

Kulturdvalget
L 38 - Bilag 11
Offentligt

N I E L S E N | N Ø R A G E R
ADVOKATFIRMA

METROPOL
FREDERIKSBERGGADE 16
1459 KØBENHAVN K
TELEFON: 33 11 45 45
TELEFAX: 33 11 80 81
www.nnlaw.dk

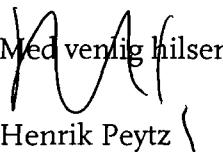
OLE FINN NIELSEN
JACOB NØRAGER-NIELSEN
EIGIL LEGO ANDERSEN, DR. JUR.
MORTEN ELDRUP-JØRGENSEN, MBA
HENRIK PEYTZ, MBA
MICHAEL S. WIISBYE
MARIANNE KJÆR STOLT
JAN PRESFELDT, MCL
THOMAS WEISBERG
JAKOB MOSEGAARD LARSEN
HALFDAN KRAG JESPERSEN, DR. JUR.

Folketingets Kulturdvalg
Folketinget
Christiansborg
1240 København K

18. november 2005
hpe/ssh
hpe@nnlaw.dk

L 38

Vedlagt overbringes på vegne af TV Danmark et notat om MTGs henvendelse til Folketingets Kulturdvalg vedrørende lovforslag L 38.

Med venlig hilsen

Henrik Peytz

18. november 2005

Notat om MTGs henvendelse
til Folketingets Kulturudvalg vedrørende lovforslag L 38

1. Introduktion

Dette notat indeholder TV Danmarks bemærkninger til MTGs henvendelse til Folketingets Kulturudvalg vedrørende nogle bestemmelser i § 3 i lovforslag L 38, som MTG hævder, er i strid med EU-retlige regler, jf. bilag 5 og 6 til L38.

Efter de pågældende bestemmelser kan Radio- og tv-nævnet uden forudgående udbud blandt andet forlænge tilladelser til lokal fjernsynsvirksomhed ved hjælp af jordbaserede sendemuligheder, der udløber i perioden 1. januar 2006 til 31. oktober 2009. Tilsvarende kan nævnet i særlige tilfælde udbyde ledige sendemuligheder til andre tilladelsesindehavere i det område, som sendemuligheden er udmeldt til. Forlængelser og tilladelser kan ikke række ud over 31. oktober 2009.

Kulturministeren skal endvidere kunne fastsætte regler om de nævnte forlængelser og tilladelser.

MTG har anført,

at en ved lovforslaget hævdet deregulering øger værdien af de nuværende sendetilladelser betragteligt,

at forlængelser af eksisterende sendetilladelser kræver EU-udbud, og at manglende udbud vil være i strid med EF-traktatens artikel 43 og 49,

at statens tildeling af sendetilladelser krænker EF-traktatens regler om fri bevægelighed, såfremt den foretages uden at iagttage grundlæggende principper om gennemsigtighed (offentlighed) og ikke-diskrimination,

at lovforslaget risikerer at være i strid med EU's statsstøtteregele, i det omfang de eksisterende rettighedshavere modtager en fordel, som ikke gives til øvrige fjernsynsselskaber, i og med, at sendetilladelseerne tildeles uden opkrævning af koncessionsafgift, og

at en auktion over lokale tv-sendetilladelse skønnes at kunne give flere hundrede millioner kr. i indtægt.

Disse spørgsmål behandles i det følgende.

2. Værdien af sendetilladelseerne

Der ses ikke at være noget rationelt grundlag for at hævde, eller nogen dokumentation for, at værdien af de nuværende sendetilladelse øges som følge af lovforslaget.

Afskaffelsen af must carry-reglerne for de lokale TV Danmark-stationer indebærer ikke nogen forhøjet værdi af sendetilladelseerne; tværtimod medfører dette forhold risiko for, at stationernes penetration falder.

Sendetilladelsesindehaverne vil fortsat i praksis ikke kunne opkræve betaling for distribution i kabelanlæg etc., da tv-signalerne distribueres free-to-air, dvs. udsendes terrestrielt, ukodet og uden betaling og derfor i praksis kan nedtages af de enkelte husstande ved hjælp af en stueantenne.

Dette forhold vil formentlig ikke kunne ændres på grund af de tilknyttede public service krav, og de enkelte sendetilladelsesindehavere vil typisk ikke have nogen interesse heri.

