FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER

fremsat den 6. september 2007 [1]

I — Indledning

1. At anse radio- og tv-mediet for blot at være et informationsmiddel, ville være at reducere det til dets mest karakteristiske træk og undlade at nævne andre og — i lyset af den sociokulturelle betydning, mediet har fået i tidens løb — vigtigere aspekter. I de vestlige samfund synes disse kommunikationssystemers sammenfald med den materielle velstand at give nyt liv til den romerske maksime om panem et circenses (brød og skuespil), som den latinske digter Juvenalis [2] brugte til at gøre sig lystig over romernes slappe lediggang og manglende interesse for politik [3]. Denne aforisme kunne aktualiseres ved at erstatte brød med bekvemmelighed og romersk skuespil med fjernsyn.

2. Ingen betvivler længere den enorme tiltrækningskraft ved billeder, som når ind i de fjerneste kroge af privatlivet. For ikke at havne i et scenarium som det, George Orwell varsler i sin roman *1984* [4], hvor den audiovisuelle teknik bliver et redskab i propagandaens tjeneste, bestræber regeringerne sig på at udarbejde regler, som skal sikre en vis objektivitet og uafhængighed, i det mindste inden for offentlig radio- og tv-virksomhed.

3. De tre spørgsmål, som Oberlandesgericht Düsseldorf (appelret) har forelagt Domstolen, er rejst på denne baggrund, nemlig bestræbelserne på at sikre en offentlig radio- og tv-tjeneste af passende kvalitet, som —

1 — Originalsprog: spansk.

2 — Decimus Junius Juvenalis (sandsynligvis født mellem 55 og 60 i Aquinum og med sikkerhed død efter 127), forfatter til »Satirer«, og om hvem der ikke findes andre biografiske oplysninger end dem, han selv antyder i sine værker. På grund af sin kritik af myndighederne måtte han leve i eksil i en periode i slutningen af sit liv, måske fordi han i et af sine digte havde nævnt Titus Aelius Alcibiades, som var hofmarskal under kejser Hadrian; Juvenal, *Sátiras*, Consejo Superior de Investigaciones Científicas; oversættelse, indledning og kommentarer af B. Segura Ramos, Madrid 1996, s. XIV.

3 — »Nu, hvor vi ikke længere sælger vore stemmer, interesserer folket sig ikke for noget. Det folk, der engang tildelte imperium, fasces, legioner og alt andet — det folk forholder sig nu passivt og har kun to brændende ønsker: brød og skuespil [...]«, Satire X, vers 74-81 (frit oversat).

4 — Denne roman, som blev skrevet i 1948 efter Anden Verdenskrigs traume, ses almindeligvis snarere som en advarsel mod den næsten ubemærkede indførelse af et totalitært styre ved hjælp af manipulation af kommunikationsmidlerne end som en kritik af totalitarismen. G. Orwell, *1984*, Gyldendal, København, 2003.

navnlig ved sin neutralitet — lever op til kravene i en retsstat og respekterer den politiske mangfoldighed. Som det fremgår af forelæggelseskendelsen, bygger denne garanti i Tyskland i vidt omfang på, at man overlader det til de offentlige radio- og tv-selskaber at opkræve og administrere midlerne til deres finansiering, som tilvejebringes gennem forpligtelsen til licensbetaling fra personer, der råder over et radio- eller tv-apparat.

4. Denne finansieringsmodel, som er grundet på en klar public service-forpligtelse, rejser det vanskelige spørgsmål, om de pågældende radio- og tv-selskaber skal anses for at være »ordregivende myndigheder« i henhold til fællesskabsdirektiverne om offentlige kontrakter, eller om de ikke er ordregivende myndigheder og derfor ikke skal gennemføre udbudsprocedurer.

II — Retsforskrifter

A — *Fællesskabsbestemmelser*

5. Det bemærkes indledningsvis, at den forelæggende ret både har henvist til artikel 1, stk. 9, hvad angår det personelle anvendelsesområde, og til artikel 16, litra b), vedrørende det materielle anvendelsesområde, i direktiv 2004/18/EF [5], som har kodificeret bestemmelserne om udbud vedrørende offentlige kontrakter på fællesskabsplan. Den forelæggende ret bemærker, at hvis direktivet ikke er gennemført i national ret ved udløbet af fristen for gennemførelsen, skal retten ifølge retspraksis fra Bundesgerichtshof (den tyske højesteret) fortolke de nationale bestemmelser i overensstemmelse med en nyligt vedtagen fællesskabsretsakt, også selv om denne ikke finder anvendelse på det omtvistede indkøb.

6. Selv om man godtager Oberlandesgerichts argumentation, må man henholde sig til den oprindelige ordlyd af artikel 1, litra a) og b), i direktiv 92/50/EØF [6] af to grunde, nemlig for det første fordi den udgør den grundlæggende bestemmelse, som den tyske lovgiver rettede sig efter ved tilpasningen af den nationale retsorden til fællesskabsretsordenen, således at den nationale bestemmelse henviser til denne artikel, og for det andet fordi den fuldstændigt svarer til de parallelle bestemmelser i den konsoliderede tekst i direktiv 2004/18.

5 — Europa-Parlamentets og Rådets direktiv af 31.3.2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter (EUT L 134, s. 114).

6 — Rådets direktiv af 18.6.1992 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige tjenesteydelsesaftaler (EFT L 209, s. 1).

7. Med henblik på afgrænsningen af det personelle anvendelsesområde for direktiv 92/50 bestemmes det i artikel 1, litra b), i afsnit I om almindelige bestemmelser, at der ved ordregivende myndighed forstås:

»[...] staten, lokale myndigheder, offentligretlige organer og sammenslutninger af en/et eller flere af disse lokale myndigheder eller offentligretlige organer«.

