Kammeradvokaten

Vimmelskaftet 47
DK-1161 København K

Telefon: 33 15 20 10
Telefax: 33 15 61 15

mail@kammeradv.dk
www.kammeradv.dk

Dato: 9. august 2006
J.nr.: 36-3214 KRO/ab

Stævning

Til

Østre Landsret

Som advokat for

Radio- og tv-nævnet
Mediesekretariatet
Vognmagergade 10, 1.
1120 København K

indstævner jeg herved

Sky Radio A/S
(CVR-nr. 10 06 54 61)
Lille Strandstræde 20
1254 København K

til at give møde som sagsøgt i nedennævnte retssag, hvorunder jeg nedlægger følgende

Påstand

Sagsøgte tilpligtes til sagsøger at betale kr. 53.980.785,00 med procesrente heraf fra den 15. november 2005 til betaling sker.

Sagsøgte skal desuden til sagsøger betale kr. 54.000.000,00 med tillæg af fordelte auktionsomkostninger kr. 60.000,00, i 2010 (for året 2011) dog kr. 52.000,00, hver den 15. november 2006, 2007, 2008, 2009 og 2010, med tillæg af morarente fra de respektive betalingsdage.

Fra disse beløb skal fratrækkes provenuet af det nye udbud af den femte FM-radiokanal med fradrag af de hermed forbundne omkostninger.

Sagsøger tager derfor udtrykkeligt forbehold for at nedlægge supplerende påstand over for sagsøgte om betaling af disse beløb.

Sagsfremstilling

1. Retssagens baggrund og genstand

Sagsøger har med hjemmel i bekendtgørelse nr. 168 af 17. marts 2003 om Radio- og tv-nævnets udbud af den femte og sjette jordbaserede FM-radiokanal efter afholdt auktion udstedt tilladelse til programvirksomhed for den femte jordbaserede FM-radiokanal til sagsøgte. Sagsøgte har i den forbindelse bl.a. forpligtet sig til at betale koncessionsafgift i hele tilladelsesperioden på otte år, jf. bekendtgørelsens § 4, stk. 6, samt andel af auktionsomkostningerne. Sagsøgte indledte sin programvirksomhed den 15. november 2003, men indstillede imidlertid programvirksomheden med virkning fra den 15. november 2005.

Denne sag angår sagsøgtes forpligtelse til at betale koncessionsafgift og andel af skyldige omkostninger til sagsøger i den af sagsøgte uudnyttede tilladelsesperiode frem til 15. november 2006. Der er desuden taget forbehold om at rejse krav for den resterende uudnyttede tilladelsesperiode frem til 15. november 2011, når kravet kan opgøres efter tabsbegrænsning.

Sagsøgte har afvist at betale koncessionsafgift for perioden 15. november 2005 til 15. november 2006 primært begrundet med, at sagsøgte ikke har opnået den teoretisk beregnede befolkningsmæssige dækning, som sagsøgte var stillet i udsigt, idet IT- og Telestyrelsen angiveligt skulle have anvendt forkerte beregningsforudsætninger ved bereg-

ning af den teoretiske befolkningsmæssige dækning. Dette afviser sagsøger og fastholder med denne stævning sagsøgtes pligt til at betale koncessionsafgift.

Sagsøgte blev givet adgang til en teoretisk beregnet befolkningsmæssig dækning på 78% som anført i udbudsmaterialet. Sagsøgte havde såvel før som efter auktionen adgang til, bl.a. gennem spørgsmål til sagsøger, at gøre sig bekendt med de beregningsforudsætninger, som var lagt til grund herfor. Beregningsforudsætningerne er anvendt af IT- og Telestyrelsen gennem en årrække, og der anvendes forskellige forudsætninger i de enkelte lande.

Sagsøger vurderer, at sagsøgtes indsigelser reelt dækker over, at sagsøgte ikke har formået at opnå de lyttertal og den forretningsmæssige succes, som sagsøger havde påregnet ved afgivelse af sit bud på auktionen over den femte FM-radiokanal, og at sagsøgte derfor nu ønsker at blive frigjort for sine forpligtelser overfor sagsøger. Driften af den femte FM-radiokanal er imidlertid i det hele et forhold, som sagsøgte selv bærer risikoen for.

2. Regelgrundlag, udbudsbetingelser og auktion.

Ved lov nr. 1052 af 17. december 2002 om radio- og fjernsynsvirksomhed (nu lovbekendtgørelse nr. 506 af 10. juni 2004 med senere ændringer), (loven), blev i § 45, stk. 3, tilvejebragt hjemmel til udbud af tilladelse til programvirksomhed ved hjælp af jordbaserede analoge sendemuligheder. Loven afspejler den mediepolitiske aftale for 2002-2006 af 3. juni 2002. De nærmere regler om gennemførelse af udbudet ved auktion blev fastsat i bekendtgørelse nr. 168 af 17. marts 2003 om Radio- og tv-nævnets udbud af den femte og sjette jordbaserede FM-radiokanal (bekendtgørelsen).

Den 26. marts 2003 offentliggjorde sagsøger udbudsmateriale angående udbud af den femte og sjette jordbaserede FM-radiokanal via auktion med opfordring til, at interesserede virksomheder tilmeldte sig inden den 2. juni 2003, kl. 12.00, til deltagelse i auktionen den 18. juni 2003, kl. 17.00. Udbudsmaterialet fremlægges som **bilag 1** og underbilag 1-14 hertil fremlægges som **bilag 2**.

Som anført i udbudsmaterialet ville al information fra sagsøger, herunder offentliggørelse af spørgsmål fra potentielle deltagere i auktionen og sagsøgers svar herpå, ske på sagsøgers netsted: www.mediesekretariat.dk, under punktet "Radioauktion". Fristen for at stille

spørgsmål om udbudet var 19. maj 2003, kl. 12.00, og fristen for besvarelse af spørgsmål samt for eventuelle ændringer af udbudsvilkårene var fastsat til 23. maj 2003, kl. 16.00. Supplerende information kunne dog offentliggøres, frem til udbudet var afsluttet. Der indkom i alt 14 spørgsmål fra de interesserede, og disse spørgsmål samt sagsøgers besvarelser heraf fremlægges udprintet fra sagsøgers netsted som **bilag 3**.

Som foreskrevet i udbudsbetingelserne afgav sagsøgte som betingelse for deltagelse i auktionen tilmelding af 27. maj 2003, bilagt oplysning om ejerforhold samt vedtægter (**bilag 4**), tillige med bankgaranti dateret 12. juni 2003, stor kr. 5 mio. (**bilag 5**).

Det fremgår af sagsøgers og Kulturministeriets pressemeddelelser af 4. juni 2003 (**bilag 6**), som også blev offentliggjort på henholdsvis sagsøgers og ministeriets netsteder, at sagsøger ved fristens udløb havde modtaget otte tilmeldinger, herunder sagsøgtes, som alle var godkendt.

Ved skrivelse af 17. juni 2003 (**bilag 7**) meddelte sagsøger sagsøgte - og de øvrige tilmeldte - at sagsøger havde godkendt alle anfordringsgarantier og ejerskabserklæringer.

Auktionen over den femte og sjette FM-radiokanal blev gennemført samtidig den 18. juni 2003, hvor sagsøgte blev højstbydende på den femte FM-radiokanal med et bud på en årlig koncessionsafgift på kr. 54 mio. Forløbet af auktionen over den femte og sjette FM-radiokanal med de afgivne bud fremlægges som **bilag 8**.

3. Betaling af koncessionsafgift, gebyr m.v.

I henhold til udbudsmaterialets pkt. 10.6.1 (bilag 1) og udkastet til tilladelse til programvirksomhed, pkt. 19 (bilag 2), opkrævede sagsøger ved skrivelse af 25. juni 2003 (**bilag 9**) a conto gebyr til dækning af sagsøgtes andel af udgifterne til sagsøgers samlede virksomhed for anden halvdel af 2003 med kr. 200.000,00 samt for engangsomkostninger i forbindelse med auktionen med kr. 130.000,00.

Sagsøger bekræftede modtagelsen af første årlige koncessionsafgift for perioden fra 15. november 2003 til 15. november 2004 på kr. 54 mio. den 2. juli 2003, og bankgarantien (bilag 5) blev samtidig frigivet.

Med skrivelse af 18. juli 2003 (**bilag 10**) fremsendte sagsøger den samme dag udstedte tilladelse til sagsøgte til programvirksomhed på den femte jordbaserede FM-radiokanal (**bilag 11**). Af programtilladelsen fremgår bl.a., at IT- og Telestyrelsen udsteder frekvenstilladelse til brug af frekvenser ved udsendelse af programmer, at der skal betales frekvensafgift til IT- og Telestyrelsen for frekvenstilladelsen, at sagsøgte som tilladelsesindehaver skal starte programvirksomheden senest 6 måneder efter ikrafttrædelse af tilladelsen til programvirksomhed, at sagsøgte som tilladelsesindehaver for et år ad gangen forud skal betale en fast årlig koncessionsafgift svarende til det vindende bud ved auktionen på kr. 54 mio., at der herudover skal betales en variabel omsætningsafhængig afgift, samt at sagsøgte som tilladelsesindehaver er forpligtet til at betale koncessionsafgift i hele tilladelsesperioden. Endvidere skal sagsøgte som tilladelsesindehaver for tilladelsen betale et årligt gebyr, der fastsættes af sagsøger, således at gebyret dækker kanalens andel af udgifterne til sagsøgers samlede virksomhed, ligesom sagsøgte i medfør af bekendtgørelsens § 8, stk. 2, skal betale en andel af auktionsomkostningerne.

Sagsøgte skal bl.a. betale sin andel af udgifterne til planlægning af auktionen, jf. bekendtgørelsens § 8, stk. 2. Det fremgår af sagsøgers skrivelse af 26. marts 2004 (**bilag 12**), at disse fordeles over tilladelsesperioden og betales med kr. 60.000,00 pr. kalenderår, for 2003 dog med kr. 8.000,00 og for 2011 dog med kr. 52.000,00. Sagsøger meddelte desuden, at fristen for indsendelse af revideret årsrapport, opgørelse af afgiftsgrundlaget for den variable koncessionsafgift samt indbetaling af variabel koncessionsafgift med sagsøgtes (forskudte) regnskabsår ville være 1. november og betalingsfrist senest 1. december.

Den 18. december 2003 opkrævede sagsøger i overensstemmelse med udbudsmaterialets pkt. 10.6.1 (bilag 1) og tilladelsen til programvirksomhed, pkt. 20 (bilag 11) acontogebyr for 2004 med kr. 400.000,00, og i e-mail af 1. november 2004 (**bilag 13**) bekræftede sagsøger den aftalte procedure vedrørende indsendelse af årsrapport og revisorerklæring samt betalingsfrister angående regnskabsåret 2003/2004 og indskærpede, at frister for indsendelse og betaling fremover skulle overholdes.

Sagsøger opkrævede koncessionsafgift på kr. 54 mio. for perioden 15. november 2004 til 15. november 2005 den 11. oktober 2004, og afgiften blev betalt den 15. november 2004.

Den 6. januar 2005 opkrævede sagsøger acontogebyr for 2005 med kr. 400.000,00, og den 14. januar 2005 foretog sagsøger endelig opgørelse af gebyr for 2004, hvorefter sag-

søgte, inkl. andelen af auktionsomkostningerne med kr. 60.000,00, skulle betale yderligere gebyr med kr. 218.000,00 for 2004. Beløbet blev betalt den 1. februar 2005.

