS UDTALELSE

fælde omfatter kravet om udskillelse også ledelse og ejere af den juridiske person.

...

Kravet om uigenkaldelig udskillelse af en formue fra stifterens formue består i almindelighed af to led:

- fondens aktiver skal allerede i forbindelse med oprettelsen være uigenkaldeligt overdraget til fonden, og
- fondens midler må ikke efterfølgende kunne føres tilbage til stifteren eller personer, som er stifteren nærtstående.

...

I definitionen i stk. 2, foreslås det endvidere, at der i en erhvervsdrivende fond skal være en i forhold til stifter *selvstændig ledelse*. Kravet om selvstændighed i forhold til stifter medfører, at der i bestyrelsen skal være mindst ét eller flere af stifter uafhængige medlemmer.

...

På denne baggrund skal det præciseres, at der skal være mindst 1 medlem, der er uafhængig af fondens stifter m.v., når bestyrelsen består af 3-4 vedtægtsudpegede medlemmer, mindst 2 medlemmer, der er uafhængige af fondens stifter m.v., når bestyrelsen består af 5-8 vedtægtsudpegede medlemmer, mindst 3 medlemmer, der er uafhængige af fondens stifter m.v., når bestyrelsen består af 9-11 vedtægtsudpegede medlemmer, mindst 4 medlemmer, der er uafhængige af fondens stifter m.v., når bestyrelsen består af 12-14 vedtægtsudpegede bestyrelsesmedlemmer osv. På denne måde tilgodeses ønsket om en reel uafhængig andel af bestyrelsen.

...

I det sidste led i den foreslåede definition i stk. 2, præciseres, at ingen fysisk eller juridisk person uden for fonden har ejendomsretten til fondens formue. Det betyder, at fonden er selvejende, og ejendomsretten til fondens formue tilkommer fonden som sådan.”

3.2. Fonden Aarhus 2017's opfattelse

I en udtalelse af 27. april 2017 har fonden anført bl.a. følgende:

OMBUDSMANDENS UDTALELSE

”Fonden skal indledningsvist besvare Ombudsmandens forespørgsel således, at Fonden – i lighed med andre bestemmelser i offentlighedsloven – har overvejet, om Fonden er omfattet af offentlighedslovens § 4. Fonden er dog nået den konklusion, at dette ikke er tilfældet.

Offentlighedslovens § 4 finder anvendelse på selskaber, når det offentlige ejer mere end 75 % af selskabet, hvorved ifølge forarbejderne forstås rådighed over mere end 75 % af selskabets kapital gennem ejerskab.

Fonden er en erhvervsdrivende fond, og er også registreret som sådan i Erhvervsstyrelsen (se bilag 2). Fonden er derfor reguleringsmæssigt omfattet af lov om erhvervsdrivende fonde.

Fonden er allerede som følge heraf ikke omfattet af lov om visse erhvervsdrivende virksomheder, jf. denne lovs § 1, stk. 2, e.c.

Der skelnes efter Fondens forståelse i såvel lovttekster som juridisk litteratur almindeligvis imellem selskaber (groft kendetegnet ved at have en ejerkreds) og fonde (groft kendetegnet ved at være ’ejerløse’). Lov om visse erhvervsdrivende virksomheders § 1, stk. 2, er et eksempel på denne adskillelse. Et lignende eksempel er de af Ombudsmanden citerede specielle bemærkninger til offentlighedslovens § 4. Samme opdeling anvendes af Erhvervsstyrelsen på dennes hjemmeside, platforme for registrering og i styrelsens publikationer.

En fond betragtes således efter almindelig sproglig forståelse ikke som et selskab, og omfattes derfor efter Fondens forståelse heller ikke af offentlighedslovens § 4.

Fonden har ved denne vurdering tillige inddraget forarbejderne til offentlighedslovens § 3, hvoraf fremgår, at (privatoprettede) selvejende institutioner, dvs. fonde og foreninger, som den absolutte hovedregel ikke omfattes af offentlighedsloven. Der henvises til pkt. 6.8.3.1 i offentlighedsbetænkningen.