Ved offentligretligt organ forstås ethvert organ

»— hvis opgave det er at imødekomme almenhedens behov, dog ikke på det erhvervs- eller forretningsmæssige område

— som er en juridisk person, og

— hvis drift enten for mere end halvdelens vedkommende finansieres af staten, de lokale myndigheder eller andre offentligretlige organer, eller hvis drift er underlagt disses kontrol, eller hvortil staten, de lokale myndigheder eller andre offentligretlige organer kan udpege mere end halvdelen af medlemmerne i administrations-, ledelses- eller tilsynsorganet«.

8. Herefter hedder det, at »[f]ortegnelser over de offentligretlige organer eller kategorier af offentligretlige organer, der opfylder [disse] kriterier [...], findes i bilag I til direktiv 71/305/EØF[7]. Disse fortegnelser er så fuldstændige som muligt og kan revideres efter fremgangsmåden i artikel 30b i nævnte direktiv«.

9. I direktivets artikel 1, litra a), nævnes de aftaler, som falder ind under direktivets materielle anvendelsesområde, med udtrykkelig undtagelse af:

»[...]

7 — Rådets direktiv af 26.7.1971 om samordning af fremgangsmåderne med hensyn til indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter (EFT L 185, s. 5).

iv) aftaler om radio- og tv-selskabers indkøb, udvikling, produktion eller koproduktion af programmateriale og aftaler om sendetid

[...]«

B — *Nationale bestemmelser*

1. Bestemmelserne om offentlige kontrakter

10. Bestemmelserne om udbudsprocedurer for tyske myndigheder findes i Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen [8] (lov om konkurrencebegrænsninger, herefter »GWB«). Direktivets artikel 1, litra b), vedrørende de ordregivende myndigheder er i national ret afspejlet i GWB's § 98, nr. 2:

»§ 98 – Ordregivere

Ordregivende myndigheder i denne dels forstand er:

1. lokale myndigheder samt disses særlige formue

2. andre offentlig- og privatretlige juridiske personer, der er stiftet med det særlige formål at imødekomme almenhedens behov, der ikke er af industriel eller kommerciel karakter, såfremt myndigheder, der er omfattet af nr. 1 eller nr. 3, enkeltvis eller i fællesskab finansierer dem, det være sig ved kapitaldeltagelse eller på anden måde, og fører tilsyn med ledelsen eller har udpeget mere end halvdelen af medlemmerne i et af deres ledelses- eller kontrolorganer. Dette gælder, hvis den myndighed, der selv eller i fællesskab med andre varetager den overvejende finansiering eller har udpeget flertallet af medlemmerne i et ledelses- eller tilsynsorgan, henhører under nr. 1

3. sammenslutninger, hvis medlemmer er omfattet af nr. 1 og nr. 2

[...]«

8 — Loven er fra den 1.1.1999 gældende som affattet efter sjette ændring ved lov nr. 703-4/1 af 26.8.1998 (BGBl. I s. 358).

2. Bestemmelserne om radio- og tv-licens

11. Ifølge forelæggelseskendelsen er finansieringen af de offentligretlige radio- og tv-selskaber i Tyskland reguleret i to statsaftaler, der er indgået mellem forbundsstaten og delstaterne. Hovedtrækkene i radio- og tv-licensordningen er fastlagt i Staatsvertrag über die Regelung des Rundfunkgebührenwesens (statsaftalen om bestemmelser vedrørende radio- og tv-licensordningen, herefter »statsaftalen«) af 31. august 1991, som ændret i 1996.

12. Statsaftalens § 2 lyder således:

»1) Radio- og tv-licensen består af grundlicens og tv-licens. Dens størrelse fastsættes ved statsaftalen om radio- og tv-finansiering.

[...]«

13. Statsaftalens § 4 bestemmer følgende:

»1) Pligten til at betale radio- og tv-licens indtræder den første dag i den måned, hvor der rådes over et radio- eller tv-apparat.

2) [...]«

14. Statsaftalens § 7 indeholder bestemmelser om fordelingen af licensindtægterne:

»1) Provenuet af grundlicensen tilfalder vedkommende delstats radio- og tv-selskab og i det omfang, det er fastsat i statsaftalen om radio- og tv-finansiering, Deutschlandradio samt medieinstitutionen i den delstat, inden for hvis område radio- eller tv-apparatet står til rådighed til modtagelse.

2) Provenuet af tv-licensen tilfalder vedkommende delstats radio- og tv-selskab og i det omfang, det er fastsat i statsaftalen om finansiering af radio og tv, medieinstitutionen i den delstat, inden for hvis område

radio- eller tv-apparatet står til rådighed til modtagelse, såvel som Zweites Deutsches Fernsehen (herefter »ZDF«) [...]

[...]«

15. Den forelæggende ret har forklaret, at størrelsen af licenserne fastsættes i henhold til en anden statsaftale, nemlig Rundfunkfinanzierungsstaatsvertrag (statsaftale om radio- og tv-finansiering, herefter »finansieringsaftalen«) af 26. november 1996, efter godkendelse af delstatsparlamenterne.

16. Efterprøvelsen og fastlæggelsen af radio- og tv-selskabernes budgetter er i henhold til finansieringsaftalens § 2-6 overdraget til Kommission zur Überprüfung und Ermittlung des Finanzbedarfs der Rundfunkanstalten (kommission for undersøgelse og fastsættelse af radio- og tv-selskabernes finansieringsbehov, herefter »KEF«). Denne kommission er uafhængig og skal mindst hvert andet år udarbejde en rapport, der danner grundlag for de licensafgørelser, der træffes af delstatsparlamenterne og delstatsregeringerne (finansieringsaftalens § 3, stk. 5, sammenholdt med § 7, stk. 2).

