ARREST VAN HET GERECHT (Vijfde kamer)

22 oktober 2008 *

In de gevoegde zaken T-309/04, T-317/04, T-329/04 en T-336/04,

TV 2/Danmark A/S, gevestigd te Odense (Denemarken), vertegenwoordigd door O. Koktvedgaard en M. Thorninger, advocaten,

verzoekster in zaak T-309/04,

ondersteund door

Europese Radio Unie (ERU), gevestigd te Grand-Saconnex (Zwitserland), vertegenwoordigd door A. Carnelutti, advocaat,

interveniënte in zaak T-309/04,

Koninkrijk Denemarken, vertegenwoordigd door J. Molde als gemachtigde, bijgestaan door P. Biering en K. Lundgaard Hansen, advocaten,

verzoeker in zaak T-317/04,

* Procestalen: Engels en Deens.

Viasat Broadcasting UK Ltd, gevestigd te West Drayton, Middlesex (Verenigd Koninkrijk), vertegenwoordigd door S. Hjelmborg en M. Honoré, advocaten,

verzoekster in zaak T-329/04,

ondersteund door

SBS TV A/S, voorheen TV Danmark A/S, gevestigd te Skovlunde (Denemarken),

en

SBS Danish Television Ltd, voorheen Kanal 5 Denmark Ltd, gevestigd te Hounslow, Middlesex (Verenigd Koninkrijk),

vertegenwoordigd door D. Vandermeersch, K.-U. Karl en H. Peytz, advocaten,

interveniënten in zaak T-329/04,

SBS TV A/S,

SBS Danish Television Ltd

verzoeksters in zaak T-336/04,

ondersteund door

Viasat Broadcasting UK Ltd,

interveniënte in zaak T-336/04,

tegen

Commissie van de Europese Gemeenschappen, in de zaken T-309/04, T-317/04, T-329/04 vertegenwoordigd door H. Støvlbaek en M. Niejahr, in zaak T-329/04 eveneens door N. Kahn en in zaak T-336/04 door N. Kahn en M. Niejahr als gemachtigden,

verweerster in de zaken T-309/04, T-317/04, T-329/04 en T-336/04,

ondersteund door

SBS TV A/S,

SBS Danish Television Ltd

en

Viasat Broadcasting UK Ltd,

interveniëntes in zaak T-309/04,

en door

Koninkrijk Denemarken,

TV 2/Danmark A/S

en

ERU,

interveniënten in de zaken T-329/04 en T-336/04,

betreffende, in de zaken T-309/04 en T-317/04, beroepen tot nietigverklaring, primair, van beschikking 2006/217/EG van de Commissie van 19 mei 2004 betreffende de staatssteun van Denemarken aan TV2/Danmark (PB 2006, L 85, blz.1, rectificatie PB 2006, L 368, blz. 112), en, subsidiair, van artikel 2 van deze beschikking of van artikel 2, leden 3 en 4, en, in de zaken T-329/04 en T-336/04, beroepen tot nietigverklaring van dezelfde beschikking voor zover daarbij het bestaan van een gedeeltelijk met de gemeenschappelijke markt verenigbare steunmaatregel wordt vastgesteld,

wijst

HET GERECHT VAN EERSTE AANLEG (Vijfde kamer),

samengesteld als volgt: M. Vilaras (rapporteur), kamerpresident, M. E. Martins Ribeiro en K. Jürimäe, rechters,

griffier: C. Kristensen, administrateur,

gezien de stukken en na de terechtzittingen op 7 en 8 november 2007,

het navolgende

Arrest

Toepasselijke bepalingen

1 Artikel 16 EG bepaalt:

„Onverminderd de artikelen 73 [EG], 86 [EG] en 87 [EG] en gezien de plaats die de diensten van algemeen economisch belang in de gemeenschappelijke waarden van de Unie innemen, alsook de rol die zij vervullen bij het bevorderen van sociale en territoriale samenhang, dragen de Gemeenschap en de lidstaten er, in het kader van hun

onderscheiden bevoegdheden en binnen het toepassingsgebied van dit Verdrag, zorg voor dat deze diensten functioneren op basis van beginselen en voorwaarden die hen in staat stellen hun taken te vervullen."

2 In artikel 86, lid 2, EG wordt bepaald:

„De ondernemingen belast met het beheer van diensten van algemeen economisch belang of die het karakter dragen van een fiscaal monopolie, vallen onder de regels van dit Verdrag, met name onder de mededingingsregels, voor zover de toepassing daarvan de vervulling, in feite of in rechte, van de hun toevertrouwde bijzondere taak niet verhindert. De ontwikkeling van het handelsverkeer mag niet worden beïnvloed in een mate die strijdig is met het belang van de Gemeenschap."

3 Artikel 87, lid 1, EG luidt:

„Behoudens de afwijkingen waarin dit Verdrag voorziet, zijn steunmaatregelen van de staten of in welke vorm ook met staatsmiddelen bekostigd, die de mededinging door begunstiging van bepaalde ondernemingen of bepaalde producties vervalsen of dreigen te vervalsen, onverenigbaar met de gemeenschappelijke markt, voor zover deze steun het handelsverkeer tussen de lidstaten ongunstig beïnvloedt."

4 Artikel 311 EG bepaalt:

„De protocollen die, in onderlinge overeenstemming tussen de lidstaten, aan dit Verdrag worden gehecht, maken een integrerend deel daarvan uit."

5 Het protocol betreffende het publiekeomroepstelsel in de lidstaten (PB 1997, C 340, blz. 109; hierna: „protocol van Amsterdam"), dat door het Verdrag van Amsterdam is ingevoerd als bijlage bij het EG-Verdrag, bepaalt:

„[De lidstaten,] van oordeel dat het publiekeomroepstelsel in de lidstaten rechtstreeks verband houdt met de democratische, sociale en culturele behoeften van iedere samenleving en met de noodzaak pluralisme in de media te behouden, hebben overeenstemming bereikt over de volgende interpretatieve bepalingen, die aan het [EG-]Verdrag worden gehecht:

De bepalingen van het [EG-]Verdrag doen geen afbreuk aan de bevoegdheid van de lidstaten om te voorzien in de financiering van de publieke omroep, voor zover deze financiering wordt verleend aan omroeporganisaties voor het vervullen van de publieke opdracht zoals toegekend, bepaald en georganiseerd door iedere lidstaat, en voor zover deze financiering de voorwaarden inzake het handelsverkeer en de mededingingsvoorwaarden in de Gemeenschap niet zodanig verandert dat het gemeenschappelijk belang zou worden geschaad, waarbij rekening wordt gehouden met de verwezenlijking van de opdracht van deze publieke dienst."

6 Op 15 november 2001 heeft de Commissie een mededeling gepubliceerd betreffende de toepassing van de regels inzake staatssteun op openbare omroepen (PB C 320, blz. 5;

hierna: „mededeling inzake het omroepwezen"), waarin zij de beginselen heeft uiteengezet die zij zou volgen bij de toepassing van de artikelen 87 EG en 86, lid 2, EG op overheidsfinanciering voor publieke omroepen.

Feiten

7 In Denemarken zijn er twee publieke televisiemaatschappijen, namelijk Danmarks Radio (hierna: „DR") en TV 2/Danmark (hierna: „TV2"), waarbij TV2 per 1 januari 2003 voor boekhoudkundige en fiscale doeleinden is vervangen door TV 2/Danmark A/S (hierna: „TV2 A/S"). DR wordt nagenoeg uitsluitend gefinancierd uit omroepbijdragen. TV2 wordt zowel uit omroepbijdragen als uit reclame-inkomsten gefinancierd.

8 TV2 is in 1986 bij de Lov om ændring af lov om radio- og fjernsynsvirksomhed (wet tot wijziging van de wet op het omroepstelsel) nr. 335 van 4 juni 1986 (hierna: „wet van 1986 tot oprichting van TV2"), opgericht als een onafhankelijke, zelfstandige instelling. TV2 begon op 1 oktober 1988 met haar uitzendingen. TV2 zendt uit via de ether en begon in 2000 bovendien met uitzendingen via de satelliet TV2 Zulu. TV2 Zulu, die tot op dat tijdstip een publieke zender was, werd eind 2002 omgezet in een commerciële betaalzender.

9 Naast de publieke omroepen zijn twee commerciële omroepen op de landelijke Deense televisiemarkt actief: enerzijds, de groep bestaande uit de vennootschappen SBS TV A/

S en SBS Danish Television Ltd (hierna: „SBS A/S" respectievelijk „SBS Ltd" en tezamen „SBS"), anderzijds, de vennootschap Viasat Broadcasting UK Ltd (hierna: „Viasat").

10 SBS A/S en SBS Ltd zijn onderdeel van SBS Broadcasting SA, een Luxemburgse vennootschap die televisie- en radiostations in meerdere lidstaten exploiteert.

11 SBS A/S, voorheen TV Danmark A/S, zendt sinds april 1997 via de ether programma's van de commerciële televisiezender TV Danmark 2 uit. De uitzendingen van het station van TV Danmark 2 in Kopenhagen worden bovendien in de rest van het land via satelliet naar bepaalde kabelexploitanten en Deense huishoudens met DTH [DirectToHome (televisiedistributie via satelliet rechtstreeks in huis)] doorgezonden.

12 SBS Ltd, voorheen Kanal 5 Denmark Ltd, die in 1999 als TV Danmark 1 Ltd is opgericht en tot 2004 onder die benaming bekend was, zendt sinds 1 januari 2000 programma's van de commerciële televisiezender Kanal 5 (aanvankelijk TV Danmark 1 genaamd) uit via satelliet vanuit en met een zendmachtiging van het Verenigd Koninkrijk.

13 Viasat is onderdeel van Modern Times Group (MTG), een multinationale groep die in de mediasector actief is. Viasat zendt in Denemarken sinds 1992 programma's van de satellietzenders TV3 en TV3+ uit met een zendmachtiging van het Verenigd Koninkrijk.

14 SBS en Viasat concurreren met TV2 op de nationale markt voor televisiereclame.

15 De Deense voorschriften die van toepassing zijn op de omschrijving van de openbare dienst van TV2, zijn voor de periode 1995-2002 vastgesteld bij de Lov om radio- og fjernsynsvirksomhed (wet op het omroepstelsel) nr. 1065 van 23 december 1992, zoals naderhand gewijzigd, waaronder versie nr. 578 van 24 juni 1994 (hierna: „omroepwet"). Die voorschriften zijn in de statuten van TV2 nader uitgewerkt en verduidelijkt.

16 Bij schrijven van 5 april 2000 heeft de Commissie een klacht van SBS ontvangen over de financiering van TV2 door het Koninkrijk Denemarken. Op 3 mei 2000 heeft een ontmoeting met de klaagsters plaatsgevonden.

17 Bij brieven van 28 februari, 3 mei en 11 december 2001 heeft SBS verdere inlichtingen verstrekt.

18 Bij schrijven van 5 juni 2002 heeft de Commissie een verzoek om inlichtingen gezonden aan de Deense autoriteiten, die daarop bij schrijven van 10 juli 2002 hebben geantwoord. Op 25 oktober en 19 november 2002 hebben twee bijeenkomsten met de Deense autoriteiten plaatsgevonden. Laatstgenoemden hebben bij brieven van 19 november en 3 december 2002 aanvullende inlichtingen toegezonden.

19 Bij schrijven van 24 januari 2003 heeft de Commissie het Koninkrijk Denemarken in kennis gesteld van haar besluit de procedure van artikel 88, lid 2, EG in te leiden in verband met de financiering door die lidstaat van TV2 (hierna: „inleidingsbesluit").

20 Het inleidingsbesluit is in het *Publicatieblad van de Europese Unie* van 14 maart 2003 (PB C 59, blz. 2) bekendgemaakt. De Commissie heeft de belanghebbenden verzocht hun opmerkingen over de betrokken maatregelen te maken.

21 De Commissie heeft bij schrijven van 24 maart 2003 opmerkingen van de Deense autoriteiten ontvangen waarop bij brieven van 19 december 2003 en 15 maart 2004 verdere informatie volgde. Zij heeft ook opmerkingen van verscheidene belanghebbenden ontvangen. SBS heeft bij brief van 11 april 2003 opmerkingen gemaakt. De Association of Commercial Television in Europe (ACT) heeft bij brief van 14 april 2003 opmerkingen gemaakt. De commerciële televisiezenders Antena 3 TV en Gestevisión Telecinco hebben dit op 16 april 2003 gedaan. Viasat heeft haar opmerkingen bij brief van 14 april 2003 ingediend. De Commissie heeft deze opmerkingen bij brief van 4 juli 2003 doorgezonden aan het Koninkrijk Denemarken, dat hierop bij schrijven van 12 september 2003 heeft gereageerd.

22 De Commissie heeft bij brieven van 15 december 2003 en 6 januari 2004 aanvullende informatie van SBS ontvangen. Zij heeft op 17 december 2003 vergaderd met SBS en op 9 februari 2004 met de Deense autoriteiten, die bij brief van 15 maart 2004 hun opmerkingen over de aanvullende inlichtingen van SBS hebben gemaakt.

23 Op 17 december 2003 heeft de algemene vergadering plaatsgevonden waarbij TV2 A/S overeenkomstig de Deense wet nr. 438 van 10 juni 2003 inzake TV2 A/S, is opgericht; voor boekhoudkundige en fiscale doeleinden is de oprichtingsdatum van de onderneming 1 januari 2003.

24 Bij beschikking 2006/217/EG van 19 mei 2004 betreffende de staatssteun van Denemarken aan TV 2/Danmark (PB 2006, L 85, blz. 1, en — rectificatie — PB 2006, L 368, blz. 112; hierna: „bestreden beschikking") heeft de Commissie vastgesteld: „De steun die van 1995 tot 2002 [door het Koninkrijk Denemarken] is verleend aan [TV2] in de vorm van omroepbijdragen en de andere subsidies die in deze beschikking worden

beschreven, is krachtens artikel 86, lid 2, [EG] verenigbaar met de gemeenschappelijke markt, met uitzondering van een bedrag van 628,2 miljoen [Deense kronen]" (artikel 1 van de bestreden beschikking).

25 De Commissie heeft het Koninkrijk Denemarken gelast dit bedrag, vermeerderd met rente, van TV2 A/S terug te vorderen (artikel 2 van de bestreden beschikking).

26 Bij brief van 23 juli 2004 heeft het Koninkrijk Denemarken de Commissie in kennis gesteld van een voornemen tot herkapitalisatie van TV2 A/S. Wat de door de staat gefinancierde maatregelen betreft, bestond dit voornemen erin het kapitaal met 440 miljoen Deense kronen (DKK) te verhogen en een staatslening van 394 miljoen DKK in kapitaal om te zetten.

27 Bij beschikking van 6 oktober 2004 [C(2004)3632 def.] in de zaak inzake steunmaatregel N 313/2004 betreffende de herkapitalisatie van TV 2/Danmark A/S (PB 2005, C 172, blz. 3; hierna: „herkapitalisatiebeschikking") heeft de Commissie vastgesteld dat „de voorgenomen kapitaalinbreng van 440 miljoen DKK en de omzetting van de schuld in eigen middelen vereist zijn om weer kapitaal te creëren dat TV2, na haar omvorming in naamloze vennootschap, nodig heeft om haar publieke opdracht te kunnen vervullen" (punt 53 van de herkapitalisatiebeschikking). Bijgevolg heeft de Commissie besloten „vast te stellen dat alle steunelementen die verbonden zouden kunnen zijn met de voorgenomen herkapitalisatie van TV2 [A/S], verenigbaar zijn met de gemeenschappelijke markt overeenkomstig artikel 86, lid 2, EG" (punt 55 van de herkapitalisatiebeschikking).

28 Tegen de herkapitalisatiebeschikking is beroep tot nietigverklaring ingesteld door SBS respectievelijk Viasat onder zaaknummer T-12/05 respectievelijk zaaknummer T-16/05, thans aanhangig bij het Gerecht.

Procesverloop

Zaken T-309/04 en T-317/04

29 Bij verzoekschrift, neergelegd ter griffie van het Gerecht op 28 juli respectievelijk 3 augustus 2004, heeft TV2 A/S respectievelijk het Koninkrijk Denemarken beroep ingesteld in zaak T-309/04 respectievelijk zaak T-317/04.

30 Bij afzonderlijke akte, neergelegd ter griffie van het Gerecht op 3 respectievelijk 17 augustus 2004 en ingeschreven onder nummer T-317/04 R respectievelijk nummer T-309/04 R, heeft het Koninkrijk Denemarken respectievelijk TV2 A/S in kort geding opschorting van de tenuitvoerlegging van de bestreden beschikking gevorderd. Nadat partijen echter afstand van hun vorderingen in kort geding hebben gedaan, zijn die beroepen bij beschikkingen van de president van het Gerecht van 14 december 2004 doorgehaald in het register.

31 In zijn verzoekschrift heeft het Koninkrijk Denemarken verzocht om voeging van de zaken T-309/04 en T-317/04. TV2 A/S en de Commissie hebben daartegen geen bezwaar gemaakt.

32 Bij op 2 december 2004 ter griffie van het Gerecht neergelegde akte heeft Viasat verzocht om toelating tot interventie aan de zijde van de Commissie in zaak T-317/04.

33 Bij brief van 17 januari 2005 heeft het Koninkrijk Denemarken verzocht om vertrouwelijke behandeling van bepaalde onderdelen van het verzoekschrift en van het verweerschrift in zaak T-317/04 ten aanzien van Viasat. Daar echter het verzoek tot interventie van Viasat bij beschikking van de president van de Vijfde kamer van het Gerecht van 13 april 2005 is afgewezen, is voormeld verzoek om vertrouwelijke behandeling bij beschikking van de president van de Vijfde kamer van het Gerecht van 1 maart 2007 zonder beslissing afgedaan.