Herudover vil en ændring ikke være kommercielt interessant for TV Danmark, da en ændring til betalingskanal ville medføre et væsentligt fald i penetrationen, herunder fordi modtagelse af udsendelse af signaler i krypteret form ville kræve andre dekodere end de, der anvendes ved husstandsmodtagelse af satellit-tv, og som en husstand ikke kunne forventes at anskaffe for at kunne modtage TV Danmark.

3. Spørgsmålene om EU-udbud og EF-traktatens artikel 43 og 49

Tildeling af sendetilladelser er ikke omfattet af udbudspligt efter EU's udbudsdirektiver. Der er derfor ikke pligt til at gennemføre "EU-udbud" forstået som et udbud efter disse direktiver.

Efter EF-traktatens artikel 43 og 49 kan statslige foranstaltninger mv., der begrænser den frie etableringsret eller den fri præstation af tjenesteydelser, undergives en EU-retlig efterprøvelse med typisk sigte på kontrol af, at foranstaltningen ikke er diskriminerende, at den forfølger en anerkendelsesværdig interesse, er egnet til at nå det tilsigtede mål, og at den ikke er mere vidtgående end nødvendig.

En forlængelse af sendetilladelser i det påtænkte omfang indebærer ikke diskrimination, såfremt der foreligger saglige grunde til forlængelsen.

En forlængelse med den begrundelse, at der ønskes tilvejebragt en harmonisering af udløbstidspunkterne for eksisterende tilladelser med henblik på at sikre en administrativ forenkling, en ensartet opfyldelse og gennemførelse af public service kravene, eventuelt opretholdelse af en nogenlunde ensartet landsdækkende sendeflade, og en muliggørelse af nye samlede udbud af de lokale frekvenser, må efter TV Danmarks opfattelse anses for sagligt begrundet i en anerkendelsesværdig interesse og kan ikke anses for en restriktion, der er uegnet eller mere vidtgående end nødvendig.

Allerede af disse grunde må en EU-retlig pligt til at gennemføre et udbud af de enkelte sendetilladelser i takt med, at de udløber, afvises.

Det er rigtigt, at der på grundlag af de ovennævnte bestemmelser i EF-traktaten samt almindelige fællesskabsretlige principper om ligebehandling, proportionalitet og gennemsigtighed som anført af MTG er afsagt nogle domme af EF-Domstolen, som i visse tilfælde blandt andet pålægger medlemsstaterne at

iagttagelse af en passende grad af offentlighed til fordel for potentielle tilbudsgivere ved tildeling af koncessioner, der ikke er omfattet af udbudsdirektiverne¹.

Der kan imidlertid ikke af de af MTG anførte domme udledes nogen generel og undtagelsesfri forpligtelse til at afholde udbud af offentlige koncessioner, der ikke er omfattet af EU's udbudsdirektiver².

¹ Jf navnlig sag C-324/98, Telaustria, dom af 7. december 2000, og den nedennævnte sag C-231/03, Coname.

² Jf. eksempelvis sag C-231/03, Coname, dom af 21. juli 2005, hvor EF-Domstolens store afdeling (13 dommere) fandt, at artikel 43 EF og 49 EF under omstændigheder som de i hovedsagen foreliggende var til hinder for, at en kommune tildelte en koncessionskontrakt vedrørende driften af den offentlige gasforsyning direkte til et overvejende offentligt ejet selskab, som den pågældende kommune ejede 0,97 % af, hvis tildelingen ikke opfyldte de krav til gennemsigtighed, som – uden nødvendigvis at indebære en forpligtelse til at afholde et udbud – bl.a. skulle gøre det muligt for en virksomhed i en anden medlemsstat end den, hvori den pågældende kommune ligger, at få adgang til de nødvendige oplysninger vedrørende den omhandlede koncessionskontrakt, før denne tildeles, således at denne virksomhed, hvis den måtte have ønsket det, ville have været i stand til at tilkendegive sin interesse i at opnå tildeling af koncessionskontrakten."