17. I henhold til et reglement af 18. november 1993 om fremgangsmåden for indbetaling af radio- og tv-licenser til Westdeutscher Rundfunk Köln, vedtaget i henhold til statsaftalens § 4, stk. 7, med delstatsregeringens godkendelse, opkræver delstaternes radio- og tv-selskaber licenserne hos borgerne gennem Gebühreneinzugszentrale der öffentlichrechtlichen Rundfunkanstalten in der Bundesrepublik Deutschland (licensopkrævningscentral for de offentligretlige radio- og tv-selskaber i Tyskland, herefter »GEZ«), der herved handler som offentlig myndighed.

III — De faktiske omstændigheder i hovedsagen og de præjudicielle spørgsmål

18. Sagsøgerne i sagen ved Oberlandesgericht Düsseldorf er radio- og tv-selskaber i delstaterne, der er medlemmer af Arbeitsgemeinschaft der Rundfunkanstalten Deutschlands (sammenslutning af regionale, offentligretlige radio- og tv-selskaber, herefter »ARD«), og det offentligretlige tv-selskab ZDF, som er oprettet ved den statslige kontrakt af 6. juni 1961, samt Deutschlandradio (herefter samlet benævnt »radio- og tv-selskaberne«).

19. Disse selskaber stiftede i 2002 GEZ som et offentligretligt forvaltningsorgan, der fik til opgave at modtage og afregne de radio- og tv-licenser, der tilkommer radio- og tv-selskaberne i de enkelte delstater. GEZ er

ikke en selvstændig juridisk person, men handler på vegne af de enkelte radio- og tv-selskaber og for deres regning.

20. I august 2005 opfordrede GEZ efter en forudgående undersøgelse af markedet skriftligt 11 selskaber til at afgive bindende tilbud på udførelsen af rengøring i GEZ' bygninger og i kantinen i Westdeutscher Rundfunk (et af radio- og tv-selskaberne i ARD) i Köln i perioden fra den 1. marts 2006 til den 31. december 2008, hvorefter kontrakten kunne forlænges stiltiende for et år ad gangen. Kontraktens værdi blev anslået til mere end 400 000 EUR. Der blev ikke gennemført en europæisk udbudsprocedure som foreskrevet i de nationale bestemmelser og i det relevante direktiv.

21. Sagsøgte i sagen ved Oberlandesgericht Düsseldorf, Gesellschaft für Gebäudereinigung und Wartung mbH (herefter »GEWA«), og intervenienten, Heinz W. Warnecke, reagerede på GEZ' opfordring og afgav hver et tilbud. Sagsøgte afgav det prismæssigt laveste tilbud. Ved afgørelse af 9. november 2005 besluttede bestyrelsen for GEZ, at der skulle indledes forhandlinger med fire tilbudsgivere, herunder også sagsøgte og intervenienten. Bestyrelsen besluttede endvidere, at tilbuddene skulle underkastes en detaljeret økonomianalyse efter Kepner-Tregoe-metoden, som indebærer, at der fastsættes en bestemt vægtning af bedømmelseskriterierne, nemlig kriterierne vedrørende de teknisk-faglige kvalifikationer, de forretningsmæssige kvalifikationer og risici. Efter denne bedømmelse blev sagsøgtes tilbud indplaceret på tredjepladsen og intervenientens på førstepladsen.

22. GEZ meddelte telefonisk GEWA, at selskabet ikke ville få tildelt kontrakten. Ved skrivelse af 14. november 2001 påtalte selskabet, at det var i strid med udbudsreglerne, at GEZ som ordregivende myndighed ikke havde udbudt rengøringskontrakten i hele Europa. GEZ afviste klagen.

23. GEWA indgav herefter en klage til Vergabekammer (udbudsankenævn) ved Bezirksregierung Köln (regionalforvaltningen for Köln), hvori den betegnede GEZ som indklaget. Selskabet anmodede om, at det blev pålagt opkrævningscentralen at tildele rengøringskontrakten inden for rammerne af en formel udbudsprocedure i henhold til bestemmelserne i fjerde del i GWB, og subsidiært, at der blev gennemført en ny bedømmelse under hensyntagen til udbudsankenævnets retlige vurdering.

24. GEWA var af den opfattelse, at GEZ som radio- og tv-selskab var ordregivende myndighed i GWB's § 98, nr. 2's forstand, fordi radio- og tv-selskaber overvejende finansie-

res af borgernes licensbetalinger, og fordi grundlæggende, offentlig radio- og tv-virksomhed imødekommer almenhedens behov, der ikke er af industriel eller kommerciel karakter.

25. Selskabet anførte endvidere, at det i henhold til artikel 1, litra a), nr. iv), i direktiv 92/50 kun er aftaler om radio- og tv-selskabers indkøb, udvikling, produktion eller koproduktion af programmateriale samt aftaler om sendetid, der ikke skal betragtes som offentlige tjenesteydelsesaftaler, og at sådanne aftaler klart adskiller sig fra den i hovedsagen omtvistede tjenesteydelse.

26. Ved afgørelse af 13. februar 2006 gav Vergabekammer GEWA medhold i klagen og pålagde GEZ og radio- og tv-selskaberne, såfremt de fortsat ville udbyde rengøringen, at overholde udbudsreglerne for offentlige kontrakter og principperne om ligebehandling og gennemsigtighed samt at gennemføre et udbud på europæisk plan.

27. Radio- og tv-selskaberne i delstaterne har anlagt sag med påstand om annullation af denne afgørelse, fordi den klage, som er rettet mod GEZ, ikke kan antages til behandling og under alle omstændigheder er ugrundet. De har gjort gældende, at de som offentligretlige radio- og tv-selskaber ikke er ordregivende myndigheder i GWB's § 98, nr. 2's forstand, fordi finansieringen af den offentligretlige radio- og tv-sektor overvejende sker gennem licensen.

28. Radio- og tv-selskaberne har tilføjet, at der ikke foreligger et statsligt tilsyn som omhandlet i GWB's § 98, nr. 2, fordi der kun foretages en subsidiær og begrænset legalitetskontrol. Medlemmerne af radio- og tv-selskabernes bestyrelser består endvidere af repræsentanter for forskellige samfundsgrupper. Statslig påvirkning ved tildeling af offentlige kontrakter er udelukket som følge af manglende flertal i radio- og tv-selskabernes bestyrelser.

