DOMSTOLENS DOM (Fjerde Afdeling)

13. december 2007 *

I sag C-337/06,

angående en anmodning om præjudiciel afgørelse i henhold til artikel 234 EF, indgivet af Oberlandesgericht Düsseldorf (Tyskland) ved kendelse af 21. juli 2006, indgået til Domstolen den 7. august 2006, i sagen:

Bayerischer Rundfunk,

Deutschlandradio,

Hessischer Rundfunk,

Mitteldeutscher Rundfunk,

Norddeutscher Rundfunk,

Radio Bremen,

Rundfunk Berlin-Brandenburg,

* Processprog: tysk.

Saarländischer Rundfunk,

Südwestrundfunk,

Westdeutscher Rundfunk,

Zweites Deutsches Fernsehen

mod

GEWA — Gesellschaft für Gebäudereinigung und Wartung mbH,

procesdeltagere:

Heinz W. Warnecke, der driver virksomhed under firmanavnet Großbauten Spezial Reinigung,

har

DOMSTOLEN (Fjerde Afdeling)

sammensat af afdelingsformanden, K. Lenaerts, dommerne G. Arestis, R. Silva de Lapuerta, E. Juhász (refererende dommer) og J. Malenovský,

generaladvokat: D. Ruiz-Jarabo Colomer
justitssekretær: fuldmægtig B. Fülöp,

på grundlag af den skriftlige forhandling og efter retsmødet den 14. juni 2007,

efter at der er indgivet skriftlige indlæg af:

— Bayerischer Rundfunk, Deutschlandradio, Hessischer Rundfunk, Mitteldeutscher Rundfunk, Norddeutscher Rundfunk, Radio Bremen, Rundfunk Berlin-Brandenburg, Saarländischer Rundfunk, Südwestrundfunk, Westdeutscher Rundfunk og Zweites Deutsches Fernsehen ved Rechtsanwälte B. Mitrenga og K.-P. Mailänder, Justiziare C.-E. Eberle og J. Betz og Referentin im Justiziariat N. Hütt

— GEWA — Gesellschaft für Gebäudereinigung und Wartung mbH ved Rechtsanwälte C. Antweiler og K.P. Dreesen

— den tyske regering ved M. Lumma, som befuldmægtiget

— den østrigske regering ved M. Fruhmann, som befuldmægtiget

— den polske regering ved E. Ośniecka-Tamecka, som befuldmægtiget

— Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber ved X. Lewis og B. Schima, som befuldmægtigede

— EFTA-Tilsynsmyndigheden ved B. Alterskjær og L. Young, som befuldmægtigede,

og efter at generaladvokaten har fremsat forslag til afgørelse den 6. september 2007,

afsagt følgende

Dom

1 Anmodningen om præjudiciel afgørelse vedrører fortolkningen af artikel 1, litra b), andet afsnit, tredje led, første alternativ, og litra a), nr. iv), i Rådets direktiv 92/50/EØF af 18. juni 1992 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige tjenesteydelsesaftaler (EFT L 209, s. 1).

2 Anmodningen er indgivet i forbindelse med en sag vedrørende spørgsmålet om, hvorvidt de tyske radio- og tv-selskaber (Landesrundfunkanstalten) skal anses for ordregivende myndigheder med henblik på anvendelsen af fællesskabsbestemmelserne vedrørende offentlige kontrakter.

Retsforskrifter

Fællesskabsbestemmelser

3 Ifølge artikel 7, stk. 1, finder direktiv 92/50 anvendelse på offentlige tjenesteydelsesaftaler, hvis anslåede værdi uden moms er 200 000 ECU eller derover.

4 Artikel 1, litra b), i direktiv 92/50 har følgende ordlyd:

»I dette direktiv forstås ved

[...]

ordregivende myndigheder staten, lokale myndigheder, offentligretlige organer og sammenslutninger af en/et eller flere af disse lokale myndigheder eller offentligretlige organer.

Ved *offentligretligt organ* forstås ethvert organ:

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

og

— som er en juridisk person

og

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

Fortegnelser over de offentligretlige organer eller kategorier af offentligretlige organer, der opfylder de kriterier, der er nævnt i andet afsnit i dette litra, findes i bilag I til direktiv 71/305/EØF. Disse fortegnelser er så fuldstændige som muligt og kan revideres efter fremgangsmåden i artikel 30b i nævnte direktiv.«

5 Den omhandlede bestemmelse er gengivet med en næsten identisk ordlyd i artikel 1, stk. 9, i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/18/EF af 31. marts 2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter (EUT L 134, s. 114). Der bør ifølge betragtning 1 til direktiv 2004/18 foretages en omarbejdelse til én samlet tekst af de direktiver, der anvendes forskelligt på fremgangsmåderne for indgåelse af offentlige kontrakter i de tre førnævnte områder, og denne tekst skal ifølge direktivets artikel 80 være gennemført i medlemsstaterne senest den 31. januar 2006.

6 De tyske offentlige radio- og tv-selskaber er hverken nævnt i det bilag, som der henvises til i artikel 1, litra b), sidste afsnit, i direktiv 92/50, eller i bilag III til direktiv 2004/18, der har et tilsvarende indhold.