Det fremgår også af denne, at den tidligere gældende praksis er forudsat videreført. Fonden har på denne baggrund anlagt den fortolkning af offentlighedsloven, at lovens § 4 ikke har haft til formål at regulere – og derved udvide – lovens anvendelsesområde for selvejende institutioner, idet en sådan fortolkning sammenfattende henstår uden støtte i lovens ordlyd og i tilsyneladende modstrid med lovens forarbejder.

Fonden har endeligt ved sin vurdering lagt vægt på det forhold, at offentlighedslovens § 4 er betinget af ejerskab af selskabets formue. Da en fond netop er kendetegnet ved, at formuen ikke er undergivet eksternt

OMBUDSMANDENS UDTALELSE

ejskab, følger det for så vidt allerede heraf, at Fonden ikke er omfattet af bestemmelsen.

Fonden har således vurderet, at det offentlige hverken direkte eller indirekte ejer nogen del af Fondens formue. Vurderingen heraf – og navnlig de strukturelle vanskeligheder forbundet med at vurdere ejerskab af en fonds formue – bekræfter efter Fondens opfattelse den fortolkning, at fonde ikke omfattes af offentlighedslovens § 4.”

3.3. Justitsministeriets opfattelse

I en udtalelse af 17. august 2017 har Justitsministeriet anført bl.a. følgende:

”Justitsministeriet bemærker indledningsvis, at spørgsmålet i sagen ikke drejer sig om, hvorvidt Fonden Aarhus 2017 konkret er omfattet af offentlighedsloven.

Ombudsmanden har anmodet Justitsministeriet om en udtalelse om det mere overordnede spørgsmål om, hvorvidt erhvervsdrivende Fonde efter ministeriets opfattelse kan være omfattet af anvendelsesområdet for offentlighedslovens § 4.

Justitsministeriet er i forhold til dette spørgsmål enig i, at det ikke udtrykkeligt fremgår af forarbejderne til offentlighedslovens § 4, om fonde omfattet af lov om erhvervsdrivende fonde kan være omfattet af bestemmelsen.

Af forarbejderne til offentlighedsloven fremgår det, at der ved ’selskaber’ forstås juridiske personer med en formue adskilt fra det offentliges formue, der driver forretningsmæssig virksomhed. Erhvervsdrivende fonde er ikke nævnt som et eksempel på selskaber omfattet af loven. Eksempliceringen i forarbejderne er imidlertid ikke udtømmende.

Betænkningen til offentlighedsloven indeholder heller ikke en direkte stillingtagen til, om fonde omfattet af lov om erhvervsdrivende fonde er omfattet af loven.

I Mohammad Ahsan, Offentlighedsloven med kommentarer (2014), anføres det på side 131-132, i en kommentar til dommen i UfR 1998.1322 H, at en fond, der var registreret som en erhvervsdrivende fond, efter den nugældende lov ville være omfattet af lovens § 4, stk. 1. Samme sted henvises til punkt 2 under kommentaren til § 4, stk. 1. På det pågældende sted (s. 142-143) anføres det ikke udtrykkeligt, at fonde omfattet af lov om erhvervsdrivende fonde kan være omfattet af bestemmelsen.

5.2. Det er imidlertid Justitsministeriets opfattelse, at fonde omfattet af lov om erhvervsdrivende fonde ikke vil kunne være omfattet af offentlighedslovens § 4.

Som det fremgår af punkt 4.5, er erhvervsdrivende fonde navnlig defineret ved at være en juridisk person, som besidder en formue der uigenkaldeligt er udskilt fra stifterens formue, til varetagelse af et eller flere i vedtægten bestemte formål, og hvor ingen fysisk eller juridisk person uden for fonden har ejendomsretten til fondens formue. Med andre ord har fonden ikke en ejerkreds.

Det fremgår af offentlighedslovens § 4, at danske offentlige myndigheder skal have mere end 75 % af ejerandelene for, at offentlighedsloven finder anvendelse på selskabet.

Da en erhvervsdrivende fond ikke har nogen ejerkreds, finder offentlighedslovens § 4 efter Justitsministeriets opfattelse ikke anvendelse på fonde omfattet af lov om erhvervsdrivende fonde.

Justitsministeriet har herved også lagt vægt på, at Offentlighedskommissionen ved kommissionens anbefaling af, at offentlighedsloven skal finde anvendelse på selskaber, hvor det offentliges ejerandel overstiger 75 %, lagde vægt på, at offentlige myndigheder, der alene eller tilsammen ejer mere end 75 % af ejerskabet, må antages at have kontrol med selskabet.