Den 5. april 2005 fremsendte sagsøgte erklæring om, at omsætningstærsklen på kr. 100 mio. for betaling af variabel koncessionsafgift ikke var overskredet for perioden 1. juli 2003 til 30. juni 2004.

Sagsøger tog i skrivelse af 17. maj 2005 (**bilag 14**) dette til efterretning og noterede, at det af årsrapporten bl.a. fremgik, at Sky Radio Limited havde erklæret at ville tilføre den nødvendige kapital og likviditet, således at sagsøgte ville være i stand til at opfylde sine løbende forpligtelser, og at der var givet tilsagn om støtte for i alt kr. 223.141.897,00.

Ved skrivelse af 13. oktober 2005 (**bilag 15**) opkrævede sagsøger den årlige koncessionsafgift på kr. 54 mio. for perioden 15. november 2005 til 15. november 2006, og ved e-mail af 1. november 2005 (**bilag 16**) erindrede sagsøger om fristen for indlevering af årsrapport m.v. den 1. november 2005.

Endelig foretog sagsøger i skrivelser af 4. maj 2006 (**bilag 17**) opgørelse af skyldige gebyrer for 2005, og det af sagsøgte betalte overskydende acontobeløb på kr. 16.669,00 blev modregnet i sagsøgtes tilgodehavende for ikke indbetalt koncessionsafgift for perioden 15. november 2005 til 15. november 2006.

4. Dialog bl.a. om sagsøgtes opfyldelse af tilladelsesvilkårene

Programvirksomheden på den femte FM-radiokanal skal omfatte public service-nyhedsdækning, jf. bekendtgørelsens § 1, stk. 1, og § 2, stk. 1, og der har været en løbende dialog mellem sagsøger og sagsøgte bl.a. herom, samt kravet om at andelen af skandinavisk musik skal være på ca. 30%, jf. bekendtgørelsens § 2, stk. 2.

Sagsøgte påbegyndte udsendelsen af programmer den 15. november 2003. Sagsøgte og sagsøger havde herefter en løbende dialog om sagsøgtes programmer og opfyldelse af kravene hertil i tilladelsen til programvirksomhed.

Sagsøgte indsendte bl.a. redegørelser for opfyldelsen af tilladelsesvilkårene i 2003 og 2004.

Ved skrivelse af 16. juni 2005 (**bilag 18**) meddelte sagsøger sine bemærkninger til sagsøgtes redegørelse for opfyldelsen af tilladelsesvilkårene i 2004 og konkluderede, at samlet set var alle tilladelsesvilkår på nær enkelte nærmere opregnede undtagelser opfyldt for 2004, og at sagsøgte havde opfyldt alle vilkår i perioden 1. august til 31. december 2004.

Sagsøgte ansøgte ved ansøgningsskema dateret 27. december 2004 om adgang til at sende sine programmer ukodet via satellit for at have en sikker distributionskilde til distribution af signalet til sendestationerne i FM5-netværket. Sagsøger bekræftede ved skrivelse af 13. januar 2005 (**bilag 19**), at sagsøger havde besluttet at registrere sagsøgte som udøver af programvirksomhed via satellit med virkning fra 27. maj 2004.

5. Udbudsmaterialets oplysninger og dialog om frekvenstilladelsen, mastepositioner m.v.

Det er i udbudsmaterialet (bilag 1) anført, at den femte FM-radiokanal vil have en teoretisk beregnet befolkningsmæssig dækning på 78%, og der var som bilag 5 og 6 til udbudsmaterialet (bilag 2) medtaget dels udkast til frekvenstilladelse for den femte FM-radiokanal tillige med sendefrekvenser, dels oversigt over kommuner, der efter den teoretiske beregning kan anses for fuldt dækket af den femte FM-radiokanal.

Der blev givet supplerende oplysninger på sagsøgers netsted forud for auktionen bl.a. ved de af IT- og Telestyrelsen udarbejdede dækningskort (**bilag 20**) samt de gengivne spørgsmål/svar, hvoraf bl.a. fremgår, at der er redegjort for planlægningen af den femte FM-radiokanal og forudsætningerne herfor i IT- og Telestyrelsens brev af 14. november 2000 til Kulturministeriet (**bilag 21**) (spørgsmål 13), at dækningen for den sjette (og dermed også den femte) FM-radiokanal er (teoretisk) befolkningsmæssig dækning (spørgsmål 8), at sendestyrken fremgår af udbudsmaterialets bilag, udkast til frekvenstilladelse, og at underbilaget hertil tillige angiver retningsdiagram, antennehøjde og position (spørgsmål 6), samt at der indgår 24 frekvenser i nettet til den femte FM-radiokanal, og at det af udbudsmaterialets bilag 5, "Udkast til frekvenstilladelse til den femte radiokanal", fremgår hvilke sendefrekvenser, der anvises til brug for de enkelte FM-sendestationer i nettet (spørgsmål 4).

Med hensyn til indtægtsgrundlag og konkurrencesituationen er det bl.a. anført, at ved en eventuel replanlægning af FM-frekvenserne i Danmark vil den befolkningsmæssige dæk-

ning på den femte og sjette FM-radiokanal være beskyttet mod forringelser, jf. information offentliggjort på sagsøgers netsted 28. april 2003 (spørgsmål 9), at sagsøger ikke har foretaget beregninger over forventede indtægter eller indtægtsmulighederne for de to kanaler, og at det derfor er op til de enkelte bydere at vurdere dette som et naturligt led i udarbejdelse af forretningsplaner og budstrategi (spørgsmål 2), samt at sagsøger ikke kan sige noget bestemt om de nye kanalers påvirkning af andre lokale radiostationer, og at opstillingen af sådanne scenarier er op til de enkelte bydere som et led i vurderingen af, om og hvor meget man ønsker at byde (spørgsmål 1).

Det fremgår bl.a. af besvarelsen af spørgsmål 13 (bilag 3), at de 12 højeffektsendere i planen forudsættes placeret på samme lokaliteter som DR's FM-hovedsendere og forudsættes at medbenytte FM-hovedsendernes antenner for at opnå den nødvendige befolkningsdækning, at IT- og Telestyrelsen for en række af de øvrige høje master har sikret sig, at tilstrækkeligt høje master forefindes på de angivne lokaliteter, men at det imidlertid vil være op til tilladelsesindehaverne selv at forhandle om adgang til masterne og til eventuelt eksisterende antenner.

Om udnyttelse af mastepositioner, retningsdiagrammer m.v. bemærkes generelt, at det beror på en konkret økonomisk vurdering, hvorvidt det for en tilladelsesindehaver vil kunne svare sig fuldt ud at udnytte og etablere de mastepositioner og -højder samt retningsdiagrammer, som frekvenstilladelsen giver adgang til. Mastepositioner skal lejes/erhverves, og jo mere komplicerede retningsdiagrammerne er, jo dyrere vil de alt andet lige være teknisk at etablere. Tilladelsesindehaver, i dette tilfælde sagsøgte, må i praksis således foretage en afvejning og økonomisk optimering mellem på den ene side "fuld" udnyttelse og det potentielle antal lyttere - og dermed også potentielle reklameindtægter, der kan opnås herved - og på den anden side en mere "begrænset" udnyttelse, som dog opfylder kravene i programtilladelsen. På den baggrund vælger tilladelsesindehaver den udnyttelsesgrad, som er økonomisk mest fordelagtig for ham.

En sådan økonomisk afvejning har sagsøgte også måttet foretage, og det forhold, at sagsøgte ikke har valgt "fuld" udnyttelse af de antennepositioner og -højder samt retningsdiagrammer, som frekvenstilladelsen gav adgang til, og dermed har afskåret sig fra at nå et antal lyttere, som kunne være nået med "fuld" udnyttelse, er et forhold, som sagsøgte - og ikke sagsøger - bærer risikoen for.

I den forbindelse bemærkes dog endvidere, at det ved bekendtgørelse nr. 313 af 29. april 2003 om fordeling i fællesantenneanlæg af programmer på den femte jordbaserede FM-radiokanal er bestemt, at fællesantenneanlæg i en række kommuner pålægges en "must carry"-forpligtelse i forhold til sagsøgtes udsendelser, begrundet i den public service-forpligtelse, der påhvilede sagsøgte. Denne "must carry"-forpligtelse vil alt andet lige sikre, at sagsøgtes programmer når ud til potentielle lyttere, der er tilsluttet fællesantenneanlæg, i de nævnte kommuner.

Sagsøgte ansøgte ved skrivelse af 29. oktober 2003 til IT- og Telestyrelsen om teknisk sendetilladelse til 24 sendestationer til brug for sagsøgtes sendenet i Danmark, herunder til syv positioner, der var ændret geografisk i forhold til udkastet til frekvenstilladelse i udbudsmaterialet for at sagsøgte kunne gøre brug af allerede etablerede mastepositioner. Sagsøgte ændrede ved e-mail af 7. november 2003 til IT- og Telestyrelsen den syvende position, Nordborg, til den oprindeligt koordinerede.

IT- og Telestyrelsen meddelte ved skrivelse af 10. november 2003 sagsøgte, at tre af de ansøgte ændrede positioner ifølge de internationale regler skulle koordineres med nabolandene med en sagsbehandlingstid på op til 14 uger, men at styrelsen efter vurdering af de forstyrrelsesmæssige konsekvenser var indstillet at udstede tilladelse til de ændrede positioner straks, såfremt sagsøgte accepterede, at styrelsen kunne vende tilbage med krav om ændringer foranlediget af nabolandskoordineringen.

Dette accepterede sagsøgte ved e-mail af 11. november 2003, hvorefter IT- og Telestyrelsen med skrivelse af 12. november 2003 (**bilag 22**) fremsendte frekvenstilladelse til sagsøgte udstedt den 12. november 2003 (**bilag 23**). Resultatet af nabolandskoordineringen gav ikke efterfølgende anledning til ændringer i sagsøgtes frekvenstilladelse.

Ved skrivelse af 19. december 2003 til IT- og Telestyrelsen ansøgte sagsøgte om forøget sendeeffekt for syv frekvenser, og IT- og Telestyrelsen meddelte i skrivelse af 2. januar 2004, at sagsbehandling var iværksat.

Med skrivelse af 12. januar 2004 (**bilag 24**) fremsendte sagsøgtes daværende advokat, advokat Nina Henningsen, Bech-Bruun Dragsted, Broadcast Service Danmark A/S' undersøgelse af 23. december 2003 (**bilag 25**) af forskellige dækningsområder for den femte og sjette FM-radiokanal rundt om Randers.

Der blev afholdt møde mellem sagsøger og sagsøgte den 14. januar 2004, og med skrivelse af 6. februar 2004 (**bilag 26**) redegjorde sagsøgte for sine verserende sager, herunder klage over en midlertidig tilladelse til Talpa Radio International B.V. (Talpa Radio), der er moderselskab til tilladelseshaver på den sjette FM-radiokanal, til flytning af senderen ved Randers i forhold til positionen i udbudsmaterialet for den sjette FM-radiokanal.

