Jurisprudentie

CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL
M. WATHELET
van 30 mei 2017[1]

Zaak C-649/15 P

TV2/Danmark A/S
tegen

Europese Commissie

„Hogere voorziening – Staatssteun – Artikel 107, lid 1, VWEU – Openbare omroep – Door de Deense autoriteiten ten uitvoer gelegde maatregelen ten behoeve van de Deense omroep TV2/Danmark – Begrip ‚steunmaatregelen van de staten of met staatsmiddelen bekostigd' – Altmark-arrest"

1. Met haar hogere voorziening verzoekt TV2/Danmark A/S (hierna: „TVS A/S") om gedeeltelijke vernietiging van het arrest van het Gerecht van de Europese Unie TV2/Danmark/Commissie[2], waarbij het Gerecht, ten eerste, besluit 2011/839/EU van de Commissie[3] nietig heeft verklaard voor zover de Europese Commissie daarin had geoordeeld dat de via het TV2-fonds aan TV2/Danmark overgedragen reclame-inkomsten van de jaren 1995 en 1996 staatssteun vormden, en, ten tweede, voor het overige, haar beroep heeft verworpen [TV2 A/S is een Deense naamloze omroepvennootschap die is opgericht om met boekhoudkundige en fiscale ingang van 1 januari 2003 de in 1986 opgerichte autonome overheidsonderneming TV2/Danmark (hierna: „TV2") te vervangen]. Deze zaak houdt verband met de zaken C-656/15 P en C-657/15 P, waarin ook hogere voorzieningen tegen het betreden arrest zijn ingesteld en waarin ik heden eveneens conclusie neem. De zaak is tevens verwant met de zaak die recentelijk heeft geleid tot het arrest van 8 maart 2017, Viasat Broadcasting UK/Commissie (C-660/15 P, EU:C:2017:178).

I. Aan het geding ten grondslag liggende feiten

2. Aangezien de feiten die aan deze zaak ten grondslag liggen identiek zijn met diegene die ten grondslag liggen aan zaak C-656/15 P, verwijs ik hiervoor naar de punten 2 tot en met 15 van mijn conclusie in die zaak, ook van heden.

II. Procedure bij het Gerecht en bestreden arrest

3. Om dezelfde reden verwijs ik naar de punten 16 tot en met 19 van mijn conclusie in zaak C-656/15 P.

1 Oorspronkelijke taal: Frans.

2 Arrest van 24 september 2015 (T-674/11, hierna: „bestreden arrest", EU:T:2015:684).

3 Besluit van 20 april 2011 betreffende de door Denemarken ten uitvoer gelegde steunmaatregel (C 2/03) ten behoeve van TV2/Danmark (PB 2011, L 340, blz. 1; hierna: „litigieus besluit").

III. Hogere voorziening

4. Ter staving van haar hogere voorziening voert TVS A/S twee middelen aan inzake, ten eerste, de uitlegging en de toepassing van de vierde voorwaarde die door het Hof is vereist in zijn arrest van 24 juli 2003, Altmark Trans en Regierungspräsidium Magdeburg, (C-280/00, hierna: „Altmark-arrest", EU:C:2003:415, en, wat deze voorwaarden betreft: „Altmark-voorwaarden") en, ten tweede, de kwalificatie van de middelen die afkomstig zijn uit de omroepbijdrage die TV2 overmaakte aan haar regionale zenders.

5. Overeenkomstig artikel 76, lid 2, van zijn Reglement voor de procesvoering, was het Hof van oordeel dat het na de schriftelijke behandeling voldoende was voorgelicht en dat een pleitzitting bijgevolg niet noodzakelijk was.

A. Eerste middel (de vierde Altmark-voorwaarde)

1. Samenvatting van de argumenten van partijen

6. TVS A/S betoogt dat het Gerecht, door de eerste vordering in haar beroep op grondslag van een onjuiste uitlegging en toepassing van de vierde Altmark-voorwaarde af te wijzen, blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting.

7. TVS A/S is met name van mening dat het Gerecht, gelet op de bijzondere aard van de taak van publieke dienstverlening en de toepassing met terugwerkende kracht van de Altmark-voorwaarden, de vierde Altmark-voorwaarde niet uitsluitend naar de letter had moeten uitleggen en toepassen, maar louter had moeten nagaan of de doelstelling ervan in het onderhavige geval was bereikt.

8. Volgens TVS A/S is de door het Gerecht gemaakte toepassing onmogelijk aangezien de bedrijfssector van TV2 geen commerciële en aan concurrentie onderhevige sector is en dus geen „referentieonderneming" bestaat waarmee de krachtens die voorwaarde vereiste vergelijking kan worden gemaakt.