7 I henhold til artikel 1, litra a), nr. iv), i direktiv 92/50 er følgende aftaler undtaget fra direktivets bestemmelser:

»[A]ftaler om radio- og tv-selskabers indkøb, udvikling, produktion eller koproduktion af programmateriale og aftaler om sendetid«.

8 Denne bestemmelse er gengivet med en identisk ordlyd i artikel 16, litra b), i direktiv 2004/18.

9 Der er redegjort for formålet med denne bestemmelse i 11. betragtning til direktiv 92/50, som har følgende ordlyd:

»[I]ndgåelse af aftaler om visse audiovisuelle tjenesteydelser på radio- og tv-spredningsområdet er underlagt hensyn, som gør det uhensigtsmæssigt at lade udbudsprocedurerne finde anvendelse herpå.«

10 Denne grund uddybes yderligere i betragtning 25 til direktiv 2004/18, ifølge hvilken:

»Ved indgåelse af offentlige kontrakter om visse audiovisuelle tjenesteydelser på tv- og radiospredningsområdet bør der tages hensyn til forhold af en sådan kulturel og samfundsmæssig betydning, at det er uhensigtsmæssigt at lade udbudsreglerne finde anvendelse på dem. Der skal derfor gælde en undtagelse for offentlige tjenesteydelseskontrakter med henblik på køb, udvikling, produktion eller samproduktion af programmer, der er klar til brug, og andre forberedende tjenester, f.eks. vedrørende manuskripter eller kunstneroptræden, der er nødvendige for programmets tilblivelse, samt kontrakter vedrørende sendetid for udsendelse. Denne undtagelse bør dog ikke gælde for levering af teknisk materiel til produktion, samproduktion og udsendelse af disse programmer [...]«

Nationale retsforskrifter

11 Ovennævnte artikel 1, litra b), i direktiv 92/50 blev gennemført i national ret ved artikel 98, stk. 2, i lov om konkurrencebegrænsninger (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen). Indholdet af denne bestemmelse er identisk med bestemmelsen i fællesskabsreglerne med den ene forskel vedrørende definitionen af »offentligretligt organ«, at det til betingelsen med hensyn til, at driften for mere end halvdelens vedkommende finansieres af de offentlige myndigheder, er tilføjet, at denne finansiering kan ske ved »kapitaldeltagelse eller på anden måde«.

12 Artikel 5, stk. 1, andet punktum, i den tyske grundlov har følgende ordlyd:

»Pressefriheden og den frie reportage gennem radio, fjernsyn og film er beskyttet.«

13 Denne bestemmelse fortolkes ifølge fast praksis ved de øverste tyske retsinstanser, bl.a. Bundesverfassungsgericht og Bundesverwaltungsgericht, som et absolut forbud mod enhver indblanding eller indgriben fra de offentlige myndigheders side i ledelsen og arbejdet i de offentlige radio- og tv-selskaber og som et princip om ubetinget neutralitet i forbindelse med disse organers programmer. Denne forfatningsbestemmelse har en meget vigtig stilling i den nuværende tyske statskonstruktion og skal forhindre, at tv og radio bliver et politisk instrument. Bestemmelsen udgør en grundlovssikret ret til ytringsfrihed og informationsalsidighed samt eksistens, finansiering og udvikling af offentlige radio- og tv-selskaber.

14 Disse selskaber er offentligretlige organer med status som juridiske personer, der har fået pålagt en opgave af almen interesse. De er uafhængige af statslige myndigheder, selvforvaltede og indrettet således, at offentlige myndigheder ikke har mulighed for at øve indflydelse. Disse organer udgør i overensstemmelse med fast praksis ved de øverste tyske retsinstanser ikke en del af de statslige myndigheder.

15 Finansieringen af de nævnte organer er fastlagt i statsaftaler (Staatsverträge), dvs. aftaler indgået mellem forbundsstaten (Bund) og delstaterne.

16 Statsaftalen om tv-spredning (Rundfunkstaatsvertrag) bestemmer følgende i § 11, stk. 1:

»Budgettet skal gøre det muligt for offentligretlige radio- og tv-selskaber at opfylde deres forfatningsmæssige og retlige opgaver. Det skal især sikre eksistensen og udviklingen af offentligretlig radio- og tv-spredning.«

17 I overensstemmelse med § 12 i den pågældende statsaftale finansieres de offentlige radio- og tv-selskabers behov først og fremmest, dvs. for mere end halvdelens vedkommende, ved gebyrer, som betales af borgerne, og i øvrigt ved reklameindtægter og andre indtægter. I overensstemmelse med retspraksis fra Bundesverfassungsgericht er finansiering gennem opkrævning tilpasset public service-opgaven for offentlige radio- og tv-selskaber, den svarer til en forfatningsmæssig finansieringsgaranti og udgør en funktionel finansieringsmåde, som gør det muligt at beskytte den selvstændige programfastlæggelse mod eventuel politisk indblanding fra staten.