En sådan kontrol er imidlertid ikke til stede i forbindelse med erhvervsdrivende fonde.

Det ændrer efter Justitsministeriets opfattelse ikke herpå, hvis midlerne i en fond overvejende er indskudt af offentlige myndigheder, og at repræsentanter for offentlige myndigheder m.v. sidder i fondens bestyrelse.”

3.4. Min vurdering

Som det fremgår af offentlighedslovens § 4, stk. 1, finder loven – bortset fra bestemmelserne i §§ 11 og 12 og §§ 15-17 – anvendelse på al virksomhed, der udøves af selskaber, hvis mere end 75 pct. af ejerandelene tilhører danske offentlige myndigheder.

I de specielle bemærkninger til § 4 er det bl.a. anført, at bestemmelsen – der er ny – udvider offentlighedslovens organisatoriske anvendelsesområde, således at loven ikke alene finder anvendelse på de offentlige myndigheder, der er omfattet af § 2, men også på selskaber, der i kraft af det offentliges ejerskab er undergivet en betydelig grad af offentlig styring og kontrol, jf. pkt.

3.1.1 ovenfor.

OMBUDSMANDENS UDTALELSE

Erhvervsdrivende fonde er ikke nævnt i forarbejderne til offentlighedslovens § 4 som eksempel på selskaber omfattet af loven, men eksemplificeringen er ikke udtømmende. Det fremgår således ikke udtrykkeligt af forarbejderne til offentlighedslovens § 4, om fonde omfattet af lov om erhvervsdrivende fonde kan være omfattet af bestemmelsen.

En "erhvervsdrivende fond" er en juridisk person, som besidder en formue, der er uigenkaldeligt udskilt fra stifterens formue til varetagelse af et eller flere i vedtægten bestemte formål, som skal kunne efterleves i en længere årrække, hvor rådighedsbeføjelserne over fonden tilkommer en i forhold til stifter selvstændig ledelse, hvor der udøves erhvervsaktivitet, og hvor ingen fysisk eller juridisk person uden for fonden har ejendomsretten til fondens formue, jf. § 1, stk. 2, i lov om erhvervsdrivende fonde.

I de specielle bemærkninger til § 1, stk. 2, er det om den sidstnævnte betingelse – at ingen fysisk eller juridisk person uden for fonden har ejendomsretten til fondens formue – anført, at dette betyder, at fonden er selvejende, og at ejendomsretten til fondens formue tilkommer fonden som sådan. Fonden har således ikke en ejerkreds.

Efter offentlighedslovens § 4, stk. 1, skal danske offentlige myndigheder have mere end 75 % af ejerandelene for, at loven finder anvendelse på selskabet.

Da en erhvervsdrivende fond efter det anførte ikke har nogen ejerkreds, finder offentlighedslovens § 4, stk. 1, efter min opfattelse ikke anvendelse på fonde omfattet af lov om erhvervsdrivende fonde. Jeg er derfor enig i den retsopfattelse, som Justitsministeriet giver udtryk for i udtalelsen af 17. august 2017 til mig.

På den baggrund er Fonden Aarhus 2017 efter min opfattelse ikke omfattet af bestemmelsen i offentlighedslovens § 4, stk. 1, og fonden er således heller ikke på dette grundlag omfattet af lovens anvendelsesområde.

4. Konklusion

Det er samlet set min opfattelse, at Fonden Aarhus 2017 ikke er omfattet af bestemmelsen i offentlighedslovens § 3, stk. 1, og at fonden således ikke på dette grundlag er omfattet af lovens anvendelsesområde.

Det er endvidere min opfattelse, at offentlighedslovens § 4, stk. 1, ikke finder anvendelse på fonde omfattet af lov om erhvervsdrivende fonde. På den baggrund er Fonden Aarhus 2017 efter min opfattelse ikke omfattet af den nævnte bestemmelse, og fonden er således heller ikke på dette grundlag omfattet af lovens anvendelsesområde.

OMBUDSMANDENS UDTALELSE

Jeg har sendt en kopi af udtalelsen til Justitsministeriet.

...

Jeg foretager mig herefter ikke mere i sagen.

...