

Duplik (om formaliteten)

Til

Københavns Byret

I sagsnr. BS-53136/2019-KBH:

PeopleGroup Five A/S

CVR-nr. 40779728

Vester Farimagsgade 41

1606 København V

(advokat Anders Nørgaard Jensen og advokat Povl Nick Bronstein)

mod

Radio- og tv-nævnet

H.C. Andersens Boulevard 2

1553 København V

(Kammeradvokaten v/advokat Rass Holdgaard og advokat Jacob Pinborg)

Ud over det i svarskriftet indeholdte, som fastholdes, giver det i replikken anførte anledning til følgende bemærkninger:

1. PARTSEVNE

Radio- og tv-nævnet forstår den af PeopleGroup Five fremlagte finansieringserklæring fra Borgerretsfonden (bilag 21) således, at Borgerretsfonden over for Radio- og tv-nævnet bekræfter, at Borgerretsfonden - op til det i erklæringen nævnte beløb på 500.000 kr. - vil finansiere betalingen af eventuelle sagsomkostninger til Radio- og tv-nævnet, som PeopleGroup Five måtte blive pålagt.

På den baggrund vil Radio- og tv-nævnet ikke påstå sagen afvist eller stille krav om yderligere sikkerhedsstillelse. Der tages fortsat forbehold for at kræve eventuelle yderligere sagsomkostninger, som

PeopleGroup Five måtte blive pålagt, og som ikke dækkes af beløbet i finansieringserklæringen (bilag 21), erstattet af ejerne af PeopleGroup Five og/eller Borgerretsfonden.

2. OPSÆTTENDE VIRKNING

Radio- og tv-nævnet skal om opsættende virkning overordnet henvide til afsnit 7 i svarskriftet, hvor betingelserne for at tillægge et sagsanlæg opsættende virkning er udførligt beskrevet, og hvor det er påvist, at betingelserne konkret ikke er opfyldt.

Her skal det kort fremhæves, at det klare udgangspunkt i dansk ret er, at en domstolsprøvelse af en forvaltningsafgørelse *ikke* tillægges opsættende virkning, jf. grundlovens § 63, stk. 1.

Dette klare udgangspunkt fraviges kun, hvis der er udtrykkelig lovhjemmel hertil, hvilket der ikke konkret er, eller hvis et sagsanlæg *undtagelsesvist* kan tillægges opsættende virkning på ulovbestemt grundlag, jf. de i retspraksis udviklede kumulative betingelser herfor, der er gennemgået på side 45 i svarskriftet.

En tilsvarende retsstilling følger i øvrigt af EU-retten og udbudsretten, der dog ikke finder anvendelse på den konkrete vurdering af begæringen om opsættende virkning, jf. nærmere afsnit 7.1.2 og 7.2.2 i svarskriftet.

PeopleGroup Five har på ingen måde sandsynliggjort, at der foreligger sådanne vægtige hensyn i denne sag, at sagsanlægget i strid med det klare udgangspunkt i dansk ret skal tillægges opsættende virkning. Tværtimod viser PeopleGroup Fives replik, at der netop *ikke* foreligger sådanne hensyn.

2.1 Der skal være et rimeligt grundlag for sagsanlægget

Replikken indeholder ikke bemærkninger om denne betingelse, hvorfor der i det hele henvises til afsnit 7.2 i svarskriftet, hvoraf fremgår, at betingelsen ikke er opfyldt.

2.2 Betingelsen om uopsættelighed

2.2.1 Opsættende virkning giver ikke mening, da programtilladelsen allerede er udstedt

Som anført i svarskriftet (side 50) gør Radio- og tv-nævnet gældende, at det ikke giver mening at tillægge søgsmålet opsættende virkning, idet programtilladelsen allerede er udstedt til Kulturradio Danmark.

PeopleGroup Five anfører i replikken (side 5), at en ulovlig afgørelse ledsaget af en efterfølgende aftaleindgåelse ikke er til hinder for opsættende virkning. I den forbindelse citerer PeopleGroup Five et afsnit i Katja Høegh og Kirsten Thorups artikel trykt i U.2016B.403.

Citatet angår de særlige *udbudsretlige* regler om, at indgåede kontrakter kan erklæres for ”uden virkning” ved visse grovere tilfælde af udbudsretlige overtrædelser, herunder undladelse af - i strid med udbudsreglerne - overhovedet at afholde et udbud. Artiklens forfattere anfører i det af PeopleGroup Five citerede afsnit, at det i disse helt særlige tilfælde godt kan give mening at træffe en afgørelse om opsættende virkning, selv om en kontrakt er indgået.

