FÖRSTAINSTANSRÄTTENS DOM (femte avdelningen)

den 22 oktober 2008 *

I de förenade målen T-309/04, T-317/04, T-329/04 och T-336/04,

TV2/Danmark A/S, Odense (Danmark), företrätt av advokaterna O. Koktvedgaard och M. Thorninger,

sökande i mål T-309/04,

med stöd av

Union européenne de radio-télévision (UER), Grand-Saconnex (Schweiz), företrädd av advokaten A. Carnelutti,

intervenient i mål T-309/04,

Konungariket Danmark, företrätt av J. Molde, i egenskap av ombud, biträdd av advokaterna P. Biering och K. Lundgaard Hansen,

sökande i mål T-317/04,

* Rättegångsspråk: engelska och danska.

Viasat Broadcasting UK Ltd, West Drayton, Middlesex (Förenade kungariket), företrätt av advokaterna S. Hjelmborg och M. Honoré,

sökande i mål T-329/04,

med stöd av

SBS TV A/S, tidigare TV Danmark A/S, Skovlunde (Danmark),

SBS Danish Television Ltd, tidigare Kanal 5 Denmark Ltd, Hounslow, Middlesex (Förenade kungariket),

företrädda av advokaterna D. Vandermeersch, K.-U. Karl och H. Peytz,

intervenienter i mål T-329/04,

SBS TV A/S,

SBS Danish Television Ltd,

sökande i mål T-336/04,

med stöd av

Viasat Broadcasting UK Ltd,

intervenient i mål T-336/04,

mot

Europeiska gemenskapernas kommission, företrädd i målen T-309/04, T-317/04 och T-329/04 av H. Støvlbæk och M. Niejahr, i mål T-329/04 även av N. Kahn, och i mål T-336/04 av N. Kahn och M Niejahr, samtliga i egenskap av ombud,

svarande i målen T-309/04, T-317/04, T-329/04 och T-336/04,

med stöd av

SBS TV A/S,

SBS Danish Television Ltd, och

Viasat Broadcasting UK Ltd,

intervenienter i mål T-309/04,

och av

Konungariket Danmark,

TV2/Danmark A/S,

och

Union européenne de radio-télévision (UER),

intervenienter i målen T-329/04 och T-336/04,

angående, i målen T-309/04 och T-317/04, en talan om ogiltigförklaring av, i första hand, kommissionens beslut 2006/217/EG av den 19 maj 2004 om de åtgärder som vidtagits av Danmark till förmån för TV2/Danmark (EUT L 85, 2006, s. 1, rättelse i EUT L 368, 2006, s. 112) och, i andra hand, av artikel 2 eller artikel 2.3 och 2.4 i det beslutet, och i målen T-329/04 och T-336/04, en talan om ogiltigförklaring av det beslutet i den del som det konstateras att det föreligger ett statligt stöd som delvis är förenligt med den gemensamma marknaden,

meddelar

FÖRSTAINSTANSRÄTTEN (femte avdelningen)

sammansatt av ordföranden M. Vilaras (referent) samt domarna E. Martins Ribeiro och K. Jürimäe,

justitiesekreterare: handläggaren C. Kristensen,

efter det skriftliga förfarandet och förhandlingarna den 7 och den 8 november 2007,

följande

Dom

Tillämpliga bestämmelser

1 I artikel 16 EG föreskrivs följande:

”Utan att det påverkar tillämpningen av artiklarna 73 [EG], 86 [EG] och 87 [EG] och med beaktande av den betydelse som tjänster av allmänt ekonomiskt intresse har för unionens gemensamma värderingar och den roll som dessa tjänster spelar när det gäller att främja social och territoriell sammanhållning, skall gemenskapen och medlems-

staterna, var och en inom ramen för sina respektive befogenheter och inom detta fördrags tillämpningsområde, sörja för att sådana tjänster utförs på grundval av principer och villkor som gör det möjligt för dem att fullgöra sina uppgifter."