9. TVS A/S is dan ook van mening dat het Gerecht de vierde Altmark-voorwaarde had moeten toepassen in het licht van de doelstelling ervan [4], en had moeten vaststellen dat deze doelstelling, gelet op de verificatie van de boekhouding van TV2 door de Rigsrevisionen (rekenkamer, Denemarken), was verwezenlijkt en deze voorwaarde bijgevolg was vervuld.

10. TVS A/S stelt verder dat haar stelling wordt gestaafd door de omstandigheid dat, in het onderhavige geval, de Altmark-voorwaarden zijn toegepast met terugwerkende kracht en met hieruit voortvloeiende schending van de rechtszekerheid.

11. Het Koninkrijk Denemarken onderschrijft het betoog dat TVS A/S tot staving van haar hogere voorziening heeft aangevoerd.

12. Volgens de Commissie en Viasat Broadcasting UK Ltd (hierna: „Viasat") is dit middel van TVS A/S niet-ontvankelijk en in ieder geval ongegrond.

13. In haar memorie van repliek betwist TVS A/S het betoog van de Commissie en van Viasat waarbij de ontvankelijkheid van dit middel ter discussie wordt gesteld en voert, in wezen, aan dat haar argumenten wel degelijk rechtsvragen doen rijzen.

4 Voor TVS A/S zou, in wezen, voor vervulling van de vierde Altmark-voorwaarde volstaan dat de compensatie voor de openbare dienstverlening efficiënt werd gebruikt, zodat de openbaredienstverleningstaak zo goed mogelijk tegen zo laag mogelijke kosten wordt vervuld.

14. In zijn memorie van dupliek stelt het Koninkrijk Denemarken dat de vraag inzake de wijze waarop de vierde Altmark-voorwaarde moet worden opgevat en toegepast een rechtsvraag is en de beoordeling van het Gerecht van deze vraag een juridische beoordeling is die vatbaar is voor toetsing door het Hof in het kader van een hogere voorziening.

2. Beoordeling

a) Ontvankelijkheid

15. Ik ben het met de Commissie en Viasat eens dat de door TVS A/S naar voren gebrachte argumenten tot doel hebben het Hof de feiten zoals deze door het Gerecht zijn vastgesteld, opnieuw te laten beoordelen. TVS A/S voert namelijk geen enkel autonoom argument aan dat is ontleend aan onjuiste rechtsopvattingen van het Gerecht. Als er al enkele argumenten betreffende rechtsvragen zijn, dan kunnen deze niet los worden gezien van de grief die TVS A/S ontleent aan een onjuiste uitlegging van het Deense recht door het Gerecht, hetgeen ook een feitelijke vraag is. [5]

16. Daarenboven voert TVS A/S niet aan dat het Gerecht de feiten kennelijk onjuist heeft opgevat. In dat geval zou het overigens nog aan TVS A/S staan om vast te stellen dat de uitkomst van het geding anders zou zijn geweest, indien het Gerecht de feiten niet onjuist had opgevat (quod non), hetgeen evenmin door TVS A/S is aangetoond.

17. Bovendien wordt in de hogere voorziening, zoals Viasat opmerkt, slechts in zeer algemene zin kritiek geuit op het bestreden arrest. Ook bevat de door TV2 A/S ingediende hogere voorziening geen nieuwe argumenten, maar bestaat deze in hoofdzaak uit verwijzingen naar argumenten die al aan het Gerecht zijn voorgelegd en door dit laatste zorgvuldig zijn onderzocht alvorens te worden afgewezen.

18. Ik ga nog op enkele punten nader in.

1) Toepassing van de vierde Altmark-voorwaarde met inaanmerkingneming van de doelstelling ervan

19. Het Gerecht heeft in het bestreden arrest (punt 70) geoordeeld dat „echter niet [kan] worden aangenomen dat de omroepsector geen commerciële en aan mededinging onderhevige sector is” hetgeen TVS A/S betwist, zodat zij kan stellen dat het onmogelijk is een referentieonderneming te vinden waarmee de kosten uit de door haar verzorgde openbare dienst zou kunnen worden vergeleken, hetgeen tot gevolg zou hebben dat de vierde Altmark-voorwaarde niet volgens de tekst ervan wordt toegepast.

20. Ik merk om te beginnen op dat de vraag of een gemiddelde, goed beheerde en met voldoende middelen uitgeruste onderneming bestaat, waarmee de kosten van TV2 zouden kunnen worden vergeleken, een vraag is die betrekking heeft op de feiten van de zaak en om die reden niet door het Hof mag worden getoetst, aangezien niet is aangevoerd dat enig bewijs onjuist is opgevat en TVS A/S in haar betoog niet aanvoert dat blijk is gegeven van een onjuiste rechtsopvatting.

5 Het feit dat de argumenten van TVS A/S hoofdzakelijk berusten op haar verklaringen en toelichtingen over de feiten van de zaak blijkt bijzonder duidelijk in de punten 27 tot en met 48, 54 tot en met 62 en 85 tot en met 111 van de hogere voorziening. Zie met betrekking tot de argumenten van TVS A/S op basis van het Deense recht tevens punt 68 van deze conclusie.