34 Bij op 2, 10 respectievelijk 13 december 2004 ter griffie van het Gerecht neergelegde akten hebben Viasat en SBS verzocht om toelating tot interventie aan de zijde van de Commissie in zaak T-309/04, en heeft de Europese Radio Unie (ERU) verzocht om toelating tot interventie in dezelfde zaak aan de zijde van TV2 A/S.

35 Bij beschikkingen van de president van de Vijfde kamer van het Gerecht van 18 april en 6 juni 2005 zijn de verzoeken tot interventie van Viasat, SBS en de ERU ingewilligd.

36 Bij brieven van 14 januari en 13 februari 2005 heeft TV2 A/S verzocht om vertrouwelijke behandeling van bepaalde onderdelen van het verzoekschrift en van het verweerschrift in zaak T-309/04 ten aanzien van interveniënten. Laatstgenoemden hebben geen bezwaar tegen deze verzoeken gemaakt.

37 Bij beschikking van 1 maart 2007 heeft de president van de Vijfde kamer van het Gerecht deze verzoeken om vertrouwelijke behandeling ingewilligd.

38 Bij akte van 8 november 2005 heeft SBS verzocht zaak T-336/04 (SBS A/S en SBS Ltd/Commissie) te voegen met de onderhavige zaken en met zaak T-329/04 (Viasat/Commissie). De andere partijen, met uitzondering van de ERU, hebben opmerkingen over dat verzoek om voeging ingediend.

39 In antwoord op een schriftelijke vraag van het Gerecht van 24 oktober 2006 hebben het Koninkrijk Denemarken en TV2 A/S op 10 november 2006 opmerkingen ingediend over de vraag of zij na de vaststelling van de herkapitalisatiebeschikking nog steeds procesbelang hadden.

Zaak T-329/04

40 Bij verzoekschrift, neergelegd ter griffie van het Gerecht op 2 augustus 2004, heeft Viasat beroep ingesteld in zaak T-329/04.

41 Bij akten van 18 november, 1 respectievelijk 14 december 2004 hebben het Koninkrijk Denemarken, TV2 A/S, de ERU en de British Broadcasting Corp. (BBC) verzocht om toelating tot interventie aan de zijde van de Commissie.

42 Bij akte van 9 december 2004 heeft SBS verzocht om toelating tot interventie aan de zijde van Viasat.

43 Bij beschikkingen van de president van de Vijfde kamer van het Gerecht van 18 april en 6 juni 2005 zijn het Koninkrijk Denemarken, TV2 A/S en de ERU toegelaten tot interventie aan de zijde van de Commissie, is SBS toegelaten tot interventie aan de zijde van Viasat en is het verzoek tot interventie van de BBC afgewezen.

44 Bij brieven van 6 en 17 december 2004, 18 januari, 1 maart en 30 mei 2005 heeft Viasat verzocht om vertrouwelijke behandeling van bepaalde onderdelen van het verzoekschrift en van het op 12 mei 2005 neergelegde corrigendum op de repliek ten aanzien van interveniënten. Sommige van die partijen hebben bezwaren tegen die verzoeken gemaakt.

45 Bij akte van 8 november 2005 heeft SBS verzocht om voeging van zaak T-336/04 met de zaken T-309/04, T-317/04 en T-329/04. De andere partijen, met uitzondering van de ERU, hebben opmerkingen over dat verzoek om voeging ingediend.

46 Bij beschikking van 1 maart 2007 heeft de president van de Vijfde kamer van het Gerecht die verzoeken om vertrouwelijke behandeling gedeeltelijk ingewilligd.

Zaak T-336/04

47 Bij op 13 augustus 2004 ter griffie van het Gerecht neergelegd verzoekschrift heeft SBS beroep ingesteld in zaak T-336/04.

48 Bij akten van 18 november, 1, 13 respectievelijk 14 december 2004 hebben het Koninkrijk Denemarken, TV2 A/S, de ERU en de BBC verzocht om toelating tot interventie aan de zijde van de Commissie.

49 Bij akte van 1 december 2004 heeft Viasat verzocht om toelating tot interventie aan de zijde van SBS.

50 Bij beschikkingen van de president van de Vijfde kamer van het Gerecht van 15 april en 10 mei 2005 zijn het Koninkrijk Denemarken, TV2 A/S en de ERU toegelaten tot interventie aan de zijde van de Commissie, is Viasat toegelaten tot interventie aan de zijde van SBS en is het verzoek tot interventie van de BBC afgewezen.

51 Bij brieven van 29 december 2004, 18 maart, 20 april, 27 mei en 8 juli 2005 heeft SBS verzocht om vertrouwelijke behandeling van bepaalde onderdelen van het verzoekschrift, van het verweerschrift en van de repliek ten aanzien van interveniënten. Sommige van die partijen hebben bezwaren tegen die verzoeken gemaakt.

52 Bij akte van 8 november 2005 heeft SBS verzocht om voeging van zaak T-336/04 met de zaken T-309/04, T-317/04 en T-329/04. De andere partijen, met uitzondering van de ERU, hebben opmerkingen over dat verzoek om voeging ingediend.

53 Bij beschikking van 1 maart 2007 heeft de president van de Vijfde kamer van het Gerecht die verzoeken om vertrouwelijke behandeling gedeeltelijk ingewilligd.

54 De opmerkingen van partijen over de voeging gehoord, is het Gerecht op grond van artikel 50, lid 1, van het Reglement voor de procesvoering van oordeel dat de zaken T-309/04, T-317/04, T-329/04 et T-336/04 moeten worden gevoegd voor het eindarrest.

Conclusies van partijen

55 In zaak T-309/04 concludeert TV2 A/S, ondersteund — behalve voor de kosten — door de ERU, dat het het Gerecht behage:

— de bestreden beschikking nietig te verklaren;

— subsidiair, artikel 2 van de bestreden beschikking nietig te verklaren;

— meer subsidiair, het in de artikelen 1, in fine, en 2, lid 1, van de bestreden beschikking bedoelde bedrag met ingang van 1997 met minstens 167 miljoen DDK te verlagen en het in artikel 2, leden 3 en 4, van de bestreden beschikking bedoelde verzoek om rente nietig te verklaren;

— de Commissie te verwijzen in de kosten.

56 In zaak T-317/04 concludeert het Koninkrijk Denemarken dat het het Gerecht behage:

— de bestreden beschikking nietig te verklaren;

— subsidiair, artikel 2 van de bestreden beschikking nietig te verklaren;

— meer subsidiair, artikel 2, leden 3 en 4, van de bestreden beschikking nietig te verklaren;

— de Commissie te verwijzen in de kosten.

57 In de zaken T-309/04 en T-317/04 concludeert de Commissie, ondersteund in de eerste zaak door Viasat en SBS, dat het het Gerecht behage:

— de beroepen te verwerpen;

— verzoekers te verwijzen in de kosten.

58 In zaak T-329/04 concludeert Viasat, ondersteund door SBS, dat het het Gerecht behage:

— artikel 1 van de bestreden beschikking nietig te verklaren wat het gedeelte van de beschikking betreft waarbij de steunmaatregel op grond van artikel 86, lid 2, EG verenigbaar met de gemeenschappelijke markt wordt verklaard;

— de Commissie te verwijzen in de kosten.

59 In zaak T-336/04 concludeert SBS, ondersteund door Viasat, dat het het Gerecht behage:

— artikel 1 van de bestreden beschikking nietig te verklaren, voor zover de Commissie daarbij heeft vastgesteld dat de steun die van 1995 tot 2002 aan TV2 is verleend in de vorm van omroepbijdragen en de andere subsidies die in deze beschikking worden beschreven, krachtens artikel 86, lid 2, EG verenigbaar is met de gemeenschappelijke markt;

— de Commissie te verwijzen in de kosten.

60 In de zaken T-329/04 en T-336/04 concludeert de Commissie, ondersteund door het Koninkrijk Denemarken, TV2 A/S en de ERU, dat het het Gerecht behage:

— de beroepen te verwerpen;

— verzoeksters te verwijzen in de kosten.

In rechte

Ontvankelijkheid van de beroepen in de zaken T-309/04 en T-317/04

61 In haar duplieken vraagt de Commissie zich af of het Koninkrijk Denemarken en TV2A/S nog steeds belang bij een beroep tegen de bestreden beschikking hebben.

Volgens de Commissie zijn die beschikking en de herkapitalisatiebeschikking, alles wel beschouwd, positief voor die verzoekers.

62 Daar het ontbreken van procesbelang een niet-ontvankelijkheidsgrond van openbare orde is (beschikking Hof van 7 oktober 1987, D.M./Raad en CES, 108/86, Jurispr. blz. 3933, punt 10, en beschikking president Gerecht van 27 maart 2003, Linea GIG/Commissie, T-398/02 R, Jurispr. blz. II-1139, punt 45), moet het Gerecht ambtshalve nagaan of de verzoekende partijen belang hebben bij de nietigverklaring van de beschikking (beschikking Gerecht van 10 maart 2005, Gruppo ormeggiatori del porto di Venezia e.a./Commissie, T-228/00, T-229/00, T-242/00, T-243/00, T-245/00–T-248/00, T-250/00, T-252/00, T-256/00–T-259/00, T-265/00, T-267/00, T-268/00, T-271/00, T-274/00–T-276/00, T-281/00, T-287/00 en T-296/00, Jurispr. blz. II-787, punt 22, en arrest Gerecht van 14 april 2005, Sniace/Commissie, T-141/03, Jurispr. blz. II-1197, punt 22).

63 Om te beginnen zij eraan herinnerd dat artikel 230 EG een duidelijk onderscheid maakt tussen het recht van beroep tot nietigverklaring van de communautaire instellingen en de lidstaten enerzijds en dat van natuurlijke en rechtspersonen anderzijds, waarbij de tweede alinea van dit artikel lidstaten met name het recht verleent om met een beroep tot nietigverklaring de wettigheid van de beschikkingen van de Commissie te bestrijden, zonder dat voor de uitoefening van dit recht een procesbelang behoeft te worden aangetoond. Een lidstaat hoeft dus met het oog op de ontvankelijkheid van zijn beroep niet aan te tonen dat de handeling van de Commissie waartegen hij opkomt, rechtsgevolgen voor hem heeft. Toch is een handeling van de Commissie alleen vatbaar voor beroep tot nietigverklaring indien zij beoogt rechtsgevolgen in het leven te roepen (zie beschikking Hof van 27 november 2001, Portugal/Commissie, C-208/99, Jurispr. blz. I-9183, punten 22-24, en aldaar aangehaalde rechtspraak).

64 Wat het beroep van het Koninkrijk Denemarken betreft, is het, gelet op de bewoordingen van artikel 230, tweede alinea, EG en in het licht van de in het voorgaande punt aangehaalde rechtspraak, duidelijk dat deze verzoeker, enkel omdat hij lidstaat is, in casu beroep tot nietigverklaring mag instellen.

65 Vaststaat namelijk dat de bestreden beschikking een besluit is omdat zij bindende rechtsgevolgen teweegbrengt.

66 In die omstandigheden is het argument van de Commissie dat de bestreden beschikking en de herkapitalisatiebeschikking, alles wel beschouwd, positief zijn voor het Koninkrijk Denemarken, zodat dit dus geen procesbelang heeft, volstrekt irrelevant. Hoe dan ook, dit argument van de Commissie berust op de onbewezen stelling dat de herkapitalisatiebeschikking door het Gerecht niet nietig zal worden verklaard in het kader van de thans aanhangige beroepen tot nietigverklaring, die SBS (zaak T-12/05) en Viasat (zaak T-16/05) tegen die beschikking hebben ingesteld.

67 Met betrekking tot het beroep van TV2 A/S zij eraan herinnerd dat volgens vaste rechtspraak een dergelijk beroep tot nietigverklaring slechts ontvankelijk is, indien de natuurlijke of rechtspersoon die het heeft ingesteld, belang heeft bij de nietigverklaring van de bestreden handeling. Dit belang moet reëel en daadwerkelijk zijn en moet worden beoordeeld naar de dag waarop het beroep is ingesteld (arrest Sniace/Commissie, punt 62 supra, punt 25, en arrest Gerecht van 20 september 2007, Salvat père & fils e.a./Commissie, T-136/05, Jurispr. blz. II-4063, punt 34).

68 Een dergelijk belang veronderstelt dat de nietigverklaring van die handeling op zichzelf rechtsgevolgen kan hebben, of, anders gezegd, dat de uitslag van het beroep in het voordeel kan zijn van de partij die het instelt (arrest Gerecht van 28 september 2004, MCI/Commissie, T-310/00, Jurispr. blz. II-3253, punt 44, en aldaar aangehaalde rechtspraak).

69 In casu moet worden opgemerkt dat de Commissie in de bestreden beschikking om te beginnen van mening was dat de aan TV2 toegekende financiële maatregelen als staatssteun moesten worden aangemerkt, en vervolgens heeft onderzocht of die maatregelen in het licht van de in artikel 86, lid 2, EG gestelde voorwaarden als verenigbaar met de gemeenschappelijke markt konden worden beschouwd, waarbij zij in het onderhavige geval heeft beoordeeld of de overheidsfinanciering evenredig was

aan de behoefte van de openbare dienst. De Commissie heeft vastgesteld dat de steun, die van 1995 tot 2002 aan TV2 is verleend in de vorm van omroepbijdragen en andere in deze beschikking beschreven maatregelen, overeenkomstig artikel 86, lid 2, EG verenigbaar was met de gemeenschappelijke markt, met uitzondering van een bedrag van 628,2 miljoen DKK (artikel 1 van de bestreden beschikking).

70 TV2 A/S wordt in de bestreden beschikking aangeduid als de onderneming waaraan de gedeeltelijk onverenigbaar verklaarde steunmaatregelen daadwerkelijk ten goede komen, en de aan het Koninkrijk Denemarken opgelegde verplichting tot terugvordering is dus tegen deze onderneming gericht (punt 163 en artikel 2 van de bestreden beschikking). Bovendien staat vast dat TV2 A/S aan het Koninkrijk Denemarken daadwerkelijk alle bedragen heeft overgemaakt die laatstgenoemde verplicht was terug te vorderen.

71 In die omstandigheden moet ervan worden uitgegaan dat TV2 A/S een belang heeft bij een beroep tegen de bestreden beschikking, dat strekt tot zowel de gehele als de gedeeltelijke nietigverklaring daarvan.

72 In dit verband zij ten eerste erop gewezen dat de onderhavige zaak, die betrekking heeft op een beschikking waarbij het bestaan van een gedeeltelijk verenigbare en gedeeltelijk onverenigbare steunmaatregel wordt vastgesteld, zich onderscheidt van de zaken die hebben geleid tot een rechtspraak volgens welke onder bepaalde voorwaarden het beroep van de steunontvanger tegen een beschikking van de Commissie, waarbij een steunmaatregel volledig verenigbaar met de gemeenschappelijke markt wordt verklaard, wegens ontbreken van procesbelang niet-ontvankelijk is (arrest Gerecht van 30 januari 2002, Nuove Industrie Molisane/Commissie, T-212/00, Jurispr. blz. II-347, en arrest Sniace/Commissie, punt 62 supra).

73 Ten tweede zij opgemerkt dat de omstandigheden waaronder de Commissie in casu de verenigbaarheid van de betrokken steunmaatregelen heeft beoordeeld, zich verzetten tegen een onderzoek van de ontvankelijkheid van het beroep van TV2 A/S door opsplitsing van de bestreden beschikking in twee delen, een waarbij de litigieuze maatregelen als gedeeltelijk met de gemeenschappelijke markt onverenigbare steunmaatregelen worden aangemerkt, en een waarbij ze als gedeeltelijk met de gemeenschappelijke markt verenigbare steunmaatregelen worden aangemerkt.

74 In de bestreden beschikking heeft de Commissie onderzocht of de betrokken overheidssubsidies in de onderzoeksperiode in hun geheel niet meer bedroegen dan de nettokosten van de dienst van algemeen economisch belang. De instelling heeft voornoemde maatregelen globaal beoordeeld en een berekening gemaakt die uiteindelijk een als onverenigbaar beschouwde overcompensatie van 628,2 miljoen DKK te zien gaf, waaruit dan tegelijkertijd volgt dat er een verenigbaar steunbedrag is. Uit de analyse van de Commissie blijkt dus dat de kwalificaties van de litigieuze maatregelen als verenigbaar of onverenigbaar onlosmakelijk met elkaar verbonden zijn.

75 Die situatie verschilt dus ook van die waarin de gemeenschapsrechter zich genoopt zag het beroep tot nietigverklaring van de ontvanger van steun tegen een beschikking van de Commissie wegens ontbreken van procesbelang niet-ontvankelijk te verklaren, omdat in een specifieke bepaling van het dispositief van die beschikking een van de drie litigieuze financieringsmaatregelen op zich genomen verenigbaar met de gemeenschappelijke markt werd verklaard (arrest Salvat père & fils e.a./Commissie, punt 67 supra, punt 48).

76 Voorts kan het procesbelang van TV2 A/S om dezelfde redenen als in punt 66, in fine, hierboven zijn uiteengezet, niet ter discussie worden gesteld door de overweging van de Commissie dat de bestreden beschikking en de herkapitalisatiebeschikking in het algemeen een positieve uitwerking zouden hebben.

77 Hoe dan ook, zelfs indien de ontvankelijkheid van het beroep van TV2 A/S tegen de bestreden beschikking moet worden onderzocht, enerzijds voor zover daarbij de litigieuze maatregelen als gedeeltelijk met de gemeenschappelijke markt onverenigbare steunmaatregelen worden aangemerkt, en anderzijds voor zover daarbij voornoemde maatregelen als gedeeltelijk verenigbaar worden aangemerkt, neemt dat niet weg dat het beroep zelfs in dat laatste opzicht nog steeds ontvankelijk is.

78 Er zij aan herinnerd dat een verzoeker een belang met betrekking tot een toekomstige rechtssituatie kan aanvoeren, mits hij aantoont dat de aantasting van die situatie nu al zeker is. Een verzoeker kan zich dus niet beroepen op toekomstige en onzekere situaties om zijn belang bij de nietigverklaring van de bestreden handeling te rechtvaardigen (arrest Gerecht van 17 september 1992, NBV en NVB/Commissie, T-138/89, Jurispr. blz. II-2181, punt 33).

