

Peter Lund Meyer Partner  
Povl Nick Bronstein Partner (L)  
Anders Nørgaard Jensen Partner (L)

Michael Steinicke Juridisk konsulent, PhD, professor  
Bent Ole Gram Mortensen Juridisk konsulent, PhD, professor

Karoline Toft Lund Advokatfuldmægtig  
Betina Wichmann Knudsen Advokatfuldmægtig

PUBLICURE Advokatfirma P/S  
CVR-nr. 33 37 15 78  
Islands Brygge 39  
DK-2300 København S

T: + 45 7023 2029  
F: + 45 7026 2029  
W: <http://www.publicure.dk>

København, den 27. januar 2020  
Sagsnummer 301084

## REPLIK (OM FORMALITETEN)

---

### Til Københavns Byret

i sagsnr. BS-53136/2019-KBH

### PeopleGroup Five A/S

(CVR-nr. 40779728)

Vester Farimagsgade 41  
1606 København V

(herefter ”PG5”)

(v/advokat Anders Nørgaard Jensen og advokat Povl Nick Bronstein)

mod

### Radio- og tv-nævnet

H.C. Andersens Boulevard 2  
1553 København V

(herefter ”sagsøgte”)

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

## PÅSTANDE

---

- PÅSTAND 1** Sagsøgte tilpligtes at anerkende, at nævnets afgørelse af 22. oktober 2019 om i medfør af bekendtgørelse nr. 719 af 9. juli 2019 om udbud af digital public service-radiokanal med fokus på kultur at udstede en tilladelse til at udøve public service-programvirksomhed i form af en digital radiokanal med tilskud til Kulturradio Danmark A/S med radiokanalen LOUD er ugyldig.
- PÅSTAND 2** Sagsøgte skal til PG5 betale DKK 980.000 med tillæg af procesrente fra sagens anlæg og indtil betaling sker.

## INDLEDNING

---

Sagsøgte fremsætter i sit svarskrift en række formalitetsindsigelser i relation til

- (i) PG5s partsevne,
- (ii) PG5s anmodning om at sagen tillægges opsættende virkning, og
- (iii) PG5s anmodning om at sagen henvises til behandling i 1. instans ved Østre Landsret.

PG5 adresserer i denne replik alene sagsøgtes formalitetsindsigelser.

PG5 vil på et senere tidspunkt indgive et processkrift, hvori svarskriftets øvrige forhold adresseres.

PG5 tiltræder sagsøgtes meddelelse til retten af 15. januar 2020 om hurtigst muligt og således forud for det forberedende retsmøde den 4. marts 2020 at tage stilling til spørgsmålet om opsættende virkning. Det tiltrædes endvidere, at spørgsmålet om opsættende virkning kan behandles på skriftligt grundlag, jf. rettens meddelelse herom af 24. januar 2020.

Dette spørgsmål forudsætter en indholdsmæssig stillingtagen til tvistepunkterne, hvorfor PG5 ligeledes anmoder retten om samtidigt at tage stilling til henvisningsspørgsmålet, jf. stævningens punkt 13 og svarskriftets punkt 8.

## PROCESSUELLE FORHOLD

---

### 1 Indledning

Det anførte i stævningen fastholdes. PG5 gør herudover følgende gældende:

### 2 Partsevne (Provokation (A))

Sagsøgte problematiserer PG5s partsevne med henvisning til U.2017.2439 H. Der er imidlertid intet rimeligt belæg for en formalitetsindsigelse herom:

For det første er der ikke symmetri mellem afgørende dele af domspræmisserne og nærværende sag: Højesteret lagde således i U.2017.2439 H til grund, at det sagsøgende selskab alene var stiftet med henblik på at gennemføre retssagen og ud fra omgåelsesbetragtninger fik tiltransporteret det krav, som var genstand for prøvelsen. Formålet med konstruktionen var således at friholde transportgiver fra potentielle sagsomkostninger.

