

## BECH-BRUUN

---

København · 20. august 2014

**Michael Honoré**  
Partner

T +45 72 27 33 76  
mih@bechbruun.com

Sagsnr. 019768-0108 psj/mih/ilp  
Dok.nr. 12302367.1

### Fortroligt notat

---

#### Vurdering af Kommissionens beslutning 9. juli 2014 vedrørende reklameafgiftsloven

##### 1. Indledning

Dette notat indeholder en statsstøtteretlig vurdering af EU-Kommissionens beslutning af 9. juli 2014 ("Beslutningen") vedrørende lov om reklameafgift på husstandsdelte reklamer ("reklameafgiftsloven").<sup>1</sup>

##### 2. Konklusion

Det er vores umiddelbare vurdering, at Beslutningen indeholder så væsentlige mangler, at den vil blive ophævet af Unionsdomstolene i forbindelse med et annullationssøgsmål anlagt efter EUF-traktatens artikel 263.

Dette vil blandt andet kunne ske med henvisning til, at Kommissionen reelt ikke har foretaget nogen statsstøtteretlig vurdering af, om der er ydet støtte til dagblade og ikke-husstandsdelte reklamer, ligesom Beslutningen ikke indeholder nogen begrundelse i relation til disse aspekter.

Endvidere er Kommissionens analyse af afgiftspligten for NejTak+-ordningen og afgiftsfritagelsen for gratis ugeaviser problematisk.

Kommissionens lange sagsbehandlingstid i denne sag kan også være en indikator for, at Kommissionen burde have indledt den formelle undersøgelsesprocedure i stedet for at træffe endelig afgørelse i sagen.

---

<sup>1</sup> Sag SA.35683.

### 3. Baggrund for vores analyse

Reklameafgiftsloven blev anmeldt til Kommissionen den 8. november 2012 og blev med en enkelt undtagelse (i forhold til "direct mail", jf. nedenfor) godkendt i sin helhed den 9. juli 2014.

FK Distribution har undervejs redegjort for sine synspunkter i breve til Kommissionen af 23. november 2012, 26. februar 2013, 2. juli 2013 og 27. marts 2014 (se bilag 1-4 til dette notat), ligesom FK Distribution har præsenteret sine synspunkter for Kommissionen under møde afholdt den 27. februar 2014.

Som det fremgår af Beslutningens punkt 62 har FK Distribution blandt andet gjort gældende, at reklameafgiftsloven indebærer EU-stridig (uforenelig) statsstøtte til fordel for følgende reklametryksager:

- (i) Reklamer, der ikke husstandsomdeles
- (ii) Reklamer i gratis ugeaviser
- (iii) Reklamer i adresserede kuverter (direct mail) omdelt af Post Danmark
- (iv) Reklamer i dagblade

FK Distribution har endvidere anført, at den såkaldte NejTak+-ordning opfylder lovens målsætninger og burde være fritaget for reklameafgiften.

I relation til ovenstående klagepunkter indeholder Beslutningen alene en reel statsstøttestrengtlig analyse af gratis ugeaviser og direct mail.

Gratis ugeaviser er behandlet i Beslutningens punkt 90-94 og 97-109, hvor Kommissionen først konstaterer, at der er tale om støtte omfattet af EUF-traktatens artikel 107, stk. 1, men at støtten kan betragtes som forenelig med det indre marked i overensstemmelse med artikel 107, stk. 3, litra c).

Direct mail er behandlet i Beslutningens punkt 22-25, hvor Kommissionen bemærker, at det danske skatteministerium vil foreslå en lovændring til Folketinget, hvorved *direct mail* ikke længere er fritaget for afgiften. Det fremgår særligt tydeligt af Kommissionens pressemeddelelse af 9. juli 2014, at direct mail fritagelsen blev droppet af den danske regering som følge af, at Kommissionen havde udtrykt bekymring herover, da den reelt kun begunstigede én virksomhed (Post Danmark) og dermed var (unødigt) konkurrencefordrejende.<sup>2</sup>

---

<sup>2</sup> IP/14/791 af 9. juli 2014: "[...] The Danish authorities agreed to waive the second one, after the Commission raised state aid concerns, having received several complaints from industry associations and companies considering that the criteria for the exemption fitted just one company, which would be very distortive of competition."