29. GEWA forsvarer derimod Vergabekammers afgørelse.

30. Vergabesenat des Oberlandesgerichts Düsseldorf (afdeling for udbudssager ved appelretten i Düsseldorf) er af den opfattelse, at sagens afgørelse afhænger af fortolkningen af artikel 1 i direktiv [92/50], og den har derfor besluttet at udsætte sagen og anmode De Europæiske Fællesskabers Domstol om

en præjudiciel afgørelse af følgende spørgsmål i henhold til artikel 234, stk. 1, EF:

»1) Skal kriteriet om, at organet »finansieres af staten« i artikel 1, [litra b), andet afsnit, tredje led, første alternativ, i direktiv 92/50] fortolkes således, at en indirekte finansiering i form af en af staten pålagt licensbetaling fra personer, der råder over radio- og tv-apparater, på baggrund af den garanti for organernes uafhængige finansiering og eksistens, som det efter forfatningen påhviler staten at yde, er en finansiering i det nævnte kriteriums forstand?

2) Såfremt det første præjudicielle spørgsmål skal besvares bekræftende, spørges, om artikel 1, [litra b), andet afsnit, tredje led, første alternativ, i direktiv 92/50] skal fortolkes således, at anvendelsen af kriteriet om, at organet »finansieres af staten«, forudsætter, at staten kan udøve en direkte indflydelse i forbindelse med det statsligt finansierede organs tildeling af kontrakter?

3) Såfremt det andet præjudicielle spørgsmål skal besvares benægtende, spørges, om artikel 1, [litra b), andet afsnit, tredje led, første alternativ, i direktiv 92/50] i lyset af [artikel 1, litra a), nr. iv], skal fortolkes således, at kun de i [sidstnævnte bestemmelse] nævnte tjenesteydelser falder uden for direktivets anvendelsesområde, og at andre tjenesteydelser, der ikke specielt vedrører programmerne, men har karakter af hjælpe- og støtteydelser, er omfattet af direktivets anvendelsesområde (modsætningsslutning)?«

IV — Retsforhandlingerne ved Domstolen

31. Den præjudicielle forelæggelse blev indgivet til Domstolens Justitskontor den 7. august 2006.

32. Der er indgivet skriftlige indlæg af GEWA, radio- og tv-selskaberne, den tyske, den polske og den østrigske regering samt af Tilsynsmyndigheden for Den Europæiske Frihandelssammenslutning (herefter »EFTA-Tilsynsmyndigheden«) og Kommissionen.

33. Under retsmødet den 14. juni 2007 blev der givet møde og afgivet mundtlige indlæg af repræsentanterne for radio- og tv-selska-

berne og GEWA samt af de befuldmægtigede for den tyske regering, EFTA-Tilsynsmyndigheden og Kommissionen.

V — Analyse af de præjudicielle spørgsmål

A — *Indledende afgrænsninger*

34. Den forelæggende ret har formuleret tre spørgsmål, men det vil være hensigtsmæssigt at behandle de to første under ét [9], fordi de begge vedrører det personelle anvendelsesområde og artikel 1, litra b), andet afsnit, tredje led, første alternativ, i direktiv 92/50 [10].

35. De tyske radio- og tv-selskaber mener ikke, at de finansieres af offentlige midler, og henviser til en påstået analogi mellem de i sagen omhandlede bestemmelser vedrørende offentlige kontrakter og artikel 87 EF og 88 EF vedrørende statsstøtte, som forudsætter, at der er tale om støtte ydet ved hjælp af »statsmidler«.

36. Som Kommissionen med rette har anført, giver disse bestemmelsers forskellige karakter og det formål, de forfølger, imidlertid ikke grundlag for en så dristig sammenligning, for mens EF-traktatens bestemmelser om statsstøtte tager sigte på at undgå uberettiget konkurrenceforvridning på et bestemt marked på grund af anvendelse af offentlige midler, er det hvad udbudsreglerne angår spørgsmålet, om et organ skal anses for at være »ordregivende myndighed«, der skal undersøges med henblik på at afgøre, om det skal gennemføre en udbudsprocedure.

37. Der ses således ikke at foreligge sammenfaldende hensyn inden for disse to retlige områder, og det er derfor ikke relevant at drage en analogi.

38. Endelig bemærkes det, at selv om det tredje spørgsmål ikke er relevant for spørgsmålet, om de tyske radio- og tv-selskaber skal anses for at være ordregivende myndigheder, således som de selv har anført i deres skriftlige indlæg, kan en gennemgang af spørgsmålet dog være nyttig, hvis det første spørgsmål besvares bekræftende og det andet benægtende, for med anmodningen om en fortolkning af artikel 1, litra a), nr. iv), i direktiv 92/50 ønsker Oberlandesgericht at få klarhed over det materielle anvendelsesområde, hvilket er rimeligt nok, selv om det forekommer indlysende.

9 — Denne opfattelse deles af den østrigske regering og også af den polske regering, som dog behandler de to spørgsmål separat.

10 — Dette valg er begrundet i punkt 5 og 6 ovenfor.

B — *Det første og det andet præjudicielle spørgsmål*

39. Tvisten vedrører den tyske model for finansiering af radio- og tv-selskaber. De vigtigste træk ved ordningen skal derfor gennemgås, således at det kan afgøres, om selskabernes indtægter er »statslige« i henhold til direktiv 92/50 og Domstolens retspraksis.