21. Ook heeft het Gerecht in de punten 51 tot en met 73 van het bestreden arrest het betoog van TVS A/S zorgvuldig onderzocht en in een zeer uitgebreide motivering de stelling verworpen dat de vierde Altmark-voorwaarde in een zaak als deze op een specifieke wijze zou moeten worden toegepast door in punt 119 van het bestreden arrest uitdrukkelijk op te merken dat er wel een gemiddelde, goed beheerde en met voldoende middelen uitgeruste onderneming kon worden gevonden, waarmee de kosten van TVS A/S konden worden vergeleken, en heeft de argumenten van TVS A/S verworpen dat een dergelijke onderneming niet kon worden gevonden.

22. In haar hogere voorziening betwist TVS A/S deze punten niet en herhaalt al evenmin dat het onmogelijk is een vergelijking te maken met de andere handelsondernemingen.

2) Onvoldoende toezicht van de Rekenkamer

23. TVS A/S stelt verder dat het Gerecht had moeten vaststellen dat het permanente toezicht van de Rekenkamer om te na te gaan of TV2 een economisch goed beheerde onderneming was, volstond om te waarborgen dat de uiteindelijke doelstelling van de vierde Altmark-voorwaarde werd geëerbiedigd.

24. Het Gerecht heeft, na onderzoek van het in casu overgelegde bewijs, zoals was uiteengezet in het litigieuze besluit en in de procedure bij het Gerecht was ingebracht, toch geconcludeerd dat, „[h]oe dan ook", de argumenten van verzoekster over de ex-postcontrole op TV2 „evenmin de toets van het nadere onderzoek [doorstaan]".

25. Zoals door de Commissie wordt opgemerkt, betreft dat, zelfs wanneer ervan wordt uitgegaan dat de vierde Altmark-voorwaarde in casu niet overeenkomstig de tekst ervan had moeten worden toegepast, maar de bepaling op basis van de doelstelling ervan had moeten worden uitgelegd, dan ook in ieder geval een vraag die betrekking heeft op de feiten van het geding en om die reden niet door het Hof mag worden getoetst.

26. Opgemerkt zij dat TVS A/S ook hier niet heeft aangevoerd dat het Gerecht de bewijzen in het dossier onjuist heeft opgevat en niet heeft gepreciseerd welk bewijs het Gerecht eventueel onjuist zou hebben opvat en overigens evenmin heeft aangetoond dat het onderzoek van het Gerecht fouten bevat op grond waarvan het Gerecht het bewijs in het dossier onjuist had kunnen opvatten.

3) Mocht er al sprake zijn van juridische argumenten, dan doen zij in elk geval niet ter zake

27. Voor het Gerecht had TVS A/S, tot staving van haar vorderingen tot nietigverklaring van het litigieuze besluit, aangevoerd dat de Commissie zowel blijk had gegeven van een onjuiste rechtsopvatting (voor zover zij beweerdelijk een onjuiste juridische kwalificatie had toegepast in het kader van de vierde Altmark-voorwaarde) als fouten had begaan bij het vaststellen van de feiten van de zaak.

28. De afwijzing door het Gerecht van de door verzoekster geformuleerde middelen heeft in twee „stappen" plaatsgevonden. Het Gerecht heeft allereerst uiteengezet dat de Commissie het juiste juridische criterium had toegepast (namelijk de volle toepassing van de vierde Altmark-voorwaarde). Vervolgens is het nagegaan of de uitkomst van het geding anders was geweest indien verzoekster gelijk had gehad over het toe te passen juridische criterium (namelijk een toepassing van de vierde Altmark-voorwaarde op basis van de doelstelling ervan). Bij haar soevereine beoordeling van de feiten heeft het Gerecht geoordeeld dat het geding ook bij toepassing van het door verzoekster aangevoerde juridische criterium, eenzelfde uitkomst zou hebben gehad. [6]

6 Punt 70 van het bestreden arrest met betrekking tot de vraag of de omroepsector een commerciële en aan mededinging onderhevige sector is, punt 119 met betrekking tot de vraag of een gemiddelde onderneming kan worden gevonden waarmee de kosten van TV2 kunnen worden vergeleken en de punten 132-148 met betrekking tot de vraag of de ex-postcontrole van TV2 door de Rekenkamer volstaat.

29. Zoals de Commissie opmerkt, kan, aangezien het Gerecht zich in het kader van de in eerste aanleg door verzoekster aangevoerde middelen heeft gebogen over deze twee stappen, de hogere voorziening van TVS A/S alleen worden toegewezen indien zij aantoont dat zowel sprake is van een kennelijke onjuiste opvatting van de feiten als van een onjuiste rechtsopvatting met betrekking tot de keuze van het toepasselijke juridische criterium.