Derimod indeholder Beslutningen reelt ingen statsstøtteretlig stillingtagen til fritagelsen for trykte reklamer, der ikke husstandsomdeles og trykte reklamer i dagblade, ligesom Kommissionen reelt ikke forholder sig til den manglende afgiftsfritagelse for NejTak+ordningen.

Dette vil blive nærmere behandlet i afsnit 4 nedenfor.

#### **4. Redegørelse**

Beslutningen blev vedtaget af Kommissionen efter en foreløbig undersøgelse af den anmeldte ordning, uden at Kommissionen indledte den formelle undersøgelsesprocedure efter EUF-traktatens artikel 108, stk. 2 og procedureforordningens<sup>3</sup> artikel 4, stk. 4.

Kommissionen har en pligt til at indlede den formelle undersøgelsesfase, hvis den finder, at den anmeldte ordning giver anledning til tvivl med hensyn til ordningens forenelighed med det indre marked, jf. procedureforordningens artikel 4, stk. 4.

Det fremgår af retspraksis, at den utilstrækkelige eller ufuldstændige karakter af Kommissionens undersøgelse under den indledende undersøgelsesprocedure udgør et indicium for, at der foreligger en rimelig tvivl.<sup>4</sup>

Begrebet "rimelig tvivl" er et objektivt begreb, som er genstand for en mere vidtgående legalitetskontrol, der rækker videre end til en undersøgelse af, om Kommissionen har anlagt et åbenbart urigtigt skøn. Retten kan finde, at der forelå "rimelig tvivl", uden at det skal bevises af sagsøger, at Kommissionens grundlæggende vurderinger var behæftet med retlige eller faktiske fejl.<sup>5</sup>

Når Kommissionen har truffet afgørelse ved udløbet af den foreløbige undersøgelsesfase, kan EU-Retten således ophæve afgørelsen, allerede fordi Kommissionen burde have haft tvivl med hensyn til ordningens forenelighed med fællesmarkedet og derfor burde have indledt den formelle undersøgelsesprocedure, uden at EU-Retten i øvrigt skal forholde sig til sagens endelige udfald.

Det er vores umiddelbare vurdering, at Beslutningen indeholder så væsentlige mangler, at Unionsdomstolene i forbindelse med et annullationssøgsmål anlagt efter EUF-traktatens artikel 263 vil ophæve Beslutningen og hjemvise denne til fornyet behandling hos Kommissionen.

---

<sup>3</sup> Forordning 659/1999.

<sup>4</sup> Se bl.a. præmis 57 i sag T-359/04, British Aggregates og den dér citerede praksis.

<sup>5</sup> Se bl.a. præmis 56 og 58 i sag T-359/04, British Aggregates.

Dette er nærmere uddybet nedenfor.

- 4.1 Kommissionen forholder sig ikke til, om der er ydet støtte til dagblade og til trykte reklamer, der ikke husstandsomdeles

Støtte til ikke-husstandsomdelte reklamer og reklamer i dagblade er behandlet i Beslutningens punkt 121-127, idet Kommissionen i punkt 127 konkluderer, at de to typer af reklamer "*kan anses for at falde uden for reklameafgiftslovens anvendelsesområde*".

Intetsteds indeholder Beslutningen en egentlig analyse af, om afgiftsfritagelsen for de to typer af reklame indebærer statsstøtte, og om statsstøtten i givet fald kan anses for forenelig med det indre marked.

Der foreligger således en mangelfuld juridisk vurdering af den anmeldte ordning, ligesom Beslutningen i denne henseende er mangelfuldt begrundet, jf. EUF-traktatens artikel 296.

For så vidt angår kravene til Kommissionens begrundelse, følger det af fast retspraksis, at Kommissionen ved anvendelse af konkurrencereglerne er forpligtet til at begrunde en beslutning ved som minimum at nævne "*de omstændigheder og overvejelser, der har væsentlig betydning for beslutningen, og dermed give Fællesskabets retsinstanter og de berørte parter oplysning om, hvorledes den har anvendt traktaten*".<sup>6</sup>

De kortfattede deskriptive udsagn i Beslutningens punkt 121-127 kan ikke på nogen måde sidestilles med en tilstrækkelig begrundelse, ligesom de på ingen måde kan erstatte den statsstøtteretlige analyse, som Kommissionen er forpligtet til at udføre.