1. Betalingsforpligtelse reguleret ved offentligretlige regler

40. Radio- og tv-selskaberne har gjort gældende, at licensbetalingen er helt frivillig, da brugeren ikke skal betale den, hvis han afstår fra at have et radio- eller tv-apparat. Den tyske regering deler denne opfattelse og mener, at der består et direkte aftaleforhold mellem radio- og tv-selskaberne og forbrugerne, som ikke berører statens budget, idet licensen opkræves af GEZ, som imidlertid ikke lader de opkrævede beløb tilgå statskassen. Således afviser både radio- og tv-selskaberne og den tyske regering, at selskaberne finansieres »af staten« i dette tilfælde.

41. De alternative kriterier i artikel 1, litra b), andet afsnit, tredje led, i direktiv 92/50 er imidlertid udformet som en formodning, der afhænger af en offentlig finansiering på mere end halvdelen. Hvis denne betingelse er opfyldt, antages der at bestå en tilknytning til det offentlige, og andre betingelser skal derfor ikke være opfyldt, som f.eks. at staten som følge af finansieringen kan udøve en direkte indflydelse i forbindelse med tildeling af kontrakter. Undersøgelsen af denne betingelse skal foretages i forbindelse med det andet alternativ, som vedrører kontrol, idet den gør det muligt at vurdere intensiteten af tilknytningen [11].

42. Denne betragtning finder desuden støtte i den sondring, der i University of Cambridge-dommen blev foretaget mellem beløb, der betales med eller uden modydelse [12], idet denne alene skulle tjene som kriterium for den forelæggende ret i sagen ved afgørelsen af, om den nævnte betingelse for formodningen var opfyldt, nemlig en offentlig finansiering på mere end halvdelen.

43. Det følger af de to foregående punkter, at det andet spørgsmål, således som det er formuleret af Oberlandesgericht, ikke er relevant, men kan behandles sammen med det første spørgsmål.

11 — Dom af 1.2.2001, sag C-237/99, Kommissionen mod Frankrig, Sml. I, s. 939, præmis 48 ff.

12 — Dom af 3.10.2000, sag C-380/98, Sml. I, s. 8035, præmis 22-25.

44. Hvad sagens realitet angår er det uomtvistet, at licensen er indført ved offentligretlige aftaler (»Staatsverträge«), nemlig statsaftalen og finansieringsaftalen [13].

45. Det bestrides heller ikke, at en »Staatsvertrag« i henhold til den tyske retsorden er en offentlig retsakt [14].

46. Retsforholdet mellem den person, der råder over et radio- eller tv-apparat, og radio- og tv-selskaberne har derfor et offentligretligt grundlag og antager nærmest form af en afgiftsmæssig relation, idet betalingsforpligtelsen opstår alene som følge af det forhold, at en person råder over en radio- eller tv-modtager, hvilket udgør en veritabel »afgiftsudløsende omstændighed«, som er karakteristisk for enhver afgiftsopkrævning, således at seeren bliver afgiftspligtig. Det er i øvrigt uden betydning, hvad man kalder afgiften i national ret [15].

47. Radio- og tv-selskaberne er således både med hensyn til funktion og eksistens knyttet til lovgiver, hvilket stærkt indikerer, at de er undergivet staten, og når statslig finansiering af mere end halvdelen af driften nævnes som den første alternative betingelse i bestemmelsen, er det således ikke nogen tilfældighed, men en logisk følge af det forhold, at den økonomiske afhængighed typisk er udtryk for »organets nære tilknytning til staten«, som Domstolen har henvist til [16]. Den tyske jurist J.-H. von Kirchmann har givet udtryk for, at juraen ikke er en videnskab, med sin hyppigt citerede og i denne forbindelse meget rammende bemærkning om, at »tre berigtigende ord fra lovgiveren, og hele biblioteker bliver til makulatur!« [17] — en formulering, som også understreger lovgivers magt.

48. På denne baggrund fremstår de midler til finansieringen af radio- og tv-selskaberne, der opkræves af GEZ, som offentlige. Denne opkrævningscentral er endda — på trods af at den ikke er en selvstændig juridisk person — i litteraturen blevet anset for at være et statsligt organ, fordi den har beføjelse til at fastsætte licensen og udstede pålæg om betaling af denne [18]. Disse beføjelser er kendetegnende for funktioner, der hører

13 — Punkt 11 ff.

14 — Jf. i tysk litteratur H. Maurer, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 12. ændrede og udvidede udgave, C.H. Beck (red.), München, 1999, s. 352 ff.

15 — Den tyske regering har anført, at ordet »Gebühr« (afgift eller gebyr) ikke er egnet til at betegne en betalingsforpligtelse, men visse juridiske forfattere henfører det til skatteretten under »Abgabe« (skat eller afgift), jf. A. Boesen, *Vergaberecht: Kommentar zum 4. Teil des GWB*, Bundesanzeiger Verlag, første udg., Köln, 2000, s. 151, nr. 73.

16 — University of Cambridge-dommen, præmis 20, og dommen i sagen Kommissionen mod Frankrig, præmis 44.

17 — J.-H. von Kirchmann, *Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft*, i spansk oversættelse og med forord af Antonio Truyol y Sierra, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1949, s. 54.

18 — W. Frenz, »Öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalten als Beihilfeempfänger und öffentliche Auftraggeber«, *WRP — Wettbewerb in Recht und Praxis*, nr. 3/2007, s. 269.

under den nationale suverænitet, og forstærker instansens offentlige karakter.

49. Denne offentlige karakter peger klart i retning af, at der er tale om statslig finansiering, men som anført af radio- og tv-selskaberne udgør den ikke noget endegyldigt bevis herfor, og det vil derfor være hensigtsmæssigt at undersøge andre særtræk ved den tyske ordning for støtte til den statslige radio- og tv-virksomhed.

2. Indirekte finansiering

50. Radio- og tv-selskaberne og den tyske regering er enige om, at direktiv 92/50 kun vedrører betalinger, som finansieres *direkte* over statens budget [19], og ikke indirekte overførsler af økonomiske midler fra en hvilken som helst offentlig instans eller en anden ordregivende myndighed. De har endvidere gjort gældende, at betalingen af licensen i den foreliggende sag sker fra forbrugeren til radio- og tv-selskaberne helt uden medvirken af staten, der ikke er led i betalingskæden.