30. Aangezien TVS A/S niet heeft gesteld dat sprake is van een kennelijk onjuiste opvatting van de feiten, mag het Hof niet ingaan op de vraag of sprake is van een onjuiste rechtsopvatting.

31. De twee zuiver feitelijke vragen en de „juridische" argumenten die door TVS A/S zijn aangevoerd – dat, in haar concrete geval, het ontbreken van een referentieonderneming uit de publieke omroep die onder normale marktvoorwaarden opereert en een commerciële dimensie heeft zou moeten leiden tot een teleologische toepassing van de vierde Altmark-voorwaarde – berusten alle op de premisse dat het Hof feiten anders zal vaststellen dan het Gerecht, hetgeen onjuist is.

32. Daarenboven heeft het Gerecht in de punten 132 tot en met 148 van het bestreden arrest ten overvloede onderzocht of, en geconcludeerd dat in het geval de vierde Altmark-voorwaarde in casu in wezen of minder strikt had moeten worden toegepast, het geding dezelfde uitkomst had gehad.

33. In deze omstandigheden is het betoog van TVS A/S mijns inziens ondoeltreffend.

34. Ik zal louter ten overvloede inhoudelijk ingaan op de argumenten van TVS A/S.

b) Ten gronde

1) Toepassing van de vierde Altmark-voorwaarde met inaanmerkingneming van de doelstelling ervan

i) Vierde voorwaarde is volledig van toepassing

35. Wat de toepassing en de uitlegging van de vierde Altmark-voorwaarde betreft, denk ik niet dat het Gerecht kan worden verweten het rechtszekerheidsbeginsel te hebben geschonden door te oordelen dat deze voorwaarde volledig van toepassing was, en deze met terugwerkende kracht te hebben toegepast.

36. Ten eerste is het duidelijk dat de vier Altmark-voorwaarden cumulatief zijn en ten tweede is het, gelet op het feit dat het een beginselarrest betreft – waarin het Hof een reeks voorwaarden met algemene strekking heeft gedefinieerd – niet opportuun een verandering aan te brengen aan de strekking van de vastgestelde voorwaarden, die gelden voor een specifieke situatie, namelijk die waarin de ondernemingen die steun ontvangen voor de vervulling van hun openbaredienstverplichting „in werkelijkheid geen financieel voordeel ontvangen en [die] maatregel dus niet tot gevolg heeft dat deze ondernemingen vergeleken met ondernemingen die met hen concurreren in een gunstiger mededingingspositie worden geplaatst"[7].

37. Zoals door de Commissie wordt opgemerkt, kan het begrip „staatssteun", daar het objectief van karakter is, niet verschillend worden uitgelegd afhankelijk van de sector die in een gegeven zaak aan de orde is. De opvatting die mogelijk wenselijk is in sectoren met bijzondere kenmerken, is dus niet op haar plaats bij de toetsing of sprake is van staatssteun (hetgeen valt onder een objectieve toetsing), maar kan wel tot uiting komen bij de toetsing of de staatssteun verenigbaar is met de interne markt.[8]

7 Punt 87 van het Altmark-arrest.

8 Dit komt tevens naar voren uit de tekst van het Protocol van Amsterdam, waarin de bewoordingen van artikel 106, lid 2, VWEU zijn overgenomen.

38. Het doel van de Altmark-voorwaarden is namelijk het vaststellen van de prijs die op een algemene markt zou zijn gevraagd (marktprijs) voor de prestatie die wordt vertegenwoordigd door de betrokken publieke dienst om vast te stellen of deze prestatie had kunnen zijn aangeboden (in dezelfde omstandigheden zonder overheidsingrijpen).

ii) Toepassing ratione temporis van de Altmark-voorwaarden

39. TVS A/S stelt ter discussie dat deze voorwaarden met terugwerkende kracht zijn toegepast.

40. Het volstaat te herinneren aan de rechtspraak van het Hof[9], aangehaald in punt 79 van het bestreden arrest, dat „een prejudicieel arrest louter declaratoir en niet constitutief van aard is, zodat het in beginsel tot de datum van inwerkingtreding van de uitgelegde regel terugwerkt".

41. In hetzelfde punt van het bestreden arrest heeft het Gerecht overigens terecht opgemerkt dat het Hof niet had besloten de gevolgen van zijn Altmark-arrest in de tijd te beperken.

42. Het betoog van TVS A/S lijkt in feite vooral verband te houden met de financiële gevolgen voor TV2 van de op de Altmark-voorwaarden gebaseerde kwalificatie van de betreffende maatregelen als staatssteun, terwijl deze maatregelen ver voor de uitspraak van dat arrest zijn genomen.