Fraværet af en begrundelse og analyse i relation til dagblade og ikke-husstandsomdelte reklametryksager står i kontrast til Kommissionens undersøgelse i Beslutningen vedrørende mulig støtte til

- miljømærket papir (hvor Kommissionen konkluderer, at der ikke foreligger støtte på grund af manglende selektivitet, jf. punkt 71-80)
- aftenskolekataloger (hvor det konkluderes, at der ikke foreligger støtte på grund af manglende samhandelspåvirkning, jf. punkt 81-85)
- telefonbøger (hvor det konkluderes, at der foreligger forenelig statsstøtte, jf. punkt 86-89 og 110-119), og

---

<sup>6</sup> Jf. Rettens dom i Forenede Sager T-309/04, T-317/04, T-329/04 og T-336/04, TV 2/Danmark m.fl. mod Kommissionen, pr. 180 med yderligere henvisninger til retspraksis.

- gratis ugeaviser (hvor det konkluderes, at der foreligger forenelig statsstøtte, jf. punkt 90-94 og 97-109).

Kommissionens undersøgelser af ovennævnte reklamebærende tryksager illustrerer den undersøgelse, Kommissionen burde have foretaget i forhold til fritagelsen for dagblade og ikke-husstandsomdelte reklametryksager.

En mulig forklaring på fraværet af en analyse af de to typer af reklametryksager kan være den måde, hvorpå reklameafgiftsloven er opbygget.

Således er de af Kommissionen undersøgte reklametryksager eksplicit fritaget for statsstøtte i medfør af reklameafgiftslovens § 2, stk. 1.<sup>7</sup> Fritagelsen for reklamer i dagblade og ikke-husstandsomdelte reklametryksager fremgår derimod implicit af lovens § 1.<sup>8</sup>

Lovens § 1, stk. 1, pålægger således afgift på tryksager, som *husstandsomdeles*, mens § 1, stk. 2, kun pålægger afgift på tryksager, der omdeles *uden betaling fra modtageren*. Hermed indebærer lovens § 1 en *de facto* fritagelse for ikke-husstandsomdelte reklamer og for tryksager, der omdeles mod betaling, herunder navnlig dagblade.

Det er imidlertid underordnet for den statsstøtteretlige vurdering, om støtte ydes ved at der indrømmes en fritagelse til visse varer eller tjenesteydelser, eller om støtte ydes ved at der pålægges en afgift på andre (særligt konkurrerende) varer eller tjenesteydelser. I begge tilfælde vil der være tale om, at visse varer eller tjenesteydelse afgiftsbelægges, mens andre (de lege eller de facto) er fritaget for afgift.

Unionsdomstolens praksis på området er meget klar i denne henseende, idet Unionsdomstolene ved gentagne lejligheder har erindret om, at artikel 107, stk. 1, "*definerer statslige interventioner i kraft af deres virkninger og således uafhængigt af de anvendte teknikker.*"<sup>9</sup>

---

<sup>7</sup> Lovens § 2, stk. 1, er sålydende:

"Følgende husstandsomdelte reklamer er ikke omfattet af afgiftspligten efter § 1:

- 1) [...]
- 2) Information om offentlig forsyningspligt, som gives i forbindelse med erhvervsmæssig virksomhed.
- 3) Reklamer om aktiviteter i foreninger og fra foreninger omfattet af folkeoplysningsloven.
- 4) Ugeaviser, jf. stk. 2 og 3.
- 5) Telefonbøger, jf. stk. 4."

<sup>8</sup> Lovens § 1 er sålydende:

"§ 1. Der skal betales afgift til statskassen af husstandsomdelte reklamer, jf. stk. 2.

Stk. 2. Ved husstandsomdelte reklamer forstås efter denne lov forsendelser, som har til formål at fremme afsætningen af varer eller tjenesteydelser, og som omdeles uden betaling fra modtageren."

<sup>9</sup> Se Forenede sager C-106/09 P og C-107/09 P, Kommissionen mod Government of Gibraltar og Det Forenede Kongerige, præmis 87. Se også sag C-487/06 P, British Aggregates, præmis 89; sag C-279/08 P, Kommissionen mod Nederlandene, præmis 51. Yderligere eksempler på sager, hvor en fordel er ydet ved at der pålægges en byrde på konkurrenten, er sag C-53/00, Ferring, og sag C-390/98, Banks.

