

# Notat

12. november 2018

## Kommissionens vurdering af Altmark-betingelsernes anvendelse ved genudbud af FM4

### Indledning

På baggrund af Kammeradvokatens indledende vurdering af muligheden for at stille lokalitetskrav og beslutningen på ordførermødet den 18. september 2018 har Kammeradvokaten på vegne af Kulturministeriet været i dialog med Kommissionen.

Kommissionen har på denne baggrund tilkendegivet, (1) at der *ikke* umiddelbart er statsstøttereftige hindringer for en formulering af et lokalitetskrav efter den norske model, og (2) at udbuddet efter Kommissionens vurdering indebærer statsstøtte, som bør ydes som *forenelig public service-statsstøtte*.

Kommissionens vurdering betyder, at den danske stat *ikke* med Altmark-betingelserne kan påstå, at udbuddet slet ikke indebærer statsstøtte til den vindende byder. Dette var også Kommissionens tilgang til muligheden for at anvende Altmark-betingelserne i 2011 forbindelse med det første udbud af FM4-tilladelsen.

Kulturministeriet og Kammeradvokaten peger i forlængelse heraf på, at det alternativt er nærliggende at anvende Kommissionens public service-statsstøttemeddelelse fra 2012 til at yde støtten som *forenelig public service-statsstøtte*. Kommissionen er enig heri. Hermed undgås endvidere en ressource- og tidskrævende individuel notifikation af udbuddet.

Nedenfor gives en nærmere beskrivelse af statsstøttereglerne, herunder mulighederne hvis et udbud overholder Altmark-betingelserne (støtten indebærer ikke statsstøtte), henholdsvis ikke overholder Altmark-betingelserne (støtten indebærer statsstøtte og skal derfor ydes som lovlige og *forenelig public service-statsstøtte*).

Det bemærkes, at Altmark-dommen alene kan anvendes til afgørelse af, om der foreligger statsstøtte eller ej. Selvom der ikke foreligger statsstøtte, er der fortsat en række andre EU-regler, der skal overholdes i forbindelse med udbuddet, jf. nedenfor.

Der henvises i øvrigt til det tidligere udsendte "Notat om de EU-retlige rammer for indførelse af krav om lokalitet i forbindelse med udbud af public service-radio og -tv" af 11. september 2018, hvor også den EU-retlige ramme i relation til EUF-traktatens bestemmelser om fri bevægelighed og forbud mod diskrimination er nærmere beskrevet i relation til lokalitetskravet.

### Statsstøttereglerne

Genudbuddet af FM4 skal gennemføres med offentligt tilskud til programvirksomheden, og det er derfor nødvendigt at sikre, at også EU's statsstøtteregler overholdes. EUF-traktatens artikel 107, stk. 1, forbyder som udgangspunkt, at medlemsstaterne yder statsstøtte. Statsstøtte foreligger, når fem kumulative betingelser er opfyldt:

- 1) Foranstaltning skal ydes til en virksomhed,
- 2) den skal kunne tilregnes staten og skal være finansieret med statsmidler,
- 3) der skal være indrømmet en fordel,
- 4) foranstaltningen skal være selektiv, og
- 5) den skal påvirke konkurrencen og samhandelen mellem medlemsstaterne.

Den påtænkte offentlige støtte til FM4 vil utvivlsomt opfylde betingelserne 1, 2, 4 og 5 ovenfor. Hvis de påtænkte udbud indebærer en økonomisk fordel (betingelse nr. 3) for leverandøren, vil kompensationen til leverandøren, dvs. det offentlige tilskud til programvirksomheden, derfor udgøre statsstøtte, jf. EUF-traktatens artikel 107, stk. 1. I så fald vil udbuddene skulle tilrettelægges, så kompensationen ydes som lovlig og forenelig public service-statsstøtte.

### Altmark-betingelserne

I Altmark-dommen fra 2003 opstillede EU-Domstolen fire betingelser, der skal være opfyldt, for at offentlig kompensation for udførelse af en public service-forpligtelse ikke udgør en økonomisk fordel (statsstøttebetingelse nr. 3) for den virksomhed, der er pålagt forpligtelsen, og dermed ikke er omfattet af statsstøttereglerne.<sup>1</sup>

For det første skal den modtagende virksomhed faktisk være pålagt at udføre tjenesteydelser af almindelig økonomisk interesse, og disse forpligtelser skal være klart defineret.