18 Bestemmelserne for opkrævning af licens er fastsat i statsaftalen om bestemmelser vedrørende radio- og tv-licensordningen (Staatsvertrag über die Regelung des Rundfunkgebührenwesens) af 31. august 1991, som ændret den 11. september 1996 (GVBl. NRW 1996, s. 431, herefter »statsaftalen om licenser«). I overensstemmelse med denne statsaftale opstår pligten til at betale licens, når der rådes over et radio- eller tv-apparat. Den omstændighed, at dette apparat ikke anvendes i praksis, har ingen betydning for betalingspligten. Kreditorerne for licensen er formelt set de regionale radio- og tv-selskaber i de respektive delstater.

19 Bestemmelserne om størrelsen af licenserne, som beregnes på baggrund af de offentlige radio- og tv-selskabers finansieringsbehov, er fastsat i statsaftale om radio- og tv-finansiering (Rundfunkfinanzierungsstaatsvertrag) af 26. november 1996 (GVBl. NRW 1996, s. 484). Størrelsen af licensen godkendes formelt set af delstatsparlamenterne og -regeringerne.

20 De offentlige radio- og tv-selskaber oprettede — ved en forvaltningsaftale — en licensopkrævningscentral, Gebühreneinzugszentrale der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten (herefter »GEZ«). GEZ er et offentligretligt organ, som bl.a. har til formål at opkræve og fakturere licens. Organet har ikke status som juridisk person eller partsevne, men det handler i de forskellige regionale radio- og tv-selskabers navn og på deres vegne. Med hensyn til opkrævning af licenserne hos borgerne handler GEZ imidlertid gennem opkrævningspålæg, dvs. ved en offentlig myndighedshandling. På samme måde er det i artikel 7, stk. 6, i førnævnte statsaftale om licenser fastsat, at i tilfælde af manglende betaling af licensen »er påmindelser genstand for en administrativ tvangsfuldbyrdelse. Det regionale radio- og tv-selskab, som er kreditor, kan rette anmodningen om bistand til tvangsfuldbyrdelse direkte til den kompetente myndighed ved debitorernes bopæl eller sædvanlige opholdssted [...]«.

21 Kontrollen og fastsættelsen af de finansieringsbehov, som de offentlige radio- og tv-selskaber har givet udtryk for, er betroet en uafhængig kommission, Kommission zur Überprüfung und Ermittlung des Finanzbedarfs der Rundfunkanstalten (herefter »KEF«). Denne kommission, som er sammensat af 16 uafhængige sagkyndige, modtager og undersøger de skøn over behov, som fremsendes af de offentlige radio- og tv-selskaber, og diskuterer dem med selskabernes repræsentanter. Denne kommission afgiver en rapport mindst hvert andet år, på grundlag af hvilken delstatsparlamenterne og -regeringerne støtter deres formelle beslutninger vedrørende størrelsen af licensen. Denne fremgangsmåde, som KEF på nuværende tidspunkt er involveret i, blev indført efter en dom afsagt af Bundesverfassungsgericht den 22. februar 1994, hvori det blev fastslået, at den fremgangsmåde, hvorefter beslutningen om licensens størrelse blev truffet af delstaternes statsministre uden indgriben fra en uafhængig kommission, ikke sikrede den i forfatningen ønskede uafhængighed.

22 Licensmidlerne tildeles bl.a. de offentlige radio- og tv-selskaber og mediemyndigheden i den pågældende delstat.

Tvisten i hovedsagen og de præjudicielle spørgsmål

23 I august 2005 opfordrede GEZ skriftligt 11 rengøringsselskaber til at afgive bindende tilbud på udførelsen af rengøring i GEZ' lokaler i Köln. Der blev ikke gennemført nogen formel udbudsprocedure i overensstemmelse med de fællesskabsretlige regler. Kontraktperioden strakte sig fra den 1. marts 2006 til den 31. december 2008, og den kunne stiltiende forlænges med et år ad gangen. GEZ anslog de samlede årlige udgifter til mere end 400 000 EUR.

24 I november 2005 meddelte GEZ GEWA — Gesellschaft für Gebäudereinigung und Wartung mbH, et af de rengøringsselskaber, som blev kontaktet under udbudsproceduren, at selskabet ikke ville få tildelt kontrakten. Henset til, at GEZ som ordregivende myndighed skulle udbyde rengøringsaftalen i overensstemmelse med de fællesskabsretlige regler, indgav den pågældende virksomhed en klage til Vergabekammer (udbudsankenævn) ved Bezirksregierung Köln. Denne ret gav virksomheden medhold i sagen, idet det fastslog, at den pågældende aftale lå uden for egentlig radio- og tv-virksomhed og derfor var omfattet af fællesskabsretten vedrørende offentlige aftaler.

25 De offentlige radio- og tv-selskaber ankede denne afgørelse til Oberlandesgericht Düsseldorf (Afdeling for udbudssager) og gjorde gældende, at de ikke var ordregivende myndigheder, fordi finansieringen af den offentlige radio- og tv-sektor overvejende sker gennem den licens, som betales af tv-seerne, og fordi der hverken er nogen offentlig finansiering eller kontrol i denne henseende.