I Gibraltar-dommen blev Retten netop kritiseret af Domstolen for udelukkende at have støttet sin analyse på den valgte lovgivningsteknik i forbindelse med sin statsstøtteanalyse, hvilket ifølge Domstolen udelukkede enhver mulighed for at kvalificere den manglende beskatning af visse selskaber (*in casu* "offshore"-selskaberne) som en selektiv fordel.<sup>10</sup>

I sagen accepterede Domstolen således ikke, at Storbritannien blot ved at anvende en særlig lovteknik kunne undgå at få lovgivningen underkastet en statsstøtteretlig analyse, når det stod klart, at lovgivningen havde til følge at begunstige visse virksomheder frem for andre virksomheder.<sup>11</sup>

Domstolen udtalte, at lovgivningens såkaldte "generelle referenceramme" var beskatning af alle virksomheder på Gibraltar, hvorfor den manglende beskatning af offshore-selskaber indebar en *de facto* undtagelse fra den generelle ramme og dermed en selektiv begunstiggelse af disse selskaber.<sup>12</sup>

I den foreliggende sag fremgår det af Beslutningens punkt 71 (i relation til miljømærket papir), at Kommissionen er fuldt ud bevidst om den selektivitets-test, der skal udføres af de reklametryksager, der ikke er pålagt afgift.

Realiteten i denne sag er, at visse typer af reklametryksager er afgiftspålagt, mens andre reklametryksager ikke er afgiftspålagt. Kommissionen burde i lyset heraf have undersøgt, om den pågældende fritagelse for dagblade og ikke-omdelte reklametryksager kunne indebære statsstøtte, og om statsstøtten kunne erklæres forenelig med det indre marked.

Således som det er blevet udførligt omtalt og behandlet i vores skrivelser til EU-Kommissionen (omtalt i afsnit 3 ovenfor og vedlagt som bilag 1-4), er der efter vores vurdering ingen tvivl om

- at der foreligger en selektiv fordel, der indebærer statsstøtte til fordel for udgiverne af dagblade og ikke-omdelte tryksager<sup>13</sup> - på samme måde som Kommissionen selv konkluderer, at der foreligger statsstøtte til bl.a. udgivere af telefonbøger og ugeblade;

---

<sup>10</sup> Forenede sager C-106/09 P og C-107/09 P, Kommissionen mod Government of Gibraltar og Det Forenede Kongerige, præmis 88.

<sup>11</sup> Se dommens præmis 92.

<sup>12</sup> Se dommens præmis 95.

<sup>13</sup> Dette gælder så meget desto mere, når der henses til det nære konkurrenceforhold mellem (afgiftspålagte) husstandsomdelte reklametryksager på den ene side og (afgiftsfritagne) dagblade og ikke-omdelte tryksager på den anden side. At konkurrenceforholdet kan have en betydning for vurdering af det relevante sammenligningsgrundlag, fremgår blandt andet af Rettens dom i sag T-210/02, British Aggregates RENV, præmis 72. Se også Generaladvokat Tizzano i sag C-53/00, Ferring, punkt

- at denne støtte kun vanskeligt vil kunne erklæres foreneligt med det indre marked, idet der i lyset af formålet med ordningen ikke synes at være gode argumenter for at fritage disse typer af reklamebærende tryksager til ugunst for almindelige reklametryksager.

I relation til spørgsmålet om forenelighed erindres i øvrigt om, at formålet med reklameafgiftsloven netop er at begrænse mængden af reklametryksager, og at den største miljøbelastning ligger i produktionen af reklametryksager – ikke i distributionen. Det bør derfor være underordnet for opnåelse af lovens formål, om reklametryksager modtages gratis eller imod betaling, og om de omdeles eller afhentes.

Det afgørende i denne sag er imidlertid, at Kommissionen intetsteds har foretaget en analyse af ovenstående aspekter i relation til dagblade og ikke-omdelte tryksager, hvilket efter vores vurdering er tilstrækkeligt til at få Beslutningen ophævet.

#### 4.2 Beslutningen er også mangelfuld i andre henseender

For fuldstændighedens skyld bemærker vi, at Beslutningen efter vores vurdering også er mangelfuld i andre henseender. Vi skal hér begrænse os til at give to eksempler.