Sagsøgtes tekniske rådgiver Broadcast Service Danmark A/S fremsendte med e-mail af 23. februar 2004 til IT- og Telestyrelsen (**bilag 27**) som en "LS format fil" (dvs. som data beregnet i henhold til et af LS telcom AG udarbejdet program) data for de FM 5 stationer, som Broadcast Service Danmark A/S havde etableret for sagsøgte.

Sagsøgte **opfordres (1)** til at oplyse, hvornår sagsøgte antog Broadcast Service Danmark A/S som rådgiver, samt til at redegøre for, hvilke opgaver som Broadcast Service Danmark A/S har bistået sagsøgte med udover rapporten af 18. december 2003 om lokalradioers sendestyrke (bilag 39), forslag til overvågning heraf (bilag 40), og undersøgelsen af 23. december 2003 om forskellige dækningsområder for den femte og sjette FM-radiokanal ved Randers (bilag 25).

Ved skrivelse af 10. marts 2004 (**bilag 28**) redegjorde sagsøger bl.a. for sin rolle i forhold til sagsøgte, samt for status i verserende sager. Sagsøger meddelte også, at IT- og Telestyrelsen gerne behandlede anmodninger om ændrede sendeplaceringer, og at ændrede sendeplaceringer kunne resultere i ændret befolkningsdækning, hvorfor de også skulle godkendes af sagsøger.

IT- og Telestyrelsen fremsendte med skrivelse af 13. maj 2004 sagsøgtes ansøgninger om ændrede antennehøjder for en række sendepositioner samt flytning af senderen i Nordborg til sagsøger til vurdering, og underrettede samme dag sagsøgte herom.

Ved skrivelse af 13. maj 2004 meddelte sagsøger sagsøgte, at Talpa Radiohavde fået forlænget den midlertidige dispensation for placeringen af en sender ved Randers med tre måneder, og sagsøgte klagede ved skrivelse af 14. juni 2004 herover.

Ved skrivelse af 15. juni 2004 (**bilag 29**) underrettede sagsøgte sagsøger om, at sagsøgte på dette tidspunkt kun sendte på 23 frekvenser ud af i alt 24, at der ikke blev sendt med fuld sendestyrke og/eller fuldt antenneudstrålingsdiagram på alle de 23 aktive frekvenser, og at sagsøgte dermed ikke fuldt ud havde opfyldt pkt. 8 i tilladelsen til pro-

gramvirksomhed. Videre redegjorde sagsøgte for, at dette skyldtes problemer med at opnå eller realisere de mastepositioner, antennehøjder og udstrålingsdiagrammer, der var forudsat i udkastet til frekvenstilladelse i udbudsmaterialet.

Sagsøger foreslog ved skrivelser af 24. juni 2004 til sagsøgte (**bilag 30**) og Talpa Radio en pragmatisk løsning angående spørgsmålet om mastepositioner. I skrivelserne er der også redegjort for beregningsforudsætninger for den teoretisk beregnede befolknings-mæssige dækning i udbudsmaterialet, jf. under pkt. 6 ndf.

Der blev korresponderet om den foreslåede løsning, som sagsøgte accepterede, og ved skrivelse af 18. august 2004 til IT- og Telestyrelsen (**bilag 31**), indstillede sagsøger, at IT- og Telestyrelsen imødekom en række ansøgninger fra Talpa Radio og sagsøgte om ændring af senderpositioner m.v. IT- og Telestyrelsen traf den 30. august 2004 afgørelser angående flytning af sendepositioner, jf. skrivelse af 30. august 2004 til sagsøgte (**bilag 32**), hvor IT- og Telestyrelsen imødekom otte ansøgninger, og ved skrivelse af 30. august 2004 til Talpa Radios advokat imødekom IT- og Telestyrelsen Talpa Radios ønske om ændret masteposition ved Randers.

Ligeledes den 30. august 2004 udstedte IT- og Telestyrelsen ændrede frekvenstilladelser til henholdsvis Talpa Radio og sagsøgte (**bilag 33**).

Sagsøger meddelte ved skrivelse af 16. november 2004 (**bilag 34**), at programtilladelsens (bilag 11) punkt 9 var ændret, således at den befolkningsmæssige dækning ville være beskyttet og om muligt forbedret ved en eventuel kommende replanlægning af FM-båndet, og at ændringen var foranlediget af en henvendelse af 27. oktober 2004 (**bilag 35**) fra Talpa Radio.

6. Dialog om sendestyrke for lokalradioer

Kulturministeriet meddelte ved skrivelse af 21. maj 2003 (**bilag 36**) IT- og Telestyrelsen, at det politisk var besluttet at øge sendestyrken for en række lokalradioer, og Kulturministeriet udsendte den 22. maj 2003 pressemeddelelse (**bilag 37**) herom.

Sagsøgtes daværende advokat, advokat Nina Henningsen, Bech Bruun, fremsendte med skrivelse af 22. december 2003 (**bilag 38**) til sagsøger en af Broadcast Service Danmark A/S for sagsøgte udarbejdet rapport, dateret 18. december 2003 (**bilag 39**) vedrørende ti

udvalgte lokalradioers ulovligt forøgede sendestyrke med opfordring til, at sagsøger foranstaltede en landsdækkende undersøgelse heraf og straks greb ind over for overtrædelse af lokalradioernes sendetilladelser.

Sagsøger oversendte skrivelsen og rapporten til IT- og Telestyrelsen som rette myndighed, og IT- og Telestyrelsen meddelte den 12. januar 2004 advokat Nina Henningsen, at materialet ville blive gennemgået, og at IT- og Telestyrelsen forstod materialet sådan, at sagsøgtes udsendelser ikke direkte blev forstyrret af de øvrige stationers udsendelser. IT- og Telestyrelsen iværksatte desuden straks en undersøgelse af de i rapporten anførte konkrete oplysninger om overtrædelse af tilladelsesvilkår m.v.

Med skrivelse af 2. marts 2004 (**bilag 40**) fremsendte sagsøgte et af Broadcast Service Danmark A/S udarbejdet forslag til, hvordan et effektivt overvågningssystem vedrørende de tekniske vilkår kunne etableres. Sagsøger anerkendte modtagelsen den 9. marts 2004 (**bilag 41**), og bekræftede at ville vende tilbage, når IT- og Telestyrelsens vurdering forelå.

Sagsøgte rettede ved skrivelse af 19. april 2004 (**bilag 42**) henvendelse til kulturministeren om beskyttelse af sagsøgtes rettigheder og indgriben i forhold til lokalstationer med for høj sendestyrke.

I skrivelse af 30. april 2004 (**bilag 43**) redegjorde IT- og Telestyrelsen for, at det bl.a. efter indhentelse af oplysninger fra en alternativ leverandør var IT- og Telestyrelsens vurdering, at prisen for etablering og drift af et effektivt monitoreringssystem for FM-båndet ville være væsentligt højere end Broadcast Service Danmark A/S' overslagstilbud, og at det ville være nødvendigt med flere monitoreringsstationer end foreslået. Desuden anførte IT- og Telestyrelsen, at der med monitoreringssystemet kun vil kunne laves en relativ måling af den enkelte stations sendeeffekt, d.v.s. om niveauet er steget eller faldet, at målinger kun ville kunne give en indikation af, om der var sket en overskridelse, at en absolut måling af den konkrete sendeeffekt ikke kunne laves med dette udstyr, men krævede en separat måling på selve senderen eller ved feltmålinger, og at målinger fra systemet således ikke ville kunne bruges til indgreb.

Kulturministeren meddelte i skrivelse af 6. maj 2004 (**bilag 44**) bl.a. sagsøgte, at sagen blev behandlet af IT- og Telestyrelsen, som var rette myndighed for klagen, og at manglende betaling af koncessionsafgift kunne føre til inddragelse af programtilladelsen.

Sagsøger fremsendte IT- og Telestyrelsens vurdering til sagsøgte med skrivelse af 16. juni 2004 (**bilag 45**), hvori sagsøger konkluderede, at sagsøger på baggrund af IT- og Telestyrelsens vurderinger ikke fandt grundlag for selv at foretage videre, men henviste sagsøgte og branchen til eventuelt selv at tage de initiativer vedrørende et monitoreringssystem, man måtte ønske.

Den 7. juli 2004 opsummerede IT- og Telestyrelsen på sagsøgtes anmodning status vedrørende sagsøgtes anmeldelser af andre radiostationers overtrædelse af vilkår om sendeeffekt, og IT- og Telestyrelsen gav en opfølgende redegørelse af 22. juli 2004, herunder for gennemførte kontrolmålinger og indgivelse af politianmeldelser mod 7 lokalradier.

Sagsøgte vendte tilbage til sagen den 24. august 2005 med anmodning om foretagelse af nye og yderligere kontrolmålinger, og IT- og Telestyrelsen meddelte den 2. september 2005, at styrelsen gerne foretog yderligere undersøgelser, hvis man modtog oplysninger om konkrete forstyrrelser, eller der i øvrigt foreligger konkrete oplysninger om, at de pågældende radiostationer ikke overholder gældende regler og vilkår.

7. Dialog om den teoretisk beregnede befolkningsmæssige dækning

Foranlediget af sagsøgtes skrivelse af 21. maj 2004 (**bilag 46**) til kulturministeren meddelte Kulturministeriet ved skrivelse af 1. juni 2004 (**bilag 47**) bl.a. sagsøgte, at det kunne bekræftes, at den befolkningsmæssige dækning af kanalen ved en eventuel kommende replanlægning ville være beskyttet mod forringelser, jf. programtilladelsens pkt. 9, at sagsøger inden auktionen svarede bekræftende på et spørgsmål om, hvorvidt en fremtidig frekvensplanlægning ville muliggøre konkurrence mellem flere radiostationer, at det derfor ikke kunne komme som en overraskelse for sagsøgte, at en eventuel replanlægning af FM-båndet ville kunne resultere i flere landsdækkende kommercielle radiostationer i Danmark, samt at overtrædelse af tilladelsesvilkår, herunder manglende betaling af koncessionsafgift, kan resultere i sagsøgers inddragelse af tilladelsen til programvirksomhed.

I forbindelse med spørgsmålet om flytning af mastepositioner redegjorde sagsøger i skrivelse af 24. juni 2004 (bilag 30, side 2) til sagsøgte for, at grundlaget for udbudsmaterialet er IT- og Telestyrelsens teoretiske beregninger af den geografiske dækning bl.a. ved 50% steds- og 95% tidssandsynlighed baseret på den af ITU fastlagte beregningsmetode

sammenholdt med befolkningstallene i de dækkede områder, hvorved den teoretiske befolkningsmæssige dækning beregnes.

IT- og Telestyrelsen havde på forespørgsel af 10. maj 2004 fra sagsøgtes tekniske chef desuden oplyst sagsøgte om beregningsforudsætningerne i e-mail af 18. maj 2004 (**bilag 48**).

Sideløbende med den ovenfor gengivne dialog med sagsøger rejste sagsøgte ved e-mail af 28. juni 2004 påny spørgsmål om beregningsforudsætninger m.v., som IT- og Telestyrelsen besvarede ved e-mail af 29. juni 2004 (**bilag 49**). Samme dag fremsendte IT- og Telestyrelsen (**bilag 50**) til sagsøgte en CD-rom med teoretiske geografiske dækningskort over sendere i det femte og sjette FM-net, og ved e-mail formentlig af 1. juli 2004 (**bilag 51**) oplyste styrelsen påny sagsøgte om, at der ved den teoretiske beregning af den befolkningsmæssige dækning var anvendt en signalstyrke (feltstyrke) på 54 dBuV/m, 50% stedssandsynlighed og 95% tidssandsynlighed.