I sag C-458/03; Parking Brixen GmbH, dom af 13. oktober 2005, antog EF-Domstolens første afdeling (5 dommere), at artikel 43 EF og artikel 49 EF samt principperne om ligebehandling, om forbud mod forskelsbehandling og om gennemsigtighed skulle fortolkes således, at de var til hinder for, at en offentlig myndighed uden at afholde et offentligt udbud tildelte en offentlig tjenesteydelseskoncession til et aktieselskab, der var blevet omdannet fra en særlig virksomhed under denne offentlige myndighed, når dette aktieselskabs formål var blevet udvidet til nye vigtige områder, når det havde pligt til inden for kortere tid at give adgang til kapitaltilførsel fra anden side, når det geografiske område for dets aktiviteter var blevet udvidet til at omfatte hele landet samt udlandet, og når dets bestyrelse havde en meget omfattende fuldmagt til drift af selskabet, som den kunne udøve selvstændigt.

Sagen vedrørte koncessioner til drift af offentlige parkeringsanlæg og er, som det ses af den gengivne konklusion, konkret begrundet i en række forhold. Dommen kan således ikke antages at fravige eller generelt gå videre end den få måneder ældre Coname-dom, og der har navnlig heller ikke i denne sag været særlige anerkendelsesværdige interesser, der talte imod udbud.

De anførte domme må endvidere antages at forudsætte, at de ovenfor gennemgåede betingelser for at tilsidesætte nationale foranstaltninger efter EF-traktatens artikel 43 og 49 er opfyldt, hvilket netop ikke er tilfældet i den foreliggende situation.

En forlængelse af de eksisterende sendetilladelser vil herudover i givet fald ske i fuld offentlighed, da forholdet behandles af Radio- og tv-nævnet, som har mulighed for at bekendtgøre planerne om forlængelsen og høre alle interesserede parter, før afgørelse om forlængelse træffes.

I det omfang der trods det anførte kunne stilles EU-retlige krav til gennemsigtighed ved denne tildelingsprocedure, vil disse krav således kunne iagttages af Radio- og tv-nævnet.

Der foreligger derfor ingen overtrædelse af EF-traktatens artikel 43 og 49.

4. Spørgsmålet om statsstøtte

Der foreligger ikke statsstøtte i det omfang, der ikke er statsmidler involveret.

TV-sendetilladelser har i Danmark normalt været tildelt uden opkrævning af koncessionsafgifter, hvorfor en forlængelse af sendetilladelse som beskrevet ikke indebærer, at staten afviger fra den hidtidigt bestående generelle praksis.

Der ses således ikke at være statsmidler involveret i forlængelsen af de eksisterende sendetilladelser, hvorfor statsstøttere reglerne ikke er anvendelige.

Tildelingen af sendetilladelser skal derfor alene bedømmes efter de ovennævnte regler i EF-traktatens artikel 43 og 49.

Herudover bemærkes, at anvendelse af statsstøttere reglerne forudsætter, at støttemodtageren tilføres en konkurrenceforvridende fordel af økonomisk værdi,

der overstiger omkostningen ved en eventuel public service forpligtelse³, hvilket heller ikke er dokumenteret.

I praksis er der ganske betydelige omkostninger knyttet til driften af de lokale tv-stationer, herunder til opfyldelse af public service kravene, og driften af netværket har i en årrække været tabsgivende.

5. Spørgsmålet om eventuelt auktionsprovenu

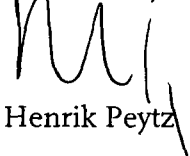
Der ses ikke at være noget rationelt grundlag for at hævde, eller nogen dokumentation for, at en auktion over de enkelte lokale sendetilladelser i varierende perioder på 6 – 30 måneder inden for den angivne tidshorisont ville indbringe nævneværdige bud, herunder fordi professionel planlægning, opstart og drift af en kommerciel tv-station både forudsætter tid til forberedelse og en væsentligt længere driftsperiode.

Radio- og tv-nævnet kan naturligvis foretage de sonderinger, der skønnes nødvendige for at bedømme dette.

6. Konklusion

På ovennævnte baggrund må TV Danmark afvise, at en vedtagelse af lovforslaget vil være i strid med EU-retlige forpligtelser, og TV Danmark må afvise MTGs klagepunkter som udokumenterede og forkerte.

København, 18. november 2005



Henrik Peytz

³ Det bemærkes, at der er knyttet public service betingelser til alle de sendetilladelser, MTGs klage vedrører.