43. Het Gerecht heeft ook de mogelijkheid van de hand gewezen dat TVS A/S, in casu, op grond van deze eventuele financiële gevolgen krachtens het rechtszekerheidsbeginsel zou kunnen verzoeken dat die voorwaarden buiten toepassing worden gelaten.[10]

iii) Vergelijking met een gemiddelde of een referentieonderneming

44. Zoals Viasat opmerkt is het, zelfs al mocht worden vastgesteld dat in het onderhavige geval geen concrete vergelijking met een andere onderneming kon worden gemaakt en dat alle hiervoor relevante pogingen waren ondernomen – hetgeen door het bestreden arrest wordt betwist (punt 119) – van belang in gedachten te houden dat het Koninkrijk Denemarken gebruik had kunnen maken van een openbare aanbesteding, omdat het Altmark-arrest twee oplossingen biedt om aan de vierde hierin gestelde voorwaarde te voldoen, namelijk de keuze voor een exploitant van openbare diensten naar aanleiding van een openbare aanbesteding *of* een beperking van de compensatie voor de openbare dienst tot de kosten die een goed beheerde gemiddelde onderneming zou hebben gemaakt om de openbare dienst uit te voeren.

45. Uit de punten 116 en 117 van het bestreden arrest komt naar voren dat het om de vierde Altmark-voorwaarde als vervuld te beschouwen, niet volstaat aan te tonen dat de begunstigde zelf een goed geleide en met voldoende middelen uitgeruste onderneming is (het argument van TVS A/S). Dat ontslaat niet van de plicht een referentieonderneming te zoeken.

46. In ieder geval is het argument van TVS A/S dat aan de vierde Altmark-voorwaarde kan worden voldaan in het bijzondere geval waarin geen referentieonderneming kan worden aangewezen, in casu irrelevant, omdat het Gerecht in punt 119 van het bestreden arrest al heeft geoordeeld dat *wel* een referentieonderneming kan worden gevonden waarmee de kosten van TV2 kunnen worden vergeleken.

9 Arrest van 8 september 2011, Q-Beef en Bosschaert (C-89/10 en C-96/10, EU:C:2011:555, punt 48 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

10 Punten 81 en 82 van het bestreden arrest.

47. In de punten 52 en 53 van haar hogere voorziening voert TV2 A/S de arresten BUPA e.a./Commissie [11] en CBI/Commissie [12] aan om te stellen dat het, afhankelijk van de omstandigheden, noodzakelijk kan zijn om de vierde Altmark-voorwaarde – op basis van de nagestreefde doelstellingen – aan te passen.

48. De opmerking volstaat echter dat deze stelling al zorgvuldig door het Gerecht is onderzocht en vervolgens is verworpen (punten 57-63 en 68-70 van het bestreden arrest), zonder dat TV2 A/S dit in haar hogere voorziening heeft vermeld.

49. Zoals in het bestreden arrest is uiteengezet (punten 57 en 58), waren de omstandigheden in de zaak die heeft geleid tot het arrest van 12 februari 2008, BUPA e.a./Commissie (T-289/03, EU:T:2008:29) heel anders en geenszins vergelijkbaar met die in de onderhavige zaak. TV2 A/S spreekt zich echter niet uit over het Gerechts weerlegging van haar argumenten op dit punt.

50. Wat het CBI-arrest betreft, volstaat de opmerking dat in die zaak geen sprake was van het toestaan van een aangepaste toepassing van de vierde Altmark-voorwaarde. De vaststellingen van het Gerecht dat het een zeer bijzondere sector betrof, namelijk de ziekenhuissector, die niet noodzakelijkerwijze een commerciële en aan mededinging onderhevige sector is, waren dus niet van invloed bij de beantwoording van de vraag of de vierde Altmark-voorwaarde was vervuld. [13]

51. In ieder geval denk ik (net als de Commissie) dat niet kan worden ontkend dat de sector van de publieke omroep een commerciële en aan mededinging onderhevige sector is, hetgeen het Gerecht overigens heeft vastgesteld in zijn soevereine beoordeling van de feiten van het geval.

2) Argument op basis van het toezicht door de Rekenkamer

52. Zoals Viasat opmerkt, moeten de middelen en conclusies van TVS A/S a priori aldus worden opgevat dat hierin wordt toegegeven dat in het onderhavige geval *niet is voldaan* aan de letterlijk genomen vierde Altmark-voorwaarde en dat bijgevolg geen analyse behoeft te worden gemaakt van de kosten die een gemiddelde en goed beheerde onderneming had gedragen om deze openbaredienstverplichtingen uit te oefenen.

53. Bijgevolg is de beoordeling van het toezicht door de Rekenkamer in beginsel alleen relevant indien het Hof vaststelt (hetgeen volgens mijn conclusie onjuist zou zijn) dat, in het geval van TV2, de vierde Altmark-voorwaarde op de door TV2 A/S aanbevolen aangepaste wijze moest worden toegepast.

54. Ik denk dat het Gerecht in het onderhavige geval de vierde Altmark-voorwaarde juist heeft toegepast door te eisen dat de kosten van TV2 werden vergeleken met die welke een goed beheerde en met voldoende middelen uitgeruste onderneming zou hebben gemaakt.