79 Volgens de rechtspraak in het kader van beroepen tot nietigverklaring van de steunontvanger tegen een beschikking van de Commissie waarbij de betrokken steunmaatregel volledig verenigbaar met de gemeenschappelijke markt wordt verklaard of waarbij een van de drie litigieuze financieringsmaatregelen verenigbaar wordt verklaard, kan het procesbelang worden afgeleid uit het bestaan van een reëel „risico" dat de rechtssituatie van de verzoekers wordt aangetast door gerechtelijke procedures (zie in die zin arrest Salvat père & fils e.a./Commissie, punt 67 supra, punt 43), dan wel dat het „risico" van gerechtelijke procedures reëel en daadwerkelijk is (arrest Sniace/Commissie, punt 62 supra, punt 28) bij de instelling van het beroep bij de gemeenschapsrechter.

80 Het Gerecht wijst erop dat TV2 A/S in haar opmerkingen van 10 november 2006 en ter terechtzitting onweersproken heeft verklaard dat Viasat tegen haar en het Koninkrijk Denemarken in februari 2006 bij het Østre Landsret een gerechtelijke procedure heeft ingeleid, die ertoe strekt hen hoofdelijk te veroordelen tot betaling van een bedrag van 200 miljoen DKK aan Viasat op grond dat de steunmaatregel niet bij de Commissie is aangemeld en dat die onrechtmatige steunmaatregel het TV2 mogelijk heeft gemaakt voor de verkoop van haar advertentieruimte een lageprijsstrategie te hanteren die Viasat schade heeft berokkend. TV2 A/S heeft nog steeds onweersproken gepreciseerd

dat de behandeling van die zaak bij het Østre Landsret was geschorst in afwachting van de arresten van het Gerecht in de zaken die de rechtmatigheid van de bestreden beschikking betreffen.

81 Hoewel vaststaat dat TV2 A/S haar beroep tot nietigverklaring bij het Gerecht heeft ingesteld voordat Viasat op nationaal niveau een procedure heeft ingeleid, is in casu naar het oordeel van het Gerecht het bestaan van een reëel en daadwerkelijk risico van een rechtsvordering op nationaal niveau bij de instelling van het beroep van TV2 A/S meer dan ruimschoots bewezen door het feit dat dit risico niet alleen vooralsnog bestaat maar ook concreet gestalte heeft gekregen in de gerechtelijke procedure van Viasat die thans bij de nationale rechter aanhangig is en waarvan overigens de behandeling juist in afwachting van de beslissing van het Gerecht is geschorst.

82 TV2 A/S heeft dus een belang bij een beroep tot nietigverklaring van de bestreden beschikking in haar geheel, dat wil zeggen ook voor zover daarbij de litigieuze maatregelen als gedeeltelijk met de gemeenschappelijke markt verenigbare staatssteun worden aangemerkt.

83 Gelet op het voorgaande, zijn de onderhavige beroepen tot nietigverklaring van de bestreden beschikking ontvankelijk.

Ten gronde

84 In de beroepen in de zaken T-309/04 en T-317/04 worden negen middelen aangevoerd: 1) schending van de rechten van verdediging; 2) schending van artikel 87, lid 1, EG voor

zover de omroepbijdragen en de via het TV2-fonds aan TV2 overgemaakte reclame-inkomsten geen staatsmiddelen zijn; 3) onjuiste berekening van de overcompensatie; 4) de gestelde overcompensatie is aan te merken als een redelijke winst; 5) bij gebreke van kruissubsidiëring is de overcompensatie geen staatssteun; 6) geen sprake van staatssteun aangezien de overheidsfinanciering voldeed aan het criterium van de particuliere investeerder in een markteconomie; 7) de overcompensatie is een reserve die vereist is voor de vervulling van een taak van openbaredienstverrichting; 8) onrechtmatige terugvordering van de steun van TV2 A/S en schending van het vertrouwens- en het rechtszekerheidsbeginsel, en 9) onrechtmatigheid van de bestreden beschikking wat de terugvordering van rente betreft.

85 In het beroep in zaak T-329/04 worden drie middelen aangevoerd: 1) onjuiste kwalificatie van de taak van openbaredienstverrichting als dienst van algemeen economisch belang; 2) het criterium van efficiënte commerciële exploitant in de zin van punt 58 van de mededeling inzake het omroepwezen is niet geschikt om de kruissubsidiëring van de verkoop van advertentieruimte door de financiering van de openbare dienst te beoordelen, en die beoordeling moet in het kader van artikel 87, lid 1, EG met inachtneming van de mate van efficiëntie van TV2 geschieden, en 3) het criterium van de maximalisatie van de inkomsten is ongeschikt voor de beoordeling van die kruissubsidiëring.

86 Het beroep in zaak T-336/04 berust op acht middelen: 1) schending van de artikelen 86, lid 2, EG, 87 EG en 88 EG omdat een steunmaatregel verenigbaar is verklaard die, omdat hij niet is aangemeld, toch onrechtmatig is; 2) onjuiste kwalificatie van de taak van openbaredienstverrichting van TV2 als dienst van algemeen economisch belang; 3) schending van de artikelen 86, lid 2, EG, 87 EG en 88 EG, alsmede van het protocol van

Amsterdam, omdat de betrokken staatssteun op basis van het criterium van de maximalisatie van de inkomsten is goedgekeurd en de bewijslast op SBS is afgewenteld, en een kennelijke beoordelingsfout; 4) kennelijke beoordelingsfouten bij de toepassing van het criterium van de maximalisatie van de inkomsten; 5) onrechtmatige toepassing van artikel 86, lid 2, EG, gelet op de twijfels van de Commissie; 6) kennelijk onjuiste toepassing van artikel 86, lid 2, EG op de aan TV2 Zulu toegekende steun; 7) geen onderzoek van de vraag of de nettokosten van TV2 evenredig zijn aan haar openbaredienstverplichtingen, en 8) schending van artikel 86, lid 2, EG en kennelijke fouten van de Commissie bij de beoordeling van het Deense overheidstoezicht op de vervulling door TV2 van haar taak van openbaredienstverrichting.

87 Het Gerecht acht het noodzakelijk om eerst het eerste middel in zaak T-329/04 en het tweede middel in zaak T-336/04 tezamen te onderzoeken, die gebaseerd zijn op de onjuiste kwalificatie van de taak van openbaredienstverrichting van TV2 als dienst van algemeen economisch belang.

Eerste middel in zaak T-329/04 en tweede middel in zaak T-336/04: onjuiste kwalificatie in de bestreden beschikking van de taak van openbaredienstverrichting van TV2 als dienst van algemeen economisch belang

— Argumenten van partijen

88 Met de onderhavige middelen betwisten SBS en Viasat de bestreden beschikking voor zover de Commissie de omschrijving van de openbaredienstverplichtingen van TV2 in het licht van het begrip dienst van algemeen economisch belang aanvaardbaar heeft geacht. Deze omschrijving is te ruim en onnauwkeurig.

89 SBS merkt op dat de aan de hand van de te bereiken doeleinden omschreven openbaredienstverplichtingen van TV2 die omroepinstelling vrijlaten in de keuze van de middelen en haar dus de mogelijkheid bieden ongeacht welke activiteit onder de door de staat gefinancierde openbare dienst te laten vallen.

90 De openbare dienst kan althans in het geval van gemengd gefinancierde publieke omroepen, dat wil zeggen die welke zowel door de staat als door de verkoop van advertentieruimte worden gefinancierd, alleen de niet-rendabele televisieprogramma's omvatten. Een publieke omroep met een gemengde financiering wordt immers

onvermijdelijk ertoe gedwongen de advertentieprijzen te laten zakken om de inkomsten van de commerciële marktdeelnemers te drukken.

91 De omschrijving van de openbare dienst van TV2 is niet aanvaardbaar omdat zij niet verschilt van de verplichtingen die de commerciële omroepen naar Deens recht hebben.

92 Bovendien heeft de Commissie de taak van openbaredienstverrichting van TV2 niet correct onderzocht, omdat zij de periode 1995-2000 niet in haar onderzoek heeft begrepen.

93 Verder is het onverenigbaar met de mededeling inzake het omroepwezen om de gehele programmering van TV2 als een openbare dienst te beschouwen omdat niet alle programma's „bijkomende" kosten met zich brengen in de zin van punt 44 van die mededeling. Zelfs indien een ruime omschrijving van de publieke omroep acceptabel was, zou het in strijd zijn met artikel 86, lid 2, EG ervan uit te gaan dat al de

omroepkosten verband houden met de openbare dienst. Een dergelijke uitlegging zou immers voorbijgaan aan de voorwaarde dat alleen de kosten die de omroeporganisatie „doorgaans niet had hoeven te maken", kunnen worden gecompenseerd.

94 Viasat voert aan dat een groot deel van het programmaoverzicht van TV2 in niets verschilt van haar eigen programmaoverzichten en die van SBS A/S. De Commissie had de programmacategorieën van TV2 grondig moeten analyseren, ze met die van de commerciële televisiezenders moeten vergelijken, en dan de categorieën moeten bepalen, die ook een openbare dienst inhouden.

95 De Commissie, ondersteund door TV2 A/S, het Koninkrijk Denemarken en de ERU, voert aan dat verzoeksters' standpunt op een uiterst restrictieve opvatting van het begrip dienst van algemeen economisch belang is gebaseerd. Zij wijst op de aan de lidstaten bij de omschrijving van de diensten van algemeen economisch belang toegekende vrijheid, die — voor het gebied van de omroep — door het protocol van Amsterdam wordt onderstreept. Zij herinnert eraan dat haar controletaak zich met betrekking tot de omschrijving van een dienst van algemeen economisch belang beperkt tot het onderzoek of die omschrijving geen kennelijke fout bevat.

96 Zij merkt op dat de omschrijving van de taak van openbaredienstverrichting van TV2 vaag noch onnauwkeurig is en in vergelijking met de omschrijvingen in andere lidstaten niet ongebruikelijk is. Verzoeksters' grief gaat in werkelijkheid niet over de nauwkeurigheid van die omschrijving maar over de omvang van de aan TV2 toevertrouwde taak. De stelling dat de dienst van algemeen economisch belang op het gebied van de omroep beperkt moet zijn tot de niet-rendabele uitzendingen, is onjuist. Het argument dat verzoeksters dezelfde programma's aanbieden als TV2, is ongegrond, en het is in elk geval te eenvoudig te zeggen dat de door TV2 geproduceerde

programma's geen dienst van algemeen economisch belang kunnen zijn omdat de commerciële omroepen dezelfde programmaselectie aanbieden.

97 Met betrekking tot de grief dat de Commissie de respectieve programmeringen van TV2 en de commerciële omroepen had moeten vergelijken, verklaart de Commissie dat dit niet haar rol is. Het zijn de lidstaten die de omvang van de taak van openbaredienstverrichting vaststellen, en zij beschikken daartoe over een ruime beoordelingsvrijheid.

98 Met betrekking tot de gestelde overeenstemming van de verplichtingen van TV2 met de verplichtingen van de commerciële zenders merkt de Commissie op dat blijkens punt 87 van de bestreden beschikking alleen TV2 uitdrukkelijk wettelijk verplicht is een taak van openbaredienstverrichting te vervullen. Haar verplichtingen uit dien hoofde gaan verder dan de voorwaarden waarvan de verkrijging van een zendmachtiging afhankelijk wordt gesteld.

99 Dat TV2 een gemengde financiering had, doet verder niet ter zake voor de omschrijving van de dienst van algemeen economisch belang, daar dit pas bij het onderzoek van de evenredigheid relevant is. De Commissie merkt op dat de winst van marktaandelen in de zin van kijkcijfers niet de bestaansreden van een publieke omroep is.

100 Ten slotte voert de Commissie met betrekking tot het op punt 44 van de mededeling inzake het omroepwezen gebaseerde argument aan, dat in het kader van een taak van openbaredienstverrichting, die van een omroep een programma-aanbod verlangt dat aan bepaalde criteria voldoet, en gelet op het feit dat die taak algemeen erkend het

aanbod van uitgebalanceerde en gevarieerde programma's kan omvatten, alle in het kader van die taak geproduceerde programma's als „bijkomend" in de zin van voornoemd punt 44 moeten worden beschouwd.

— Beoordeling door het Gerecht

101 In de eerste plaats zij eraan herinnerd dat, zoals blijkt uit de rechtspraak (zie in die zin arrest Gerecht van 27 februari 1997, FFSA e.a./Commissie, T-106/95, Jurispr. blz. II-229, punt 99), en zoals de Commissie uiteenzet in haar mededeling van 20 september 2000 inzake de diensten van algemeen belang in Europa [COM(2000) 580 def., punt 22], de lidstaten een ruime beoordelingsbevoegdheid hebben met betrekking tot de omschrijving van wat zij als diensten van algemeen economisch belang beschouwen. De Commissie kan derhalve de omschrijving van die diensten door een lidstaat enkel in geval van een kennelijke fout ter discussie stellen (conclusie van advocaat-generaal Léger bij arrest Hof van 19 februari 2002, Wouters e.a., C-309/99, Jurispr. blz. I-1577, I-1583, punt 162; arrest Gerecht van 15 juni 2005, Olsen/Commissie, T-17/02, Jurispr. blz. II-2031, punt 216).

102 Het belang van de diensten van algemeen economisch belang voor de Europese Unie en de noodzaak om het naar behoren functioneren van deze diensten te waarborgen zijn overigens benadrukt door de invoeging in het EG-Verdrag, door het Verdrag van Amsterdam, van artikel 16 EG (zie in dit verband conclusie van advocaat-generaal Alber bij arrest Hof van 17 mei 2001, TNT Traco, C-340/99, Jurispr. blz. I-4109, I-4112, punt 94; van advocaat-generaal Jacobs bij arresten Hof van 25 oktober 2001, Ambulanz Glöckner, C-475/99, Jurispr. blz. I-8089, I-8094, punt 175, en 20 november 2003, GEMO, C-126/01, Jurispr. blz. I-13769, I-13772, punt 124, en van advocaat-generaal Poiares Maduro bij arrest Hof van 11 juli 2006, FENIN/Commissie, C-205/03 P, Jurispr. blz. I-6295, I-6297, voetnoot 35, punt 26; zie ook beschikking president Gerecht van 28 mei 2001, Poste Italiane/Commissie, T-53/01R, Jurispr. blz. II-1479, punt 132).

103 Wat meer bepaald de dienst van algemeen economisch belang op het gebied van de omroep betreft, heeft het Hof in het prejudiciële arrest van 30 april 1974, Sacchi (155/73, Jurispr. blz. 409), dat met name betrekking had op de vraag of het door een lidstaat aan een onderneming verleende uitsluitend recht om alle soorten televisie-uitzendingen te verzorgen, zelfs voor reclamedoeleinden, een schending van de mededingingsregels vormt, in wezen erkend dat de lidstaten een dienst van algemeen economisch belang op het gebied van de omroep aldus mogen omschrijven dat daaronder de uitzending van programma's voor een breed publiek valt. In dat arrest heeft het Hof namelijk geoordeeld dat „geen verdragsbepaling zich ertegen verzet dat de lidstaten om niet-economische overwegingen van openbaar belang, radio-en televisie-uitzendingen […] aan de vrije mededinging onttrekken door het uitsluitend recht daarop aan een of meer maatschappijen toe te kennen" (arrest Sacchi, reeds aangehaald, punt 14; zie ook conclusie van advocaat-generaal Reischl bij dat arrest, Jurispr. blz. 433, blz. 445, tweede en vijfde alinea, en van advocaat-generaal Léger bij het arrest Wouters e.a., punt 101 supra, punt 163).

104 Voorts hebben de lidstaten met hun verklaring in het protocol van Amsterdam dat „het publiekeomroepstelsel in de lidstaten rechtstreeks verband houdt met de democratische, sociale en culturele behoeften van iedere samenleving en met de noodzaak pluralisme in de media te behouden", rechtstreeks verwezen naar de door hen ingevoerde publiekeomroepstelsels die zijn belast met de uitzending van breed geschakeerde televisieprogramma's voor de gehele bevolking van deze staten.

105 Ten slotte zij herinnerd aan de bewoordingen waarmee de Raad en de lidstaten in hun resolutie van 25 januari 1999 betreffende de publieke omroep (PB C 30, blz. 1) het belang van de dienst van algemeen economisch belang op het gebied van de omroep opnieuw hebben bevestigd.

106 In deze resolutie hebben de lidstaten, „overwegende dat de publieke omroep, gelet op de culturele, sociale en democratische functies die hij voor het gemeenschappelijk welzijn vervult, van vitaal belang is voor het waarborgen van democratie, pluralisme, sociale cohesie, culturele en taalkundige diversiteit; […] erop wijzend dat de

toegenomen diversifiëring van de programma's die in het nieuwe medialandschap worden aangeboden het belang van de algemene opdracht van publiekeomroeporganisaties nog doet toenemen [en] eraan herinnerend dat het [protocol van Amsterdam] de bevoegdheid van de lidstaten ten aanzien van de opdracht en de financiering van de publieke omroep bevestigt", opnieuw vastgesteld dat dit protocol een bevestiging vormt van hun „wil […] om de rol van de publieke omroep te benadrukken", dat „de publieke omroep, overeenkomstig zijn door de lidstaten bepaalde opdracht, een breed scala van programma's moet kunnen blijven aanbieden, wil hij de samenleving in haar geheel aanspreken" en dat „het in dit verband legitiem is voor de publieke omroep om naar een breed publiek te streven".

107 De mogelijkheid voor een lidstaat om de dienst van algemeen economisch belang op het gebied van de omroep ruim te omschrijven, waardoor deze mede betrekking heeft op de uitzending van breed geschakeerde programma's, kan niet ter discussie worden gesteld door het feit dat de publieke omroep tevens commerciële activiteiten verricht, met name de verkoop van advertentieruimte.