26 Den forelæggende ret har anført, at betingelserne fastsat i artikel 1, litra b), andet afsnit, første og andet led, i direktiv 92/50 og artikel 1, stk. 9, andet afsnit, litra a) og b), i direktiv 2004/18 vedrørende definitionen af »offentligretligt organ« er opfyldt i det foreliggende tilfælde, for så vidt som de offentlige radio- og tv-selskaber er oprettet specielt med henblik på at imødekomme almenhedens behov, dog ikke behov af industriel eller kommerciel karakter, og er juridiske personer. Den forelæggende ret har i øvrigt med hensyn til de tre alternativer, som fremgår af henholdsvis artikel 1, litra b), andet afsnit, tredje led, i direktiv 92/50 og artikel 1, stk. 9, andet afsnit, litra c), i direktiv 2004/18, bemærket, at de to sidstnævnte ikke foreligger i det foreliggende tilfælde, for så vidt som de offentlige myndigheder ikke foretager nogen kontrol af driften af disse organer og ikke har nogen indflydelse på udnævnelsen af organernes bestyrelser. Det skal herefter efterprøves, om de pågældende organers aktivitet for mere end halvdelens vedkommende finansieres af staten eller andre ordregivende myndigheder, for at de kan anses for »offentligretlige organer« og dermed »ordregivende myndigheder«.

27 Den forelæggende ret bemærker i denne forbindelse, at betingelsen om »for mere end halvdelens vedkommende finansieres af staten« i overensstemmelse med en af tendenserne i retspraksis og den juridiske litteratur i Tyskland kræver en direkte forbindelse mellem den pågældende finansiering og staten. Denne tilgang henviser udelukkende til, at finansieringen er statslig, eller midlernes oprindelse, dvs. dem, som stammer fra statsbudgettet, og tager ikke hensyn til hverken den omstændighed, at det, at forbrugerne pålægges at betale en licens, bygger på et regelsæt, eller at opkrævningen af denne licens foretages under udøvelse af offentlig myndighed. I overensstemmelse med denne første tilgang skal den direkte statslige finansiering også gøre det muligt for staten eller andre offentlige myndigheder at udøve en konkret indflydelse på det finansierede organs udbud af forskellige aftaler.

28 Ifølge en anden tendens i retspraksis og den juridiske litteratur, som den forelæggende ret følger, er et lovgrundlag, hvorefter borgerne har pligt til at betale licens, tilstrækkelig til at anse betingelsen om »finansieres af staten« af de pågældende radio- og tv-selskabers aktivitet for at være opfyldt. Fællesskabsbestemmelserne vedrørende offentlige kontrakter kan således også anvendes på disse organer, som finansieres af den obligatoriske licens, og de er derfor ikke undergivet markedslovene. I øvrigt kræver — stadig ifølge denne tendens — statens forfatningsmæssige forpligtelse til ikke at blande sig i disse organers forvaltning og programfastsættelse ikke, at disses offentlige aftaler, som ikke har tilknytning til deres hovedopgaver, undtages fra fællesskabsreglerne.

29 Henset til disse betragtninger har Oberlandesgericht Düsseldorf besluttet at udsætte sagen og at forelægge Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

»1) Skal kriteriet om, at organet »finansieres af staten« i artikel 1, [litra b), andet afsnit, tredje led, første alternativ, i direktiv 92/50] fortolkes således, at en indirekte finansiering i form af en af staten pålagt licensbetaling fra personer,

der råder over radio- og tv-apparater, på baggrund af den garanti for organernes uafhængige finansiering og eksistens, som det efter forfatningen påhviler staten at yde, er en finansiering i det nævnte kriteriums forstand?

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

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

De præjudicielle spørgsmål

Indledende bemærkninger

30 Der er i de spørgsmål, den forelæggende ret har stillet, henvist til de relevante bestemmelser i direktiv 2004/18. Da de faktiske omstændigheder i hovedsagen imidlertid tidsmæssigt er omfattet af direktiv 92/50, vil Domstolens undersøgelse og

svar vedrøre de tilsvarende bestemmelser i direktiv 92/50, i lyset af visse præciseringer, som direktiv 2004/18 har bibragt. Under alle omstændigheder har bestemmelserne i sidstnævnte direktiv — såvel som de underliggende principper — samme indhold som bestemmelserne og principperne i de tidligere direktiver, og direktiv 2004/18 er en nyaffattelse af de eksisterende bestemmelser. Der foreligger derfor ikke nogen grund, der kan begrunde en anden fremgangsmåde i henhold til dette nye direktiv.

31 Det bemærkes endvidere, at selv om den tyske ordning om finansiering af de offentlige radio- og tv-selskaber i princippet udelukker, at de offentlige myndigheder kan udøve en hvilken som helst politisk indflydelse på disse organer, berettiger dette forhold ikke, at nærværende sag udelukkende undersøges i lyset af, at det pr. definition er umuligt for staten at udøve en sådan indflydelse. Med henblik på en ensartet fortolkning og anvendelse af fællesskabsretten og opfyldelsen af målene i EF-traktaten skal Domstolen således også tage hensyn til andre betragtninger, såsom retten til fri bevægelighed og åbningen af markedet.

Det første spørgsmål

32 Domstolen er med dette spørgsmål blevet anmodet om at fortolke begrebet »for mere end halvdelens vedkommende finansieres af staten« eller en anden offentlig myndighed, indeholdt i artikel 1, litra b), andet afsnit, tredje led, første alternativ i direktiv 92/50, med henblik på en besvarelse af spørgsmålet om, hvorvidt denne betingelse er opfyldt, når offentlige radio- og tv-selskabers virksomhed, som i hovedsagen, for mere end halvdelens vedkommende finansieres ved en licens, som pålægges, beregnes og opkræves i henhold til regler som de i hovedsagen foreliggende.