For det andet skal de kriterier, der danner grundlag for beregningen af kompensationen, være fastlagt på forhånd på en objektiv og gennemsigtig måde.

For det tredje må kompensationen ikke overstige, hvad der er nødvendigt for helt eller delvist at dække de udgifter, der er afholdt ved opfyldelsen af tjenesteydelserne af almindelig økonomisk interesse, idet der skal tages hensyn til de hermed forbundne indtægter og til en rimelig fortjeneste ved opfyldelsen af forpligtelserne.

For det fjerde skal *enten* (a) udvælgelsen af den virksomhed, der skal have overdraget en tjenesteydelse af almindelig økonomisk interesse, gennemføres inden for rammerne af en offentlig indkøbsprocedure, som giver mulighed for at vælge den tilbudsgiver, der kan levere de pågældende ydelser til de laveste omkostninger

---

<sup>1</sup> EU-Domstolens dom af 24. juli 2003, Altmark Trans, C-280/00, EU:C:2003:415, pr. 89-93.

for samfundet, *eller* (b) størrelsen af den nødvendige kompensation fastlægges på grundlag af en analyse af de omkostninger, som en gennemsnitsvirksomhed, der er veldrevet og har det rette udstyr til at kunne opfylde de stillede krav til tjenesteydelsen af almindelig økonomisk interesse, ville have ved at opfylde forpligtelserne.

Den første betingelse kræver således, at de påtænkte udbud pålægger leverandøren at udføre public service-tv eller -radio.

Den anden og tredje betingelse giver ikke anledning til særlig opmærksomhed i forhold til dette notats emne og vil derfor ikke blive uddybet yderligere.

De krav, som den fjerde betingelse stiller til udbudsproceduren, er nærmere beskrevet i Kommissionens public service-meddelelse.<sup>2</sup>

Det skal særligt bemærkes, at ved vurderingen af, om et udbud har ført til, at man har valgt den tilbudsgiver, der leverer de ønskede public service-ydelser til de laveste omkostninger for samfundet, må der således tages udgangspunkt i den konkrete public service-ydelse, der ønskes leveret. Om en anden type public service-ydelse (f.eks. en public service-ydelse, der ikke i samme grad bidrager til geografisk diversitet i public service-indholdet) kan leveres billigere, er uden betydning i denne sammenhæng.<sup>3</sup>

#### *Kommissionens vurdering af udbuddet af FM4*

Kommissionen vurderer, som nævnt indledningsvist, at genudbuddet af FM4 indebærer statsstøtte, som bør ydes som *forenelig public service-statsstøtte*, hvilket betyder, at den danske stat *ikke* med Altmark-betingelserne kan påstå, at udbuddet slet ikke indebærer statsstøtte til den vindende byder. Denne vurdering ligger i forlængelse af Kommissionens tilgang til muligheden for at anvende Altmark-betingelserne i forbindelse med notifikationen af det første udbud af FM4-tilladelsen i 2011.

Kommission godkendte i 2011 efter notifikation den danske stats finansiering af FM4 inden for rammerne af EU's statsstøtteregler. Kommissionen fandt, at udbuddet var i overensstemmelse med EU's statsstøtteregler, fordi udbyderen af public service-opgaver var klart defineret, udvælgelsesproceduren skete ved offentligt udbud, og der var tilstrækkelige garantier for at undgå overkompensation. Kommissionen vurderede udbuddet inden for rammerne af sin meddelelse om anvendelse af statsstøttereglerne på public service-radio og tv-virksomhed fra 2009<sup>4</sup>.

<sup>2</sup> Meddelelse fra Kommissionen om anvendelsen af Den Europæiske Unions statsstøtteregler på kompensation for levering af tjenesteydelser af almindelig økonomisk interesse (2012/C 8/02).

<sup>3</sup> Se i den forbindelse Meddelelse fra Kommissionen om anvendelsen af Den Europæiske Unions statsstøtteregler på kompensation for levering af tjenesteydelser af almindelig økonomisk interesse (2012/C 8/02), afsnit 62, der henviser til, at vurderingen foretages ud fra, hvilke leverandører der kan levere "de pågældende ydelser". Se i samme retning Rettens dom af 18. januar 2017 RENV, T-92/11, EU:T:2017:14, pr. 55ff.