På et møde med sagsøger den 8. november 2004 - og således ca. et år efter, at sagsøgte havde indledt sin programvirksomhed - rejste sagsøgte nogle spørgsmål primært angående den teoretisk beregnede befolkningsmæssige dækning ved de tildelte frekvenser. Sagsøgte har derimod ikke rejst konkrete indsigelser mod den faktiske befolkningsmæssige dækning.

Sagsøgte redegjorde nærmere for sine synspunkter i skrivelse af 8. november 2004 med underbilag (**bilag 52**). Hovedsynspunktet var, at sagsøgte ikke var givet mulighed for at opnå den i udbudsmaterialet forudsatte teoretisk beregnede befolkningsmæssige dækning, og at sagsøgte derfor ikke havde fået mulighed for at realisere den af sagsøgte forventede markedsandel af radiolytning og reklameomsætning.

Med skrivelsen fulgte også en kopi af en af Broadcast Service Danmark A/S for sagsøgte udarbejdet rapport "FM5 Sky Radio in Denmark, Coverage Contour Calculations, 4th edition, 29-10-2004" (**bilag 53**). Sagsøgte **opfordres (2)** til at fremlægge såvel samtlige bilag til 4th edition som 1st, 2nd og 3rd edition af denne rapport med bilag.

Broadcast Service Danmark A/S har i denne rapport foretaget sine beregninger bl.a. ud fra en "field strength 50% of time or bigger than 54, 60 or 70 dBuV/m respectively" samt "a power summed interfering full strength from all possible FM stations that can disturb

the receiving which will not be exceeded for more that 5% of time". Disse forudsætninger, herunder 95% tidssandsynlighed ved troposfærisk forstyrrelse, svarer bortset fra feltstyrkegrænserne i byområder til de forudsætninger, som IT- og Telestyrelsen havde lagt til grund for den i udbudsmaterialet anførte teoretisk beregnede befolkningsmæssige dækning på 78%. Beregningsforudsætningen om feltstyrkegrænser i byområder kan imidlertid også have en vis selvstændig betydning for den teoretisk beregnede befolkningsmæssige dækning, idet højere krav til feltstyrkegrænser kan føre til, at visse byområder fremstår som ikke-dækkede, hvilket henset til befolkningstætheden i byområder kan betyde et fald i den teoretisk beregnede befolkningsmæssige dækning.

Den 10. november 2004 anmodede sagsøgte om aktindsigt i IT- og Telestyrelsens beregningsforudsætninger m.v., og IT- og Telestyrelsen fremsendte med skrivelse af 16. november 2004 (**bilag 54**) til sagsøgte de efterspurgte dokumenter og oplysninger, herunder de anvendte beregningsforudsætninger for den teoretisk beregnede befolkningsmæssige dækning.

Sagsøgte fremsendte med skrivelse af 16. november 2004 med underbilag (**bilag 55**) til sagsøger en række af Broadcast Service Danmark A/S udarbejdede dækningskort for den femte FM-radiokanal.

De af sagsøgte rejste spørgsmål blev drøftet på et møde med sagsøgte den 13. december 2004.

IT- og Telestyrelsen besvarede ved skrivelse af 15. december 2004 (**bilag 56**) en anmodning fra sagsøgte om aktindsigt i dokumenter indgået til eller oprettet af IT- og Telestyrelsen i forbindelse med udarbejdelse eller ændringer af frekvensplaner for den femte og sjette FM-radiokanal.

Sagsøgte uddybede sine bemærkninger i skrivelse af 23. december 2004 (**bilag 57**), bilagt en opdateret rapport af 17. november 2004 udarbejdet af Broadcast Service Danmark A/S med uændrede beregningsforudsætninger (**bilag 58**), samt i skrivelse af 24. januar 2005 (**bilag 59**).

Sagsøger redegjorde for sine bemærkninger til de rejste klagepunkter og sin afvisning heraf i skrivelse af 25. februar 2005 (**bilag 60**). Det er heri bl.a. anført, at sagsøgtes klage i realiteten angår de af IT- og Telestyrelsen benyttede tekniske parametre ved

planlægning af frekvenserne til sendenettet til den femte FM-radiokanal, at IT- og Telestyrelsen kontrolberegnede sagsøgtes samlede befolkningsdækning efter de ændringer af de tekniske rammer for sendenettet til den femte FM-radiokanal, der i sommeren 2004 blev aftalt mellem IT- og Telestyrelsen efter indhentet udtalelse fra Radio- og tv-nævnet og Sky Radio, og at beregningen viste, at med de af IT- og Telestyrelsen anvendte planlægnings- og beregningsforudsætninger under forudsætning af fuldt udnyttede tekniske rammer, ville sagsøgtes aktuelle teoretisk beregnede befolkningsdækning andrage 78,3%.

IT- og Telestyrelsens kontrolberegning af januar 2005 af sagsøgtes teoretiske befolkningsmæssige dækning i henhold til frekvenstilladelsen af 30. august 2004 fremlægges som **bilag 61**. IT- og Telestyrelsen har desuden i forbindelse med det nye udbud af den femte FM-kanal, som der er redegjort for på side 21-22, foretaget en ny beregning af den teoretiske befolkningsmæssige dækning i henhold til den frekvenstilladelse, som sagsøgte tilbageleverede. Den beregnede teoretiske befolkningsmæssige dækning er 84%.

Advokat Johan Schlüter fremkom på sagsøgtes vegne med sine bemærkninger til sagsøgers skrivelse af 25. februar 2005 (bilag 60) i skrivelse af 27. maj 2005 (**bilag 62**). Det er heri bl.a. anført, at sagsøgte forud for auktionen over den femte FM-radiokanal havde den forudsætning, at kanalen var planlagt og beregnet ud fra de samme normer, som var gældende for Danmarks Radios fire landsdækkende FM-kanaler, men at IT- og Telestyrelsen havde anvendt andre beregningsforudsætninger end gældende for Danmarks Radio. Det fremhæves særligt, at der for Danmarks Radio angiveligt i overensstemmelse med internationale normer anvendes en tidssandsynlighed ved troposfærisk forstyrrelse på 99%, hvorimod IT- og Telestyrelsen har anvendt en tidssandsynlighed på 95% for den femte og sjette FM-radiokanal.

Det bemærkes, at Broadcast Service Danmark A/S imidlertid også anvendte en tidssandsynlighed på 95% i sine beregninger, men dog andre feltstyrkegrænser i byområder.

Sagsøger anerkendte modtagelsen heraf den 2. juni 2005 og redegjorde nærmere for IT- og Telestyrelsens beregningsforudsætninger angående den teoretiske befolkningsmæssige dækning i skrivelse af 8. juli 2005 (**bilag 63**) til advokat Johan Schlüter. Sagsøger anførte heri bl.a., at de tekniske beregningsprincipper for den femte og sjette FM-radiokanal var identiske med de tekniske beregningsprincipper for Danmarks Radios kanaler, P1-P4, at forskellen i dækningen alene skyldes Danmarks Radios meget højere sendestyrker, som er begrundet i den mediepolitiske forudsætning om, at Danmarks Radio skal

være befolkningens primære informationskanal i forbindelse med det nationale beredskab ved krisesituationer og katastrofer, at sendestyrkerne for den femte og sjette FM-radiokanal fremgik af udbudsmaterialet i form af udkast til frekvenstilladelse, og at sagsøgte derfor ikke kunne have en berettiget forventning om samme sendestyrker som Danmarks Radio.

Desuden fremgår, at den femte FM-radiokanal ikke er planlagt og beregnet som værende en landsdækkende kanal, men derimod af IT- og Telestyrelsen på anmodning fra Kulturministeriet beregnet til at opnå mindst 78% teoretisk befolkningsmæssig dækning, som også anført i udbudsmaterialet (bilag 1), og at den teoretisk beregnede befolkningsmæssige dækning blev opnået ved anvendelse af til rådighed værende ledige sendemuligheder suppleret med inddragelse af en række ibrugtagne lokalradiosendemuligheder.

Endelig er det anført, at IT- og Telestyrelsen var parat til at indgå i en dialog med sagsøgte eller sagsøgtes rådgiver med henblik på at korrigere eventuelle fejl i styrelsens beregninger af den teoretisk beregnede befolkningsmæssige dækning, at styrelsen i givet fald ville gennemgå det fremsendte materiale og foretage de nødvendige kontrolberegninger, men at styrelsen intet havde modtaget fra sagsøgte.

Advokat Karen Larsen fulgte på sagsøgtes vegne op på sagsøgers skrivelse af 8. juli 2005 (bilag 63) ved skrivelse af 6. september 2005 (**bilag 64**), bilagt e-mail korrespondance med Danmarks Radio af 23. maj 2005 (**bilag 65**), samt ved skrivelse af 16. september 2005 (**bilag 66**). Der henvises heri bl.a. til, at sagsøgte skulle have fået afslag på en anmodning om aktindsigt i styrelsens beregninger. IT- og Telestyrelsen gav imidlertid aktindsigt i de anvendte beregningsforudsætninger m.v. i skrivelse af 16. november 2004 (bilag 54) og 15. december 2004 (bilag 56).

Skrivelsen af 16. september 2005 (bilag 66) var bilagt en af LS telcom AG udarbejdet rapport, Management Report Study on countrywide FM coverage analyses in Denmark, dateret 14. september 2005 (**bilag 67**). I rapporten opgøres den beregnede befolkningsmæssige dækning af den femte FM-radiokanal til 63%.

Der var i LS telecom AG's rapport imidlertid lagt andre beregningsforudsætninger til grund, end de af IT- og Telestyrelsen og Broadcast Service Danmark A/S anvendte. Særlig anvendte LS telcom AG 99% tidssandsynlighed ved troposfærisk forstyrrelse frem for 95%, som anvendt af IT- og Telestyrelsen og Broadcast Service Danmark A/S.

Sagsøgte **opfordres (3)** til at redegøre for, (a) hvorfor sagsøgte lod LS telcom AG udarbejde en rapport, når sagsøgte allerede havde engageret Broadcast Service Danmark A/S til at udarbejde adskillige rapporter, og (b) hvorfor bl.a. 99% tidssandsynlighed blev lagt til grund som beregningsforudsætning i LS telcom AG's rapport.

Sagen blev drøftet på et møde mellem parterne den 31. oktober 2005, og ved skrivelse af 10. november 2005 (**bilag 68**) meddelte advokat Karen Larsen, at sagsøgte ville standse udsendelserne med virkning fra 15. november 2005, og at sagsøgtes aktiviteter ville blive afviklet.

Det er i skrivelsen bl.a. oplyst, at LS telcom AG har beregnet dækningsområdet efter den simple multiplikationsmetode på basis af 95% tidssandsynlighed, som anvendt af IT- og Telestyrelsen, og at beregningen giver en teoretisk befolkningsmæssig dækning på 77% - 1 procentpoint mindre end beregnet af IT- og Telestyrelsen efter Power Sum-metoden. Sagsøgte **opfordres (4)** til (a) at fremlægge denne og andre beregninger foretaget af LS telcom AG, samt (b) specifikation af alt det af LS telcom AG for sagsøgte udførte arbejde, f.eks. i fakturaer.