Dette er ikke tilfældet i denne sag: PG5 er som anført i stævningen stiftet med det formål at erhverve programtilladelse til og drive den digitale public service-radiokanal, således forud for parternes tvist.

Sagen er anlagt af PG5 som følge af PG5s retlige interesse i sagen og med henblik på at få fastlagt dennes retsstilling. Sagen er dermed ikke anlagt med henblik på at omgå retsplejelovens regler om sagsomkostninger.

For det andet er det ikke en forudsætning for partsevne, at en sagsøger har midler til at betale eventuelle sagsomkostninger til modparten. Det fremgår således af Retsplejerådets betænkning nr. 1436/2004, at

*”[...] [e]fter gældende ret kan parter med hjemting i Danmark ikke afkræves sikkerhedsstillelse for sagsomkostninger, og dette gælder, selv om parten med sikkerhed ikke vil kunne betale sagsomkostninger, hvis sagen tabes, jf. UfR 1999.1195 H om et konkursbo uden midler. Hvis sagsøgeren er en juridisk person, der er dannet med det hovedformål at fritage forenings- eller selskabsdeltagerne for de sagsomkostninger, som de ellers enkeltvis eller i fællesskab kunne blive pålagt efter retsplejelovens regler, vil sagen dog blive afvist, jf. UfR 2000.1575 H.”*

PG5 er imidlertid ikke dannet

*” [...] med det hovedformål at fritage forenings- eller selskabsdeltagerne for de sagsomkostninger, som de ellers enkeltvis eller i fællesskab kunne blive pålagt efter retsplejelovens regler.”*

Det fremgår tværtimod af CVR-udskrift for PG5 (Bilag 20), at selskabet på stiftelsestidspunktet den 12. september 2019 (således før ansøgningsfristens udløb den 20. september 2019) stiftedes med det formål, at

*” [...] erhverve programtilladelse til og drive en digital public service-radiokanal med fokus på kultur i henhold til bekendtgørelse nr. 719 af 09/07/2019 om udbud af digital public service-radiokanal med fokus på kultur. ”*

Det skal endvidere erindres, at det er PG5 – og ikke de bagvedliggende indehavere – som sagsøger. Der er således juridisk og materiel identitet mellem PG5 som ansøger og PG5 som sagsøger. Benævnelsen ”Radio24syv” er i øvrigt uden betydning for dette spørgsmål, og sagsøgte ses i øvrigt heller ikke at knytte konkrete anbringender til bemærkningerne herom.

For det tredje og sidste er retssagens førelse økonomisk støttet af Borgerretsfonden, jf. også stævningens punkt 14. Borgerretsfondens erklæring om finansiering fremlægges som Bilag 21.

### **3 Opsættende virkning**

#### **3.1 Betingelsen om ”uopsættelighed”**

##### **3.1.1 En allerede udstedt programtilladelse hindrer ikke uopsættelighed**

En ulovlig afgørelse ledsaget af efterfølgende aftaleindgåelse etablerer ikke et værn imod opsættende virkning.

Dette er udtrykkeligt omtalt i Katja Høegh og Kirsten Thorups artikel, ”*Standstill og opsættende virkning inden for udbudsretten – endnu en gang*” (U.2016B.403):

*”Hvis kontrakten ved klagens indgivelse allerede er indgået, fordi ordregiveren har foretaget en direkte tildeling uden at afholde udbud, eventuelt med udstedelse af en profylaksebekendtgørelse efter § 4, kan uden virkning-reglerne komme i spil, hvis tildelingen viser sig at være uberettiget. I så fald giver det mening at træffe afgørelse om opsættende virkning.”*

##### **3.1.2 Dokumenterede konsekvenser for PG5**

Tillægges sagen ikke opsættende virkning, eksisterer der en overhængende fare for, at den ugyldige afgørelse kan stå ved magt, hvorved PG5s mulighed for at opnå tilladelsen forsvinder og dermed også selskabets formål, jf. også punkt 2 nederst.

