
SUPPLERENDE NOTAT OM FORSLAG TIL LOV OM ÆNDRING AF RADIO- OG FJERNSYNSLOVEN

15. november 2005

1. Indledning

Nærværende notat indeholder supplerende bemærkninger til tidligere udsendt notat, dateret 3. oktober, vedr. de EU-retlige betænkeligheder, som kan rejses i forbindelse med vedtagelse af forslag til Lov om ændring af lov om radio- og fjernsynsvirksomhed (Ny lokalradio- og lokal-tv-ordning m.v.) (herefter "lovforslaget").

2. Konklusion

Det er vor klare vurdering, at statens tildeling af tilladelser for programvirksomhed ("sendetilladelser") vil krænke **EF-traktatens regler om fri bevægelighed**, såfremt den foretages uden at iagttage grundlæggende principper om objektivitet, gennemsigtighed, ligebehandling og forholdsmæssighed.

Denne konklusion understøttes senest af EF-domstolens dom af 13. oktober 2005 i sag C-458/03, Parking Brixen.

Det følger endvidere af nævnte sag, at principperne om gennemsigtighed (offentlighed) og ikke-diskrimination følger af det **grundlæggende princip om ligebehandling**, hvilket gælder uafhængigt af de involverede operatørers nationalitet.

Der kan henvises endvidere til **EF-traktatens artikel 86, stk. 1**, hvorefter en medlemsstat i relation til virksomheder, som de indrømmer særlige rettigheder, ikke må indføre eller opretholde foranstaltninger, som er i strid med traktatens bestemmelser, herunder navnlig artikel 12 EF, artikel 81 EF, og artikel 89 EF (jf. også dommen i Parking Brixen).

Ovenstående konklusioner finder endvidere støtte i **sekundær EU-lovgivning**, herunder navnlig direktiv 2002/20 om tilladelser til elektroniske kommunikationsnet og -tjenester (tilladelsesdirektivet) og direktiv 2002/77 om konkurrence på markederne for elektroniske kommunikationsnet og -tjenester. Begge direktiver foreskriver udtrykkeligt, at tildeling af frekvenser skal ske på grundlag af objektive, gennemsigtige, ikke-diskriminerende og forholdsmæssige kriterier.

Det følger af ovenstående, at den ved lovforslaget foreslåede ordning ikke kan gennemføres uden iagttagelse af ovennævnte principper om **objektivitet, gennemsigtighed, offentlighed, ikke-diskrimination og forholdsmæssighed**, idet alle interesse-

rede virksomheder skal gives mulighed for at afgive tilbud på de omhandlede sendetil-ladelser.

Det synes i den forbindelse udelukket, at den i nærværende sag forslåede ordning vil kunne retfærdiggøres efter EF-traktatens artikel 86, stk. 2, der giver medlemsstaterne mulighed for at fravige EF-traktatens regler, såfremt dette er nødvendigt for at få udført tjenesteydelser af almindelig økonomisk interesse (public service). Som bekendt betyder lovændringen netop en ophævelse af de resterende "public service" krav til rettighedshaverne (vedr. lokalt programstof m.v.), jf. vores notat af 3. oktober 2005.

3. Analyse

3.1 EF-domstolens afgørelse af 13. oktober i sag C-458/03, Parking Brixen

I sagen havde en italiensk kommune henlagt driften af en offentlig betalingsparkeringsplads til Stadtwerke Brixen, der var en selvstændig virksomhed ejet af kommunen. I henhold til koncessionsaftalen var Stadtwerke Brixen berettiget til at afkræve betaling for brugen af parkeringspladsen hos brugerne af parkeringspladsen. Aftalen indebar endvidere, at Stadtwerke Brixen skulle betale en årlig koncessionsafgift til kommunen.

Konkurrenten Parking Brixen anlagde i den forbindelse sag imod kommunen og Stadtwerke Brixen med påstand om, at tildelingen af ovennævnte koncession skulle have iagttaget bestemmelserne om offentligt udbud.

I sin dom henviste EF-domstolen til dommene i sag C-324/98, Telaustria og sag C-231/03, Coname, omtalt i vores notat af 3. oktober 2005. Domstolen understregede, at de nationale myndigheder er forpligtet til at overholde princippet om forskelsbehandling på grundlag af nationalitet, således som det kommer til udtryk i EF-traktatens artikel 12, 43 og 49. Domstolen bemærkede endvidere, at disse bestemmelser er et særligt udtryk for den grundlæggende lighedsgrundsætning, der indebærer, at alle tilbudsgivere får lige chancer ved formuleringen af deres tilbud, og som finder anvendelse, selv når der ikke foreligger forskelsbehandling på grundlag af nationalitet (dommens præmis 48).

Domstolen gentog ligeledes, at ligebehandlingsprincippet indebærer en gennemsigthedsforpligtelse, hvorefter det påhviler den ordregivende myndighed at sikre en "passende grad af offentlighed til fordel for enhver potentiel tilbudsgiver" (præmis 49).

Domstolen understregede, at det "*ikke [er] i overensstemmelse med de i artikel 43 EF og artikel 49 EF fastsatte krav samt principperne om ligebehandling, om forbud mod diskrimination og om gennemsigthed slet ikke at afholde offentligt udbud i forbindelse med tildeling af en offentlig tjenesteydelseskoncession som den i hovedsagen omhandlede.*" (præmis 50)

Endelig bemærkes, at Domstolen udtrykkeligt afviste argumentet om, at hovedsagen udelukkende drejede sig om interne forhold, selv om såvel Parking Brixen som Stadtwerke Brixen havde hovedsæde i Italien, idet Domstolen udtalte, at det ikke kunne "*udelukkes, at virksomheder, der er etableret i andre medlemsstater [...] kunne have haft interesse i at præstere de omhandlede tjenester [...].*" (præmis 55)

Det bemærkes, at Parking Brixen-dommen udover at være en naturlig forlængelse af Coname-dommen i vidt omfang bygger på de principper som blev opstillet af EF-domstolen i sag C-17/03, *Vereiniging voor Energie, Milieu en Water* (vedr. tredieparters adgang til infrastruktur for gasforsyningsvirksomhed).