51. Jeg er grundlæggende uenig i denne udlægning.

52. For det første anvender den tyske regering ordet finansiering i en ensidig betydning med vægt på »overførsel«, således at finansiering kun skulle omfatte overførslen, udstedelsen af checken, gireringen eller den fysiske transport af pengesække i pansret bil fra statskassen til den støttemodtagende enheds adresse.

53. I realiteten er der ikke nogen forskel på, om staten modtager licensen og betaler den videre til de finansierede enheder eller giver dem kompetence til selv at opkræve den [20], og det må desuden ikke glemmes, at det er staten selv, der har skabt licensstrukturen ved at fastsætte betalingsforpligtelsen og licensens størrelse via afgørelser truffet af

19 — M. Dreher, »Öffentlich-rechtliche Anstalten und Körperschaften im Kartellvergaberecht«, *NZBau — Neue Zeitschrift für Baurecht und Vergabe*, nr. 6/2005, s. 302.

20 — M. Opitz, »Vergaberechtliche Staatsgebundenheit des öffentlichen Rundfunks?«, *NVwZ — Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, nr. 9/2003, s. 1090.

den uafhængige kommission KEF, som dog skal godkendes af delstaterne, der har det sidste ord og kan ændre afgørelserne [21].

54. For det andet omfatter artikel 1, litra b), andet afsnit, tredje led, første alternativ, i direktiv 92/50 ikke kun direkte finansiering, for den eneste nuancering af verbet finansiere ligger i udtrykket »for mere end halvdelens vedkommende« (på spansk »mayoritariamente«, på tysk »überwiegend«, på fransk »majoritairement« og på engelsk »for the most part«), og der nævnes ikke noget om direkte eller indirekte overførsel af midler til de støttemodtagende enheder.

55. Endelig skal det nævnes, at det implicit følger af retspraksis, at indirekte økonomisk støtte fra staten er omfattet, idet Domstolen i forbindelse med det andet alternativ i bestemmelsens tredje led har medtaget indirekte kontrol udøvet af staten [22], hvilket kan overføres til det første alternativ, da de tre alternativer er ligeværdige [23], således som den tyske regering med rette har anført.

21 — W. Frenz, nævnt i fodnote 18, s. 272. Radio- og tv-selskaberne har i deres indlæg henvist til et forfatningssøgsmål, som verserer for Bundesverfassungsgericht (den tyske forfatningsdomstol), vedrørende den nedsættelse, som delstaterne har indført som ændring i forslaget om forhøjelse af licensen.

22 — Dom af 17.12.1998, sag C-306/97, Connemara Machine Turf, Sml. I, s. 8761, præmis 34.

23 — Dommen i sagen Kommissionen mod Frankrig, præmis 49.

3. Finansiering uden modydelse

56. I University of Cambridge-dommen blev begrebet »offentlig finansiering« defineret, og Domstolen opstillede i denne forbindelse en grundlæggende sondring i forhold til, om den støttemodtagende enhed skal yde en særlig modydelse, idet støtte kun kan kvalificeres som offentlig finansiering, hvis dette ikke er tilfældet [24].

57. Radio- og tv-selskaberne og den tyske regering har under henvisning til denne dom og deres argument om, at forbrugeren betaler licensen direkte til selskaberne, gjort gældende, at brugeren som »særlig modydelse« for denne betaling opnår ret til at modtage tv- og radiosignaler fra det offentlige radio- og tv-spredningsnet i Tyskland. På grundlag heraf gør de gældende, at den omtvistede finansiering ikke er offentlig [25].

24 — Præmis 21.

25 — K. Hailbronner, »Öffentliches Auftragswesen«, i E. Grabitz og M. Hilf, *Das Recht der Europäischen Union*, C.H. Beck, München, 2006, B 4, s. 22, nr. 121.

58. Denne argumentation kan tilbagevises allerede på grund af det forhold, at de midler, som tilvejebringes ved tv-licensen, har oprindelse i lovgivningen og derfor ikke er private. Heroverfor ville det dog kunne indvendes, at hvis den retlige regulering af beløb, som betales af forbrugerne, betyder, at de tilvejebragte midler er offentlige, vil honorarer og salærer til arkitekter, advokater og læger kunne betragtes som offentlige og indirekte betalinger i henhold til udbudsdirektiverne. Hvis man imidlertid anvender radio- og tv-selskabernes og den tyske regerings ræsonnement og ved undersøgelsen af, om der er tale om offentlig finansiering, alene henholder sig til midlernes private oprindelse, vil hverken betalinger til patent- og varemærkemyndigheder, matrikelregistre eller ejendomsregistre, for blot at nævne nogle af de organer, hvor den berørte person direkte afholder udgifterne til den ydelse, som den offentlige myndighed præsterer, og kort sagt ingen afgift kunne kvalificeres som offentlige midler i henhold til direktiv 92/50.

59. Selv hvis man antager, at også de offentlige midler ydes til gengæld for de programmer, der sendes på de statslige radio- og tv-kanaler, vil det ikke gøre ræsonnementet mere holdbart. De (offentlige) midler, som betales til radio- og tv-selskaberne, hverken etablerer eller forstærker et afhængighedsforhold som det, der består i almindelige forretningsmæssige relationer, idet der er tale om en supplerende foranstaltning [26], som udgør grundlaget for disse selskabers virksomhed, og staten forventer ikke at modtage og modtager ikke en modværdi i form af en konkret ydelse.

60. Kort sagt er jeg ikke alene uenig i den teori, at brugeren skulle betale licensen som modydelse for adgangen til offentlige radio- og tv-udsendelser, men også i den opfattelse, at den offentlige radio- og tv-tjeneste skulle udgøre en modydelse for statens økonomiske støtte.