Desuden bemærkes, at Danmarks Radio ikke gjorde indsigelse mod de af IT- og Telestyrelsen anvendte beregningsforudsætninger i forbindelse med Kulturministeriets høring i december 2000 over den af Telestyrelsen udarbejdede frekvensplan over den femte FM-radiokanal, jf. nærmere herom side 20-21.

Endelig bemærkes, at sagsøgte selv i dækningskortet på sin hjemmeside grafisk har beskrevet sagsøgtes dækning med FM 5-sendere som stort set landsdækkende. Dækningskort udskrevet fra sagsøgtes hjemmeside den 10. november 2005 fremlægges som (**bilag 69**).

8. Sagsøgtes indstilling af programvirksomheden

Sagsøgte indstillede herefter programvirksomheden med virkning fra 15. november 2005.

Sagsøger besvarede sagsøgtes skrivelser af 6. september 2005 (bilag 64) og 16. september 2005 (bilag 66) ved skrivelse af 16. november 2005 (**bilag 70**).

Sagsøgte fastholdt sine synspunkter i advokat Karen Larsens skrivelse af 22. november 2005 (**bilag 71**).

Sagsøgtes skrivelse af 10. november 2005 blev besvaret ved sagsøgers skrivelse af 8. december 2005 (**bilag 72**), hvor sagsøger bl.a. meddelte, at indstillingen af programvirksomheden blev betragtet som en tilbagelevering af programtilladelsen (bilag 11), og at sagsøgte - uanset at programvirksomheden nu var indstillet - fortsat var forpligtet til i overensstemmelse med bekendtgørelsens § 4, stk. 6, og udbudsvilkårene at betale den årlige koncessionsafgift i resten af tilladelsesperioden indtil 15. november 2011.

Advokat Karen Larsen meddelte herefter ved skrivelse af 16. december 2005 (**bilag 73**), at sagsøgte fastholdt, at den årlige koncessionsafgift ikke ville blive betalt, at sagsøgte havde et betydeligt erstatningskrav mod sagsøger, og at stævning ville blive udtaget.

IT- og Telestyrelsen meddelte ved skrivelse af 21. december 2005 (**bilag 74**) sagsøgte, at frekvenstilladelsen ligeledes var bortfaldet med virkning fra 15. november 2005, at IT- og Telestyrelsen havde foretaget en opgørelse af skyldig frekvensafgift pr. bortfaldsdagen, som i forhold til acontobetalingen udviste en saldo i sagsøgtes favør på kr. 2.546,00, samt at dette beløb blev tilbageholdt med henblik på modregning i statens, herunder sagsøgers, krav mod sagsøgte.

Sagsøger er nødt til at indgive nærværende stævning for at få betalt den årlige koncessionsafgift m.v., som sagsøgte ved auktionen over den femte FM-radiokanal forpligtede sig til at betale for perioden frem til 15. november 2011.

9. Om beregningsprincipper og -forudsætninger

IT- og Telestyrelsen foretog beregningen af den teoretiske befolkningsmæssige dækning på 78% ud fra en række forudsætninger, herunder minimumsfeltstyrke 54 dBuV/m, beskyttelse ved stationære forstyrrelser med 50% stedssandsynlighed og 50% tidssandsynlighed, samt beskyttelse ved interferens/troposfærisk forstyrrelse (tropo-udbredelse), som opfyldes 95% af tiden med 50% stedssandsynlighed, samt anvendelse af "Power Sum" metoden og beregnet efter udbredelseskurverne i ITU rec. 370.

På baggrund af den af ITU, International Telecommunication Union, afholdte frekvensplankonference for det udvidede FM-radiofonibånd 87,5 - 108 MHz, der blev afholdt i Ge-

neve i 1984, er der i artiklen "Ny frekvensplan for FM-radiofoni Planlægningsarbejdet" i Teleteknik 1986, side 33-44, (**bilag 75**) bl.a. nærmere redegjort for beregningsprincipper og -forudsætninger ved beregning af teoretisk befolkningsmæssig dækning. Det er således side 35 bl.a. anført, at addition af de enkelte interferensbidrag foretages efter både "Power Sum" metoden og "Den forenklede multiplikationsmetode", at den forenklede multiplikationsmetode i almindelighed anses for mest sikker, at "Power Sum" metoden regnemæssigt er hurtigere, samt at man med de anvendte regneprogrammer til beregning af interferensbidrag kan beregne resultater, der har gyldighed i hhv. 90%, 95% eller 99% af tiden. Videre er det, side 40, anført, at det indtryk af forholdene, som et dækningskort med dækningsområder beregnet for 95% af tiden giver, anses for mere realistisk end dækningskort med dækningsområder beregnet efter 99% af tiden.

Artiklen er skrevet af Jørn Andersen, der dengang var ansat i Post og Telegrafvæsenet, som var den statslige telemyndighed.

Telestyrelsen/IT- og Telestyrelsen har fulgt den praksis med anvendelse af bl.a. "Power Sum" metoden og 95% tidssandsynlighed som beregningsforudsætning, som der er redegjort for i artiklen.

I forbindelse med planlægningen af en femte FM-radiokanal foretog Kulturministeriet ved skrivelse af 4. december 2000 (**bilag 76**) høring over den af Telestyrelsen udarbejdede frekvensplan herfor, dateret 14. november 2000 (bilag 21).

Det fremgår af frekvensplanen, at der vil kunne opnås en teoretisk beregnet befolkningsdækning på 81%, og beregningsforudsætninger, feltstyrke på 54 dBuV/m 95% tidssandsynlighed og 50% stedsandsynlighed, fremgår af det vedlagte bilag 4 hertil.

Kulturministeriet modtog høringssvar af 11. januar 2001 fra Danmarks Radio (**bilag 77**). Det fremgår heraf, at Danmarks Radio har foretaget en detaljeret gennemgang af frekvensplanen, og at der er redegjort for bemærkningerne i det vedhæftede notat.

Notatet er udarbejdet af før omtalte Jørn Andersen, der på dette tidspunkt var ansat i Danmarks Radio. Det fremgår implicit af notatet, at Danmarks Radio ikke havde bemærkninger til beregningsforudsætningerne for den forudsatte teoretisk beregnede befolkningsmæssige dækning på 81%, men Danmarks Radio bemærkede dog, at visse dæk-

ningsområder ikke kunne blive så store som forudsat, idet Danmarks Radios antenner ikke som forudsat er rundstrålende.

E-mail af 23. maj 2005 fra Danmarks Radio (bilag 65) om de (nu) af Danmarks Radio anvendte beregningsforudsætninger synes således ikke at være overensstemmende med Danmarks Radios høringssvar til Kulturministeriet (bilag 77).

Kulturministeriet anmodede den 16. januar 2001 Telestyrelsen om en udtalelse om Danmarks Radios høringssvar, og Telestyrelsen meddelte ved skrivelse af 28. februar 2001 (**bilag 78**), at nye beregninger bl.a. baseret på Danmarks Radios oplysninger om antenneforhold viste en teoretisk befolkningsmæssig dækning på 77% for den femte FM-kanal.

IT- og Telestyrelsen har desuden foretaget en uformel rundspørge til sine søstermyndigheder m.v. om, hvilke beregningsforudsætninger de anvender ved beregning af teoretisk befolkningsmæssig dækning. Denne rundspørge viser, at der benyttes forskellige metoder i forskellige lande til beregning af den dækning, der kan forventes i praksis, at der inden for samme land er eksempler på, at der benyttes forskellige forudsætninger af henholdsvis frekvensmyndighederne og radiostationerne, samt at det kan forekomme, at samme instans benytter forskellige beregningsforudsætninger afhængig af terrænforholdene.

Endelig bemærkes, at Kulturministeriet den 3. maj 2006 udsendte pressemeddelelse om, at auktion over programtilladelse til den femte FM-radiokanal afholdes 23. august 2006 (**bilag 79**). Udbudet gennemføres i henhold til bekendtgørelse nr. 393 af 2. maj 2006 om udbud af den femte, jordbaserede FM-radiokanal.

Det fremgår heraf, at den teoretisk beregnede befolkningsmæssige dækning for landskanalen 84%, og dermed 6 procentpoint højere end ved udbuddet i 2003. Baggrunden herfor er (1) forbedret forstyrrelsessituation, idet IT- og Telestyrelsen i forbindelse med nabolandskoordineringen har beskyttet den femte FM-kanals teoretisk beregnede befolkningsmæssige dækning, herunder den forbedring, som den femte FM-kanal løbende har opnået i forbindelse med disse koordineringer, (2) at IT- og Telestyrelsen har fået ny og mere avanceret software, der tager højde for dobbeltdækning, hvorfor beregningen bliver mere præcis end tidligere, hvor denne beregning måtte foretages manuelt, samt (3) at IT- og Telestyrelsen ved en kontrolberegning har fundet fejl i de til grund liggende (for lave) befolkningstal, hvorfor den teoretisk beregnede befolkningsmæssige dækning bliver højere.

Beregningen er således foretaget på grundlag af den frekvenstilladelse med ændrede positioner m.v., som sagsøgte tilbageleverede, og viser, at sagsøgte under tilladelsesperioden faktisk opnåede en teoretisk beregnet befolkningsmæssig dækning, der var bedre end de 78%, som sagsøgte var stillet i udsigt.

10. Sagsøgtes oplysninger om dækning m.v.

Sagsøgte har selv i dækningskortet på sin hjemmeside grafisk beskrevet sin dækning som næsten landsdækkende, jf. dækningskort udskrevet fra sagsøgtes hjemmesiden den 10. november 2005 (bilag 69).

Sagsøgte **opfordres (5)** til at fremlægge sine beskrivelser af den befolkningsmæssige dækning i materiale udleveret til potentielle annoncører i forbindelse med salg af radiospots m.v.

I den forbindelse bemærkes også, at det fremgår af udkastet til tilladelse til programvirksomhed, som indgik som bilag til udbudsmaterialet (bilag 2), og af den faktisk udstedte tilladelse (bilag 11), at der til tilladelsen er knyttet en must-carry forpligtelse, så ejere af fællesantenneanlæg i kommuner, der er angivet i Kulturministeriets bekendtgørelse om fordeling i fællesantenneanlæg af programmer på den femte jordbaserede FM-radiokanal skal sikre, at programmerne fordeles i fællesantenneanlæggene.

Must-carry forpligtelsen er ifølge bekendtgørelse nr. 313 af 29. april 2003 herom gældende i 138 kommuner, og det er derved sikret, at sagsøgtes programmer kan modtages i fællesantenneanlæg i disse kommuner. Dette sker uden særskilt udgift eller gebyrbetaling for sagsøgte.

Endvidere bemærkes, at sagsøgtes programmer på frivillig basis blev fordelt i fællesantenneanlæg i en lang række andre kommuner.

Desuden ansøgte sagsøgte den 27. december 2004 om registrering af programvirksomhed via satellit, og sagsøgte fik med virkning fra 27. maj 2004 tilladelse til at sende sine programmer ukodet via satellit. Formålet med at sende ukodet var ifølge ansøgningen at have en sikker distributionskilde til distribution af signalet til sendestationerne i FM5-netværket.