55. In het weinig waarschijnlijke geval dat het Hof zou oordelen dat de vierde Altmark-voorwaarde in het onderhavige geval niet overeenkomstig de tekst ervan moest worden toegepast, maar de bepaling daarentegen op basis van de doelstelling ervan moet worden toegepast, staat vast dat het Gerecht, na onderzoek van het in casu ingebrachte bewijs, zoals uiteengezet in het litigieuze besluit en in de loop van de procedure is voorgelegd aan het Gerecht, heeft vastgesteld dat, „in ieder geval", de argumenten die verzoekster met betrekking tot de ex-postcontrole van TV2 heeft aangevoerd „evenmin de toets van het nadere onderzoek [zouden] doorstaan". [14]

11 Arrest van 12 februari 2008, BUPA e.a./Commissie (T-289/03, EU:T:2008:29).

12 Arrest van 7 november 2012, CBI/Commissie (T-137/10 ; hierna : „CBI-arrest", EU:T:2012:584).

13 Arrest CBI, punten 35 en 36 (zie ook punten 289 e.v.).

14 Punt 132 van het bestreden arrest. De beoordeling, door het Gerecht, van de argumenten waarmee TV2 A/S stelt dat de vierde Altmark-voorwaarde „in wezen" was vervuld, staat in de punten 133-148 van het bestreden arrest.

56. Uit het bovenstaande volgt dat het eerste middel niet-ontvankelijk en in ieder geval ongegrond moet worden verklaard.

B. Tweede middel (middelen van de regionale omroepen)

1. Samenvatting van de argumenten van partijen

57. Met haar tweede middel beweert TVS A/S dat het Gerecht, aangezien het haar tweede subsidiaire vordering inhoudelijk heeft onderzocht en verworpen, ofschoon TVS A/S en de Commissie *het niet oneens waren* over de kwalificatie van de middelen die afkomstig zijn uit de omroepbijdrage die door TV2 aan haar regionale zenders werd overgemaakt, ultra petita uitspraak heeft gedaan, de grenzen van zijn rechtmatigheidstoetsing heeft overschreden en het beginsel van hoor en wederhoor heeft geschonden.

58. Voorts betoogt TVS A/S dat de inhoudelijke toetsing van het Gerecht is gebaseerd op een kennelijk onjuiste uitlegging van het Deense recht.

59. TVS A/S stelt meer bepaald dat nergens uit dit recht naar voren komt dat TV2 een vergoeding moest overmaken aan haar regionale zenders voor de levering van regionale programma's die door TV2 werden uitgezonden of dat de overmaking aan die zenders van middelen die afkomstig zijn uit de omroepbijdrage een vergoedingsplicht vormde die TV2 zelf vervulde ten aanzien van die zenders in ruil voor de levering van deze programma's.

60. Het Koninkrijk Denemarken onderschrijft het betoog dat TVS A/S tot staving van haar hogere voorziening heeft aangevoerd.

61. De Commissie en Viasat betwisten dat dit middel van TVS A/S ontvankelijk is en menen dat het in ieder geval ongegrond is.

62. Met name de Commissie benadrukt dat, mocht het Hof dit middel niet onontvankelijk verklaren, het zou moeten oordelen dat – aangezien TVS A/S in de loop van het geding voor het Gerecht erop heeft gewezen dat zij het eens was met de Commissie over het feit dat de grief die strekte tot nietigverklaring van het litigieuze besluit voor zover de overdracht van TV2 aan haar regionale zenders van middelen die waren ontleend aan de omroepbijdrage daarin als „staatssteun" werd aangemerkt, moest worden afgewezen omdat deze zonder voorwerp was – het Gerecht had moeten vaststellen dat deze grief niet langer strekte tot nietigverklaring van het litigieuze besluit op dit punt en de grief niet-ontvankelijk had moeten verklaren.

63. In deze context voegt de Commissie toe dat, ofschoon duidelijk is dat deze middelen staatssteun vormen, als zodanig niet uit het litigieuze besluit naar voren komt dat de Commissie voornemens was zich over deze vraag uit te spreken (namelijk of de middelen die afkomstig waren uit de omroepbijdrage en die TV2 aan de regionale zenders had overgemaakt, al dan niet staatssteun vormden).

2. Beoordeling

a) Ontvankelijkheid

64. TVS A/S voert aan dat het Gerecht het Deense recht kennelijk onjuist heeft uitgelegd („[d]e vaststellingen waarop de getrokken conclusie is gebaseerd kunnen niet uit het dossier worden afgeleid en zijn kennelijk in tegenspraak met het Deense recht" in punt 84 van de hogere voorziening).

65. De uitlegging van het nationale recht is echter een feitelijke vraag die niet door het Hof mag worden getoetst.

66. Daarenboven heeft het Gerecht de feiten van de zaak niet kennelijk onjuist opgevat, hetgeen trouwens niet door TVS A/S wordt aangevoerd.