<sup>4</sup> Kommissionens meddelelse om statsstøttereglernes anvendelse på public service-radio- og -tv-virksomhed (EØS-relevant tekst) (2009/C 257/01).

Kommissionen slog i notifikationssagen<sup>5</sup> fast, at enhver finansiel foranstaltning, som staten gennemfører til fordel for en bestemt virksomhed, og som på forskellig måde reducerer de omkostninger, som virksomheden normalt selv skal afholde, skal betragtes som statsstøtte efter artikel 107 i TEUF. I dette særlige tilfælde udgør public service-kompensationen en direkte indgående pengestrøm til public service-udbyderen i lighed med kommercielle indtægter, som virksomheden ikke behøver konkurrere om på markedet. Der er i den forbindelse ingen tvivl om, at public service-kompensationen, som giver den begunstigede virksomhed en økonomisk og finansiel fordel i forhold til andre konkurrenter, der ikke modtager samme kompensation, skal betragtes som en foranstaltning, der begunstiger en bestemt virksomhed efter artikel 107 i TEUF.

I notifikationssagen argumenterede de danske myndigheder for, at foranstaltningen ikke udgjorde statsstøtte eftersom de fire betingelser i Altmarkdommen efter deres opfattelse var opfyldt (se ovenfor for nærmere beskrivelse af Altmark-betingelserne).

Kommissionen vurderede, at definitionen af public service-forpligtelsen var tilstrækkelig til at sikre, at den første Altmark-betingelse vil blive opfyldt. Tilsyns- og gennemsigtighedssystemet samt modellen til beregning af den kompensation, som public service-udbyderen vil blive tilbudt som modydelse for at påtage sig public service-forpligtelserne, sikrede, at den andet og tredje betingelse i Altmarkdommen var opfyldt.

Med hensyn til den fjerde Altmark-betingelse<sup>6</sup> fandt Kommissionen ikke, at denne betingelse var opfyldt. Det skyldes dels, at de danske myndigheder ikke havde fremsendt nogen oplysninger om de forventede omkostninger ved at drive FM4-kanalen eller nogen fordeling af de omkostninger, der er forbundet med at drive en tilsvarende radiokanal, da disse i 2011 var ukendte, dels at der i udbuddet ikke kun var opstillet minimumskrav til indholdet, men også til de forpligtelser, som public service-udbyderen skal påtage sig som led i *skønhedskonkurrencen*.

Kommissionen kunne af disse årsager ikke med sikkerhed fastslå, om foranstaltningen udgjorde statsstøtte. Kommissionen vurderede derfor foranstaltningens forenelighed med det indre marked i overensstemmelse med artikel 106, stk. 2, i TEUF. Kommissionen vurderede således i 2011, at udbuddet indebar statsstøtte, som kunne ydes som lovlige og forenelige statsstøtte.

---

<sup>5</sup> Statsstøttesag af 23. marts 2011 nr. SA.32019 (2010/N) – Danmark. Den danske radiokanal FM4

<sup>6</sup> Med hensyn til den fjerde Altmark-betingelse anførte Domstolen følgende i Domstolens dom af 24. juli 2003, C-280/00, Altmark, EUT C 226 af 20.9.2003, s. 1, præmis 93.: "Når udvælgelsen af den virksomhed, der skal overdrages en forpligtelse til offentlig tjeneste, i et konkret tilfælde ikke gennemføres inden for rammerne af en procedure for tildeling af offentlige kontrakter, som giver mulighed for at udvælge den ansøger, der kan levere de pågældende ydelser til de laveste omkostninger for samfundet, skal størrelsen af den nødvendige kompensation for det fjerde fastlægges på grundlag af en analyse af de omkostninger, som en gennemsnitsvirksomhed, der er veldrevet og tilstrækkeligt udstyret med transportmidler til at kunne opfylde de stillede krav til den offentlige tjeneste, ville have ved at opfylde forpligtelserne, idet der skal tages hensyn til de hermed forbundne indtægter og til en rimelig fortjeneste ved opfyldelsen af forpligtelserne".