33 Det skal først med hensyn til arten af »for mere end halvdelens vedkommende« bemærkes, at det er ubestridt, at denne betingelse i overensstemmelse med

Domstolens praksis i det foreliggende tilfælde er opfyldt, da de pågældende offentlige radio- og tv-selskabers indtægter for mere end halvdelens vedkommende stammer fra den i hovedsagen omhandlede licens (jf. i denne retning dom af 3.10.2000, sag C-380/98, University of Cambridge, Sml. I, s. 8035, præmis 30).

34 Det bemærkes herefter, at ordlyden af artikel 1, litra b), andet afsnit, tredje led, første alternativ, i direktiv 92/50 ikke indeholder nogen præcisering vedrørende måden, hvorpå finansieringen i denne bestemmelse skal finde sted. Bl.a. kræves det ikke ifølge denne bestemmelse, at de pågældende organers virksomhed finansieres direkte af staten eller en anden offentlig myndighed, for at betingelsen herom er opfyldt. Undersøgelsen af finansieringsmåderne skal derfor ikke begrænses til dem, som diverse berørte parter har fremført i denne sag.

35 Der skal med henblik på fortolkningen af begrebet »finansieres af staten« eller andre offentlige myndigheder henvises til formålet med fællesskabsdirektiverne om offentlige kontrakter, således som det fremgår af Domstolens praksis.

36 I overensstemmelse med denne praksis er formålet med udbudsdirektiverne at fjerne risikoen for, at der indrømmes indenlandske bydende eller ansøgere en fortrinsstilling ved de ordregivende myndigheders indgåelse af kontrakter, og at udelukke den mulighed, at et organ, der finansieres eller kontrolleres af staten, lokale myndigheder eller andre offentligretlige organer, lader sig lede af andre hensyn end økonomiske (University of Cambridge-dommen, præmis 17 og den deri nævnte retspraksis).

37 Domstolen har gentaget disse formål ved at tilføje, at begrebet »ordregivende myndighed«, herunder begrebet »offentligretligt organ«, i lyset af disse formål skal fortolkes formålsbestemt (dom af 1.2.2001, sag C-237/99, Kommissionen mod Frankrig, Sml. I, s. 939, præmis 42 og 43 og den deri nævnte retspraksis).

38 Domstolen har således fastslået, at samordningen på fællesskabsniveau af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige kontrakter har til formål at fjerne hindringerne for den frie udveksling af tjenesteydelser og varer og følgelig tilsigter at beskytte interesserne for de erhvervsdrivende, der er etableret i en medlemsstat, og som ønsker at tilbyde goder eller tjenesteydelser til ordregivende myndigheder i en anden medlemsstat (University of Cambridge-dommen, præmis 16, og dommen i sagen Kommissionen mod Frankrig, præmis 41).

39 Hvad særligt angår offentlige tjenesteydelsesaftaler har Domstolen fremhævet det samme hovedformål, nemlig fri bevægelighed for tjenesteydelser og størst mulig adgang til en ufordrejet konkurrence i medlemsstaterne (jf. i denne retning dom af 11.1.2005, sag C-26/03, Stadt Halle og RPL Lochau, Sml. I, s. 1, præmis 44 og 47).

40 Det er i lyset af disse formål og på grundlag af disse kriterier, at en finansieringsmåde af offentlige radio- og tv-selskaber som de i hovedsagen omhandlede skal vurderes, hvilket indebærer, at begrebet »finansieres af staten« også skal fortolkes formålsbestemt.

41 Det bemærkes først i denne henseende, at licensen, som finansierer størstedelen af de pågældende selskabers virksomhed, har grundlag i statsaftalen om tv-spredning, dvs. en statslig retsakt. Den er fastlagt og pålagt ved lov og følger ikke af en kontraktmæssig transaktion mellem disse organer og forbrugerne. Pålæggelsen af den nævnte licens udløses ved den blotte omstændighed, at der rådes over et radio- eller tv-apparat, og udgør ikke vederlag for den faktiske benyttelse af ydelser leveret af de pågældende organer.

42 Endvidere bemærkes, at fastsættelsen af licensbeløbet heller ikke er resultatet af et kontraktmæssigt forhold mellem de pågældende radio- og tv-selskaber og forbrugerne. Beløbet fastsættes i overensstemmelse med statsaftalen om radio- og tv-finansiering ved en formel beslutning fra delstatsparlamenterne og -regeringerne, som vedtages på grundlag af en rapport udarbejdet af KEF på baggrund af radio- og tv-selskabernes finansieringsbehov, som disse selv har fastsat. Delstatsparlamenterne og -regeringerne kan vælge ikke at følge KEF's anbefalinger, samtidig med at udsendelsesfriheden overholdes, dog af begrænsede årsager, nemlig når licensbeløbet for forbrugerne, henset til den samlede sociale og økonomiske situation, udgør en uforholdsmæssig finansiel byrde, som vil kunne skade deres adgang til information (jf. dom fra Bundesverfassungsgericht af 11.11.2007, BvR 2270/05, BvR 809/06 og BvR 830/06).