67. Zoals de Commissie opmerkt, zijn de feiten van het geval ontegenzeggelijk zeer complex van aard. Dit geldt met name voor de Deense wetgeving op dit gebied, hetgeen de taak van het Gerecht niet heeft vereenvoudigd.

68. Dit doet echter niets af aan het feit dat TVS A/S niet nader heeft aangegeven welke bewijzen het Gerecht eventueel onjuist zou hebben opgevat en overigens evenmin heeft aangetoond dat het onderzoek van het Gerecht fouten bevat op grond waarvan het Gerecht het bewijs in het dossier onjuist had kunnen opvatten. In plaats daarvan gebruikt zij dit betoog als voorwendsel om in het stadium van de hogere voorziening opnieuw en nader onderzoek te doen naar het Deense recht (zie punten 85-111 van de hogere voorziening) en om de beoordeling door het Gerecht van het bewijs dat wordt gevormd door de relevante bepalingen van dit recht aan te vallen, ofschoon deze gegevens al tot in detail in het bestreden arrest zijn onderzocht.

69. TVS A/S noemt de arresten van 18 juli 2007, Industrias Químicas del Vallés SA (C-326/05 P, EU:C:2007:443, punten 57-60), en 3 april 2014, Frankrijk/Commissie (C-559/12 P, EU:C:2014:217, punten 78-81) ter onderbouwing van haar stelling dat de door haar gestelde kennelijk onjuiste uitlegging van het nationale recht volledig is onderworpen aan het toezicht van het Hof.

70. Met haar argumenten en het nieuwe onderzoek van het Deense recht in de hogere voorziening, richt TVS A/S zich in werkelijkheid gewoonweg – net als het geval was in de zaak die heeft geleid tot het arrest van 3 april 2014, Frankrijk/Commissie (C-559/12 P, EU:C:2014:217) – tegen de beoordeling die het Gerecht heeft gemaakt van het bewijs in de vorm van de relevante bepalingen van het Deense recht, dat al diepgaand in het bestreden arrest is geanalyseerd (punten 166-173).

71. Het tweede middel lijkt mij dus niet-ontvankelijk.

72. Derhalve zal ik louter ten overvloede inhoudelijk ingaan op de argumenten van TVS A/S.

b) Ten gronde

73. TVS A/S beweert dat het Gerecht is afgeweken van de fundamentele beginselen van het procesrecht door, in de punten 152 tot en met 157 van het bestreden arrest (het gedeelte waarin de zaak ten gronde wordt behandeld en de tweede subsidiaire vordering van TV2 A/S voor het Gerecht wordt afgewezen), vooraf een uitlegging te geven van het litigieuze besluit (volgens TVS A/S had het Gerecht niet moeten vaststellen dat TV2 een autonome betalingsverplichting had ten aanzien van haar regionale zenders).

74. Zoals Viasat opmerkt, doet de omstandigheid dat de Commissie en TV2 A/S het voor het Gerecht eens waren over de uitlegging van het litigieuze besluit niets af aan zijn vrijheid om dit besluit uit te leggen in een zaak waarin dit besluit wordt betwist.

75. De Unierechter moet namelijk een handeling beoordelen in het licht van de motivering ervan, zonder dat de Commissie die motivering in de loop van het geding kan wijzigen.

76. Volgens vaste rechtspraak bijvoorbeeld, „heeft de verplichting tot motivering van een individuele beschikking tot doel, het Hof [of het Gerecht] in staat te stellen de wettigheid van de beschikking te toetsen, en de betrokkene voldoende gegevens te verschaffen om na te gaan of de beschikking gegrond is dan wel een gebrek vertoont op grond waarvan de wettigheid kan worden betwist [...] De motivering moet dus in beginsel tegelijk met het bezwarende besluit aan de betrokkene worden meegedeeld. Het ontbreken van een motivering kan niet worden geregulariseerd door de omstandigheid dat de betrokkene tijdens de procedure voor het Hof [of voor het Gerecht] kennis krijgt van de redenen van het besluit”. [15]

77. Ik denk dan ook dat het Gerecht geen blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting bij zijn uitlegging van overweging 194 van het litigieuze besluit, ook al werden TV2 A/S en de Commissie het in de loop van de procedure eens over de uitlegging die van deze handeling moest worden gegeven, en dit met inaanmerkingneming van het feit dat TV2 A/S haar vordering op dit punt niet heeft willen intrekken (zie bestreden arrest, punten 154 en 157)

78. In punt 168 van het bestreden arrest [16] heeft het Gerecht op basis van de feiten zoals deze uit het litigieuze besluit en uit het dossier naar voren kwamen geoordeeld dat TV2 niet kon worden geacht te handelen als simpel „betaalorgaan” ten opzichte van haar regionale zenders (punt 166), maar eerder moest worden geacht een zelfstandige betalingsverplichting jegens die zenders te zijn aangegaan (punt 167).