2 I artikel 86.2 EG föreskrivs följande:

"Företag som anförtrotts att tillhandahålla tjänster av allmänt ekonomiskt intresse eller som har karaktären av fiskala monopol skall vara underkastade reglerna i detta fördrag, särskilt konkurrensreglerna, i den mån tillämpningen av dessa regler inte rättsligt eller i praktiken hindrar att de särskilda uppgifter som tilldelats dem fullgörs. Utvecklingen av handeln får inte påverkas i en omfattning som strider mot gemenskapens intresse."

3 I artikel 87.1 EG föreskrivs följande:

"Om inte annat föreskrivs i detta fördrag, är stöd som ges av en medlemsstat eller med hjälp av statliga medel, av vilket slag det än är, som snedvrider eller hotar att snedvrida konkurrensen genom att gynna vissa företag eller viss produktion, oförenligt med den gemensamma marknaden i den utsträckning det påverkar handeln mellan medlemsstaterna."

4 I artikel 311 EG föreskrivs följande:

”De protokoll som medlemsstaterna i samförstånd fogar till detta fördrag skall utgöra en integrerad del av fördraget.”

5 I protokollet om systemet för radio och TV i allmänhetens tjänst i medlemsstaterna (EGT C 340, 1997, s. 109) (nedan kallat Amsterdamprotokollet), vilket infördes som en bilaga till EG-fördraget genom Amsterdamfördraget, stadgas följande:

”[Medlemsstaterna,] som anser att systemet för radio och TV i allmänhetens tjänst i medlemsstaterna har ett direkt samband med de demokratiska, sociala och kulturella behoven i varje samhälle och med behovet att bevara mångfalden i medierna, har enats om följande tolkningsbestämmelser, som skall fogas till [EG-]fördraget:

Bestämmelserna i [EG-fördraget] skall inte påverka medlemsstaternas behörighet att svara för finansiering av radio och TV i allmänhetens tjänst i den utsträckning som denna finansiering beviljas radio- och TV-organisationerna för att de skall utföra det uppdrag att verka i allmänhetens tjänst som har tilldelats dem, utformats och organiserats av varje medlemsstat och i den utsträckning som finansieringen inte påverkar handelsvillkoren och konkurrensen inom gemenskapen i en omfattning som kan strida mot det gemensamma intresset, varvid kraven på att utföra uppdraget att verka i allmänhetens tjänst skall beaktas.”

6 Den 15 november 2001 offentliggjorde kommissionen ett meddelande om tillämpningen av reglerna om statligt stöd på radio och TV i allmänhetens tjänst (EGT C 320, s. 5) (nedan kallat meddelandet om radio och TV). I meddelandet har kommissionen

fastställt de principer som den kommer att följa vid tillämpningen av artikel 87 EG och artikel 86.2 EG på statlig finansiering av radio- och TV-programföretag som verkar i allmänhetens tjänst.

Den faktiska bakgrunden till tvisterna

7 I Danmark finns två statliga programföretag, nämligen Danmarks Radio (nedan kallat DR) och TV2/Danmark (nedan kallat TV2). TV2 har, med redovisningsmässig och skattemässig verkan från och med 1 januari 2003, ersatts av TV2/Danmark A/S (nedan kallat TV2 A/S). DR är nästan uteslutande finansierat genom licensavgifter. TV2 finansieras delvis genom licensavgifter, men även genom reklamintäkter.

8 TV2 bildades år 1986 genom lag nr 335 av den 4 juni 1986 om ändring av radio och TV-lagen (lov om ændring af lov om radio- og fjernsynsvirksomhed) som en självständig och oberoende institution. TV2 började sina utsändningar den 1 oktober 1988. Programföretaget sänder den markbaserade kanalen TV2 och startade år 2000 även satellitkanalen TV2 Zulu. I slutet av 2002 gick TV2 Zulu över från att vara en public service-kanal till att bli en kommersiell betalkanal.