108 Anders zou de omschrijving zelf van de dienst van algemeen economisch belang op het gebied van omroep immers afhankelijk worden gesteld van de wijze van financiering ervan. Bij de omschrijving van een dienst van algemeen economisch belang wordt logischerwijs uitgegaan van het algemeen belang dat hij beoogt te dienen en niet van de middelen die het verrichten ervan zullen verzekeren. Zoals de Commissie opmerkt in punt 36 van de mededeling inzake het omroepwezen, „mag het thema van de omschrijving van de openbare opdracht niet worden verward met de vraag naar het financieringsmechanisme dat met het oog op het aanbieden van deze diensten wordt gekozen".

109 Om dezelfde redenen stellen SBS en Viasat ten onrechte dat de dienst van algemeen economisch belang op het gebied van de omroep zich, althans wanneer de publieke omroep een gemengde financiering heeft, moet beperken tot uitzending van onrendabele programma's. Het argument dat een omroep die met een in ruime en

kwalitatieve termen omschreven dienst van algemeen economisch belang is belast en een gemengde financiering heeft, zich door de verkoop van zijn advertentieruimte tegen kunstmatig lage prijzen onvermijdelijk genoodzaakt zal zien zijn commerciële activiteiten te subsidiëren door middel van de overheidsfinanciering van de openbare dienst, moet als hypothetisch worden afgewezen. Een dergelijk gedrag is hooguit een risico dat de lidstaten moeten voorkomen en de Commissie, in voorkomend geval, moet bestraffen.

110 Met betrekking tot verzoeksters' verwijzing naar punt 44, tweede volzin, van de mededeling inzake het omroepwezen, volgens hetwelk „[de openbaredienstverplichtingen] een compensatie [kunnen] rechtvaardigen voor zover zij het resultaat zijn van bijkomende kosten die de omroeporganisatie doorgaans niet had hoeven te maken", merkt het Gerecht op dat die zin geenszins tot doel heeft, door beweerdelijk — met de verwijzing naar de „bijkomende" kosten — te suggereren dat er omgekeerd ook „niet-bijkomende" kosten zijn, de mogelijkheid van een ruime omschrijving van de dienst van algemeen economisch belang op het gebied van omroep en dus de mogelijkheid van financiering van alle kosten van de publieke omroep uit te sluiten.

111 Punt 44 van de mededeling inzake het omroepwezen beoogt enkel in bewoordingen die het mogelijk maken alle denkbare situaties te omvatten vanaf de eng en zuiver kwantitatief omschreven dienst van algemeen economisch belang op het gebied van de omroep tot de ruim en kwalitatief omschreven dienst van algemeen economisch belang op het gebied van de omroep, het voor de compensatie van de kosten van de openbare dienst geldende vereiste van evenredigheid tot uitdrukking te brengen. Anders dan verzoeksters stellen, is het derhalve niet onjuist ervan uit te gaan, zoals de Commissie het uitdrukt, dat alle programma's die in het kader van een ruim en kwalitatief omschreven dienst van algemeen economisch belang op het gebied van de omroep worden ontwikkeld, „bijkomend" zijn in de zin van punt 44 van de mededeling inzake het omroepwezen, en dus ervan uit te gaan dat alle kosten van de met die dienst van algemeen economisch belang belaste omroep „bijkomend" zijn, zodat zij door de staat kunnen worden gefinancierd.

112 Het Gerecht voegt toe dat, indien verzoeksters' standpunt werd aanvaard, daardoor de facto de publieke televisiestelsels worden gelaakt, waarbij de publieke radio-omroep geen toegang tot de financiering uit reclame heeft en dus voor al zijn kosten van steun van de staat afhangt. Volgens verzoeksters' standpunt kunnen zelfs in die gevallen bepaalde kosten — te weten de gestelde „niet-bijkomende kosten", die volgens verzoeksters' lezing van punt 44 van de mededeling inzake het omroepwezen moeten bestaan —, niet door de staat kunnen worden gecompenseerd. Dat is wat de Commissie in wezen tot uitdrukking brengt, wanneer zij stelt dat verzoeksters' standpunt veronderstelt dat TV2 zonder staatssteun evengoed zou blijven bestaan als een met particuliere middelen gefinancierde omroep, wat echter door de werkelijkheid wordt gelogenstraft.

113 Uit voorgaande overwegingen volgt dat de bevoegdheid van de lidstaten om de dienst van algemeen economisch belang op het gebied van de omroep ruim en kwalitatief te omschrijven, zodat deze de uitzending van een breed scala van programma's omvat, niet kan worden betwist, net zo min als de mogelijkheid voor die lidstaten om die dienst van algemeen economisch belang uit de reclame-inkomsten te financieren.

114 In de tweede plaats moet worden onderzocht of in casu de Commissie zich in de bestreden beschikking ten onrechte op het standpunt heeft gesteld dat de door het Koninkrijk Denemarken gegeven omschrijving van de dienst van algemeen economisch belang waarmee TV2 was belast, aanvaardbaar was.

115 In punt 84 van de bestreden beschikking heeft de Commissie vastgesteld: „TV2 heeft de plicht [volgens de Deense wet] om als openbare dienstverlening ‚de Deense bevolking via televisie, radio en internet of dergelijke een brede keuze aan programma's en diensten aan te bieden, waaronder nieuwsberichtgeving, informatie, opleiding, kunst en ontspanning'." In dit punt heeft de Commissie verwezen naar punt 15 van de bestreden beschikking waarin de Deense wet wordt genoemd waarin wordt bepaald dat „in het aanbod [van TV2] wordt gestreefd naar kwaliteit, evenwicht en diversiteit", dat

„bij de programmering de vrijheid van informatie en meningsuiting van doorslaggevend belang is" en dat „voorts in het bijzonder aandacht wordt geschonken aan de Deense taal en cultuur".

116 In punt 85 van de bestreden beschikking was de Commissie van mening dat zelfs indien „de televisieverplichtingen van TV2 kwalitatief en erg ruim worden omschreven, […] een zo ‚ruime' omschrijving van de opdracht in overeenstemming is met de omroepmededeling".

117 Het Gerecht is van oordeel dat die beoordeling van de Commissie niet onjuist is. De door de Deense autoriteiten gekozen omschrijving is inderdaad ruim, aangezien die omschrijving omdat zij voornamelijk kwalitatief van aard is, de omroep vrijlaat bij de opstelling van haar programmaoverzicht. Toch kan zij niet onnauwkeurig worden genoemd, zoals verzoeksters stellen. De opdracht van TV2 is integendeel volstrekt duidelijk en nauwkeurig: de gehele Deense bevolking op kwaliteit, veelzijdigheid en diversiteit gerichte televisieprogramma's aan te bieden.

118 Voor zover verzoeksters met hun grief dat de omschrijving onnauwkeurig is, wilden opkomen tegen de vrijheid die de Deense autoriteiten TV2 hebben gelaten bij de concrete opstelling van haar programma's, moet verder worden vastgesteld dat het allesbehalve ongebruikelijk is dat een publieke omroep, behoudens uiteraard de naleving van de kwalitatieve eisen die hem als exploitant belast met een dienst van algemeen economisch belang op het gebied van televisie worden gesteld, jegens het politieke gezag over een inhoudelijke onafhankelijkheid beschikt bij de concrete keuze van de programma's. In dit verband wijst de ERU, interveniënte aan de zijde van de Commissie, terecht op het belang, voor de bescherming van de vrijheid van

meningsuiting, van de inhoudelijke onafhankelijkheid van de openbare dienst op het gebied van de omroep ten opzichte van de overheid; die vrijheid van meningsuiting wordt in artikel 11 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie, afgekondigd te Nice op 7 december 2000 (PB C 364, blz. 1), en in artikel 10 van het op 4 november 1950 te Rome ondertekende Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, omschreven als het recht dat omvat „de vrijheid een mening te koesteren en de vrijheid om inlichtingen of denkbeelden te ontvangen of te verstrekken, zonder inmenging van enig openbaar gezag en ongeacht grenzen".

119 Wat het feit betreft dat de Commissie zich ten onrechte zou hebben gehouden aan de omschrijving van de taak van openbaredienstverrichting van TV2, zoals deze in de omroepwet in de in 2000 geldende versie voorkwam, duidt naar het oordeel van het Gerecht niets erop dat die omschrijving, die de Commissie in punt 15 van de bestreden beschikking heeft gebruikt en in werkelijkheid afkomstig is uit de omroepwet in zijn geconsolideerde publicatieversie nr. 203 van 22 maart 2001, de openbaredienstverplichtingen die ook in het vóór 2000 liggende deel van de onderzoeksperiode op TV2 rustten, niet correct weergeeft. Deze omschrijving en die welke voordien gold (vervat in de omroepwet in zijn geconsolideerde publicatieversie nr. 578 van 24 juni 1994) bevatten dan ook allebei dezelfde eisen van „kwaliteit, evenwicht en diversiteit", wat de essentiële kwalitatieve eisen van de aan TV2 opgedragen openbare dienst op het gebied van de omroep zijn. Voorts geven die twee omschrijvingen beide weer dat alle omroepactiviteiten van TV2 aan die eisen moeten voldoen.

120 Met betrekking tot verzoeksters grief dat de omschrijving van de openbare dienst van TV2 niet aanvaardbaar is omdat zij niet verschilt van de bij de wet aan de commerciële omroepen opgelegde verplichtingen, voert de Commissie in punt 87 van de bestreden beschikking aan dat onderscheid moet worden gemaakt tussen de voorwaarden voor de verkrijging van een zendmachtiging waaraan een commerciële televisiemaatschappij in naam van het algemeen belang moet voldoen, en de toewijzing door de staat van een

taak van algemeen belang aan een openbare of particuliere onderneming. Het is duidelijk dat TV2 met een dergelijke taak is belast en dat deze verder gaat dan de verplichtingen die naar Deens recht voor alle commerciële omroepen gelden. De Commissie zet bovendien uiteen dat van verzoeksters alleen SBS A/S aan Deens recht is onderworpen en zich dus op dat argument kan beroepen, terwijl SBS Ltd en Viasat hun activiteiten met zendmachtigingen van het Verenigd Koninkrijk uitoefenen en derhalve niet onder de Deense regeling vallen.

121 Het Gerecht acht die overwegingen van de Commissie juist. Hoewel SBS A/S, evenals alle onder Deens recht vallende omroepen, in ruil voor de zendmachtiging kon worden onderworpen aan bepaalde, in het algemeen belang geformuleerde en in punt 18 van de bestreden beschikking in herinnering gebrachte verplichtingen, zoals de verplichting om minstens één uur per dag lokale programma's uit te zenden en een aanzienlijk deel van haar programma's in het Deens of voor het Deense publiek te produceren, zijn die verplichtingen toch niet te vergelijken met de aan TV2 opgelegde openbaredienst-verplichtingen. Die verplichtingen zijn erop gericht aan de gehele Deense bevolking een gevarieerde programmering aan te bieden die voldoet aan de eisen van kwaliteit, veelzijdigheid en afwisseling. Zij bepalen alle televisieactiviteiten van TV2 en zijn strikter dan de minimumverplichtingen die naar Deens recht voor de verlening van een zendmachtiging zijn voorgeschreven. De Commissie heeft in punt 87 van de bestreden beschikking het in wezen op schending van het gelijkheidsbeginsel gebaseerde argument van verzoeksters dus terecht afgewezen.

122 Het argument dat aan TV2 niet de status van publiekszender had mogen worden toegekend omdat haar programma's niet verschillen van die van de commerciële zenders, en dat de Commissie de respectieve programma's van TV2 en van die commerciële zenders had moeten vergelijken, moet worden afgewezen.

123 Dit argument aanvaarden en de omschrijving van de dienst van algemeen economisch belang op het gebied van de omroep door middel van een vergelijkende analyse van de programma's dus te laten bepalen door het scala van de programma's van de commerciële zenders, zou tot gevolg hebben dat de lidstaten hun bevoegdheid tot omschrijving van de openbare dienst wordt ontnomen. De omschrijving van de dienst van algemeen economisch belang zou namelijk uiteindelijk afhangen van de commerciële exploitanten en hun beslissingen om al dan niet bepaalde programma's uit te zenden. Zoals TV2 A/S terecht opmerkt, kunnen de lidstaten bij de omschrijving van de taak van de publieke omroep niet worden beperkt door de activiteiten van de commerciële televisiezenders.

124 Gelet op het voorgaande, hebben verzoeksters niet aangetoond dat de Commissie de ruime en kwalitatieve omschrijving van de door TV2 verzekerde dienst van algemeen economisch belang op het gebied van de omroep ten onrechte niet kennelijk onjuist en dus aanvaardbaar had geacht.

125 Het eerste middel in zaak T-329/04 en het tweede middel in zaak T-336/04 dienen dus te worden afgewezen.

126 Het Gerecht acht het wenselijk thans achtereenvolgens in te gaan op het eerste en het tweede middel in de zaken T-309/04 en T-317/04, die, wat het eerste middel betreft, op schending van de rechten van verdediging en, wat het tweede middel betreft, op schending van artikel 87, lid 1, EG zijn gebaseerd, voor zover de omroepbijdragen alsmede de via het TV2-fonds aan TV2 overgemaakte reclame-inkomsten geen staatsmiddelen zijn.

Eerste middel in de zaken T-309/04 en T-317/04: schending van de rechten van verdediging

— Argumenten van partijen

127 Het Koninkrijk Denemarken en TV2 A/S voeren in wezen aan dat de Commissie in de bestreden beschikking een standpunt heeft bepaald over vragen waarvan in het inleidingsbesluit geen sprake was, dat de bestreden beschikking zonder die schending van de rechten van verdediging anders zou zijn uitgevallen en dat diverse bijzondere omstandigheden de Commissie ertoe hadden moeten brengen zich in het inleidingsbesluit duidelijker uit te drukken.

128 In de eerste plaats deed het inleidingsbesluit het voorkomen alsof het doel van de formele onderzoeksprocedure was, na te gaan of de gestelde overcompensatie in de onderzoeksperiode daadwerkelijk voor een kruissubsidiëring van de commerciële activiteiten van TV2 was gebruikt. In het inleidingsbesluit werd nergens het beginsel van de particuliere investeerder in een markteconomie als een juridisch belangrijk gegeven vermeld. Sterker nog, dit besluit moet aldus worden gelezen dat de Commissie niet van plan was specifiek te onderzoeken of het beginsel van de particuliere investeerder in een markteconomie in acht was genomen. Op grond van de inhoud van het inleidingsbesluit kon dus geen argument worden aangevoerd dat gebaseerd was op de vraag of het beginsel van de particuliere investeerder in een markteconomie in acht was genomen wat de gestelde overcompensatie betreft. Toch heeft de Commissie zich in de bestreden beschikking uitgesproken over de vraag of het Koninkrijk Denemarken zich als een particuliere investeerder in een markteconomie had gedragen.

129 In de tweede plaats wordt gesteld dat de Commissie het dossier anders zou hebben beoordeeld indien het Koninkrijk Denemarken zijn argumenten en de relevante documentatie had kunnen aanvoeren. De reden voor de bestreden beschikking is met

name dat het Koninkrijk Denemarken onvoldoende gegevens heeft aangevoerd om de inachtneming van het beginsel van de particuliere investeerder in een markteconomie te bewijzen.

130 In de derde plaats heeft de Commissie nooit gesteld dat een overcompensatie voor door een publieke instelling gedragen lasten van een openbare dienst, zonder dat in feite sprake is van kruissubsidiëring, op zich een met het Verdrag strijdige steunmaatregel kon vormen. Dat blijkt ook niet uit de mededeling inzake het omroepwezen volgens welke een overcompensatie enkel een probleem zou opleveren indien er een kruissubsidiëring van commerciële activiteiten is (punt 58 van die mededeling) of wanneer er een andere soort van invloed op de ontwikkeling van het handelsverkeer is in een mate die strijdig is met het belang van de Gemeenschap (punt 29, sub iii). De ontwikkelingen vóór het inleidingsbesluit hebben het Koninkrijk Denemarken doen geloven dat de overcompensatie niet als een probleem op zich werd beschouwd.

131 TV2 A/S merkt, wat haar betreft, op dat de vraag of zij al dan niet opmerkingen in antwoord op het inleidingsbesluit heeft gemaakt, irrelevant is vanuit het oogpunt van de eerbiediging van de rechten van verdediging. Als belanghebbende, die ook nog eens rechtstreeks door een negatieve beschikking wordt geraakt, heeft zij een duidelijk gerechtvaardigd belang erbij dat het in het inleidingsbesluit omschreven kader niet wordt overschreden.

132 De Commissie, in zaak T-309/04 in wezen ondersteund door SBS, wijst in de eerste plaats erop dat het besluit tot inleiding van de formele onderzoeksprocedure geen uitputtend en gedetailleerd standpunt over de zaak kon bevatten. Overigens bevat het inleidingsbesluit een uitputtende beschrijving van de vragen in verband met zowel de overcompensatie van de kosten van de openbare dienst als de toepassing van het beginsel van de particuliere investeerder in een markteconomie. Het Koninkrijk Denemarken heeft overigens zelf dat besluit niet aldus uitgelegd, dat het onderzoek uitsluitend betrekking had op de kruissubsidiëring.

133 Daar TV2 A/S in de formele onderzoeksprocedure geen opmerkingen heeft ingediend, kan er niet van worden uitgegaan dat haar rechten van verdediging zijn geschonden.

134 In de tweede plaats betwist de Commissie dat de door het Koninkrijk Denemarken in zijn verzoekschrift vermelde gegevens betreffende het beginsel van de particuliere investeerder in een markteconomie tot een ander resultaat zouden hebben geleid dan dat waartoe zij in de bestreden beschikking is gekomen.