Kommissionen har i den nuværende dialog om genudbuddet af FM4 anlagt samme tilgang til Altmark-betingelserne, som Kommissionen havde til Altmark-betingelserne i forbindelse med det første udbud af FM4 i 2011. Dette skal ses i lyset af, at der ved genudbuddet af FM4, som ved det første udbud af FM4 i 2011, er tale om et udbud, hvor programtilladelsen tildeles efter udbud i form af en skønhedskonkurrence med et priselement.

I udbuddet skelnes således mellem minimumskrav til programvirksomheden og de tilsagn om programindhold m.v., som ansøger giver i deres ansøgninger i henhold til skønhedskriterierne med henblik på at blive den "kønneste" tilbudsgiver. Minimumskrav, der fremgår af udbudsbekendtgørelsen, er grundlæggende de krav, som vil gælde, uanset hvem der får tilladelsen, og som ansøgere forpligter sig til at overholde blot ved indsendelse af ansøgningen. Der kan derfor heller ikke ved vurderingen af ansøgninger opnås point for tilsagn om opfyldelse af minimumskravene til programvirksomheden. Tilladelseshaver skal imidlertid også opfylde de afgivne tilsagn om programelementer afgivet i henhold til skønhedskriterierne. Det betyder, at tilladelseshaver skal udsende programmer i form og varighed samt opfylde andre programmæssige tiltag, som tilladelseshaver i sin ansøgning har givet tilsagn om, da disse indgår i bedømmelsen af ansøgningen. Til forskel fra minimumskravene kan der ved bedømmelsen af ansøgningerne gives point for beskrivelser af og tilsagn om programindhold og programrelaterede elementer på de konkrete områder, hvor ansøger kan gøre sig "kønnere" i henhold til skønhedskriterierne i udbudsbekendtgørelsen.

Skønhedskonkurrenceelementet betyder ved genudbuddet af FM4, som ved det oprindelige udbud af FM4 i 2011, at Kommissionen ikke med sikkerhed kan fastslå, om den fjerde Altmark-betingelse er opfyldt. Kommissionen vurderer derfor, at tilskuddet til programvirksomheden udgør statsstøtte.

### **Afslutning**

Som nævnt indledningsvist kan Altmark-dommen alene anvendes til afgørelse af, om der foreligger statsstøtte eller ej. Selvom der ikke foreligger statsstøtte, er der fortsat en række andre EU-regler, der skal overholdes i forbindelse med udbuddet.

De generelle EU-regler om gennemførelse af udbud og forbud mod diskriminering skal fortsat iagttages. Det gælder blandt andet EUF-traktatens bestemmelser om den fri etableringsret (artikel 49), tjenesteydelseernes frie bevægelighed (artikel 56) og kapitalens fri bevægelighed (artikel 63). De ovennævnte bestemmelser om fri bevægelighed konkretiserer det generelle diskriminationsforbud i EUF-traktatens artikel 18, der indeholder et grundlæggende forbud mod diskrimination, der gælder på hele EU-rettens område.

Ethvert lokalitetskrav vil efter Kammeradvokatens opfattelse formentlig indebære en risiko for forskelsbehandling af potentielle leverandører og dermed være omfattet af en eller flere af EUF-traktatens bestemmelser om forbud mod diskrimination. Derfor skal hvert enkelt element i lokalitetskravet være sagligt begrundet og proportionalt i lyset af det formål, der søges varetaget (geografisk

diversitet i indholdet af public service-radio og -tv). Den præcise udformning af lokalitetskravet for såvel FM4-genudbuddet som de kommende udbud af den nye radiokanal og den nye tv-kanal kræver således en konkret analyse af hvert enkelt element i lokalitetskravets tilknytning til formålet. Dette gælder både (a) kravets geografiske rækkevidde (en region, en landsdel eller noget andet) og (b) kravets indhold (hovedsæde, produktion, studiefaciliteter, medarbejdernes ansættelsessted mv.). Hvert enkelt element i lokalitetskravet skal kunne siges at bidrage positivt til det ønskede public service-radio eller -tv-indhold.

**Materiale vedlagt**

- Notat om de EU-retlige rammer for indførelse af krav om lokalitet i forbindelse med udbud af public service-radio og -tv