Spredning af det ukodede signal via satellit medførte imidlertid samtidig, at samtlige husstande med en parabolantenne havde direkte adgang til at hente sagsøgtes radioprogrammer ned, uden hensyn til det pågældende områdes dækning via sagsøgtes FM-sendenet.

Endelig bemærkes, at sagsøgte havde indgået aftaler om networking med en række lokalradiostationer. Sagsøgte **opfordres (6)** til (a) at fremlægge de med lokalradioer indgåede aftaler herom samt til (b) at redegøre for den herved opnåede yderligere befolkningsmæssige dækning.

Sagsøgte har således opnået adgang til en faktisk befolkningsmæssig dækning, der overstiger eller er mindst på niveau med den teoretiske befolkningsmæssige dækning på 78%, der blev stillet i udsigt i udbudsmaterialet (bilag 1).

Sagsøgtes indsigelser angående beregningsprincipperne for den teoretiske befolkningsmæssige dækning er således hypotetiske, idet sagsøgte faktisk har opnået adgang til spredning af sine programmer i mindst det omfang, som sagsøgte med føje kunne påregne.

Ligeledes er sagsøgtes indsigelse om, at der burde være adgang til at sende med højere feltstyrke i byområder, hypotetisk, særlig henset til at sagsøgte ikke for sagsøger eller IT- og Telestyrelsen har forelagt konkrete klager over, at signalet ikke kunne modtages overalt i byer.

Derimod har sagsøgte ikke forholdt sig til det mest relevante spørgsmål, hvorvidt de lyttere, sagsøgte således var givet adgang til, faktisk ønskede at aflytte sagsøgtes programmer. Det er imidlertid ikke et forhold, som sagsøger bærer risikoen for eller kan holdes ansvarlig for.

Det er på den baggrund sagsøgers vurdering, at sagsøgtes indstilling af programvirksomheden reelt ikke skyldtes, at der ikke kunne opnås den forudsatte teoretiske befolkningsmæssige dækning ved udsendelsen af sagsøgtes programmer, men derimod at lytterne i den herskende konkurrencesituation, som sagsøgte var bekendt med og forberedt på, ikke i det af sagsøgte forventede omfang ønskede at aflytte sagsøgtes programmer.

Det fremgår f.eks. af artiklen i Børsen den 23. november 2005 "Hollandsk arrogance bag Skys fald" (**bilag 80**), og artikel i Børsen den 17. maj 2006 (**bilag 81**), at sagsøger ikke står alene med denne vurdering.

11. Supplerende oplysninger

Der er redegjort for radiostationernes lyttertal og markedsandele i kulturministerens besvarelse af 19. marts 2004 af spørgsmål S-2699 (**bilag 82**), og i besvarelsen af spørgsmål S-1054 (**bilag 83**), stillet 22. november 2005, har ministeren redegjort for spørgsmålet om garanti for betaling af koncessionsafgift.

Endelig er i besvarelsen af spørgsmål S-1026 (**bilag 84**), stillet 21. november 2005, redegjort for, at det var rimeligt, at staten krævede betaling for at stille en samfundsmæssig begrænset ressource som radiosendemuligheder til rådighed for kommerciel virksomhed, at valget af auktion som udbudsmodel sikrer, at koncessionsafgiften fastsættes ud fra markedsmæssige vilkår, og at det må forventes, at bydere på en kommerciel radiokanal i deres forretningsmodel indregner, hvor høj en koncessionsafgift det kan forventes, at det vil være rentabelt at afholde.

Processuelle opfordringer

Der henvises til de processuelle **opfordringer nr. (1), (2), (3), (4), (5) og (6)** på side 10, 14, 18, 22 og 23.

Det fremgår af sagsøgtes årsrapport for perioden 1. juli 2003 til 30. juni 2004 og underskrevet 30. november 2004 (**bilag 85**), at sagsøgtes umiddelbare moderselskab Sky Radio Ltd., England, havde erklæret at ville tilføre sagsøgte den nødvendige kapital og likviditet, således at sagsøgte vil være i stand til at opfylde sine løbende forpligtelser. Det fremgår desuden af ledelsesberetningen underskrevet 30. november 2004, at Sky Radio Ltd. på dette tidspunkt havde givet sagsøgte tilsagn om støtte for i alt kr. 223.141.897,00. Resultatet for perioden var negativt med kr. 72,1 mio., og egenkapitalen var pr. 30. juni 2004 negativ med kr. 86,9 mio.

Tilsvarende erklæringer for mindre beløb var givet i årsrapporterne 2001/2002 og 2002/2003.

Sagsøgtes årsrapport 2004/2005 skulle efter årsregnskabslovens regler have været indleveret til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen senest den 30. november 2005, men blev først indleveret den 3. januar 2006.

Det fremgår af årsrapporten for perioden 1. juli 2004 til 30. juni 2005, underskrevet 3. januar 2006 (**bilag 86**), bl.a. at resultatet for perioden var negativt med kr. 105,5 mio., at egenkapitalen 30. juni 2005 var negativ med kr. 192,4 mio., at moderselskabet Sky Radio Ltd. i regnskabsåret 2003-2004 erklærede at "ville tilføre selskabet den nødvendige kapital og likviditet, således at selskabet vil være i stand til at opfylde sine løbende forpligtelser", og at erklæringen var begrænset til kr. 223 mio., at Sky Radio Ltd., pr. 30. juni 2005 har ydet lån med et udestående på kr. 213 mio., at Sky Radio Ltd. ikke har fornyet/har opsagt sin erklæring om støtte, at selskabet har indgået "en paraplyaftale med News International der har erklæret sin hensigt om at stille den fornødne likviditet til rådighed for betaling af krav fra ansatte og leverandører" (News International Plc. er et selskab længere oppe i ejerkæden, jf. "Organisation chart Sky Radio A/S" under bilag 4, og at sagsøgte forventer, at der vil blive realiseret et tab på kr. 81 mio. i regnskabsåret 2005-2006 for udsendelsesvirksomheden frem til 15. november 2005 og i forbindelse med lukning af radiostationen.

Videre fremgår det af årsrapporten 2004/2005 (bilag 86), at revisor ikke har modtaget dokumentation for "paraplyaftale", og at revisor tager forbehold for værdiansættelsen af aktiver og forpligtelser, som efter revisors opfattelse skal indregnes til nettorealisationsværdi.

I skrivelsen af 8. december 2005 (bilag 72) har sagsøger, henset til at der efter årsrapporten for 2003/2004 (bilag 85) ikke umiddelbart var udsigt til, at sagsøgte uden støtte fra sit moderselskab ville kunne betale den årlige koncessionsafgift m.v., efterhånden som den forfalder, opfordret sagsøgte og Sky Radio Ltd. til at stille sikkerhed over for sagsøger for, at den årlige koncessionsafgift betales i resten af tilladelsesperioden.

Sagsøger udbad sig samtidig kopi af de af Sky Radio Ltd. afgivne støtteerklæringer, samt Sky Radio Ltd.'s årsregnskab/årsrapport.

Sagsøgte afviste ved skrivelsen af 16. december 2005 (bilag 73) at fremsende såvel de afgivne erklæringer som Sky Radio Ltd.'s årsregnskab/årsrapport, og meddelte i øvrigt, at

sagsøgtes årsrapport for 2004-2005 endnu ikke var indleveret til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen.

Årsrapporten for 2004/2005 (bilag 86) bekræfter, at der ikke umiddelbart er udsigt til, at sagsøgte uden støtte fra sine ejerselskaber vil kunne betale den årlige koncessionsafgift m.v., efterhånden som den forfalder.

Sagsøgte **opfordres (7)** derfor til at fremlægge kopi af de af Sky Radio Ltd. afgivne støtteerklæringer, som der er henvist til i ledelsesberetningerne i sagsøgtes årsrapporter for 2001/2002, 2002/2003 og 2003/2004, samt kopi af den med News International Plc. indgåede "paraplyaftale", som der er henvist til i sagsøgtes årsrapport 2004-2005.

Desuden **opfordres (8)** sagsøgte til at fremlægge kopi af Sky Radio Ltd.'s årsrapport - og koncernregnskab for det tilfælde, at dette ikke indgår i Sky Radio Ltd.'s årsrapport - for regnskabsårene 2001-2004 samt for 2005, når den foreligger, ligesom sagsøgte **opfordres (9)** til at fremlægge News International Plc.'s årsrapport og koncernregnskab (for det tilfælde, at det ikke indgår i News International Plc.'s årsrapport) for regnskabsåret 2004, samt for 2005, når de foreligger.

Endvidere **opfordres (10)** sagsøgte til at fremlægge korrespondance med Sky Radio Ltd. og/eller News International Plc. om støtteerklæringer eller "paraplyaftale".

Sagsøger forbeholder sig at medindstævne Sky Radio Ltd. og/eller News International Plc. som medansvarlige for sagsøgtes betaling af koncessionsafgift m.v.

Endelig bemærkes, at sagsøger fra dagspressen har noteret, at "Sky Radio", formentlig Sky Radio Ltd., i april 2006 forventes overdraget til De Telegraaf Media Groep, Holland. Sagsøgte **opfordres (11)** til at redegøre for, hvilken juridisk enhed der overdrages, og hvorledes der er forholdt med sagsøgers krav i forbindelse med overdragelsen.

Erstatningsopgørelse og tabsbegrænsning

Sagsøgte er forpligtet til i hele tilladelsesperioden på 8 år at betale den årlige koncessionsafgift på kr. 54 mio. forud for ét år ad gangen, senest på datoen for tilladelsens ikrafttræden, jf. programtilladelsens pkt. 14 (bilag 11) og bekendtgørelsens § 4, stk. 6.

Den årlige koncessionsafgift for perioden 15. november 2005 til 15. november 2006 forfaldt til betaling den 15. november 2005, men er ikke betalt. Beløbet kræves derfor forrentet fra denne dag, jf. rentelovens § 3, stk. 1.

Den årlige koncessionsafgift forfalder på tilsvarende vis til betaling den 15. november i hvert af de følgende år til og med 2010 og kan ved for sen betaling kræves forrentet fra forfaldsdagen, jf. rentelovens § 3, stk. 1.

Sagsøgte er forpligtet til at betale andel af omkostningerne til forberedelse af auktionen, jf. bekendtgørelsens § 8, stk. 2, og det fremgår bl.a. af sagsøgers skrivelse af 26. marts 2004 (bilag 12), at disse auktionsomkostninger betales med kr. 60.000,00 hvert kalenderår i tilladelsesperioden, dog således at der for perioden 15. november til 31. december 2003 betales kr. 8.000,00, og for perioden 1. januar til 15. november 2011 betales kr. 52.000,00. Sagsøgte har betalt andelen af disse omkostninger for 2003, 2004 og 2005 uden indsigelse.

Endvidere er sagsøgte forpligtet til i overensstemmelse med programtilladelsens pkt. 20 at betale et gebyr til sagsøger til dækning af sagsøgers omkostninger i forbindelse med administrationen af sagsøgtes programtilladelse for perioden indtil tilbageleveringen den 15. november 2005 samt gebyr for satellitradiotilladelserne. Det for meget betalte acontogebyr er i sagsøgers skrivelser af 4. maj 2006 (bilag 17) opgjort til kr. 16.669,00, der er modregnet i sagsøgers krav mod sagsøgte.