135 In de derde plaats merkt de Commissie met betrekking tot de gestelde bijzondere omstandigheden op dat de dubbele rol van de Deense autoriteiten als overheid en als gestelde investeerder betekent dat onderscheid moet worden gemaakt bij de toepassing van de staatssteunregels. Die regels verschillen al naargelang zij op de staat als „overheid" of op de staat als investeerder worden toegepast. De mededeling inzake het omroepwezen bevat enkel richtsnoeren voor de compensatie van openbaredienstverplichtingen, maar niet voor investeringen door de staat in een openbaar bedrijf tegen marktvoorwaarden. Bij de compensatie van openbare diensten is het uitgangspunt dat er sprake is van staatssteun. De Commissie gaat echter na of de afwijking van artikel 86, lid 2, EG van toepassing is. Bij investeringen in openbare bedrijven is het de hoofdtaak van de Commissie, te beoordelen of het optreden van de staat kan worden gelijkgesteld met dat van een particuliere investeerder in een markteconomie.

— Beoordeling door het Gerecht

136 Volgens vaste rechtspraak is de eerbiediging van de rechten van verdediging in iedere procedure tegen iemand die tot een voor hem bezwarend besluit kan leiden, te beschouwen als een grondbeginsel van gemeenschapsrecht, die zelfs bij ontbreken van

enig specifiek voorschrift in acht moeten worden genomen (zie arresten Hof van 10 juli 1986, België/Commissie, 234/84, Jurispr. blz. 2263, punt 27; 14 februari 1990, Frankrijk/Commissie, C-301/87, Jurispr. blz. I-307, punt 29; 21 maart 1990, België/Commissie, C-142/87, Jurispr. blz. I-959, punt 46, en 5 oktober 2000, Duitsland/Commissie, C-288/96, Jurispr. blz. I-8237, punt 99, en aldaar aangehaalde rechtspraak; arrest Gerecht van 6 maart 2003, Westdeutsche Landesbank Girozentrale en Land Nordrhein-Westfalen/Commissie, T-228/99 en T-233/99, Jurispr. blz. II-435, punt 121). Dit beginsel verlangt dat degene tegen wie de Commissie een administratieve procedure heeft ingeleid, in deze procedure in staat wordt gesteld naar behoren zijn standpunt kenbaar te maken over de juistheid en de relevantie van de gestelde feiten en omstandigheden, alsmede over de documenten waarmee de Commissie de door haar gestelde schending van het gemeenschaprecht heeft gestaafd (arrest 10 juli 1986, België/Commissie, reeds aangehaald, punt 27).

137 Met betrekking tot de rechten van de steunontvangende ondernemingen zij opgemerkt dat de administratieve procedure inzake staatssteun uitsluitend tegen de betrokken lidstaat wordt ingeleid (arrest Hof van 24 september 2002, Falck en Acciaierie di Bolzano/Commissie, C-74/00 P en C-75/00 P, Jurispr. blz. I-7869, punt 81). De steunontvangende ondernemingen worden in deze procedure slechts als belanghebbenden beschouwd (arrest Westdeutsche Landesbank Girozentrale en Land Nordrhein-Westfalen/Commissie, punt 136 supra, punt 122). Hieruit volgt dat de belanghebbenden, zoals in casu TV2 A/S, zich niet kunnen beroepen op de rechten van verdediging als die van personen tegen wie een procedure is ingeleid, maar enkel het recht hebben om gelet op de omstandigheden van het concrete geval op passende wijze bij de administratieve procedure te worden betrokken (arrest Falck en Acciaierie di Bolzano/Commissie, reeds aangehaald, punt 83; arresten Gerecht van 25 juni 1998, British Airways e.a. en British Midland Airways/Commissie, T-371/94 en T-394/94, Jurispr. blz. II-2405, punt 60, en 31 mei 2006, Kuwait Petroleum (Nederland)/Commissie, T-354/99, Jurispr. blz. II-1475, punt 80].

138 Verder zij eraan herinnerd dat in artikel 6 van verordening (EG) nr. 659/1999 van de Raad van 22 maart 1999 tot vaststelling van nadere bepalingen voor de toepassing van artikel [88 EG] (PB L 83, blz. 1), is bepaald dat, wanneer de Commissie besluit de formele onderzoeksprocedure in te leiden, in het inleidingsbesluit kan worden volstaan met een samenvatting van de relevante feiten en rechtspunten, een eerste beoordeling omtrent de steunverlenende aard van de betrokken overheidsmaatregel, en een

uiteenzetting van de redenen waarom getwijfeld wordt aan de verenigbaarheid ervan met de gemeenschappelijke markt (arrest Gerecht van 23 oktober 2002, Diputación Foral de Guipúzcoa e.a./Commissie, T-269/99, T-271/99 en T-272/99, Jurispr. blz. II-4217, punt 104).

139 Het inleidingsbesluit moet de belanghebbenden dus in staat stellen doeltreffend deel te nemen aan de formele onderzoeksprocedure, waarin zij hun argumenten kunnen aanvoeren. Daartoe volstaat het, dat partijen weten op grond van welke redenering de Commissie voorlopig heeft geoordeeld dat de betrokken maatregel een met de gemeenschappelijke markt onverenigbare nieuwe steunmaatregel is (arrest Gerecht van 30 april 2002, Government of Gibraltar/Commissie, T-195/01 en T-207/01, Jurispr. blz. II-2309, punt 138, en arrest Diputación Foral de Guipúzcoa e.a./Commissie, punt 138 supra, punt 105).

140 Zelfs los van de vraag of op het gebied van staatssteun het door het Koninkrijk Denemarken en TV2 A/S aangevoerde beginsel van de particuliere investeerder in een markteconomie relevant is voor de beoordeling van de overheidsfinanciering van de openbare diensten, is het Gerecht van oordeel dat het inleidingsbesluit niet aldus kan worden uitgelegd dat verzoeksters daaruit de conclusie konden afleiden dat de overcompensatie met betrekking tot het verbod van staatssteun enkel in geval van kruissubsidiëring problemen zou opleveren, en zich dus genoodzaakt konden zien hun op het beginsel van de particuliere investeerder in een markteconomie gebaseerde betoog niet verder uit te werken.

141 Integendeel, in punt 54 van het inleidingsbesluit verklaart de Commissie met een beroep op het arrest van het Hof 22 november 2001, Ferring (C-53/00, Jurispr. blz. I-9067, punt 27), dat de kwalificatie van een financiering ter compensatie van de kosten van openbaredienstverplichtingen als staatssteun afhangt van de vraag of de tegenprestatie meer bedraagt dan de bijkomende nettokosten van de uitvoering van die taak. De Commissie voegt eraan toe dat wanneer de steun in een redelijke verhouding staat tot de nettokosten van de taken van openbare dienstverrichting, dit betekent dat

aan TV2 geen reëel voordeel ten opzichte van haar concurrenten is verleend. Soortgelijke verklaringen van de Commissie komen op andere plaatsen in het inleidingsbesluit voor (zie punten 62, 63, 79 en 83 van dit besluit).

142 Dat de Commissie in het inleidingsbesluit van mening was dat zij moest nagaan of in de onderzoeksperiode kruissubsidiëring had plaatsgevonden (zie punt 68 van het inleidingsbesluit), kan niet worden uitgelegd alsof zij daarmee wil zeggen dat er zonder die kruissubsidiëring geen staatssteun zou zijn. Die overweging van de Commissie is te verklaren door het feit dat het voor haar in het kader van een beoordeling ex post van de litigieuze maatregelen normaal is zich af te vragen of die maatregelen in de onderzoeksperiode daadwerkelijk tot een kruissubsidiëring hadden geleid.

143 Verder en onverminderd nogmaals de vraag of het beginsel van de particuliere investeerder in een markteconomie relevant is voor de beoordeling van de overheidsfinanciering van een openbare dienst in het licht van de staatssteunregels, kan, anders dan het Koninkrijk Denemarken stelt, uit het inleidingsbesluit (punt 71, laatste volzin) niet worden afgeleid dat de Commissie te verstaan heeft gegeven dat zij niet van plan was te onderzoeken of het beginsel van de particuliere investeerder in een markteconomie in acht was genomen. In voornoemd punt 71, laatste volzin, heeft de Commissie namelijk alleen maar het argument van de Deense autoriteiten weergegeven, dat zij als een particuliere investeerder in een markteconomie hadden gehandeld.

144 Gelet op het voorgaande, stelt het Koninkrijk Denemarken ten onrechte dat het inleidingsbesluit hem had genoopt, zijn op het beginsel van de particuliere investeerder in een markteconomie gebaseerde standpunt dat het jegens TV2 als een particuliere investeerder in een markteconomie had gehandeld, in het stadium van de formele

onderzoeksprocedure niet verder uit te werken. Om dezelfde redenen stelt TV2 A/S ten onrechte dat de Commissie in de formele onderzoeksprocedure van het in het inleidingsbesluit omschreven onderzoekskader is afgeweken.

145 Ten slotte dwong geen enkele bijzondere omstandigheid de Commissie ertoe zich in de bestreden beschikking duidelijker uit te drukken dan zij had gedaan. Anders dan het Koninkrijk Denemarken stelt, blijkt dienaangaande uit de mededeling inzake het omroepwezen niet dat een overcompensatie enkel in geval van een bewezen kruissubsidiëring problemen kan opleveren.

146 In die omstandigheden, waaruit blijkt dat noch de rechten van verdediging van het Koninkrijk Denemarken noch de beperktere rechten die TV2 A/S aan haar hoedanigheid van belanghebbende ontleent, zijn geschonden, moet het onderhavige middel worden afgewezen.

Tweede middel in de zaken T-309/04 en T-317/04: schending van artikel 87, lid 1, EG, voor zover de omroepbijdragen alsmede de via het TV2-fonds aan TV2 overgemaakte reclame-inkomsten geen staatsmiddelen zijn

— Argumenten van partijen

147 Het Koninkrijk Denemarken en TV2 A/S, die door de ERU wordt ondersteund, voeren aan dat de gestelde overcompensatie niet als staatssteun kan worden aangemerkt,

omdat deze uit de omroepbijdragen en uit de tot 1997 via het TV2-fonds betaalde reclame-inkomsten wordt gefinancierd (hierna: „reclame-inkomsten 1995-1996").

148 De omroepbijdrage wordt betaald door de gebruikers zodat er geen overdracht van staatsmiddelen plaatsvindt. Deze bijdrage moet worden beschouwd als een gedeeltelijke bijdrage die deze gebruikers voor de ontvangst van TV2 betalen, vergelijkbaar met de bijdrage die voor de ontvangst van kabelzenders wordt betaald. Dat de verplichting tot betaling van een bijdrage voor de ontvangst van de programma's van TV2 wettelijk is geregeld, doet daaraan niets af.

149 Dat de bijdrage door DR wordt geïnd — en dat de inkomsten daaruit tot 1997 via het TV2-fonds zijn overgemaakt — is ook niet van belang. De reden daarvoor is zuiver administratief.

150 De reden waarom de overmaking van de omroepbijdrage aan TV2 geen overdracht van staatsmiddelen of aan de staat toe te rekenen steun is, geldt al helemaal voor de overmaking van de reclame-inkomsten 1995-1996.

151 De omroepbijdrage en de via het TV2-fonds aan TV2 overgemaakte reclame-inkomsten 1995-1996 kunnen niet worden geacht onder openbaar toezicht te zijn gevallen, aangezien de Deense minister van Cultuur — zodra het bedrag van de bijdrage is vastgesteld en de beslissing over de verdeling van de opbrengst tussen DR en TV2 is genomen — geen controle meer over de middelen heeft om ze voor andere doeleinden

te kunnen aanwenden. Met andere woorden, vanaf dat moment dient de omroepbijdrage al naar het geval voor de activiteiten van DR of TV2 te worden gebruikt.

152 De Commissie, die in zaak T-309/04 door SBS wordt ondersteund, merkt om te beginnen op dat vaststaat dat de minister van Cultuur het bedrag bepaalt van de omroepbijdrage die alle bezitters van radio- en televisietoestellen in Denemarken verschuldigd zijn. Die bijdragen worden door DR geïnd en de inkomsten daaruit worden op basis van een besluit van de minister van Cultuur overeenkomstig een media-akkoord met het Deense parlement tussen DR en TV2 verdeeld (punt 22 van de bestreden beschikking). De minister van Cultuur stelt met name vast wanneer de bijdrageplicht begint en eindigt, en de onbetaalde omroepbijdragen kunnen via loonbeslag worden geïnd (punt 23 van de bestreden beschikking). Tot 1997 heeft TV2 middelen ontvangen via het TV2-fonds, een instelling die door de staat is opgericht om TV2 inkomsten te verschaffen.

153 Volgens de Commissie dienen middelen als staatsmiddelen te worden beschouwd wanneer zij onder openbaar toezicht en dus ter beschikking van de nationale autoriteiten staan. Het deel van de bijdrage dat aan TV2 toekomt, wordt door de minister van Cultuur vastgesteld. Voor de omschrijving van de staatsmiddelen is de gemeenschappelijke noemer in de rechtspraak, dat de gemeenschapsrechter nagaat of de middelen onder toezicht van de staat vielen. Bovendien blijkt uit het voorgaande dat de staat heeft toegezien op de inning van de bijdrage, alsmede op de gedwongen tenuitvoerlegging van de schuldvorderingen. Elke bezitter van een televisie- of radiotoestel was verplicht de bijdrage te betalen, ongeacht of hij de programma's van DR of TV2 ontving of niet. Die verplichting onderscheidde zich dus van andere betalingsverplichtingen zoals een kabelabonnement.

154 De Commissie merkt op dat er geen contractuele betrekking bestaat tussen TV2 en de persoon die de bijdrage betaalt. Het bijdragesysteem is dus niet te vergelijken met de situatie in de zaak die heeft geleid tot het arrest van het Hof van 13 maart 2001, PreussenElektra (C-379/98, Jurispr. blz. I-2099).

— Beoordeling door het Gerecht

155 Volgens vaste rechtspraak vereist de kwalificatie als staatssteun, dat aan alle in artikel 87, lid 1, EG bedoelde voorwaarden is voldaan (arresten Hof van 21 maart 1990, België/Commissie, punt 136 supra, punt 25; 14 september 1994, Spanje/Commissie, C-278/92-C-280/92, Jurispr. blz. I-4103, punt 20, en 16 mei 2002, Frankrijk/Commissie, C-482/99, Jurispr. blz. I-4397, punt 68).

156 Volgens artikel 87, lid 1, EG zijn steunmaatregelen van de staten verboden onder de volgende voorwaarden: 1) het moet gaan om een maatregel van de staat of met staatsmiddelen bekostigd; 2) deze maatregel moet het handelsverkeer tussen de lidstaten ongunstig beïnvloeden; 3) hij moet de begunstigde een voordeel verschaffen, en 4) hij moet de mededinging vervalsen of dreigen te vervalsen.

157 Het onderhavige middel heeft betrekking op de eerste voorwaarde volgens welke maatregelen enkel als steunmaatregelen kunnen worden beschouwd, indien zij rechtstreeks of zijdelings met staatsmiddelen zijn bekostigd en aan de staat kunnen worden toegerekend (arresten Frankrijk/Commissie, punt 155 supra, punt 24, en GEMO, punt 102 supra, punt 24; arrest Hof van 15 juli 2004, Pearle e.a., C-345/02, Jurispr. blz. I-7139, punt 36).

158 Wat in de eerste plaats de omroepbijdrage betreft, blijkt uit de bestreden beschikking en wordt niet echt betwist dat het bedrag ervan door de Deense autoriteiten wordt vastgesteld (punt 22), dat de betalingsverplichting niet voortvloeit uit een contractuele band tussen TV2 en de betalingsplichtige, maar uit het loutere bezit van een televisie- of radiotoestel (punten 22 en 59), dat die bijdrage in voorkomend geval wordt geïnd

volgens de regels betreffende de inning van belasting (punt 23), en dat ten slotte de Deense autoriteiten bepalen welk deel van de omroepbijdrage aan TV2 toekomt (punt 59).

159 Uit het voorgaande volgt dat de inkomsten uit de omroepbijdrage ter beschikking staan van de Deense autoriteiten en door hen worden gecontroleerd, zodat dit staatsmiddelen zijn.

160 Wat in de tweede plaats de reclame-inkomsten betreft, merkt het Gerecht op dat het Koninkrijk Denemarken en TV2 A/S uitsluitend opkomen tegen de reclame-inkomsten 1995-1996; in die jaren werd de advertentieruimte van TV2, anders dan in de periode daarna, niet door TV2 zelf verkocht maar door een derde onderneming (TV2 Reklame A/S), en werd de opbrengst van die verkoop via het TV2-fonds aan TV2 overgemaakt (zie punt 24 van de bestreden beschikking).

161 Het Gerecht stelt om te beginnen vast dat de Commissie in de bestreden beschikking geen onderscheid maakt tussen de reclame-inkomsten 1995-1996 en de omroepbijdragen.

162 Hoewel de Commissie uitdrukkelijk wijst op het verschil tussen reclame-inkomsten in het algemeen en de televisiebijdragen (zie punten 10 en 17 van de bestreden beschikking) en in het kort vermeldt hoe de advertentieruimte van TV2 in de jaren 1995-1996 (zie punt 24 van de bestreden beschikking) werd verkocht, voegt de

Commissie in de praktijk de reclame-inkomsten 1995-1996 bij de omroepbijdragen. Zo omvatten in punt 21 van de bestreden beschikking de 4 067,7 miljoen DKK, die de Commissie als „middelen uit omroepbijdragen" kwalificeert, in werkelijkheid de reclame-inkomsten 1995-1996. Dat wordt bevestigd door tabel 1 bij punt 107 van de bestreden beschikking, waarin de reclame-inkomsten 1995-1996 niet voorkomen op de regel „netto reclame-inkomsten", maar in „omroepbijdragen/TV2-fonds" voor een totaalbedrag van 4 067,7 miljoen DKK zijn opgenomen.