43 Selv i tilfælde, hvor delstatsparlamenterne og -regeringerne uden ændringer fulgte KEF's anbefalinger, forholder det sig ikke desto mindre således, at denne ordning for fastsættelsen af licensbeløbet er indført af staten, som således har overført offentlig myndighed til en kommission af sagkyndige.

44 Med hensyn til bestemmelserne for opkrævning af licens fremgår det af statsaftalen om licenser, at opkrævningen af denne foretages af GEZ, som handler på de offentlige radio- og tv-selskabers vegne gennem opkrævningspålæg, dvs. ved en offentlig myndighedshandling. På samme måde er påmindelserne i tilfælde af forsinket betaling genstand for en administrativ tvangsfuldbyrdelse, idet det pågældende offentlige radio- og tv-selskab som kreditor kan rette anmodning om bistand til tvangsfuldbyrdelse direkte til den kompetente myndighed. De pågældende organer udøver derfor offentlig myndighed i denne forbindelse.

45 De midler, der således er tildelt de nævnte organer, udbetales uden nogen bestemt modydelse, som omhandlet i Domstolens praksis (jf. i denne retning University of Cambridge-dommen, præmis 23-25). Der er således ikke forbundet nogen kontraktuel modydelse med disse betalinger, da hverken licensbetalingen eller størrelsen heraf følger af en aftale mellem de offentlige radio- og tv-selskaber og forbrugerne, idet forbrugerne er forpligtet til at betale licens ved den blotte omstændighed, at der rådes over et radio- eller tv-apparat, uafhængigt af, om den ydelse, som udbydes af disse organer, benyttes. Forbrugerne skal derfor betale licens, selv om de aldrig gør brug af de pågældende organers ydelser.

46 Det skal understreges, at sagsøgernes argument, hvorefter den omstændighed, at licensen er fastsat i et regelsæt, ikke er afgørende, eftersom alle læger, advokater og arkitekter i Tyskland ellers ville »være finansieret af staten«, eftersom tariffen for deres honorarer fastsættes af staten, er uden betydning. Selv om disse tariffer således reguleres af staten, indgår forbrugeren altid af egen fri vilje i et kontraktmæssigt forhold med udøvere af disse erhverv og modtager altid en reel ydelse. Endvidere hverken sikrer eller garanterer staten finansieringen af de pågældende udøvere af liberale erhvervs virksomhed.

47 Det bemærkes endelig — i lyset af den førnævnte formålsbestemte fortolkning, og som Kommissionen med rette har anført — at der ikke heri kan være en forskellig vurdering alt efter, om de økonomiske midler føres over det offentlige budget,

hvorved staten først opkræver licensen og derefter stiller de indtægter, der hidrører herfra, til rådighed for de offentlige radio- og tv-selskaber, eller om staten giver disse organer ret til selv at foretage denne opkrævning.

48 Det skal således fastslås, at en finansiering som den i hovedsagen omhandlede, der udspringer af en statslig retsakt, garanteres af staten og sikres gennem pålæggelse og opkrævning, som henhører under udøvelsen af offentlig myndighed, opfylder betingelsen om »finansieres af staten« med henblik på anvendelse af fællesskabsbestemmelserne vedrørende indgåelse af offentlige aftaler.

49 Denne indirekte finansieringsmåde er tilstrækkelig til, at betingelsen om »finansieres af staten« i fællesskabsbestemmelserne er opfyldt, uden at det kræves, at staten selv opretter eller udpeger et offentligt eller privat organ, som får til opgave at opkræve licensen.

50 Det første spørgsmål skal derfor besvares med, at artikel 1, litra b), andet afsnit, tredje led, første alternativ, i direktiv 92/50 skal fortolkes således, at offentlige radio- og tv-selskabers virksomhed, som de i hovedsagen omhandlede, for mere end halvdelens vedkommende finansieres af staten, når de for mere end halvdelens vedkommende finansieres ved en licens, som påhviler indehaveren af et radio- eller tv-apparat, og som pålægges, beregnes og opkræves efter regler som de i hovedsagen foreliggende.

Det andet spørgsmål

51 Med det andet spørgsmål ønsker den forelæggende ret oplyst, om artikel 1, litra b), andet afsnit, tredje led, første alternativ, i direktiv 92/50 skal fortolkes således, at anvendelsen af kriteriet om, at organet skal »finansieres af staten«, forudsætter staten eller andre offentlige myndigheders direkte indblanding ved et sådant organs indgåelse af en aftale som den i hovedsagen omhandlede, såfremt et offentligt radio- og tv-selskab finansieres på den måde, der er redegjort for inden for rammerne af det første spørgsmål.

52 Med henblik på besvarelsen af dette spørgsmål bemærkes for det første, at der ikke i henhold til bestemmelsens ordlyd forudsættes en direkte indblanding fra staten, eller en anden offentlig myndighed, ved indgåelsen af en given offentlig aftale, for at kriteriet om, at organet »finansieres af staten«, er opfyldt.