Som allerede anført i svarskriftet (side 47), anfører forfatterne dog i samme artikel, at

”Ordregiveren har nogle gange allerede indgået kontrakt på det tidspunkt, hvor anmodningen om opsættende virkning indgives. Det kan skyldes, at anmodningen først fremsættes efter udløbet af stand still-fristen, eller at der er tale om et udbud, der udtrykkeligt i direktivet er undtaget fra stand still-reglerne, eller licitationer efter tilbudsloven, hvor stand still-reglerne ikke gælder. Hvis kontrakten først er indgået, giver det som hovedregel ikke mening at træffe afgørelse om opsættende virkning. Løbet er så at sige kørt. Klagenævnet undlader i disse tilfælde efter fuldstændig fast praksis at træffe afgørelse om opsættende virkning [...]”.

Konkret er det i denne sag omhandlede udbud af programtilladelsen slet ikke omfattet af de udbudsretlige regler, herunder reglerne om ”uden virkning”, hvortil kommer, at ”uden virknings-sanktionen” under alle omstændigheder ikke ville kunne anvendes, selv hvis udbuddet var omfattet af de udbudsretlige regler, da Radio- og tv-nævnet netop offentliggjorde og gennemførte et udbud af programtilladelsen. I et sådant tilfælde giver det som anført af Katja Høegh og Kirsten Thorup ikke mening at anvende opsættende virkning.

2.2.2 *PeopleGroup Fives eventuelle tab er fuldt ud beskyttet af muligheden for at gøre erstatningskrav gældende*

PeopleGroup Five skal endvidere dokumentere, at der er risiko for, at PeopleGroup Five vil lide et alvorligt og uopretteligt tab, såfremt sagsanlægget ikke tillægges opsættende virkning. Efter fast retspraksis vil der ikke være tale om et alvorligt og uopretteligt tab, hvis tabet er økonomisk og dermed principielt kan genoprettes ved erstatning.

PeopleGroup Five har hverken i stævningen eller replikken sandsynliggjort, at PeopleGroup Five vil lide et alvorligt og uopretteligt tab, hvis søgsmålet ikke tillægges opsættende virkning, jf. nærmere afsnit 7.2 i svarskriftet.

PeopleGroup Five har ingen dokumentation fremlagt for evt. konsekvenser for selskabet af, at sagsanlægget ikke tillægges opsættende virkning. I replikken er det blot anført, at der eksisterer en overhængende fare for, at Radio- og tv-nævnets afgørelse kan stå ved magt, hvorved PeopleGroup Fives mulighed for at opnå tilladelsen forsvinder, hvis ikke sagsanlægget tillægges opsættende virkning. Denne udokumenterede risiko er udtryk for en helt sædvanlig forretningsmæssig og økonomisk risiko, som på ingen måde udgør en alvorlig og uoprettelig skade efter retspraksis.

Det fremsatte erstatningskrav (jf. den nedlagte påstand 2) viser i øvrigt i sig selv, at PeopleGroup Fives påståede skade netop vil kunne erstattes økonomisk. At PeopleGroup Five ikke mener at kunne opfylde betingelserne for at kræve positiv opfyldelsesinteresse, ændrer ikke herved.

2.3 Interesseafvejningen

Endelig vejer det offentliges interesse i, at den udstedte programtilladelse kan udnyttes, således at Kulturradio Danmark kan opfylde de i programtilladelsen pålagte public service-forpligtelser, der af lovgiver er anset for væsentlige, langt tungere end de rent økonomiske hensyn, der gør sig gældende for PeopleGroup Five, jf. afsnit 7.2 i svarskriftet.

Ved interesseafvejningen kan det, som anført i svarskriftet, indgå, at Radio- og tv-nævnet har udstedt en begunstigende forvaltningsakt (programtilladelsen) til Kulturradio Danmark. Kulturradio Danmark er nu i fuld gang med forberedelserne til programstart den 1. april 2020 for at kunne leve op til de forpligtelser, der følger af programtilladelsen. De økonomiske forpligtelser, som Kulturradio Danmark har påtaget sig som led i disse forberedelser, og som er oplistet i bilag N, må betegnes som helt naturlige og forventelige tiltag. Som **bilag O** fremlægges en erklæring fra Kulturradio Danmarks eksterne revisor, der bekræfter de oplistede økonomiske forpligtelser i bilag N. Endvidere fremgår det af revisorerklæringens pkt. 5 og pkt. e (bilag O), at de samlede økonomiske konsekvenser for Kulturradio Danmark, såfremt søgsmålet måtte blive tillagt opsættende virkning, ville være på over 14 mio. kr.

PeopleGroup Five anfører, at Kulturradio Danmarks eventuelle tab ved, at søgsmålet tillægges opsættende virkning også vil kunne genoprettes ved erstatning, hvorfor der ikke kan lægges vægt herpå.

PeopleGroup Five vender her betingelserne for opsættende virkning på hovedet.