163 Het Gerecht stelt bovendien vast dat die feitelijke samenvoeging van de reclame-inkomsten met het bedrag van de omroepbijdrage die wegens het verschil in aard van die twee wijzen van financiering a priori niet kan worden verklaard, gepaard gaat met een volledig ontbreken van een specifieke motivering met betrekking tot die reclame-inkomsten in het gedeelte van de bestreden beschikking dat is gewijd aan de vraag of de verschillende maatregelen van het Koninkrijk Denemarken ten gunste van TV2 al dan niet als staatsmiddelen zijn aan te merken (punten 57-68).

164 Hoewel de Commissie in dat gedeelte van de bestreden beschikking ingaat op de vraag of met de omroepbijdrage (punten 57-60), dan wel met de ad-hoc-overdracht bij de opheffing van het TV2-fonds in 1997 (punt 61, tweede volzin), staatsmiddelen zijn gemoeid, snijdt zij de kwestie van de reclame-inkomsten 1995-1996 niet aan.

165 Bovendien kan punt 24 van de bestreden beschikking naar het oordeel van het Gerecht niet gelden als toereikende motivering met betrekking tot de feitelijke samenvoeging van de reclame-inkomsten 1995-1996 met de omroepbijdragen. Gelet voornamelijk op het verschil in aard van reclame-inkomsten en omroepbijdragen maar ook op het feit dat het ging om de verkoop van niet om het even welke advertentieruimte, doch van die van TV2, en ten slotte op het feit dat de reclame-inkomsten 1995-1996 steeds beduidend onder de behoeften van de openbare dienst lagen, kan immers niet worden uitgesloten dat die reclame-inkomsten in werkelijkheid van meet af aan TV2

toebehoorden en dat de overmaking daarvan via het TV2-fonds slechts een administratieve procedure was die geen werkelijke controle van het Koninkrijk Denemarken over die bedragen weergeeft.

166 Het Gerecht merkt overigens op dat de Commissie weliswaar in het stadium van het beroep voor het Gerecht uitvoerig uiteenzet waarom zij de omroepbijdragen als staatsmiddelen beschouwt, en in het bijzonder benadrukt dat de betaling van de omroepbijdrage door de bezitters van televisietoestellen niet op een contractuele betrekking was gebaseerd, maar niet ingaat op de specifieke vraag van de reclame-inkomsten 1995-1996 en daarmee de op de zuiver contractuele oorsprong van die inkomsten gebaseerde kritiek van verzoeksters op geen enkele wijze weerlegt.

167 Gelet op het voorgaande, is de Commissie in de bestreden beschikking haar motiveringsplicht met betrekking tot de feitelijke behandeling van de reclame-inkomsten 1995-1996 als staatsmiddelen niet nagekomen. In die omstandigheden moet het onderhavige middel, voor zover het gericht is op de reclame-inkomsten 1995-1996, gedeeltelijk worden aanvaard, en moet de bestreden beschikking nietig worden verklaard voor zover zij die inkomsten tot de staatsmiddelen rekent.

168 Het Gerecht is van oordeel dat vervolgens moet worden ingegaan op een grief die het Koninkrijk Denemarken en TV2 A/S in het kader van met name het vijfde, het zesde en het zevende middel tot nietigverklaring in de zaken T-309/04 en T-317/04 hebben aangevoerd, en waarmee in wezen wordt gesteld dat de bestreden beschikking op een ontoereikende motivering berust, omdat de omstandigheden waaronder TV2 in de onderzoeksperiode door het Koninkrijk Denemarken is gefinancierd, kennelijk onvoldoende zijn onderzocht, zodat de Commissie ten onrechte tot de conclusie is gekomen dat er sprake was van staatssteun.

Grief in de zaken T-309/04 en T-317/04 betreffende ontoereikende motivering van de bestreden beschikking omdat de Commissie haar onderzoeksplicht niet is nagekomen

— Argumenten van partijen

169 Het Koninkrijk Denemarken en TV2 A/S voeren aan dat de bestreden beschikking ontoereikend is gemotiveerd omdat de Commissie niet serieus is ingegaan op de vraag of TV2 tussen 1995 en 2002 concreet financiering had ontvangen die evenredig was aan de behoeften van de openbare dienst. Zij voeren gegevens aan ter ondersteuning van het standpunt dat die financiering in de onderzoeksperiode objectief, transparant en rationeel tot stand is gekomen en gehandhaafd, zodat deze evenredig is aan de behoeften van de openbare dienst.

170 Het Koninkrijk Denemarken verwijst dan ook naar de travaux préparatoires van de wet van 1986 tot oprichting van TV2, alsmede naar een raming van de inkomsten en uitgaven van TV2 die in bijlage daarbij is gevoegd.

171 TV2 A/S voert aan dat de hoogte van de door TV2 benodigde compensatie door de minister van Cultuur was vastgesteld in overleg met de financiële commissie van het Deense parlement — dus onder strikt parlementair toezicht — in het kader van vierjaarlijkse akkoorden, de zogenoemde media-akkoorden, en op basis van uitgebreide economische analyses. Die uitgebreide economische analyses zijn in 1995 respectievelijk 1999 uitgevoerd door het accountantskantoor KPMG, bijgestaan door een follow-upgroep van deskundigen, waaraan de concurrenten van TV2 hebben deelgenomen (hierna: „economische analyses 1995/1999").

172 Het doel van deze economische analyses was juist het mogelijk te maken te bepalen welk deel van de omroepbijdrage aan TV2 diende toe te komen in het licht van haar openbaredienstverplichtingen, de daaruit voortvloeiende financieringsbehoefte en een beoordeling van haar inkomstenpotentieel uit de televisiereclame en van andere inkomsten. De hoogte van de omroepbijdrage en het aan TV2 toekomende deel zijn bovendien vastgesteld in de veronderstelling dat de van de staat afkomstige voordelen met name in de vorm van niet-betaling van rente en belastingvrijstelling, zoals vermeld in punt 110 van de bestreden beschikking, zouden worden gehandhaafd.

173 De economische analyses 1995/1999, die evenals de jaarrekeningen van TV2 zijn gepubliceerd, zijn gevoegd bij de opmerkingen van het Koninkrijk Denemarken van 24 maart 2003 in antwoord op het inleidingsbesluit.

174 De twee voor de onderzoeksperiode (1995 en 1999) relevante media-akkoorden zijn juist op die uitgebreide economische analyses gebaseerd. Door die economische analyses in de formele procedure over te leggen, heeft het Koninkrijk Denemarken de Commissie dus schriftelijk bewijs geleverd van de financiële berekeningen die aan de verschillende media-akkoorden in de onderzoeksperiode ten grondslag lagen.

175 Het Koninkrijk Denemarken en TV2 A/S verwijzen naar een onderzoek en een aanbeveling in 1994-1995 van de Rigsrevision (Rekenkamer, Denemarken) aan de Deense regering betreffende de vorming van eigen kapitaal van TV2 en de wijzigingen in de statuten van TV2 die dit zou hebben betekend. Zij verwijzen ook naar een op verzoek van de rijksaccountants opgesteld rapport van de minister van Financiën van 2 augustus 1995, en wat het Koninkrijk Denemarken als gevolg daarvan heeft gedaan, namelijk een wijziging in 1997 van de statuten van TV2 waarbij de verplichting tot vorming van eigen kapitaal ten bedrage van ten minste 200 miljoen DKK werd vastgelegd.

176 Gelet op het voorgaande, waaruit blijkt dat de financiering van TV2 en de vorming van haar eigen kapitaal in de onderzoeksperiode op een economisch rationele wijze en evenredig aan de behoeften van de openbare dienst werden bepaald, betekent het ontbreken van een uitvoerige analyse dienaangaande in de bestreden beschikking dat de grondslagen en de motivering van die beschikking ontoereikend zijn.

177 In antwoord op de stelling van de Commissie dat die informatie haar bekend was, maar volgens haar niet aantoonde dat de door TV2 geaccumuleerde overcompensatie in werkelijkheid een reserve vormde die was aangelegd zodat TV2 in de behoeften van de openbare dienst kon voorzien en evenredig was aan die behoeften, stellen het Koninkrijk Denemarken en TV2 A/S dat het beslissende feit echter is dat de Commissie, hoewel al die informatie in de formele periode aan haar was meegedeeld, daarover in de bestreden beschikking niet anders dan een onvolledig en onnauwkeurig standpunt heeft bepaald. De bestreden beschikking berust op formele overwegingen en bevat geen economische analyse van de vraag of, en in hoeverre, het eigen kapitaal van TV2 meer bedroeg dan voor de vervulling van haar taak van openbaredienstverrichting noodzakelijk was, en in voorkomend geval of het strijdig was met het gemeenschappelijk belang. De motivering en de grondslagen van de bestreden beschikking bevatten dus wezenlijke fouten.

— Beoordeling door het Gerecht

178 Wat in de eerste plaats de omvang van de motiveringsplicht betreft, zij eraan herinnerd dat de door artikel 253 EG vereiste motivering moet beantwoorden aan de aard van de betrokken handeling en de redenering van de instelling die de handeling heeft verricht, duidelijk en ondubbelzinnig tot uitdrukking moet doen komen, opdat de belanghebbenden de rechtvaardigingsgronden van de genomen maatregel kunnen kennen en de bevoegde rechter zijn toezicht kan uitoefenen. Het motiveringsvereiste moet worden beoordeeld aan de hand van de omstandigheden van het geval, met name de inhoud van de handeling, de aard van de redengeving en het belang dat de adressaten of andere

personen die rechtstreeks en individueel door de handeling worden geraakt, bij een toelichting kunnen hebben. Het is niet noodzakelijk dat alle relevante gegevens feitelijk of rechtens in de motivering worden gespecificeerd, aangezien bij de vraag of de motivering van een handeling aan de vereisten van artikel 253 EG voldoet, niet alleen acht moet worden geslagen op de bewoordingen ervan, doch ook op de context en op het geheel van rechtsregels die de betrokken materie beheersen (zie arrest Hof van 2 april 1998, Commissie/Sytraval en Brink's France, C-367/95 P, Jurispr. blz. I-1719, punt 63, en aldaar aangehaalde rechtspraak).

179 Bovendien is in de gevallen waarin de Commissie over een beoordelingsmarge beschikt om haar taak te kunnen vervullen, de inachtneming van de door de communautaire rechtsorde in administratieve procedures geboden waarborgen van des te groter fundamenteel belang. Tot die waarborgen behoort met name de verplichting voor de bevoegde instelling om alle relevante gegevens van het geval zorgvuldig en onpartijdig te onderzoeken en haar beschikkingen toereikend te motiveren (arrest Hof van 21 november 1991, Technische Universität München, C-269/90, Jurispr. blz. I-5469, punt 14).

180 Verder is de Commissie weliswaar niet verplicht in de beschikkingen die zij moet geven om de toepassing van de mededingingsregels te verzekeren, in te gaan op alle punten van feitelijke en juridische aard, evenmin als op de overwegingen naar aanleiding waarvan zij een dergelijke beschikking heeft gegeven, doch niettemin is zij krachtens artikel 253 EG gehouden ten minste de feiten en de overwegingen te vermelden die in het bestek van de beschikking van wezenlijk belang zijn, zodat de gemeenschapsrechter en de betrokken partijen kunnen weten in welke omstandigheden zij het Verdrag heeft toegepast (zie in die zin arrest Gerecht van 15 september 1998, European Night Services e.a./Commissie, T-374/94, T-375/94, T-384/94 en T-388/94, Jurispr. blz. II-3141, punt 95, en aldaar aangehaalde rechtspraak).

181 Tevens volgt uit de rechtspraak dat behoudens bijzondere omstandigheden een beschikking een motivering moet bevatten die in de beschikking zelf is opgenomen, en dat zij niet nadien voor de rechter voor het eerst kan worden geëxpliciteerd (zie arresten Gerecht van 2 juli 1992, Dansk Pelsdyravlerforening/Commissie, T-61/89, Jurispr. blz. II-1931, punt 131, en 14 mei 1998, Buchmann/Commissie, T-295/94, Jurispr. blz. II-813, punt 171, en arrest European Night Services e.a./Commissie, punt 180 supra, punt 95, en aldaar aangehaalde rechtspraak). Er zij namelijk aan herinnerd dat de motivering in beginsel tegelijk met het bezwarende besluit aan de betrokkene moet worden meegedeeld. Het ontbreken van een motivering kan niet worden geregulariseerd door de omstandigheid dat de betrokkene tijdens de procedure voor de gemeenschapsrechter kennis krijgt van de redenen van het besluit (arrest Hof 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, Jurispr. blz. I-5425, punt 463; arresten Gerecht van 12 december 1996, Rendo e.a./Commissie, T-16/91, Jurispr. blz. II-1827, punt 45, en 15 juni 2005, Corsica Ferries France/Commissie, T-349/03, Jurispr. blz. II-2197, punt 287).

182 Dienaangaande zij in herinnering gebracht dat de gemeenschapsrechter zich in het kader van een beroep tot nietigverklaring krachtens artikel 230 EG dient te beperken tot de toetsing van de wettigheid van de bestreden handeling. Het Gerecht kan het eventuele ontbreken van een motivering dus niet verhelpen of kan de motivering van de Commissie niet aanvullen door er gegevens aan toe te voegen of in te vervangen die niet uit de bestreden beschikking zelf blijken (zie in die zin arresten Gerecht van 27 januari 1998, Ladbroke Racing/Commissie, T-67/94, Jurispr. blz. II-1, punten 147 en 148; 15 september 1998, BFM en EFIM/Commissie, T-126/96 en T-127/96, Jurispr. blz. II-3437, punt 81, en 13 juli 2000, Griesel/Raad, T-157/99, JurAmbt. blz. I-A-151 en II-699, punt 41, en arrest Corsica Ferries France/Commissie, punt 181 supra, punt 58).

183 Wat in de tweede plaats de omvang van de onderzoeksplicht betreft die in het kader van het toezicht op de steunmaatregelen op de Commissie rust, zij eraan herinnerd dat hoewel de lidstaat krachtens de plicht tot loyale samenwerking bedoeld in artikel 10 EG

met de Commissie moet samenwerken door haar de gegevens te verschaffen aan de hand waarvan zij kan bepalen of de betrokken maatregel staatssteun is [zie inzake de verplichting tot loyale samenwerking, arresten Hof van 3 juli 2003, België/Commissie, C-457/00, Jurispr. blz. I-6931, punt 99, en 10 mei 2005, Italië/Commissie, C-400/99, Jurispr. blz. I-3657, punt 48; arrest Kuwait Petroleum (Nederland)/Commissie, punt 137 supra, punt 67] en hoewel het aan die lidstaat staat, in voorkomend geval te bewijzen dat aan de toepassingsvoorwaarden van artikel 86, lid 2, EG is voldaan (arrest Hof van 23 oktober 1997, Commissie/Frankrijk, C-159/94, Jurispr. blz. I-5815, punt 94, en arrest Gerecht van 16 maart 2004, Danske Busvognmænd/Commissie, T-157/01, Jurispr. blz. II-917, punt 96), neemt dat niet weg dat de Commissie in het belang van een goede toepassing van de fundamentele verdragsbepalingen inzake steunmaatregelen gehouden is tot een zorgvuldig en onpartijdig onderzoek (zie in die zin arrest Commissie/Sytraval en Brink's France, punt 178 supra, punten 60-62; arrest Gerecht van 30 januari 2002, max.mobil/Commissie, T-54/99, Jurispr. blz. II-313, punt 49, eerste twee volzinnen, niet ontkracht door arrest Hof van 22 februari 2005, Commissie/max.mobil, C-141/02 P, Jurispr. blz. I-1283, en arrest Westdeutsche Landesbank Girozentrale en Land Nordrhein-Westfalen/Commissie, punt 136 supra, punt 167), en dat zij ingevolge die verplichting met name de gegevens die de lidstaat haar heeft verstrekt, met zorg moet onderzoeken.

184 Verder zij eraan herinnerd dat in het kader van een beroep tot nietigverklaring krachtens artikel 230 EG de rechtmatigheid van een gemeenschapshandeling moet worden beoordeeld aan de hand van de informatie die was meegedeeld op de datum waarop de handeling is vastgesteld. Inzonderheid door de Commissie verrichte ingewikkelde beoordelingen mogen enkel worden beoordeeld aan de hand van de gegevens waarover de Commissie beschikte op het ogenblik waarop zij die beoordelingen heeft verricht (arresten Hof van 7 februari 1979, Frankrijk/Commissie, 15/76 en 16/76, Jurispr. blz. 321, punt 7; 10 juli 1986, België/Commissie, punt 136 supra, punt 16, en 11 september 2003, België/Commissie, C-197/99 P, Jurispr. blz. I-8461, punt 86; arresten British Airways e.a. en British Midland Airways/Commissie, punt 137 supra, punt 81, en BFM en EFIM/Commissie, punt 182 supra, punt 88, en arrest Gerecht van 11 mei 2005, Saxonia Edelmetalle en ZEMAG/Commissie, T-111/01 en T-133/01, Jurispr. blz. II-1579, punt 67).

185 In het licht van deze beginselen en overwegingen moeten de grieven van het Koninkrijk Denemarken en TV2 A/S worden beoordeeld.

186 In dit verband moet weer te rade worden gegaan met de bewoordingen van de bestreden beschikking die relevant zijn voor de vraag of de Commissie met betrekking tot de wijzen van financiering van TV2 in de onderzoeksperiode en de evenredigheid van die financiering aan de behoeften van de openbare dienst haar verplichtingen tot motivering en een zorgvuldig onderzoek is nagekomen.

187 In het beschrijvende gedeelte van de bestreden beschikking heeft de Commissie verklaard dat TV2 in 1986 is opgericht als een onafhankelijke, zelfstandige instelling die met een staatslening werd gefinancierd (punt 11). Zij heeft verder verklaard dat TV2 uit omroepbijdragen en reclame-inkomsten werd gefinancierd (punten 10 en 17), en melding gemaakt van de procedure tot vaststelling van het bedrag van de omroepbijdrage en de verdeling ervan tussen DR en TV2 (punt 22).