53 Hvad dernæst angår kriteriet om et organs tilknytning til de offentlige myndigheder, der er udviklet i Domstolens praksis med hensyn til de tre alternativer, som fremgår af artikel 1, litra b), andet afsnit, tredje led, første alternativ, i direktiv 92/50 (jf. i denne retning dom af 15.1.1998, sag C-44/96, Mannesmann Anlagenbau Austria m.fl., Sml. I, s. 73, præmis 20), har den forelæggende ret henvist til den ovennævnte opfattelse, som forfægtes af en tendens i retspraksis og den juridiske litteratur i Tyskland, og hvorefter denne tilknytning indebærer, at de offentlige myndigheder kan udøve en konkret indflydelse på de forskellige fremgangsmåder for indgåelse af aftaler.

54 Indledningsvis bemærkes i denne forbindelse, at spørgsmålet om de i hovedsagen omhandlede radio- og tv-selskabers tilknytning til de offentlige myndigheder kun vedrører indgåelsen af de aftaler, der ikke har nogen forbindelse med udførelsen af disse organers egentlige public service-opgave, som sikret i den tyske forfatning, dvs. udvikling og produktion af programmer. Den i hovedsagen omhandlede aftale vedrører ikke disse organers egentlige funktion.

55 Endvidere skal det fremhæves — som det fremgår af de betragtninger, der er blevet fremført i forbindelse med det første spørgsmål — at selve eksistensen af de omhandlede offentlige radio- og tv-selskaber er afhængig af staten. Kriteriet om disse organers tilknytning til staten er således opfyldt, og det kræves ikke, at de offentlige myndigheder har en mulighed for at udøve konkret indflydelse på de pågældende organers forskellige beslutninger i forbindelse med indgåelse af offentlige aftaler.

56 Denne tilknytning i bred forstand udelukker ikke — i tilfælde af en manglende overholdelse af fællesskabsbestemmelserne vedrørende indgåelse af offentlige aftaler — risikoen for, at de i hovedsagen omhandlede radio- og tv-selskaber lader sig lede af andre hensyn end økonomiske, bl.a. ved at tilgodese de nationale tilbudsgivere og kandidater. Disse organer kan indtage en sådan holdning uden at tilsidesætte de krav, der er fastsat i den tyske forfatning, som ikke indeholder forbud herimod. Som den forelæggende ret rammende har anført, kræver statens forpligtelse til ikke at

blande sig i de pågældende organers programfastsættelse — som sikret i den tyske forfatning og fortolket af Bundesverfassungsgericht — ikke, at disse organer forholder sig neutrale i forbindelse med indgåelse af aftaler. En sådan risiko ville være i strid med formålet med de fællesskabsretlige regler om indgåelse af offentlige aftaler anført i denne doms præmis 38 og 39.

57 Den forelæggende ret er endvidere med henblik på besvarelsen af det andet præjudicielle spørgsmål i tvivl om, i hvilket omfang det standpunkt, Domstolen indtog i præmis 21 i University of Cambridge-dommen, er relevant. Domstolen fastslog, at selv om den måde, som et givent organ finansieres på, kan være afslørende for, om der består en nær tilknytning mellem organet og en anden ordregivende myndighed, kan dette kriterium ikke være eneafgørende. Det er ikke enhver betaling, der foretages af en ordregivende myndighed, som har til formål at skabe eller forstærke et specifikt underordnelses- eller afhængighedsforhold. Kun de ydelser, der finansierer eller støtter den berørte virksomheds aktiviteter ved et økonomisk bidrag uden særlig modydelse, kan kvalificeres som »offentlig finansiering«.

58 Det bemærkes i denne forbindelse, at det for så vidt angår forholdet mellem de pågældende organer og forbrugerne fremgår af præmis 23-25 i University of Cambridge-dommen, at de offentlige betalinger, hvortil der ikke er forbundet nogen kontraktuel modydelse, kan kvalificeres som »offentlig finansiering«. Som fastslået i nærværende doms præmis 45, er de midler, som er tildelt de i hovedsagen omhandlede radio- og tv-selskaber, således ikke i dette tilfælde forbundet med nogen

kontraktuel modydelse, idet hverken licensbetalingen eller størrelsen heraf følger af en aftale mellem disse organer og forbrugerne, da sidstnævnte er forpligtet til at betale licensen ved den blotte omstændighed, at der rådes over et radio- eller tv-apparat, selv om de aldrig gør brug af de pågældende organers ydelser.

59 Ligeledes foreligger der heller ikke i det foreliggende tilfælde nogen bestemt modydelse over for staten, i betragtning af, at — som den forelæggende ret rammende har understreget — den i hovedsagen omhandlede finansiering tilsigter at udligne de byrder, som affødes af udførelsen af statens public service-opgave, som består i at sikre en pluralistisk og objektiv audiovisuel oplysning af borgerne. På dette punkt adskiller de i hovedsagen omhandlede radio- og tv-selskaber sig ikke fra andre offentlige tjenester, som modtager støtte fra staten for at opfylde deres opgave af almen interesse.