9 Det finns två kommersiella programföretag som är verksamma på hela den danska TV-marknaden, vid sidan av de statliga programföretagen. Det är dels fråga om den grupp

som utgörs av bolagen SBS TV A/S och SBS Danish Television Ltd (nedan kallade SBS A/S respektive SBS Ltd eller tillsammans SBS), dels om bolaget Viasat Broadcasting UK Ltd (nedan kallat Viasat).

10 SBS A/S och SBS Ltd tillhör SBS Broadcasting SA, vilket är ett luxemburgskt bolag, som ansvarar för TV-kanaler i flera medlemsstater.

11 SBS A/S, tidigare TV Danmark A/S, sänder sedan april 1997 den marksända kommersiella TV-kanalen TV Danmark 2. Utsändningarna från TV Danmark 2 i Köpenhamn sänds vidare via satellit till vissa danska kabeloperatörer och hushåll i resten av landet. Dessa utsändningar sänds vidare via DTH (DirectToHome, satellitsändning direkt till bostaden).

12 SBS Ltd, tidigare Kanal 5 Denmark Ltd, bildades år 1999 under namnet TV Danmark 1 Ltd och benämndes så fram till och med år 2004. SBS Ltd sänder sedan den 1 januari 2000 den kommersiella TV-kanalen Kanal 5 (inledningsvis kallad TV Danmark 1) via satellit från Förenade kungariket med ett tillstånd som meddelats av den staten.

13 Viasat ingår i Modern Times Group (MTG). MTG är en multinationell koncern som är verksam i mediebranschen. Viasat sänder sedan år 1992 satellitkanalerna TV3 och TV3 + i Danmark med stöd av ett tillstånd som meddelats av Förenade kungariket.

14 SBS och Viasat konkurrerar med TV2 på den nationella marknaden för TV-reklam.

15 De danska reglerna om definitionen av TV2:s public service-uppdrag slogs, för perioden 1995–2002, fast i lag nr 1065 av den 23 december 1992 om radio och TV (lov om radio- og fjernsynsvirksomhed) och i senare konsoliderade versioner av den lagen, däribland nr 578 av den 24 juni 1994 (nedan kallad radio och TV-lagen). Dessa regler har kompletterats och preciserats i TV2:s bolagsordning.

16 Genom en skrivelse av den 5 april 2000 mottog kommissionen ett klagomål rörande Konungariket Danmarks finansiering av TV2 från SBS. Ett sammanträde med klagandena ägde rum den 3 maj 2000.

17 I skrivelser av den 28 februari 2001, den 3 maj 2001 och den 11 december 2001 lämnade SBS ytterligare upplysningar.

18 I skrivelse av den 5 juni 2002 riktade kommissionen en begäran om upplysningar till de danska myndigheterna. Dessa svarade i en skrivelse av den 10 juli 2002. Det hölls två möten med de danska myndigheterna, den 25 oktober 2002 och den 19 november 2002. Ytterligare upplysningar lämnades av de danska myndigheterna i skrivelser av den 19 november 2002 och den 3 december 2002.

19 I skrivelse av den 24 januari 2003 meddelade kommissionen Konungariket Danmark att den hade beslutat att inleda förfarandet enligt artikel 88.2 EG beträffande den medlemsstatens finansiering av TV2 (nedan kallat beslutet att inleda förfarandet).

20 Kommissionens beslut att inleda förfarandet offentliggjordes i *Europeiska unionens officiella tidning* den 14 mars 2003 (EUT C 59, s. 2). Kommissionen uppmanade där alla berörda parter att inkomma med synpunkter på åtgärderna.

21 Kommissionen mottog synpunkter från de danska myndigheterna i en skrivelse av den 24 mars 2003, liksom ytterligare upplysningar i skrivelser av den 19 december 2003 och den 15 mars 2004. Kommissionen fick också in synpunkter från flera berörda parter. SBS inkom med synpunkter i skrivelse av den 14 april 2003. Den europeiska sammanslutningen för kommersiella TV-företag (ACT) inkom med synpunkter i en skrivelse av den 14 april 2003. De kommersiella programföretagen Antena 3 TV och Gestevisión Telecinco inkom med synpunkter den 16 april 2003. Viasat inkom med synpunkter i en skrivelse av den 14 april 2003. Kommissionen vidarebefordrade synpunkterna till Konungariket Danmark, som yttrade sig över dem i en skrivelse av den 12 september 2003.