188 In het gedeelte van de bestreden beschikking dat aan de juridische beoordeling is gewijd, heeft de Commissie onderzocht of in casu is voldaan aan de tweede en de vierde van de vier voorwaarden die in de punten 88 tot en met 93 van het arrest van het Hof van 24 juli 2003, Altmark Trans en Regierungspräsidium Magdeburg (C-280/00, Jurispr. blz. I-7747; hierna: „arrest Altmark", en, wat bovenbedoelde voorwaarden betreft, „Altmark-voorwaarden"), worden genoemd (punt 71).

189 Het Gerecht herinnert eraan dat volgens de eerste Altmark-voorwaarde „de begunstigde onderneming daadwerkelijk belast moet zijn met de uitvoering van openbaredienstverplichtingen en die verplichtingen duidelijk omschreven moeten zijn" (arrest Altmark, punt 188 supra, punt 89). Volgens de tweede Altmark-voorwaarde „moeten de parameters op basis waarvan de compensatie wordt berekend, vooraf op objectieve en doorzichtige wijze worden vastgesteld, om te vermijden dat de compensatie een economisch voordeel bevat waardoor de begunstigde onderneming ten opzichte van concurrerende ondernemingen kan worden bevoordeeld" (arrest Altmark, punt 188 supra, punt 90). Volgens de derde Altmark-voorwaarde „mag de compensatie niet hoger zijn dan nodig is om de kosten van de uitvoering van de openbaredienstverplichtingen, rekening houdend met de opbrengsten alsmede met een redelijke winst uit de uitvoering van die verplichtingen, geheel of gedeeltelijk te dekken" (arrest Altmark, punt 188 supra, punt 92). Volgens de vierde Altmark-voorwaarde ten slotte „moet, wanneer de met de uitvoering van openbaredienst-verplichtingen te belasten onderneming in een concreet geval niet is gekozen in het

kader van een openbare aanbesteding, de noodzakelijke compensatie worden vastgesteld op basis van de kosten die een gemiddelde, goed beheerde onderneming, die zodanig is uitgerust dat zij aan de vereisten van de openbare dienst kan voldoen, zou hebben gemaakt om deze verplichtingen uit te voeren, rekening houdend met de opbrengsten en een redelijke winst uit de [uitvoering] van deze verplichtingen" (arrest Altmark, punt 188 supra, punt 93).

190 Wat in de eerste plaats de tweede Altmark-voorwaarde betreft, dat de parameters op basis waarvan de compensatie wordt berekend, vooraf op objectieve en doorzichtige wijze moeten worden vastgesteld, was de Commissie van mening dat die niet was vervuld. De Commissie heeft daarvoor als redenen aangevoerd dat „de compensatie wordt vastgesteld in een media-akkoord, dat vier jaar geldig blijft, en geen enkele begroting openbaar is gemaakt, waarin een verband wordt gelegd tussen de compensatie en de dienstverlening". De Commissie heeft daaraan toegevoegd dat „TV2 bovendien een reeks voordelen verkrijgt die niet doorzichtig zijn (belastingvrijstelling, kwijtschelding van rente, enz.)" (punt 71 van de bestreden beschikking).

191 In de tweede plaats heeft de Commissie met betrekking tot de vierde Altmark-voorwaarde verklaard dat „TV2 niet als publieke televisieomroep is uitgekozen op grond van een aanbesteding en om het bedrag van de compensatie te bepalen geen enkele analyse is gemaakt van de kosten die een gemiddelde, goed beheerde onderneming die over voldoende productiemiddelen beschikt om de aan een openbare dienst gestelde eisen te kunnen vervullen, zou hebben moeten dragen om deze verplichtingen na te komen, rekening houdend met de opbrengsten alsmede met een redelijke winst uit de [uitvoering] van deze verplichtingen" (punt 71 van de bestreden beschikking).

192 In het gedeelte van de bestreden beschikking waarin de verenigbaarheid van de steunmaatregel aan artikel 86, lid 2, EG wordt getoetst en, meer in het bijzonder, de evenredigheid wordt onderzocht, erkent de Commissie in antwoord op het argument van het Koninkrijk Denemarken dat het opgebouwde kapitaal noodzakelijk was om eventuele schommelingen in de reclame-inkomsten op te vangen (punt 112; zie ook punt 111, eerste volzin), „dat ondernemingen een dergelijke reserve nodig kunnen hebben om de vervulling van hun [taak van openbaredienstverrichting] te waarborgen" (punt 113).

193 De Commissie wijst er echter op dat een dergelijke reserve „met een bepaald doel moet worden aangelegd en bovendien in overeenstemming moet worden gebracht met de regels inzake het nader bepalen van de termijnen waarbinnen vastgestelde overcompensatie moet worden terugbetaald". Zij merkt op dat het in casu er niet om ging specifieke reserves aan te leggen maar om eigen kapitaal op te bouwen. Zij voegt eraan toe dat „eigen kapitaal voor eender welk doel kan worden gebruikt, niet uitsluitend voor het vervullen van de [taak van openbaredienstverrichting]" (punt 113).

194 In punt 114 van de bestreden beschikking betoogt de Commissie met betrekking tot een voorbeeld dat het Koninkrijk Denemarken voor 1999, waarin de reclame-inkomsten van TV2 aanzienlijk waren gedaald, had aangevoerd, dat die daling TV2 zelfs niet had gedwongen het opgebouwde kapitaal aan te spreken.

195 In punt 115 van de bestreden beschikking is de Commissie „van mening dat het opgebouwde surplus niet noodzakelijk was voor de goede werking van TV2". Bovendien zou „een transparante reserve een betere buffer tegen eventuele dalende reclame-inkomsten zijn geweest dan het gewoon laten accumuleren van overschotten in de onderneming". De Commissie concludeert bijgevolg dat zij „niet kan instemmen met het eerste argument van de Deense autoriteiten", volgens hetwelk de overcompensatie in werkelijkheid een noodzakelijk reserve was om de verrichting van de openbare dienst te verzekeren.

196 Uit deze herhaling van de bewoordingen van de bestreden beschikking volgt dat het standpunt van de Commissie in wezen op twee stellingen is gebaseerd.

197 Ten eerste was de bij TV2 geconstateerde overcompensatie niet het resultaat van een transparante en weldoordachte aanleg van reserves die specifiek bedoeld was om de verrichting van de openbare dienst ondanks de schommelingen in de reclame-inkomsten te waarborgen, maar van een eenvoudige, ongecontroleerde accumulatie van kapitaal.

198 Ten tweede blijkt uit het aan 1999 ontleende voorbeeld dat TV2 in werkelijkheid haar reserves nooit had hoeven aan te spreken.

199 Met betrekking tot de eerste stelling moet worden vastgesteld dat de bestreden beschikking niets bevat wat de juistheid daarvan kan bevestigen.

200 Behalve de louter beschrijvende vermelding van een aantal elementen van de methode tot vaststelling door het Koninkrijk Denemarken van het bedrag van de aan TV2 toekomende omroepbijdrage van 1995 tot en met 2002 (zie punt 22), bevat de bestreden beschikking namelijk geen motivering die een analyse van die methode en van de zowel juridische als economische overwegingen bevat aan de hand waarvan dat bedrag tijdens die gehele periode is vastgesteld.

201 Echter moet worden vastgesteld dat, gelet zowel op het belang van een inaanmerkingneming van die elementen voor de toepassing in casu van de staatssteunregels als op de beoordelingsmarge waarover de Commissie bij ingewikkelde economische vraagstukken beschikt, de motivering van de bestreden beschikking overeenkomstig de

in de punten 178 en 179 hierboven aangehaalde rechtspraak een nauwkeurige en uitvoerige beoordeling had moeten bevatten van de concrete, juridische en economische omstandigheden waaronder het bedrag van de aan TV2 toekomende omroepbijdrage in de onderzoeksperiode was bepaald.

202 Het Gerecht deelt de opvatting van het Koninkrijk Denemarken en TV2 A/S dat de ontoereikende motivering van de bestreden beschikking op dat punt een schending van wezenlijke vormvoorschriften oplevert en dus overeenkomstig de in de punten 178 tot en met 182 hierboven aangehaalde rechtspraak de nietigverklaring van die beschikking tot gevolg heeft.

203 Het Gerecht is overigens van oordeel dat die ontoereikende motivering te verklaren valt doordat de Commissie tijdens de formele onderzoeksprocedure de concrete omstandigheden waaronder in de onderzoeksperiode het bedrag van de aan TV2 toekomende omroepbijdrage was bepaald, niet nauwgezet had onderzocht.

204 In het stadium van de onderhavige beroepen bij het Gerecht wijst de Commissie de grief dat zij haar onderzoeksplicht niet is nagekomen, af met het betoog dat „de Deense autoriteiten vóór en tijdens de formele onderzoeksprocedure talrijke documenten en uitvoerige informatie over de zaak hebben meegedeeld", maar dat „de meegedeelde inlichtingen echter werden gekenmerkt door het feit dat de Deense autoriteiten de accumulatie van de overcompensatie bij TV2 door informatie en berekeningen achteraf hadden proberen te rechtvaardigen". Het Koninkrijk Denemarken was volgens de Commissie „niet in staat geweest informatie te verstrekken uit de tijd waarin de kapitaalaccumulatie bij de onderneming plaatsvond en die de kapitaalvorming zoals vastgesteld in het geval van TV2 eventueel kon rechtvaardigen".

205 Die verklaringen worden op verschillende andere plaatsen in de schrifturen van de Commissie herhaald. Zo wordt verklaard dat „de Deense autoriteiten nooit informatie of documenten ex ante [hadden] overgelegd over de kapitaalbehoefte van TV2 bij haar oprichting of in de periode waarop het onderzoek betrekking heeft", dan wel dat „alle informatie ter zake gebaseerd was op overwegingen en berekeningen achteraf".

206 Ter rechtvaardiging van het feit dat de bestreden beschikking geen economische analyse van de financieringsbehoeften van TV2 in de onderzoeksperiode bevat, voert de Commissie overigens aan dat het Koninkrijk Denemarken geen gegevens zou hebben overgelegd die de veronderstelling wettigden dat TV2 de betrokken kapitaalinbreng nodig had.

207 Noch door de Commissie noch door de interveniënten aan de zijde van de Commissie wordt echter betwist dat de economische analyses 1995/1999, die in het kader en ten behoeve van de procedures tot vierjaarlijkse vaststelling van het bedrag van de aan TV2 toekomende omroepbijdrage (zie punten 171-174 hierboven) werden uitgevoerd, aan de Commissie waren toegezonden. Die analyses worden trouwens vermeld in de opmerkingen van het Koninkrijk Denemarken van 24 maart 2003 in antwoord op het inleidingsbesluit, en zijn in bijlagen bij die opmerkingen gevoegd.

208 Dat de Commissie die informatie niet in aanmerking neemt in de bestreden beschikking, die daar helemaal niet naar verwijst, al was het maar om ze te weerleggen, bevestigt dat zij tijdens de formele onderzoeksprocedure niet nauwgezet de gegevens heeft onderzocht die haar destijds over de financiering van TV2 in de periode 1995-2002 waren meegedeeld.

209 Het Gerecht merkt terloops op dat in het stadium van de bij hem aanhangige beroepen de enige economische analyses die de Commissie in haar schrifturen noemt, andere dan de economische analyses 1995/1999 zijn, namelijk analyses met betrekking tot de kapitalisatie van TV2 A/S bij haar oprichting in 2003 of haar herkapitalisatie in 2004, die inderdaad niet ex ante waren verricht.

210 De Commissie gaat dus voor het Gerecht niet in op de grief dat zij in het stadium van de formele onderzoeksprocedure geen acht heeft geslagen op de economische analyses 1995/1999. Zij erkent integendeel met haar — onjuiste — verwijt dat het Koninkrijk Denemarken haar geen beoordelingsgegevens ex ante heeft meegedeeld (zie punt 204 hierboven), dat zij het dossier niet nauwgezet heeft onderzocht.

211 De interveniënten die de Commissie ondersteunen en die, zoals reeds is opgemerkt, het bestaan en de toezending van die analyses aan de Commissie geenszins betwisten, reageren ook niet op die grief.

212 SBS voert hoogstens aan dat de economische analyses 1995/1999 „oude marktstudies" zijn, wat uiteindelijk alleen maar benadrukt hoe relevant die analyses, die inderdaad uit de onderzoeksperiode dateren, ratione temporis maar ook ratione materiae voor de beoordeling van de Commissie waren. Hoe dan ook, het Gerecht stelt vast dat het bestaan van de economische analyses 1995/1999 en het doel daarvan in het onderhavige geding buiten kijf staan, zodat eventuele inhoudelijke kritiek op die analyses als niet relevant moet worden afgewezen. Volgens de in punt 182 hierboven aangehaalde rechtspraak kan het Gerecht in het kader van zijn wettigheidstoetsing het ontbreken van een motivering in de bestreden beschikking immers niet verhelpen door zijn beoordeling in de plaats te stellen van die welke de Commissie in het stadium van de formele onderzoeksprocedure had moeten maken.

213 Hoewel de Commissie niet ingaat op de grief dat zij de economische analyses 1995/1999 niet in aanmerking heeft genomen, merkt het Gerecht niettemin op dat zij melding maakt van het feit dat TV2 A/S niet aan de formele onderzoeksprocedure heeft deelgenomen. Het Gerecht stelt evenwel vast dat daarmee niet het recht van TV2 A/S wordt ontkend om in het stadium van het beroep een grief voor te dragen waarmee schending van de onderzoeksplicht met betrekking tot onder meer de economische analyses 1995/1999 wordt gesteld.

214 Hoe dan ook, zelfs wanneer in aanmerking werd genomen dat de Commissie daarmee wilde stellen dat TV2 A/S zich in haar verzoekschrift er niet op kon beroepen dat met name de economische analyses 1995/1999 niet waren onderzocht, is die eventuele stelling enerzijds irrelevant en anderzijds ongegrond om de volgende redenen.

215 Met betrekking tot de irrelevantie van die eventuele stelling zij eraan herinnerd dat ontoereikende of ontbrekende motivering schending van wezenlijke vormvoorschriften in de zin van artikel 230 EG oplevert en een middel van openbare orde is dat door de gemeenschapsrechter ambtshalve moet worden onderzocht (arresten Gerecht van 29 september 2005, Napoli Buzzanca/Commissie, T-218/02, JurAmbt. blz. I-A-267 en II-1221, punt 55, en 22 juni 2005, CIS/Commissie, T-102/03, Jurispr. blz. II-2357, punt 46). Nadat het Gerecht — overigens in antwoord op een uitdrukkelijke grief van verzoeksters — een ontoereikende motivering van de bestreden beschikking heeft vastgesteld wat betreft de omstandigheden waaronder het bedrag van de aan TV2 toekomende omroepbijdrage in de onderzoeksperiode was bepaald, merkt het ten overvloede op dat de reden voor die ontoereikende motivering is dat de Commissie haar onderzoeksplicht niet is nagekomen (zie punten 202 en 203 hierboven).

216 Met betrekking tot de ongegrondheid van die eventuele stelling merkt het Gerecht op dat TV2 A/S zich helemaal niet beroept op nieuwe feiten die de Commissie tijdens de formele onderzoeksprocedure niet bekend waren. TV2 A/S verwijt de Commissie integendeel enkel dat zij niet is ingegaan op gegevens die haar tijdens de formele procedure zijn meegedeeld door een partij die stelde dat de financiering van TV2 in de

onderzoeksperiode noodzakelijk was en evenredig aan de behoeften van de openbare dienst (zie punten 111 en 112 van de bestreden beschikking). Zelfs indien TV2 A/S niet zelf aan de formele onderzoeksprocedure heeft deelgenomen, kan het haar niet worden verboden voor het Gerecht het rechtsmiddel aan te voeren dat die gegevens niet zijn onderzocht (zie in die zin arresten Gerecht van 6 oktober 1999, Kneissl Dachstein/Commissie, T-110/97, Jurispr. blz. II-2881, punt 102, en aldaar aangehaalde rechtspraak, en 16 september 2004, Valmont/Commissie, T-274/01, Jurispr. blz. II-3145, punt 102; arrest Saxonia Edelmetalle en ZEMAG/Commissie, punt 184 supra, punt 68, en arrest Gerecht van 23 november 2006, Ter Lembeek/Commissie, T-217/02, Jurispr. blz. II-4483, punten 84-85 en 93).

217 Gelet op het voorgaande, is de Commissie, door niet gegevens te onderzoeken die echter rechtstreeks van belang waren voor de vraag of de betrokken maatregelen al dan niet steunmaatregelen in de zin van artikel 87, lid 1, EG waren, haar onderzoeksplicht niet nagekomen, wat de in punt 202 hierboven vastgestelde ontoereikende motivering verklaart.

218 Aangaande de eveneens in de eerste stelling van de Commissie vervatte bewering dat de Deense autoriteiten het niveau van de aangelegde reserves niet regelmatig hebben gecontroleerd, moet worden vastgesteld dat, behalve het feit dat het opnieuw gaat om een niet-gestaafde en door het Koninkrijk Denemarken in de formele procedure uitdrukkelijk betwiste bewering (zie punt 48, tweede volzin, van de bestreden beschikking), de bestreden beschikking zelf aanwijzingen bevat die deze bewering op losse schroeven zetten.

219 Uit de bestreden beschikking blijkt dus dat TV2 tot 2002 begrotingen en jaarrekeningen voor de openbare dienst moest overleggen (punt 96). Bovendien heeft de Rigsrevision gedurende de gehele onderzoeksperiode de rekeningen van TV2 aan een administratieve en financiële controle onderworpen (punt 97). In dit verband is de in hetzelfde

punt door de Commissie genoemde omstandigheid dat de Rigsrevision zelf „geen bevoegdheid had om overcompensatie te verhinderen", op zich niet veelbetekenend, omdat het om een controleorgaan gaat, en wettigt deze niet de conclusie dat de Deense autoriteiten geen controle uitoefenden.