Det fremgår af svarskriftets punkt 7.1.3, at

*”Efter praksis vil kravet om uopsættelighed i udgangspunktet ikke være opfyldt, hvis en tilbudsgiver har deltaget i en udbudsproces og afgivet et tilbud, idet der i givet fald kan fremsættes krav om erstatning, jf. Jesper Fabricius, Offentlige indkøb i praksis, 4. udgave, 2017, side 816f. Kun hvis tilbudsgiverens eksistens er truet, kan der i sådanne tilfælde være tale om et uopretteligt tab.” (vores understregning)*

I sagen her er situationen netop den, at PG5 ikke kan opnå erstatning for positiv opfyldelsesinteresse al den stund, at udbudsgrundlaget er ulovligt.

### 3.2 Betingelsen om ”interesseafvejning”

#### 3.2.1 Hensynet til Kulturradio Danmark A/S

Sagsøgte har som Bilag N fremlagt en oversigt, som tjener til at dokumentere, at Kulturradio Danmark A/S har indrettet sig i henhold til programtilladelsen. Bilag N fremstår uden underbygning og bør derfor ikke tillægges nogen bevismæssig værdi.

Det tilsvarende gøres gældende i relation til svarskriftets oplysninger om Kulturradio Danmark A/S’ ”resterende investeringer”.

Fælles for de ovenstående hensyn til Kulturradio Danmark A/S er deres økonomiske karakter.

Sagsøgte gør andetsteds i svarskriftet gældende, at *”de rent økonomiske hensyn, der gør sig gældende for [PG5]”*, ikke kan tillægges nogen nævneværdig vægt ved interesseafvejningen.

De potentielle, økonomiske konsekvenser, som opsættende virkning kan have for Kulturradio Danmark A/S, skal – i overensstemmelse med det af sagsøgte anførte – derfor ikke tillægges betydning, da de kan genoprettes ved erstatning. Endelig må det gentages, at Kulturradio Danmark A/S næppe er berettiget til nogen erstatning, fordi Kulturradio Danmark A/S burde have været bekendt med, at udbudsmaterialet ikke kunne danne grundlag for en lovlig tildelingsbeslutning.

---o0o---

København, den 27. januar 2020

Anders Nørgaard Jensen

Povl Nick Bronstein

## BILAG

---

### 4 PG5s bilag

- Bilag 1 Kantar radiometer - Lyttertal uge 43 (21. oktober 2019 - 27. oktober 2019)
- Bilag 2 KPMG's rapport "Analyse vedr. DR's økonomi – baggrundsmateriale" af 5. januar 2018
- Bilag 3 Skærbillede fra sagsøgtes hjemmeside af 17. november 2019 om sagsøgtes nævnfunktion og sammensætning
- Bilag 4 Skærbillede fra Slots- og Kulturstyrelsens hjemmeside om dennes sekretariatsfunktion for sagsøgte
- Bilag 5 Nationalmuseets årsrapport for 2018
- Bilag 6 Udbudsbekendtgørelse 2018/S 166-378618 af 27. august 2018, offentliggjort 30. august 2018
- Bilag 7 Skærbillede fra Slots- og Kulturstyrelsens hjemmeside om udbuddet af 26. juli 2019
- Bilag 8 Udbudsmateriale af 26. juli 2019
- Bilag 8.1 Udbudsmaterialets Bilag 1.1: Budget og redegørelse
- Bilag 8.2 Udbudsmaterialets Bilag 1.2: Oplysninger om ressourcer og kompetencer
- Bilag 8.3 Udbudsmaterialets Bilag 1.3: Tilskud
- Bilag 8.4 Udbudsmaterialets Bilag 1.4: Tilsagn om programmer m.v.
- Bilag 8.5 Udbudsmaterialets Bilag 1.5: Fuldmagt for tegningsberettiget
- Bilag 8.6 Udbudsmaterialets Bilag 2: Ordlyd for bankgaranti