4. Virksomhed uden konkurrence

61. Det er ikke nødvendigt at præcisere, hvad der forstås ved »offentligretligt organ, hvis opgave det er at imødekomme almenhedens behov, dog ikke på det erhvervs- eller forretningsmæssige område« [27], men det er ikke med urette, at den østrigske regering og EFTA-Tilsynsmyndigheden undersøger

26 — Ifølge University of Cambridge-dommen, præmis 25.

27 — Dom af 10.11.1998, sag C-360/96, BFI Holding, Sml. I, s. 6821, præmis 48-50.

radio- og tv-selskabernes konkurrencemæssige stilling i forbindelse med dette præjudicielle spørgsmål.

62. I betragtning af licensopkrævningens struktur, som er fastsat i en særlov og gennemføres ved hjælp af de nævnte offentligretlige beføjelser (fastsættelse og eventuelt udstedelse af betalingspålæg), kan det ikke med rette gøres gældende, at de økonomiske midler, som tildeles med henblik på at imødekomme almenhedens behov for en offentlig radio- og tv-tjeneste — en tjeneste, som radio- og tv-selskaberne ubestrideligt præsterer — ikke tilvejebringes uafhængigt af markedsvilkårene. De økonomiske midler, som selskaberne modtager via afgiften, hidrører således ikke fra en virksomhed, som de udøver i konkurrence med andre virksomheder, men fra betalinger fra samfundet [28], som foretages, uden at selskaberne behøver at bekymre sig om, hvorledes forbrugerne faktisk udnytter programudbuddet.

63. Når radio- og tv-selskaberne agerer på markedet med denne form for beskyttelse, befries de for usikkerheden om deres indtægter, idet disse er statsligt garanterede gennem de budgetter, som KEF fastsætter. Selv hvis man godtager det argument, at midlerne er af privat oprindelse, er der ikke nogen forskel på den situation, at selskaberne således kan stole på tilstrømningen af midler, og den, hvor staten direkte stiller midlerne til rådighed for dem.

64. Under retsmødet spurgte jeg den tyske regering, om den finansieringsgaranti, som den tyske stat er forfatningsmæssigt forpligtet til at yde radio- og tv-selskaberne, også omfatter deres gæld [29]. Dette afviste den tyske regering kategorisk. Som anført af Kommissionen, kan dette imidlertid slet ikke komme på tale, eftersom KEF regelmæssigt undersøger selskabernes behov for midler og tildeler dem rundhåndet. Selskaberne slipper således også for at gå ud på det private lånemarked i en likviditetskrise, hvilket yderligere forstærker støttens økonomiske karakter.

5. Andre elementer i vurderingen

65. Det følger af ovenstående, at de midler, som finansierer radio- og tv-selskabernes

28 — I. Seidel, »Öffentliches Auftragswesen«, i M. Dauses, *Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts*, C.H. Beck, München, 2006, s. 27, nr. 82; A. Boesen, nævnt i fodnote 15, s. 152.

29 — Hidtil har kravet om en offentlig ordning vedrørende dækning af gæld kun været nævnt i forbindelse med artikel 1, litra b), andet afsnit, første led, i fællesskabsdirektiverne om offentlige aftaler, som vedrører imødekommelse af almenhedens behov, jf. dom af 10.5.2001, forenede sager C-223/99 og C-260/99, Agorà og Excelsior, Sml. I, s. 3605, præmis 40.

virksomhed, er af offentlig karakter. Jeg skal imidlertid knytte endnu nogle bemærkninger til vurderingen.

66. For det første fremgår det nemlig af Domstolens faste praksis, at det selvstændige fællesskabsretlige begreb »ordregivende myndighed« skal fortolkes formålsbestemt [30] og bredt [31], idet formålet med direktiverne både er at fjerne risikoen for, at der indrømmes indenlandske bydende eller ansøgere en fortrinsstilling ved de ordregivende myndigheders indgåelse af kontrakter, og muligheden for, at et organ, der er finansieret af staten, lader sig lede af andre hensyn end økonomiske [32].

67. Hvad angår dette oplyste radio- og tv-selskaberne som svar på et spørgsmål, jeg stillede dem under retsmødet, at ingen af de 11 selskaber, som GEZ opfordrede til at afgive bindende tilbud, var beliggende i andre medlemsstater. Dette viser i sig selv, at fællesskabslovgivers bekymring ikke var uden grund.

68. For det andet har radio- og tv-selskaberne med støtte i dele af den tyske juridiske litteratur [33] fremhævet det forfatningsmæssige krav om upartiskhed, som beskytter dem imod enhver offentlig indblanding i deres virksomhed.

69. Det er ikke nødvendig at redegøre for fordelene ved den tyske grundlovs artikel 5, stk. 1, som har gjort det muligt at indføre en offentlig radio- og tv-tjeneste af høj kvalitet, for at konstatere, at der ikke er nogen uoverensstemmelse mellem kravet om upartiskhed og den omhandlede forpligtelse for radio- og tv-selskaberne til at overholde reglerne for udbudsprocedurer i fællesskabsdirektiverne.

70. I de indlæg, der er indgivet i sagen, er der ikke argumenteret for, at overholdelse af direktivernes regler ville kunne bringe radio- og tv-selskabernes neutralitet i fare. Presse-

30 — BFI Holding-dommen, præmis 62, dom af 17.12.1998, sag C-353/96, Kommissionen mod Irland, Sml. I, s. 8565, præmis 36, af 12.12.2002, sag C-470/99, Universale-Bau m.fl., Sml. I, s. 11617, præmis 53, af 27.2.2003, sag C-373/00, Adolf Truley, Sml. I, s. 1931, præmis 41, og af 16.10.2003, sag C-283/00, Kommissionen mod Spanien, Sml. I, s. 11697, præmis 73.