220 De Commissie kan zich in elk geval niet baseren op een gesteld gebrek aan controle om de terugvordering van alle bedragen te gelasten, waarvan het Koninkrijk Denemarken stelt dat zij een voor de openbare dienst noodzakelijke reserve vormden, aangezien een nauwgezet onderzoek van alle juridische en economische omstandigheden waaronder die reserve in de onderzoeksperiode is aangelegd, volstrekt mogelijk was, gezien de informatie waarover de Commissie beschikte, en dat het zonder een dergelijk onderzoek niet mogelijk was op goede gronden te beslissen of die reserve in haar geheel of zelfs gedeeltelijk daadwerkelijk noodzakelijk was voor de openbare dienst.

221 Om dezelfde redenen lijken de verwijzingen van de Commissie naar het vereiste van een „specifieke" (punt 113 van de bestreden beschikking), dan wel „transparante" reserve (punt 115 van de bestreden beschikking) verwijzingen naar een zuiver formeel vereiste te zijn, dat de in de bestreden beschikking gelaste terugvordering niet kan rechtvaardigen, nu de Commissie de concrete omstandigheden waaronder het bedrag van de aan TV2 toekomende omroepbijdrage in de onderzoeksperiode is bepaald, juist niet nauwgezet heeft onderzocht.

222 De tweede stelling van de Commissie (punt 198 hierboven), dat het voorbeeld van het jaar 1999 laat zien dat TV2 in werkelijkheid haar reserves nooit heeft hoeven aan te spreken, leent zich in het licht van de voorgaande overwegingen niet als bewijs voor het bestaan van staatssteun.

223 Dat TV2 haar reserves in 1999 niet heeft hoeven aan te spreken, houdt niet de conclusie in dat die reserves moesten worden geacht niet in verhouding te staan tot haar behoeften voor het verrichten van de openbare dienst. Het ligt immers in de aard zelf van een reserve die is gevormd als buffer voor onzekere gebeurtenissen, dat zij niet noodzakelijkerwijs hoeft te worden gebruikt. Dat de Commissie achteraf concludeert dat het niet-gebruiken van een reserve bewijst dat deze niet gerechtvaardigd was, is dus in tegenspraak met het feit dat de Commissie erkent dat een dergelijke reserve kan worden aangelegd en aangehouden om de verrichting van de openbare dienst te garanderen. Om naar behoren te kunnen beslissen of de reserves van TV2 al dan niet evenredig waren, had de Commissie uiteindelijk de gegrondheid van de met name economische overwegingen moeten onderzoeken waarop het Koninkrijk Denemarken zich had gebaseerd bij de vaststelling van het bedrag van de omroepbijdrage die TV2 tussen 1995 en 2002 toekwam.

224 Het Gerecht merkt verder op dat het ontbreken in de bestreden beschikking van een nauwgezet en uitvoerig onderzoek van de omstandigheden waaronder TV2 in de onderzoeksperiode werd gefinancierd, op zijn beurt weer tot uiting komt in de besliste toon van de stellingen van de Commissie in punt 71 van de bestreden beschikking.

225 Wat in de eerste plaats de motivering van punt 71 met betrekking tot de tweede Altmark-voorwaarde betreft, merkt het Gerecht op dat de verwijzing naar het feit dat „de compensatie wordt vastgesteld in een media-akkoord, dat vier jaar geldig blijft", zuiver beschrijvend is maar toch wordt geacht grond op te leveren voor de stelling dat de parameters van de compensatie niet vooraf op objectieve en doorzichtige wijze waren vastgesteld, zinloos is. Hoewel het Gerecht zich geenszins in de plaats wil stellen van de Commissie in de uitoefening van de bevoegdheden die haar uit hoofde van de staatssteuncontrole toekomen, kan het enkel vaststellen dat de methoden tot vaststelling van het bedrag van de aan TV2 toekomende omroepbijdrage bij de media-akkoorden onder de in de punten 171 tot en met 174 hierboven uiteengezette en niet-betwiste omstandigheden althans bij een eerste analyse eerder als een aanwijzing voor objectiviteit en transparantie kunnen worden gezien.

226 Met betrekking tot de stellingen in punt 71 van de bestreden beschikking dat „er geen enkele begroting openbaar is gemaakt, waarin een verband wordt gelegd tussen de compensatie en de dienstverlening" dan wel dat „TV2 een reeks voordelen verkrijgt die niet doorzichtig zijn (belastingvrijstelling, kwijtschelding van rente, enz.)", moet worden vastgesteld dat het hierbij wederom en onverminderd de uitgebreidere beoordelingen die de Commissie in voorkomend geval moet verrichten, gaat om stellingen die op het eerste gezicht in de onderhavige omstandigheden niet-passend en zelfs onjuist zijn.

227 Waar het om te beginnen gaat om het ontbreken van een jaarlijkse begroting die een verband legt tussen compensatie en dienstverrichting, merkt het Gerecht op dat de tweede Altmark-voorwaarde een dergelijk formeel vereiste niet oplegt. Die voorwaarde laat de lidstaten immers vrij in hun keuze hoe zij de naleving ervan praktisch willen verzekeren. Het komt derhalve in werkelijkheid over als een gekunstelde motivering dat de Commissie zich formeel beroept op het ontbreken van een „jaarlijkse begroting die een verband legt tussen compensatie en dienstverrichting", terwijl daarentegen de in de punten 171 tot en met 174 hierboven uiteengezette methoden tot vaststelling van de aan TV2 toekomende omroepbijdrage, die juist in het kader van de controle van de tweede Altmark-voorwaarde moesten worden onderzocht, in de bestreden beschikking niet nauwgezet zijn geanalyseerd.

228 Bovendien kan het Gerecht enkel vaststellen, nogmaals onverminderd de bevoegdheid van de Commissie op het gebied van staatssteun, dat niet kan worden uitgesloten dat bovenbedoelde methoden tot vaststelling van de aan TV2 toekomende omroepbijdrage objectief en doorzichtig kunnen zijn, aangezien zij met name de medewerking van het Deense parlement inhielden, gebaseerd waren op economische analyses die waren opgesteld door een accountantskantoor met hulp van een follow-upgroep van deskundigen waaraan de concurrenten van TV2 deelnamen, en die analyses evenals de jaarrekeningen van TV2 werden bekendgemaakt. Derhalve kan niet worden uitgesloten dat een nauwgezette analyse van die methoden in voorkomend geval tot de conclusie zou leiden dat het Koninkrijk Denemarken, zelfs vóór de formulering van de Altmark-voorwaarden door het Hof, in wezen voor de naleving van de tweede voorwaarde had gezorgd.

229 Wat vervolgens de stelling betreft dat „een reeks voordelen […] niet doorzichtig zijn (belastingvrijstelling, kwijtschelding van rente, enz.)", kan het Gerecht enkel vaststellen dat het bedrag van de aan TV2 toekomende omroepbijdrage volgens de onweersproken verklaring van verzoeksters werd berekend op basis van de specifieke hypothese dat die omroep van die andere overheidsmaatregelen bleef profiteren. Er is echter, ten minste bij een eerste analyse en gezien verzoeksters' beschrijving van de procedure tot vaststelling van het bedrag van de aan TV2 toekomende omroepbijdrage, geen enkele reden om te aan te nemen dat het bestaan en de bedragen van die andere overheidsmaatregelen, die in die procedure voor de vaststelling van de bijdrage in aanmerking moesten worden genomen, waren verzwegen.

230 Uit het voorgaande volgt dat de stellingen in punt 71 van de bestreden beschikking betreffende de tweede Altmark-voorwaarde, die niet berusten op een nauwgezette analyse in de bestreden beschikking van de concrete juridische en economische omstandigheden waaronder het bedrag van de aan TV2 toekomende omroepbijdrage is bepaald, niet kunnen overtuigen.

231 Wat in de tweede plaats de motivering van punt 71, laatste volzin, van de bestreden beschikking met betrekking tot de vierde Altmark-voorwaarde betreft, merkt het Gerecht op dat de Commissie met de enigszins vage bewoordingen van die motivering, waarin namelijk letterlijk staat te lezen dat „om het bedrag van de compensatie te bepalen [door het Koninkrijk Denemarken] geen enkele analyse" in casu is „gemaakt van de kosten die een gemiddelde, goed beheerde onderneming […] zou hebben moeten dragen", eigenlijk ook wilde zeggen dat het Koninkrijk Denemarken de vierde Altmark-voorwaarde niet in acht heeft genomen.

232 Een dergelijke motivering, die zich uiteindelijk tot een rechtstreekse weergave van de bewoordingen van de vierde Altmark-voorwaarde beperkt, kan eventueel enkel volstaan indien vaststond dat het Koninkrijk Denemarken geen maatregelen had getroffen die praktisch gezien de naleving van de vierde Altmark-voorwaarde konden verzekeren, of indien de Commissie had aangetoond dat de analyse door die lidstaat kennelijk ontoereikend of ongeschikt was om de naleving van die voorwaarde te

verzekeren. Dit is in casu echter helemaal niet bewezen. Integendeel, gelet op de door het Koninkrijk Denemarken ingevoerde procedure tot vaststelling van het bedrag van de aan TV2 toekomende omroepbijdrage tussen 1995 en 2002 die volgens de in de punten 171 tot en met 174 hierboven uiteengezette en onbetwiste beschrijving onder meer economische analyses bevatte, aan de opstelling waarvan de concurrenten van TV2 hadden deelgenomen, kan niet worden uitgesloten dat een nauwgezet onderzoek van alle omstandigheden waaronder het bedrag van de aan TV2 toekomende omroepbijdrage in de onderzoeksperiode is vastgesteld, en dat de Commissie moest uitvoeren, tot de conclusie had kunnen leiden dat het Koninkrijk Denemarken reeds vóór de omschrijving van de Altmark-voorwaarden door het Hof in wezen voor de naleving van de vierde voorwaarde had gezorgd.

233 Gelet op de vaststelling in de punten 203 en volgende hierboven die in punt 230 hierboven wordt herhaald, dat de Commissie in de formele onderzoeksprocedure niet nauwgezet de concrete omstandigheden heeft onderzocht waaronder het Koninkrijk Denemarken het bedrag van de aan TV2 toekomende omroepbijdrage in de onderzoeksperiode heeft bepaald, is bijgevolg de motivering van punt 71, laatste volzin, van de bestreden beschikking in werkelijkheid louter formeel.

234 Gelet op alle voorgaande overwegingen, waaruit blijkt dat de bestreden beschikking ontoereikend is gemotiveerd omdat de Commissie haar verplichting niet is nagekomen om vragen te onderzoeken hoewel deze voor de vaststelling van het bestaan van staatssteun rechtstreeks van belang zijn, moet de bestreden beschikking nietig worden verklaard, zonder dat de andere middelen in de zaken T-309/04, T-317/04, T-329/04 en T-336/04 behoeven te worden onderzocht.

Kosten

Kosten in de zaken T-309/04 en T-317/04

235 Ingevolge artikel 87, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering wordt de in het ongelijk gestelde partij in de kosten verwezen, voor zover dit is gevorderd. Aangezien de Commissie in de zaken T-309/04 en T-317/04 op hoofdpunten in het ongelijk is gesteld, moet zij overeenkomstig verzoeksters' vordering in de kosten van die zaken worden verwezen.

236 Ingevolge artikel 87, lid 5, van het Reglement voor de procesvoering wordt de partij die afstand doet van instantie, in de kosten verwezen, voor zover dit door de wederpartij in haar opmerkingen over de afstand van instantie is gevorderd. Daar verzoeksters hun beroepen in kort geding in de zaken T-309/04 R en T-317/04 R hebben ingetrokken en de Commissie niet hun verwijzing in de kosten van die zaken heeft gevorderd, zal elke partij haar eigen kosten in de kortgedingzaken dragen.

237 Daar de ERU, interveniënte aan de zijde van TV2 A/S in de zaak T-309/04, niet ten aanzien van de kosten heeft geconcludeerd, zal zij haar eigen kosten dragen.

238 SBS en Viasat, interveniëntes aan de zijde van de Commissie in zaak T-309/04, zullen hun eigen kosten dragen.

Kosten in de zaken T-329/04 en T-336/04

239 Ingevolge artikel 87, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering wordt de in het ongelijk gestelde partij in de kosten verwezen, voor zover dit is gevorderd. Verder kan het Gerecht volgens artikel 87, lid 3, van dit Reglement de proceskosten over de partijen verdelen of beslissen dat elke partij haar eigen kosten zal dragen, indien zij onderscheidenlijk op een of meer punten in het ongelijk worden gesteld, en voorts wegens bijzondere redenen.

240 Viasat en SBS, verzoeksters maar tevens interveniënten ter ondersteuning van elkaars conclusies in de zaken T-329/04 en T-336/04, zijn in het ongelijk gesteld met betrekking tot hun respectieve middelen tot nietigverklaring betreffende de kwalificatie van de taak van openbaredienstverrichting van TV2 als dienst van algemeen economisch belang. Verder heeft het Gerecht vastgesteld dat, gelet op de nietigverklaring van de bestreden beschikking in het kader van de beroepen in de zaken T-309/04 en T-317/04, de door die verzoeksters voorgedragen andere middelen tot nietigverklaring niet behoefden te worden onderzocht.

241 In die omstandigheden beslist het Gerecht dat Viasat en SBS elk hun eigen kosten zullen dragen die zij zowel als verzoeksters alsook als interveniënten in de zaken T-329/04 en T-336/04 hebben gemaakt, alsmede respectievelijk een tiende van de kosten van de Commissie in zaak T-329/04 en een tiende van de kosten van de Commissie in zaak T-336/04.

242 Om dezelfde redenen zal Viasat een tiende van de kosten dragen die TV2 A/S, het Koninkrijk Denemarken en de ERU als interveniënten aan de zijde van de Commissie in zaak T-329/04 hebben gemaakt, en zal SBS een tiende van de kosten dragen die dezelfde partijen als interveniënten aan de zijde van de Commissie in zaak T-336/04 hebben gemaakt.

243 De Commissie, alsmede TV2 A/S, het Koninkrijk Denemarken en de ERU, interveniënten aan de zijde van die instelling in de zaken T-329/04 en T-336/04, zullen elk negen tiende van hun eigen kosten in die zaken T-329/04 en T-336/04 dragen.

HET GERECHT VAN EERSTE AANLEG (Vijfde kamer),

rechtdoende, verklaart:

1) De zaken T-309/04, T-317/04, T-329/04 en T-336/04 worden gevoegd voor het arrest.

2) Beschikking 2006/217/EG van de Commissie van 19 mei 2004 betreffende de staatssteun van Denemarken aan TV 2/Danmark, wordt nietig verklaard.

3) TV 2/Danmark A/S, het Koninkrijk Denemarken en de Commissie dragen elk hun eigen kosten in de zaken T-309/04 R en T-317/04 R.

4) De Commissie wordt verwezen in haar eigen kosten in de zaken T-309/04 en T-317/04, alsmede in de kosten van TV 2/Danmark A/S en het Koninkrijk Denemarken in die zaken.

5) De Europese Radio Unie (ERU), SBS TV A/S, SBS Danish Television Ltd en Viasat Broadcasting UK Ltd dragen elk hun eigen kosten in zaak T-309/04.

6) SBS TV, SBS Danish Television en Viasat Broadcasting UK dragen elk hun eigen kosten die zij zowel als partijen alsook als interveniënten in de zaken T-329/04 en T-336/04 hebben gemaakt.

7) Viasat Broadcasting UK draagt een tiende van de kosten van de Commissie, TV 2/Danmark A/S, het Koninkrijk Denemarken en de ERU in zaak T-329/04.

8) SBS TV en SBS Danish Television dragen een tiende van de kosten van de Commissie, TV 2/Danmark A/S, het Koninkrijk Denemarken en de ERU in zaak T-336/04.

9) De Commissie, TV 2/Danmark A/S, het Koninkrijk Denemarken en de ERU dragen elk negen tiende van hun eigen kosten in de zaken T-329/04 en T-336/04.

Vilaras Martins Ribeiro Jürimäe

Uitgesproken ter openbare terechtzitting te Luxemburg op 22 oktober 2008.

De griffier

E. Coulon

De president van de Vijfde kamer

M. Vilaras

Inhoud

Toepasselijke bepalingen . . . II - 2942

Feiten . . . II - 2945

Procesverloop . . . II - 2950

Zaken T-309/04 en T-317/04 . . . II - 2950

Zaak T-329/04 . . . II - 2952

Zaak T-336/04 . . . II - 2953

Conclusies van partijen . . . II - 2955

In rechte . . . II - 2957

Ontvankelijkheid van de beroepen in de zaken T-309/04 en T-317/04 . . . II - 2957

Ten gronde . . . II- 2963

Eerste middel in zaak T-329/04 en tweede middel in zaak T-336/04: onjuiste kwalificatie in de bestreden beschikking van de taak van openbaredienstverrichting van TV2 als dienst van algemeen economisch belang . . . II - 2965

— Argumenten van partijen . . . II - 2965

— Beoordeling door het Gerecht . . . II - 2969

Eerste middel in de zaken T-309/04 en T-317/04: schending van de rechten van verdediging . . . II - 2978

— Argumenten van partijen . . . II - 2978

— Beoordeling door het Gerecht . . . II - 2980

Tweede middel in de zaken T-309/04 en T-317/04: schending van artikel 87, lid 1, EG, voor zover de omroepbijdragen alsmede de via het TV2-fonds aan TV2 overgemaakte reclame-inkomsten geen staatsmiddelen zijn . . . II - 2984

— Argumenten van partijen . . . II - 2984

— Beoordeling door het Gerecht . . . II - 2987

Grief in de zaken T-309/04 en T-317/04 betreffende ontoereikende motivering van de bestreden beschikking omdat de Commissie haar onderzoeksplicht niet is nagekomen II - 2991

— Argumenten van partijen . . . . . II - 2991

— Beoordeling door het Gerecht . . . . . II - 2993

Kosten . . . . . II - 3011

Kosten in de zaken T-309/04 en T-317/04 . . . . . II - 3011

Kosten in de zaken T-329/04 en T-336/04 . . . . . II - 3012