60 Det andet spørgsmål skal derfor besvares med, at artikel 1, litra b), andet afsnit, tredje led, første alternativ, i direktiv 92/50 skal fortolkes således, at anvendelsen af kriteriet om, at organet skal »finansieres af staten«, ikke forudsætter staten eller andre offentlige myndigheders direkte indblanding ved sådanne organers indgåelse af en aftale som den i hovedsagen omhandlede, såfremt offentlige radio- og tv-selskabers virksomhed, som dem i hovedsagen, finansieres på den måde, der er redegjort for i forbindelse med behandlingen af det første spørgsmål.

Det tredje spørgsmål

61 Med det tredje spørgsmål ønsker den forelæggende ret oplyst, om artikel 1, litra a), nr. iv), i direktiv 92/50 i lyset af samme direktivs artikel 1, litra b), andet afsnit, tredje

led, skal fortolkes således, at det kun er offentlige aftaler vedrørende de tjenesteydelser, som der henvises til i denne første bestemmelse, der er udelukket fra direktivets anvendelsesområde.

62 Det bestemmes i artikel 1, litra a), nr. iv), i direktiv 92/50, at direktivet ikke finder anvendelse på offentlige aftaler, hvis formål er de ydelser, som berører radio- og tv-selskabernes egentlige funktion, dvs. udvikling og produktion af programmer af kulturel og samfundsmæssig betydning, som anført i 11. betragtning til direktiv 92/50, og mere udtrykkeligt i betragtning 25 til direktiv 2004/18, som gør det uhensigtsmæssigt at lade direktivet finde anvendelse på dem.

63 Som antydet af generaladvokaten i punkt 80 i forslaget til afgørelse, afspejler denne bestemmelse det samme hensyn som det, der er kommet til udtryk i den tyske forfatning, nemlig en garanti for udførelsen af de offentlige radio- og tv-selskabers public service-opgave i fuld uafhængighed og upartiskhed.

64 Da den pågældende bestemmelse udgør en undtagelse til hovedformålet med fællesskabsdirektiverne om indgåelse af offentlige aftaler, som anført i denne doms præmis 39, dvs. fri bevægelighed for tjenesteydelser og størst mulig adgang til konkurrence, skal den fortolkes indskrænkende. Derfor er det kun de offentlige aftaler, som omfatter tjenesteydelserne nævnt i direktivets artikel 1, litra 1, nr. iv), der er udelukket fra anvendelsesområdet for direktiv 92/50. Derimod er offentlige tjenesteydelsesaftaler, som ikke har nogen forbindelse med de aktiviteter, som er omfattet af udførelsen af de offentlige radio- og tv-selskabers egentlige public service-opgave, fuldt ud undergivet fællesskabsreglerne.

65 Denne opfattelse bekræftes af betragtning 28 til direktiv 2004/18, der til vejledning i den næstsidste sætning henviser til, at denne undtagelse ikke bør gælde for levering af teknisk materiel til produktion, samproduktion og udsendelse af disse programmer.

66 Det bemærkes imidlertid, at disse betragtninger kun finder anvendelse, såfremt det i en konkret sag drejer sig om en aftale, som er indgået af et organ, som anses for en ordregivende myndighed som omhandlet i artikel 1, litra b), i direktiv 92/50.

67 Det tredje spørgsmål skal derfor besvares med, at artikel 1, litra a), nr. iv), i direktiv 92/50 skal fortolkes således, at det kun er offentlige aftaler vedrørende de tjenesteydelser, der henvises til i denne bestemmelse, der er udelukket fra direktivets anvendelsesområde.

Sagens omkostninger

68 Da sagens behandling i forhold til hovedsagens parter udgør et led i den sag, der verserer for den forelæggende ret, tilkommer det denne at træffe afgørelse om sagens omkostninger. Bortset fra nævnte parters udgifter kan de udgifter, som er afholdt i forbindelse med afgivelse af indlæg for Domstolen, ikke erstattes.

På grundlag af disse præmisser kender Domstolen (Fjerde Afdeling) for ret:

1) **Artikel 1, litra b), andet afsnit, tredje led, første alternativ, i Rådets direktiv 92/50/EØF af 18. juni 1992 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige tjenesteydelsesaftaler skal fortolkes således, at offentlige radio- og tv-selskabers virksomhed, som de i hovedsagen omhandlede, for mere end halvdelens vedkommende finansieres af staten, når de for mere end halvdelens vedkommende finansieres ved en licens, som påhviler indehaveren af et radio- eller tv-apparat, og som pålægges, beregnes og opkræves efter regler som de i hovedsagen foreliggende.**

2) **Artikel 1, litra b), andet afsnit, tredje led, første alternativ, i direktiv 92/50 skal fortolkes således, at anvendelsen af kriteriet om, at organet skal »finansieres af staten«, ikke forudsætter staten eller andre offentlige myndigheders direkte indblanding ved sådanne organers indgåelse af en aftale som den i hovedsagen omhandlede, såfremt offentlige radio- og tv-selskabers virksomhed, som dem i hovedsagen, finansieres på den måde, der er redegjort for i forbindelse med behandlingen af det første spørgsmål.**

3) **Artikel 1, litra a), nr. iv), i direktiv 92/50 skal fortolkes således, at det kun er offentlige aftaler vedrørende de tjenesteydelser, der henvises til i denne bestemmelse, der er udelukket fra direktivets anvendelsesområde.**

Underskrifter