Endelig modregner sagsøger sagsøgtes tilgodehavende hos IT- og Telestyrelsen på kr. 2.546,00, jf. bilag 74, og det påstævnte beløb er reduceret hermed.

Påstanden er herefter opgjort som den skyldige koncessionsafgift for perioden 15. november 2005 til 15. november 2006, stor kr. 54.000.000,00, med fradrag af de modregnede beløb på i alt kr. 19.215,00.

Sagsøger er opmærksom på sin tabsbegrænsningspligt. Når auktionen over den femte FM-radiokanal er gennemført, vil koncessionsafgift fra den nye tilladelsesindehaver for perioden indtil 15. november 2011 blive modregnet i sagsøgtes samlede forpligtelse til betaling af koncessionsafgift m.v., dog fratrukket sagsøgers omkostninger forbundet med det nye udbud af den femte FM-radiokanal.

Påstanden vil, således som der er redegjort for i det i forbindelse med påstanden tagne forbehold, i givet fald blive forhøjet med de skyldige beløb, der forfalder den 15. november 2006 og i de følgende år.

Anbringender

Det gøres gældende, at sagsøgte er ansvarlig for betaling af den årlige koncessionsafgift, der forfaldt til betaling den 15. november 2005 og andel af sagsøgers administrationsudgifter frem til 15. november 2005, idet det særligt bemærkes,

at sagsøgte ved afgivelse af bud på auktionen over den femte FM-radiokanal har forpligtet sig til at betale den årlige koncessionsafgift m.v. i hele tilladelsesperioden, jf. udbudsvilkårene og bekendtgørelsens § 4, stk. 6,

at det forhold, at sagsøgte har valgt at tilbagelevere programtilladelsen, ikke frigør sagsøgte for betalingsforpligtelsen i den resterende af sagsøgte uudnyttede tilladelsesperiode,

at de frekvenser, som er stillet til rådighed for sagsøgte, giver sagsøgte den teoretisk beregnede befolkningsmæssige dækning, som var stillet sagsøgte i udsigt ved auktionen,

at sagsøgte har bevisbyrden for, at den teoretisk beregnede befolkningsmæssige dækning skulle have været mindre end forudsat i udbudsmaterialet,

at sagsøgte ikke herved kan introducere vilkårlige beregningsforudsætninger, som ikke stemmer med IT- og Telestyrelsens beregnings- og afgørelsesgrundlag,

at IT- og Telestyrelsens fastlæggelse af frekvenser, beregning af teoretisk befolkningsmæssig dækning m.v. er saglig og faglig forsvarlig, og at de af sagsøgte ensidigt tilvejebragte erklæringer og rapporter ikke fører til noget andet resultat,

at sagsøgte særlig frem til auktionen - men også herefter - havde adgang og særlig anledning til at gøre sig bekendt med lovgrundlaget, udbudsvilkårene og alle øvrige

for sagsøgte relevante forhold, samt adgang til frit at stille supplerende spørgsmål til sagsøger,

at sagsøgte selv bærer risikoen for, at sagsøgte ikke måtte have forlangt alle for sagsøgte relevante spørgsmål belyst, inden sagsøgte afgav bud på auktionen,

at det af sagsøgte på auktionen afgivne vindende bud på den femte FM-radiokanal beroede på en kommerciel vurdering og beslutning,

at sagsøgte derfor selv bærer risikoen for, hvorvidt og i hvilket omfang sagsøgte indenfor de økonomiske rammer, som det afgivne bud fastsætter, kan drive overskudsgivende forretning med driften af den femte FM-radiokanal,

at sagsøgte derfor er afskåret fra nu at gøre gældende, at for sagsøgte på auktionstidspunktet væsentlige forudsætninger for det afgivne bud skulle være bristet, og

at sagsøgte således ikke har adgang til at frigøre sig for sine forpligtelser over for sagsøger til betaling af koncessionsafgift m.v.

Det bemærkes, at andel af auktionsomkostninger for 2005 er betalt af sagsøgte uden indsigelse.

Det afvises, at der som anført af sagsøgte skulle foreligge misligholdelse fra sagsøgers side, og at sagsøgte som ligeledes anført skulle have adgang til at annullere eller ophæve aftalen mellem sagsøger og sagsøgte angående programtilladelsen.

Hertil bemærkes for det første, at der ikke er tale om en aftale i traditionel forstand, men derimod om en tilladelse til programvirksomhed - en forvaltningsakt - udstedt af sagsøger med hjemmel i bekendtgørelsen på baggrund af en auktion, hvorved koncessionsafgiften blev fastsat.

For det andet bemærkes, at da sagsøgte har indstillet programvirksomheden med virkning fra den 15. november 2005, og desuden har meddelt sagsøger, at sagsøgtes aktiviteter vil blive afviklet, betragter sagsøger programtilladelsen (bilag 11) som tilbageleveret. Kulturministeriet har dermed adgang til på ny at udbyde den femte FM-radiokanal.

For det tredje bemærkes, at hverken en tilbagelevering af programtilladelsen eller de af sagsøgte fremførte indsigelser frigør sagsøgte for forpligtelsen til at betale koncessionsafgift m.v. i hele tilladelsesperioden, jf. også bekendtgørelsens § 4, stk. 6.

For det fjerde bemærkes, at sagsøgte har været undergivet en helt sædvanlig administrativ sagsbehandling, dels med dialog om og kontrol af sagsøgtes opfyldelse af de til den femte FM-radiokanal knyttede forpligtelser angående public service-nyhedsdækning og andel af skandinavisk musik, jf. bekendtgørelsens §§ 1 og 2, dels med indlevering af årsrapporter med henblik på eventuel betaling af variabel koncessionsafgift.

Det gøres gældende, at de af IT- og Telestyrelsen anvendte beregningsforudsætninger ved beregning af den teoretiske befolkningsmæssige dækning er accepteret af sagsøgte og i øvrigt er rimelige, sædvanlige og dermed påregnelige, idet det særligt bemærkes,

at sagsøger i skrivelse af 24. juni 2004 til sagsøgte (bilag 30) redegjorde for IT- og Telestyrelsens beregningsforudsætninger, herunder 95% tidssandsynlighed,

at IT- og Telestyrelsen på forespørgsel fra sagsøgtes tekniske chef i e-mail af 18. maj 2004 (bilag 48) og i e-mail formentlig af 1. juli 2004 (bilag 51) redegjorde for sine beregningsforudsætninger ved beregning af den teoretiske befolkningsmæssige dækning, herunder 95% tidssandsynlighed og signalstyrke (feltstyrke) på 54 dBuV/m,

at sagsøgte ikke protesterede herimod på daværende tidspunkt,

at sagsøgte herved har accepteret disse forudsætninger,

at sagsøgte er afskåret fra efterfølgende at rejse indsigelse herimod, herunder at gøre gældende, at der skulle være tale om et hævebegrundende forhold, jf. også princippet i købelovens § 27,

at Broadcast Service Danmark A/S, bortset fra feltstyrkegrænserne i byområder, har anvendt samme beregningsforudsætninger som IT- og Telestyrelsen i sine rapporter,

at sagsøgtes indsigelse således ikke er saglig,

at sagsøgtes indsigelse kan dække over, at sagsøgte ønsker at blive frigjort for sine forpligtelser over for sagsøger, idet sagsøgte ikke har kunnet opnå den kommercielle drift og det økonomiske resultat, som sagsøgte forventede ved afgivelse af sit bud, og

at sagsøgte selv bærer risikoen herfor.

Det bestrides endvidere, at sagsøgte ikke skulle være givet eller have haft opfordring og adgang til at skaffe sig oplysninger om den til brug for udbudsmaterialet beregnede teoretiske befolkningsmæssige dækning, idet det særligt bemærkes,

at det fremgår af Kulturudvalgets tillægsbetænkning af 13. december 2000 over forslag til lov om ændring af lov om radio- og fjernsynsvirksomhed m.v. (Gennemførelse af medieaftalen 2001-2004 m.v.) (Folketingstidende 2000-2001, Tillæg B, side 569), at resultatet af Telestyrelsens planlægning af den femte, næsten landsdækkende FM-kanal (Telestyrelsens skrivelse af 14. november 2000, fremlagt som sagens bilag 21) af kulturministeren blev omdelt til udvalget som bilag 64,

at det fremgår af sagsøgers besvarelse af spørgsmål 13 forud for auktionen (bilag 3), at der er redegjort for resultatet af IT- og Telestyrelsens planlægning af den femte, næste landsdækkende FM-radiokanal i styrelsens skrivelse af 14. november 2000 (bilag 21),

at sagsøgte, såfremt sagsøgte havde tillagt spørgsmålet betydning forud for afgivelse af bud, havde en selvstændig interesse i at forlange alle de for sagsøgte relevante oplysninger,

at sagsøgte, såfremt sagsøgte forud for auktionen havde ladet foretage en beregning af den teoretiske befolkningsmæssige dækning ud fra "sine" beregningsforudsætninger, ville have konstateret, at resultaterne ikke var overensstemmende, og

at sagsøgte, såfremt sagsøgte ikke ønskede at afholde udgiften hertil, kunne have fået alle oplysninger blot ved at spørge sagsøger.

Det bemærkes, at IT- og Telestyrelsen ikke har anvendt beregningsforudsætninger, som ikke også er almindeligt forekommende internationalt, og at det allerede derfor kan afvises, at sagsøger skulle have en særlig oplysningsforpligtelse.

Videre gøres det gældende, at det beror på sagsøgtes egne forhold, at sagsøgte ikke fuldt ud udnyttede de frekvenser, sendepositioner og retningsdiagrammer, som frekvenstilladelsen gav adgang til, idet det særligt bemærkes,

at det fremgår bl.a. af sagsøgtes skrivelse af 15. juni 2004 (bilag 29), at disse kun udnyttes delvis,

at det også fremgår af Broadcast Service Danmark A/S' rapport af 17. november 2004 (bilag 58), at sagsøgte kun delvis havde udnyttet, hvad frekvenstilladelsen tillod,

at sagsøgte fik tilladelse til at opsætte antenner i Danmarks Radios hovedsendemast på Sydsjælland, og at dette, uagtet at masten var placeret 9 km fra den til IT- og Telestyrelsen oplyste oprindelig projekterede position, ikke medførte reduktion i den befolkningsmæssige dækning, jf. sagsøgers skrivelse af 25. februar 2005 (bilag 60),

at det beror på en konkret økonomisk vurdering og optimering, hvorvidt det for sagsøgte vil kunne svare sig fuldt ud at udnytte og etablere de mastepositioner og -højder samt retningsdiagrammer, som frekvenstilladelsen giver adgang til,

at sagsøgte ved ikke at vælge "fuld" udnyttelse har afskåret sig fra at nå et antal lyttere,

at sagsøgte selv bærer risikoen for konsekvenserne af de foretagne valg, og

at sagsøger således ikke kan holdes ansvarlig herfor.

Det gøres gældende, at det forhold, at 55 lokalradioer - og ikke som anført i Kulturministeriets pressemeddelelse af 22. maj 2003 (bilag 37) 10-15 lokalradioer - fik tilladelse til at hæve sendestyrken fra 160 til 500 Walt, er uden betydning for denne sag, idet det bemærkes, at IT- og Telestyrelsen efter aftale med Kulturministeriet planlagde den øgede sendestyrke, således at den ikke berørte rækkevidden for den femte FM-radiokanal.