3.2 EF-traktatens artikel 86, stk. 1.

I Parking Brixen-dommen, citeret ovenfor, præmis 51, henviste EF-domstolen udtrykkeligt til EF-traktatens artikel 86, stk. 1. Ifølge Domstolen følger det af denne bestemmelse, at

"medlemsstaterne for så vidt angår offentlige virksomheder og virksomheder, som de indrømmer særlige eller eksklusive rettigheder, hverken indfører eller opretholder foranstaltninger, som er i strid med traktatens bestemmelser, herunder navnlig artikel 12 EF, artikel 81 EF, og artikel 89 EF."

Der synes i den forbindelse at være stærke holdepunkter for at antage, at statens tildeling af en sendetilladelse må sidestilles med indrømmelse af "særlige rettigheder", idet der bl.a. kan henvises til definitionen heraf anvendt i direktiv 2002/77 om konkurrence på markederne for elektroniske kommunikationsnet og -tjenester¹.

Statens tildeling af en sendetilladelse under de foreliggende omstændigheder kan således være i strid med EF-traktatens artikel 86, stk. 1.

Det synes i den forbindelse udelukket, at ordningen vil kunne retfærdiggøres efter EF-traktatens artikel 86, stk. 2, der giver medlemsstaterne mulighed for at fravige EF-traktatens regler, såfremt dette er nødvendigt for at få udført tjenesteydelser af almindelig økonomisk interesse. Som nævnt ovenfor betyder lovændringen netop en ophævelse af de resterende "public service" krav til rettighedshaverne (vedr. lokalt programstof m.v.).

3.3 Direktiverne 2002/20, 2002/21 og 2002/77

Ovenstående analyse støttes af sekundær lovgivning, herunder navnlig

- direktiv 2002/20 om tilladelser til elektroniske kommunikationsnet og -tjenester (tilladelsesdirektivet)²,
- direktiv 2002/21 om fælles rammebestemmelser for elektroniske kommunikationsnet og -tjenester (rammedirektivet)³, og

¹ EFT 2002 L 249, s. 21.
Efter direktivets artikel 1, nr. 6) er "særlige rettigheder" defineret som "rettigheder, som en medlemsstat ved lov eller administrativt tildeler et begrænset antal virksomheder, og som inden for et bestemt geografisk område

- a) angiver eller begrænser antallet af sådanne virksomheder med tilladelse til at udbyde en elektronisk kommunikationstjeneste eller til at varetage en elektronisk kommunikationsaktivitet til to eller flere efter andet end objektive, forholdsmæssige og ikke-diskriminerende kriterier, eller
- b) på anden måde end efter sådanne kriterier giver virksomheder retlige eller administrative fordele, der i væsentlig grad påvirker andre virksomheders mulighed for at udbyde samme elektroniske kommunikationstjeneste eller at varetage den samme elektroniske kommunikationsaktivitet i samme geografiske område på vilkår, der i alt væsentligt er de samme".

² EFT 2002 L 108, s. 21

³ EFT 2002 L 108, s. 33

- direktiv 2002/77 om konkurrence på markederne for elektroniske kommunikationsnet og -tjenester (telekonkurrencedirektivet) ⁴.

I rammedirektivets 19. betragtning nævnes udtrykkeligt, at

"radiofrekvenser er en altafgørende ressource for radiobaserede elektroniske kommunikationstjenester, og i det omfang de anvendes til sådanne tjenester, bør de derfor allokere og tildeles af de nationale tilsynsmyndigheder under iagttagelse af en række harmoniserede mål og principper samt efter objektive transparente og ikke-diskriminerende kriterier"

Tilladelsesdirektivets artikel 5, stk. 3, foreskriver følgende:

"Med forbehold af særlige kriterier og procedurer, som medlemsstaterne fastsætter for tildeling af brugsret [...] med henblik på mål af almen interesse under overholdelse af fællesskabsretten, tildeles sådanne brugsrettigheder gennem åbne, ikke-diskriminerende og transparente procedurer"

Efter telekonkurrencedirektivets artikel 4

"skal tildelingen af radiofrekvenser til elektroniske kommunikationstjenester ske på grundlag af objektive, gennemsigtige, ikke-diskriminerende og forholdsmæssige kriterier [uden at dette berører specifikke kriterier og procedurer, som medlemsstaterne har indført med henblik på at opfylde målsætninger af almen interesse i overensstemmelse med fællesskabsretten]".

Det fremgår af disse direktiver, at medlemsstaterne kun kan fravige principperne om objektivitet, gennemsigtighed, ligebehandling og proportionalitet, såfremt dette er nødvendigt for varetagelse af tjenesteydelser af almen interesse, jf. også EF-traktatens artikel 86, stk. 2.

Som omtalt i forrige afsnit må det afvises, at den foreslåede lovændring vil kunne retfærdiggøres efter EF-traktatens artikel 86, stk. 2.

København, den 15. november 2005
Simon Eyers Hjelmberg



Michael Honoré

⁴

Citeret ovenfor.