For det første undlader Kommissionen at behandle argumentet fra FK Distribution om, at reklameafgiftsloven også burde indebære en afgiftsfritagelse af NejTak+-ordningen samt den tilsvarende ordning indført af Post Danmark,<sup>14</sup> da denne ordning er egnet til at nedbringe mængden af reklametryksager, samtidig med at husstandene kun modtager de reklamer, de faktisk ønsker at modtage.

Herved opfylder en ordning som NejTak+-ordningen på alle måder de mål, som ligger til grund for reklameafgiftsloven, samtidig med at den tager hensyn til den vigtige funktion, reklamer har for blandt andet det indre markeds funktion, herunder varernes og tjenesteydernes frie bevægelighed.<sup>15</sup>

Den manglende fritagelse af NejTak+-ordningen burde være indgået i Kommissionens analyse af lovens forenelighed med det indre marked og særligt analysen af, om loven indebærer en utilsigtet fordrejning af konkurrencen i lyset af det formål, der er opstillet i loven.

---

<sup>14</sup> Post Danmarks ordning hedder "Permission Services".

<sup>15</sup> EU's lovgiver har således anerkendt reklamerne som et væsentligt middel til at skabe reelle afsætningsmuligheder for varer og tjenesteydelser over hele Unionen, ligesom reklamer kan stimulere konkurrencen. Der henvises blandt andet til 6. betragtning i præambelen til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2006/114 om vildledende og sammenlignende reklame (EUT 2006 L 376/2).

For det andet vurderer vi, at Kommissionens forenelighedsvurdering af fritagelsen for gratis ugeaviser er problematisk i flere henseender.

Særligt hæfter vi os ved, at Kommissionen lægger til grund for sin analyse, at støtte til ugeaviser efter mediestøtteleven udelukker støtte efter reklameafgiftsloven og omvendt (se Beslutningens punkt 56 og punkt 104).

Der er imidlertid ingen omtale af dette i hverken mediestøtteleven eller i reklameafgiftsloven eller i forarbejderne hertil, hvilket viser, at Kommissionens undersøgelser af den anmeldte lovgivning og i den forbindelse af mediestøtteleven har været mangelfuld.

Det bemærkes i den forbindelse, at såfremt støtte til ugeaviser efter reklameafgiftsloven skulle udelukke støtte efter mediestøtteleven og omvendt, kræver dette udtrykkelig lovhjemmel i både reklameafgiftsloven og i mediestøtteleven, hvilket i dag ikke foreligger. Udsagnet er særligt problematisk eftersom mediestøtteleven allerede er trådt i kraft og vil skulle igennem en lovændring for, at den kan opfylde de forudsætninger, som ligger til grund for Beslutningen.

Endelig er det vores vurdering, at såfremt ovenstående lovændringer måtte blive gennemført, bør de også gælde for dagbladene, således at disse ligeledes udelukkes fra at kunne modtage støtte under begge støtteordninger på samme tid. Henset til konkurrencerelationen mellem gratis ugeaviser og dagblade og den vigtige funktion for den demokratiske debat, som begge udgivelser har, vil en støtteordning med en uens retstilstand for dagblade og gratis ugeaviser efter vores vurdering være svær at retfærdiggøre efter statsstøttere reglerne og i hvert fald kræve, at sagen på ny anmeldes til EU-Kommissionen, inden en sådan ordning kan træde i kraft.

4.3 Kommissionens lange sagsbehandlingstid kan være et indicium for, at Kommissionen burde have åbnet den formelle undersøgelsesprocedure

Endelig bemærker vi, at Kommissionens lange sagsbehandlingstid i denne sag, hvor Kommissionen først traf afgørelse 22 måneder efter den modtog anmeldelse i sagen, kan være et indicium for, at Kommissionen burde have åbnet den formelle undersøgelsesprocedure i stedet for at træffe afgørelse efter den foreløbige undersøgelsesfase.

København, den 20. august 2014

Michael Honoré



## Bilag

1. Brev fra FK Distribution til EU-Kommissionen af 23. november 2012
2. Brev fra FK Distribution til EU-Kommissionen af 26. februar 2013
3. Brev fra FK Distribution til EU-Kommissionen af 2. juli 2013
4. Brev fra FK Distribution til EU-Kommissionen af 27. marts 2014