Ligeledes gøres det gældende, at sagsøgtes indstilling af programvirksomheden reelt ikke skyldtes, at der ikke kunne opnås befolkningsmæssig dækning ved udsendelsen af sagsøgtes programmer, men derimod at lytterne i den herskende konkurrencesituation, som sagsøgte var bekendt med og burde være forberedt på, ikke i det af sagsøgte forventede omfang ønskede at aflytte sagsøgtes programmer.

Tværtimod opnåede sagsøgte adgang til en faktisk befolkningsmæssig dækning, der mindst er på niveau med den teoretiske befolkningsmæssige dækning på 78%, der blev stillet i udsigt i udbudsmaterialet.

Endelig gøres det gældende, at sagsøgtes indsigelse om feltstyrker i byområder er uden reel betydning for denne sag, og dermed ikke saglig, idet det særligt bemærkes,

at sagsøgte ikke har forelagt konkrete klager fra lyttere for IT- og Telestyrelsen over mangelfuld modtagelse i byområder som følge af el-støj, jf. også sagsøgers skrivelse af 25. februar 2005 (bilag 60), og

at sagsøgte heller ikke har klaget herover.

Processuelle meddelelser

til sagsøger kan stiles til Kammeradvokaten Vimmelskaftet 47, 1161 København K (j.nr. 36-3214 KRO/ab).

Momsregistrering

Sagsøger er ikke momsregistreret.

Dokumenter,

som påberåbes:

Bilag 1: Udbudsmateriale

Bilag 2: Underbilag 1-14 til udbudsmateriale

Bilag 3: 14 spørgsmål og besvarelse heraf - udprintet fra sagsøgers netsted.

Bilag 4: Sagsøgtes tilmelding af 27. maj 2003, bilagt oplysning om ejerforhold og vedtægter

Bilag 5: Bankgaranti dateret 12. juni 2003

Bilag 6: Sagsøgers og Kulturministeriets pressemeddelelser af 4. juni 2003

Bilag 7: Sagsøgers skrivelse af 17. juni 2003 til sagsøgte

Bilag 8: Forløbet af auktionen over den femte og sjette FM-radiokanal med de afgivne bud

Bilag 9: Sagsøgers skrivelse af 25. juni 2003 til sagsøgte med opkrævning af acontogebyr

Bilag 10: Sagsøgers skrivelse af 18. juli 2003 til sagsøgte

Bilag 11: Tilladelse til programvirksomhed på den femte jordbaserede FM-radiokanal af 18. juli 2003

Bilag 12: Sagsøgers skrivelse af 26. marts 2004 til sagsøgte

Bilag 13: Sagsøgers e-mail af 1. november 2004 med bekræftelse af den aftalte procedure vedrørende indsendelse af årsrapport og revisorerklæring samt betalingsfrister

Bilag 14: Sagsøgers skrivelse af 17. maj 2005 til sagsøgte

Bilag 15: Sagsøgers skrivelse af 13. oktober 2005 til sagsøgte med opkrævning af den årlige koncessionsafgift

Bilag 16: Sagsøgers e-mail af 1. november 2005 til sagsøgte med erindring om fristen for indlevering af årsrapport m.v.

Bilag 17: Sagsøgers skrivelser af 4. maj 2006 til sagsøgte med opgørelse og modregning af gebyr for 2005

Bilag 18: Sagsøgers skrivelse af 16. juni 2005 til sagsøgte med bemærkninger til sagsøgtes redegørelse for opfyldelsen af tilladelsesvilkårene i 2004

Bilag 19: Sagsøgers skrivelse af 13. januar 2005 til sagsøgte om, at sagsøgte blev registreret som udøver af programvirksomhed via satellit

Bilag 20: IT- og Telestyrelsens dækningskort

Bilag 21: IT- og Telestyrelsens brev af 14. november 2000 til Kulturministeriet

Bilag 22: IT- og Telestyrelsens skrivelse af 12. november 2003 til sagsøgte

Bilag 23: Frekvenstilladelse til sagsøgte af 12. november 2003

Bilag 24: Advokat Nina Henningsens skrivelse af 12. januar 2004 til sagsøger

Bilag 25: Broadcast Service Danmark A/S' undersøgelse af 23. december 2003

Bilag 26: Sagsøgtes skrivelse af 6. februar 2004 til sagsøger med redegørelse for verserende sager

Bilag 27: E-mail af 23. februar 2004 fra Broadcast Service Danmark A/S til IT- og Telestyrelsen

Bilag 28: Sagsøgers skrivelse af 10. marts 2004 til sagsøgte, bl.a. med status i verserende sager.

Bilag 29: Sagsøgtes skrivelse af 15. juni 2004 til sagsøger med underretning om sendestatus

Bilag 30: Sagsøgers skrivelse af 24. juni 2004 til sagsøgte vedrørende mastepositioner

Bilag 31: Sagsøgers skrivelse af 18. august 2004 til IT- og Telestyrelsen med indstilling om ændring af sendepositioner mv.

Bilag 32: IT- og Telestyrelsens skrivelse af 30. august 2004 til sagsøgte

Bilag 33: Ændret frekvenstilladelse af 30. august 2004

Bilag 34: Sagsøgers skrivelse af 16. november 2004 til sagsøgte, bl.a. om ændring af programtilladelsens pkt. 9

Bilag 35: Skrivelse af 27. oktober 2004 fra Talpa Radio's advokat til sagsøger

Bilag 36: Kulturministeriets skrivelse af 21. maj 2003 til IT- og Telestyrelsen

Bilag 37: Kulturministeriets pressemeddelelse af 22. maj 2003

Bilag 38: Skrivelse af 22. december 2003 fra advokat Nina Henningsen til sagsøger

Bilag 39: Broadcast Service Danmark A/S' rapport af 18. december 2003 vedrørende sendestyrker

Bilag 40: Sagsøgtes skrivelse af 2. marts 2004 til sagsøger, bilagt forslag fra Broadcast Service Danmark A/S angående overvågningssystem

Bilag 41: Sagsøgers anerkendelsesskrivelse af 9. marts 2004 til sagsøgte

Bilag 42: Sagsøgtes skrivelse af 19. april 2004 til Kulturministeriet

Bilag 43: Skrivelse af 30. april 2004 fra IT- og Telestyrelsen til sagsøger med styrelsens vurdering af forslag til overvågningssystem

Bilag 44: Kulturministerens skrivelse af 6. maj 2004 til sagsøgte

Bilag 45: Sagsøgers skrivelse af 16. juni 2004 til sagsøgte

Bilag 46: Sagsøgtes skrivelse af 21. maj 2004 til kulturminister Brian Mikkelsen

Bilag 47: Kulturminister Brian Mikkelsens skrivelse af 1. juni 2004 til sagsøgte

Bilag 48: IT- og Telestyrelsens e-mail af 18. maj 2004 til sagsøgte

Bilag 49: IT- og Telestyrelsens e-mail besvarelse af 29. juni 2004 på sagsøgtes e-mail af 28. juni 2004

Bilag 50: IT- og Telestyrelsens skrivelse af 29. juni 2004 til sagsøgte

Bilag 51: IT- og Telestyrelsens e-mail formentlig af 1. juli 2004 til sagsøgte

Bilag 52: Sagsøgtes skrivelse af 8. november 2004 til sagsøger

Bilag 53: Broadcast Service Danmark A/S' rapport "FM5 Sky Radio in Denmark, Coverage Contour Calculations, 4th edition, 29-10-2004"

Bilag 54: IT- og Telestyrelsens skrivelse af 16. november 2004 til sagsøgte, med liste over de ved sagsøgtes anmodning om aktindsigt af 10. november 2004 efterspurgte dokumenter og oplysninger

Bilag 55: Sagsøgtes skrivelse af 16. november 2004 til sagsøger, bilagt en række af Broadcast Service Danmark A/S udarbejdede dækningskort

Bilag 56: IT- og Telestyrelsens skrivelse af 15. december 2004 til sagsøgte vedrørende anmodning om aktindsigt

Bilag 57: Sagsøgtes skrivelse af 23. december 2004 til sagsøger

Bilag 58: Opdateret rapport af 17. november 2004 udarbejdet af Broadcast Service Danmark A/S med uændrede beregningsforudsætninger

Bilag 59: Skrivelse af 24. januar 2005 fra sagsøgte til sagsøger vedrørende øget sendestyrke til lokalradioer

Bilag 60: Sagsøgers skrivelse af 25. februar 2005 til sagsøgte

Bilag 61: IT- og Telestyrelsens kontrolberegning af januar 2005

Bilag 62: Advokat Johan Schlüter skrivelse af 27. maj 2005 til sagsøger

Bilag 63: Sagsøgers skrivelse af 8. juli 2005 til advokat Johan Schlüter

Bilag 64: Advokat Karen Larsens skrivelse af 6. september 2005 til sagsøger

Bilag 65: E-mail korrespondance med Danmarks Radio af 23. maj 2005

Bilag 66: Advokat Karen Larsens skrivelse af 16. september 2005 til sagsøger

Bilag 67: LS telcom AG's rapport: "Management Report Study on countrywide FM coverage analyses in Denmark" dateret 14. september 2005

Bilag 68: Advokat Karen Larsens skrivelse af 10. november 2005 til sagsøger

Bilag 69: Dækningskort udskrevet fra sagsøgtes hjemmeside den 10. november 2005

Bilag 70: Sagsøgers skrivelse af 16. november 2005 til advokat Karen Larsen

Bilag 71: Advokat Karen Larsens skrivelse af 22. november 2005

Bilag 72: Sagsøgers skrivelse af 8. december 2005 til advokat Karen Larsen

Bilag 73: Advokat Karen Larsens skrivelse af 16. december 2005 til sagsøger

Bilag 74: IT- og Telestyrelsens skrivelse af 21. december 2005 til sagsøgte

Bilag 75: Artiklen "Ny frekvensplan for FM-radiofoni Planlægningsarbejdet", Teleteknik 1986, side 33-44

Bilag 76: Kulturministeriets høring af 4. december 2000

Bilag 77: Høringssvar af 11. januar 2001 fra Danmarks Radio til Kulturministeriet

Bilag 78: Telestyrelsens skrivelse af 28. februar 2001 til Kulturministeriet

Bilag 79: Kulturministeriets pressemeddelelse af 3. maj 2006

Bilag 80: Artikel i Børsen den 23. november 2005: "Hollandsk arrogance bag Skys fald"

Bilag 81: Artikel i Børsen den 17. maj 2006

Bilag 82: Kulturministerens besvarelse af 19. marts 2004 af spørgsmål S-2699

Bilag 83: Kulturministerens besvarelse af spørgsmål S-1054 stillet 22. november 2005

Bilag 84: Kulturministerens besvarelse af spørgsmål S-1026 stillet den 21. november 2005

Bilag 85: Sagsøgtes årsrapport for perioden 1/7 2003 - 30/6 2004

Bilag 86: Sagsøgtes årsrapport for perioden 1/7 2004 - 30/6 2005

I henhold til det i denne stævning indeholdte indkaldes Sky Radio A/S herved til over for Østre Landsret inden for den fastsatte frist at afgive svar i sagen i overensstemmelse med retsplejelovens regler.

København, den 9. august 2006

Kammeradvokaten

v/Morten Kroon

Advokat