For det første er det PeopleGroup Five, som skal godtgøre, at betingelserne for opsættende virkning er opfyldt, herunder at PeopleGroup Five vil lide et alvorligt og uopretteligt tab. Det er ikke Radio- og tv-nævnet, som skal godtgøre, at Kulturradio Danmark vil lide et alvorligt og uopretteligt tab, hvis sagsanlægget ikke tillægges opsættende virkning.

For det andet angår interesseafvejningen det offentliges interesse i, at den udstedte programtilladelse udnyttes, således som det er forudsat i Kulturministeriets bekendtgørelse, der udmønter medieaftalen. Dette skal konkret ske ved, at Kulturradio Danmark opfylder de i programtilladelsen pålagte public service-forpligtelser. Det er dette hensyn, der skal afvejes overfor PeopleGroup Fives rent økonomiske interesser, jf. det ovenfor anførte herom. Der skal derimod ikke foretages en afvejning af PeopleGroup Fives rent økonomiske interesser overfor hensynet til Kulturradio Danmarks økonomiske interesser.

Når det er relevant at inddrage Kulturradio Danmarks forhold, herunder indrettelseshensynet, skyldes det, at oplysningerne viser, at det ikke vil være muligt for Kulturradio Danmark at gennemføre de resterende investeringer, der er påkrævet for at kunne påbegynde aktiviteterne i overensstemmelse med den udstedte programtilladelse, hvis sagsanlægget tillægges opsættende virkning, således at de forudsatte tilskud ikke kan udbetales. I sidste ende kan det bringe Kulturradio Danmarks overlevelse i fare.

Det vil - udover konsekvenserne for Kulturradio Danmark - kunne bringe hele grundlaget for programtilladelsen i fare, hvilket i sidste ende vil kunne føre til, at den ønskede public service-radiokanal først kan etableres langt senere end forudsat i Kulturministeriets bekendtgørelse og til højere omkostninger, herunder idet et evt. genudbud vil have en lang tidshorizont.

En afvejning af PeopleGroup Fives rent økonomiske interesser overfor hensynet til Kulturradio Danmarks økonomiske interesser viser i øvrigt, at opsættende virkning vil kunne have langt større og mere alvorlige økonomiske konsekvenser for Kulturradio Danmark end de udokumenterede konsekvenser for PeopleGroup Five.

Afslutningsvist bemærkes, at det overordnede formål med, at domstolene skal kunne tillægge et søgsmål opsættende virkning, er at undgå, at der, mens en retssag verserer, kan ske skader, som efterfølgende ikke vil kunne genoprettes. I givet fald vil manglende opsættende virkning de facto kunne foregribe domstolenes afgørelse.

Højesteretsdommer Per Walsøe anfører følgende eksempel i UfR 1995 B, side 131:

”Dette kunne f.eks. være tilfældet, hvor det drejede sig om et påbud om nedrivning af en bygning eller lignende. Borgerens »tab« kan være andet end rent økonomisk, og det kan i visse tilfælde være således, at det offentliges interesse i en omgående nedrivning er beskeden. Hvis der omvendt er en stærk offentlig interesse i forvaltningsaktens umiddelbare gennemførelse, vil dette tale imod opsættende virkning.”

Som det fremgår ovenfor, vil der ikke være risiko for, at PeopleGroup Five vil lide et alvorligt og uopretteligt tab, hvis sagsanlægget ikke tillægges opsættende virkning.

Hvis søgsmålet derimod tillægges opsættende virkning, vil der på grund af de alvorlige økonomiske konsekvenser for Kulturradio Danmark være en betydelig risiko for, at dette de facto vil foregribe den endelige afgørelse i sagen, idet Radio- og tv-nævnets udstedte programtilladelse i så fald ikke længere vil kunne realiseres som forudsat.

3. SPØRGSMÅLET OM HENVISNING TIL LANDSRETTE

Om muligheden for at henvise sagen til landsretten henvises til afsnit 8 i svarskriftet.

PeopleGroup Five anfører endelig i replikken (side 3), at spørgsmålet om opsættende virkning bør afgøres samtidig med spørgsmålet om, hvorvidt sagen skal henvises til landsretten.


Efter Radio- og tv-nævnets opfattelse kan de to spørgsmål afgøres uafhængigt af hinanden, men Radio- og tv-nævnet har ikke bemærkninger til, at spørgsmålene evt. afgøres samlet. Radio- og tv-nævnet gør dog for en ordens skyld opmærksom på, at retten - for det tilfælde, at retten måtte henvise sagen til landsretten - bør træffe afgørelse om spørgsmålet om opsættende virkning og ikke henskyde dette til landsretten, da der er behov for en hurtig afklaring af spørgsmålet om opsættende virkning.

4. DOKUMENTER,

som påberåbes:

Bilag O Revisorerklæring af 30. januar 2020

København, den 31. januar 2020



Jacob Pinborg
Partner, Advokat (H)



Rass Holdgaard
Partner, Advokat (H)