31 — F. Wollenschläger, »Der Begriff des »öffentlichen Auftraggebers« im Lichte der neuesten Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes«, *EWS (Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht)*, nr. 8/2005, s. 345.

32 — University of Cambridge-dommen, præmis 17, dommen i sagen Universale-Bau m.fl., præmis 52, og Adolf Truley-dommen, præmis 42.

33 — M. Dreher, nævnt i fodnote 19, s. 303, K. Hailbronner, nævnt i fodnote 25, s. 22, nr. 123.

friheden og upartiskheden er desuden aldrig indgået i vurderingen af, om et offentligretligt organ skulle anses for at være ordregivende myndighed [34].

71. Endelig er det ubestridt, at licensen — i forhold til andre indtægtskilder som f.eks. reklamer — udgør langt den vigtigste del af selskabernes finansiering, og det må derfor på grundlag af det anførte konkluderes, at de med måden, hvorpå de får dækket deres udgifter, opfylder betingelsen i artikel 1, litra b), andet afsnit, tredje led, første alternativ, i direktiv 92/50 om at være finansieret af staten for mere end halvdelens vedkommende.

6. Besvarelse af det første og det andet præjudicielle spørgsmål

72. På dette grundlag foreslår jeg Domstolen at besvare Oberlandesgericht Düsseldorfs første og andet spørgsmål således: Indirekte finansiering af organer i form af licensbetaling fra personer, der råder over radio- og tv-apparater, er en finansiering i den omtvistede bestemmelses forstand, og det kan i denne forbindelse ikke kræves, at yderligere kriterier er opfyldt, som f.eks. at staten kan udøve en direkte indflydelse i forbindelse med det statsligt finansierede organs tildeling af kontrakter.

C — *Det tredje præjudicielle spørgsmål*

73. Med dette spørgsmål ønsker den forelæggende ret oplyst, om anvendelsesområdet for artikel 1, litra a), nr. iv), i direktiv 92/50 omfatter tjenesteydelser, der ikke specielt vedrører programmerne, men har karakter af hjælpe- og støtteydelser.

74. Som allerede anført kan en besvarelse af dette spørgsmål være nyttig, hvis radio- og tv-selskaberne skal anses for at være »ordregivende myndigheder«. Med anmodningen om en fortolkning af denne bestemmelse ønsker Oberlandesgericht at få klarhed over dens materielle anvendelsesområde for at kunne tage stilling til, om den ydelse, der består i rengøring af selskabernes lokaler, falder uden for dette.

34 — I. Seidel, nævnt i fodnote 28, s. 27, nr. 82.

75. Bestemmelsen er så klart formuleret, at man egentlig blot kan henvise til princippet om, at det ikke er nødvendigt at fortolke en klar bestemmelse (in claris non fit interpretatio). Gennem bestemmelsen undtages aftaler, der særligt vedrører programindholdet (aftaler om indkøb, udvikling, produktion eller koproduktion af programmateriale og aftaler om sendetid), fra udbudsreglerne.

76. Da bestemmelsen udgør en undtagelse fra den almindelige regel, skal den fortolkes strengt, og aftaler om alle andre former for virksomhed end de udtrykkeligt nævnte skal derfor indgås efter afholdelse af offentligt udbud.

77. Denne konklusion ser ved en sammenligning af præamblerne til direktiv 92/50 og direktiv 2004/18 ud til at finde støtte i den lovgivningsmæssige udvikling i Fællesskabet. I betragtning 25 til direktiv 2004/18 foretages der således en nuancering af den kortfattede 11. betragtning til direktiv 92/50, hvorved undtagelsen fra udbudsreglerne også kommer til at omfatte »andre forberedende tjenester, f.eks. vedrørende manuskripter eller kunstneroptræden, der er nødvendige for programmets tilblivelse«. Den omfatter derimod ikke »levering af teknisk materiel« til produktion af disse programmer.

78. Når undtagelsen således ikke omfatter særligt materiel, kan den heller ikke omfatte ydelser, der består i rengøring af radio- og tv-selskabernes lokaler.

79. Kort sagt taler både en ordlydsfortolkning og en autentisk fortolkning for at anvende en modsætningsslutning ved afgrænsningen af det materielle anvendelsesområde for direktiv 92/50 for så vidt angår kontrakter indgået med de tyske radio- og tv-selskaber.

80. Jeg skal endelig tillade mig at bemærke, at overholdelsen af det forfatningsmæssige krav om upartiskhed snarere skal vurderes på grundlag af denne bestemmelse end i forhold til finansieringsmetoden [35]. Fællesskabslovgiver har således fastsat undtagelsen for programmerne, således at der, som det hedder i betragtning 25 til direktiv 2004/18, kan tages hensyn til forhold af kulturel og samfundsmæssig betydning.

35 — Jf. ligeledes A. Boesen, nævnt i fodnote 15, s. 152, nr. 75.

VI — Forslag til afgørelse

81. I overensstemmelse med det anførte foreslår jeg Domstolen at besvare de præjudicielle spørgsmål fra Oberlandesgericht Düsseldorf således:

»1) Kriteriet om, at organet »finansieres af staten« i artikel 1, litra b), andet afsnit, tredje led, første alternativ, i Rådets direktiv 92/50/EØF af 18. juni 1992 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige tjenesteydelsesaftaler skal fortolkes således, at en indirekte finansiering af visse organer i form af licensbetaling fra personer, der råder over radio- og tv-apparater, er en sådan finansiering, og det kan ikke kræves, at yderligere kriterier er opfyldt, som f.eks. at staten kan udøve en direkte indflydelse i forbindelse med det statsligt finansierede organs tildeling af kontrakter.

2) Undtaget fra direktivets anvendelsesområde er kun de tjenesteydelser, der er nævnt i artikel 1, litra a), nr. iv, mens alle andre tjenesteydelser, der ikke specielt vedrører programmerne, men har karakter af hjælpe- og støtteydelser, er omfattet.«