79. De beoordeling die het Gerecht van de feiten heeft gemaakt komt bovendien naar voren in de punten 169 tot en met 173 van het bestreden arrest, waarin het de aan de basis van zijn conclusie staande Deense wetgeving onderzoekt.

80. Daarbij geeft zelfs de Commissie (ondanks haar argumenten in de punten 62 en 63 van deze conclusie) toe dat de beoordelingen die het Gerecht op basis van haar uitlegging van het litigieuze besluit heeft gemaakt, juridisch juist zijn. [17]

81. In ieder geval betreft de vraag of TV2 jegens haar regionale omroepen een zelfstandige betalingsverplichting had de feiten van de zaak en valt derhalve buiten het toezicht van het Hof.

82. Hieruit volgt dat het tweede middel niet-ontvankelijk en hoe dan ook ongegrond moet worden verklaard. Derhalve dient de hogere voorziening in haar geheel te worden afgewezen.

C. Vervanging van de motivering

83. De Commissie stelt dat het Gerecht blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door te oordelen dat de tweede Altmark-voorwaarde in casu was vervuld en verzoekt het Hof de motivering op dat punt te vervangen.

15 Arrest van 28 juni 2005, Dansk Rørindustri e.a./Commissie (C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P–C-208/02 P en C-213/02 P, EU:C:2005:408, punten 462 en 463).

16 „De argumenten van verzoekster bevatten echter niets waaruit kan worden afgeleid dat in het onderhavige geval de in punt 166 hierboven opgestelde hypothese moet worden aanvaard. Integendeel, uit de feiten, zoals deze uit het bestreden besluit en uit het dossier blijken en die door verzoeksters niet worden betwist, kan worden afgeleid dat veeleer de in punt 167 hierboven opgestelde hypothese overeenkomt met de feiten.”

17 Aangezien de door TV2 ontvangen middelen waren berekend om haar een compensatie toe te kennen voor het beheer van een publieke dienst waarvoor zij verantwoordelijk was, was TV2 immers de begunstigde van de steunmaatregel waarvan het bestaan vaststond (aangezien de vier Altmark-voorwaarden niet waren vervuld).

84. Ik denk dat, aangezien dit niet in haar eigen hogere voorziening tegen het bestreden arrest (zie mijn conclusie in zaak C-656/15 P van heden)[18] noch in een incidentele hogere voorziening wordt genoemd, maar in haar memorie van antwoord op deze hogere voorziening van TVS A/S en dit verzoek niet strekt tot de gehele of gedeeltelijke toewijzing of afwijzing van de hogere voorziening (artikel 174 van het Reglement voor de procesvoering van het Hof), de Commissie het voorwerp van de onderhavige hogere voorziening, dat geen betrekking heeft op deze beoordelingen, niet kan uitbreiden. Haar vordering moet dan ook onontvankelijk worden verklaard.

85. Aangezien de Altmark-voorwaarden cumulatief zijn, is een dergelijk verzoek tot vervanging van de motivering, zoals ook de Commissie erkent, daarenboven alleen van belang in het geval het eerste middel van de hogere voorziening van TVS A/S inzake de toepassing van de vierde Altmark-voorwaarde slaagt, hetgeen niet het geval is. Derhalve moet dat verzoek in ieder geval als niet ter zake dienend worden beschouwd.

IV. Kosten

86. Ingevolge artikel 184, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering beslist het Hof over de proceskosten wanneer de hogere voorziening ongegrond is. Ingevolge artikel 138, lid 1, van dat Reglement, dat op grond van artikel 184, lid 1, daarvan van toepassing is op de procedure in hogere voorziening, moet de in het ongelijk gestelde partij in de kosten worden verwezen voor zover dit is gevorderd. Daar TVS A/S in het ongelijk is gesteld, dient zij overeenkomstig de vordering van de Commissie en Viasat in de kosten te worden verwezen.

87. Volgens artikel 140, lid 1, van het Reglement voor de procesvoering, dat ingevolge artikel 184, lid 1, van dat Reglement van toepassing is op de procedure in hogere voorziening, dragen de lidstaten en de instellingen die in het geding hebben geïntervenieerd, hun eigen kosten. Het Koninkrijk Denemarken draagt als interveniënt voor het Gerecht zijn eigen kosten.

V. Conclusie

88. Gelet op het voorgaande geef ik het Hof in overweging de hogere voorziening af te wijzen en TV2/Danmark A/S te verwijzen in de kosten van de Europese Commissie en Viasat Broadcasting UK Ltd. Het Koninkrijk Denemarken draagt zijn eigen kosten.

18 De Commissie heeft de beoordelingen van het Gerecht inzake de tweede Altmark-voorwaarde niet betwist.