- Bilag 8.7 Udbudsmaterialets Bilag 3: Lovbekendtgørelse nr. 248 af 16. marts 2019 om radio- og fjernsynsvirksomhed
- Bilag 8.8 Udbudsmaterialets Bilag 4: Bekendtgørelse nr. 719 af 9. juli 2019 om udbud af digital public service-radiokanal med fokus på kultur
- Bilag 8.9 Udbudsmaterialets Bilag 5: Bekendtgørelse nr. 607 af 20. juni 2005 om optagelse, opbevaring og aflevering af radio- og fjernsynsprogrammer
- Bilag 8.10 Udbudsmaterialets Bilag 6: Bekendtgørelse nr. 801 af 21. juni 2013 om reklamer og sponsorering m.v. af programmer i radio, fjernsyn og on demand-audiovisuelle medietjenester samt indgåelse af partnerskaber
- Bilag 8.11 Udbudsmaterialets Bilag 7: Lov nr. 1531 af 21. december 2010 om økonomiske og administrative forhold for modtagere af driftstilskud fra Kulturministeriet
- Bilag 8.12 Udbudsmaterialets Bilag 8: Resumé på engelsk
- Bilag 9 Mediawatch-artikel om potentiel udenlandsk interesse i udbuddet dateret 15. august 2019
- Bilag 10 Sagsøgtets besvarelse af spørgsmål under udbuddet på informationsmøde den 19. august 2019
- Bilag 11 Ansøgning fra Radio24syv, ”Radio24syv”
- Bilag 12 Ansøgning fra Kulturradio Danmark A/S ”LOUD”
- Bilag 13 ”Samarbejds erklæring angående ny public service-radio med fokus på kultur” af 16. september 2019
- Bilag 14 Ansøgning fra dk4 – Radio ApS ”dk4 – Radio”
- Bilag 15 Sagsøgtets evalueringsrapport af 22. oktober 2019
- Bilag 16 KPMG’s vurdering af finansielle kompetencer og formåen hos ansøgere til DAB af 11. oktober 2019

- Bilag 17 Kammeradvokatens notat dateret 30. oktober 2019 om ”udbud af programtilladelse til digital public service-radiokanal”
- Bilag 18 Kammeradvokatens notat dateret 5. november 2019 om ”visse spørgsmål i forbindelse med udbud af programtilladelse til digital public service-radiokanal”
- Bilag 19 Sagsøgtes svar af 1. november 2019 på spørgsmål om ansøgningsevalueringen stillet af ansøgningskredsen den 29. oktober 2019
- Bilag 20 CVR-udskrift for PG5 af 16. januar 2020
- Bilag 21 Borgerretsfondens erklæring om dækning af sagsomkostninger

**5 Sagsøgtes bilag**

- Bilag A Programtilladelse af 22. oktober 2019 til Kulturradio Danmark
- Bilag B Artikel af 5. november 2019 fra TV2 nyhederne
- Bilag C Pressemeddelelse af 8. november 2019 fra Folketingets Ombudsmand
- Bilag D Mediaaftalen af 29. juni 2018 for 2019-2023
- Bilag E Programtilladelse af 4. juli 2019 til Radio FM4 A/S
- Bilag F Artikel af 28. marts 2019 fra MediaWatch
- Bilag G Notat af 3. maj 2019 vedrørende tillægsaftale om udbud af DAB-radiokanal
- Bilag H Mail af 10. juli 2019 fra Kulturministeriet til medieordførerne
- Bilag I Deltagerliste vedrørende informationsmøde om udbud af digital radiokanal
- Bilag J Mailkorrespondancen mellem nævnet og Kulturradio Danmark den 25. og 27. september 2019

- Bilag K Artikel af 23. oktober 2019 fra Berlingske
- Bilag L Notat af 3. november 2019 fra Kulturministeriet
- Bilag M Mail af 22. november 2019 fra Kulturministeriet til medieordførerne
- Bilag N Kulturradio Danmarks økonomiske forpligtelser af 7. januar 2020