22 Kommissionen mottog ytterligare upplysningar från SBS i skrivelser av den 15 december 2003 och den 6 januari 2004. Kommissionen höll ett sammanträde med SBS den 17 december 2003 och ett sammanträde med de danska myndigheterna den 9 februari 2004. Vid det sistnämnda sammanträdet yttrade sig de danska myndigheterna över de kompletterande upplysningar som SBS gett in i sin skrivelse av den 15 mars 2004.

23 Den 17 december 2003 hölls den bolagsstämma genom vilken TV2 A/S bildades i enlighet med den danska lagen nr 438 av den 10 juni 2003 om TV2 A/S. Bildandet hade redovisnings- och skattemässig verkan från den 1 januari 2003.

24 I beslut 2006/217/EG av den 19 maj 2004 om de åtgärder som vidtagits av Danmark till förmån för TV2 Danmark (EUT L 85, 2006, s. 1, rättelse i EUT L 368, 2006, s. 112) (nedan kallat det angripna beslutet) fann kommissionen att ”[d]et stöd som har [beviljats] TV2 … [av Konungariket Danmark] åren 1995–2002 i form av licensmedel och övriga åtgärder som har beskrivits i detta beslut, är förenligt med den gemensamma

marknaden enligt artikel 86.2 EG med undantag av ett belopp på 628,2 miljoner [danska kronor]" (artikel 1 i det angripna beslutet).

25 Kommissionen förordnade att Konungariket Danmark skulle återkräva detta belopp av TV2 A/S jämte ränta (artikel 2 i det angripna beslutet).

26 I skrivelse av den 23 juli 2004 anmälde Konungariket Danmark att det avsåg att ge ett kapitaltillskott till TV2 A/S. I detta projekt förutsågs statligt finansierade åtgärder i form av ett kapitaltillskott om 440 miljoner danska kronor (DKK) och en omvandling av ett statligt lån om 394 miljoner DKK till kapital.

27 I beslut av den 6 oktober 2004 (C (2004) 3632 slutlig) beträffande statligt stöd nr N 313/2004 om kapitaltillskott till TV2/Danmark A/S (EUT C 172, 2005, s. 3) (nedan kallat beslutet om kapitaltillskott) slog kommissionen fast att "det kapitaltillskott om 440 miljoner DKK som förutses och omvandlingen av skulden till eget kapital är nödvändiga för att återskapa det kapital som TV2, efter omvandlingen till aktiebolag, har behov av för att fullgöra sitt public service-uppdrag" (skäl 53 i beslutet om kapitaltillskott). Kommissionen fann följaktligen att "varje åtgärd i samband med kapitaltillskottet till TV2 [A/S] som innebär statligt stöd är förenlig med den gemensamma marknaden i enlighet med artikel 86.2 EG" (skäl 55 i beslutet om kapitaltillskott).

28 Beslutet om kapitaltillskott är föremål för talan om ogiltigförklaring, väckt av SBS respektive Viasat. Dessa mål har målnumren T-12/05 och T-16/05 och är för närvarande anhängiga vid förstainstansrätten.

Förfarande

Målen T-309/04 och T-317/04

29 TV2 A/S och Konungariket Danmark väckte talan i målen T-309/04 och T-317/04, genom ansökningar som inkom till förstainstansrättens kansli den 28 juli respektive den 3 augusti 2004.

30 Konungariket Danmark och TV2 A/S ansökte om interimistiska åtgärder i form av uppskov med verkställigheten av det angripna beslutet genom särskilda handlingar som inkom till förstainstansrättens kansli den 3 respektive den 17 augusti 2004. Dessa ansökningar registrerades under målnummer T-317/04 R respektive målnummer T-309/04 R. Efter det att dessa parter hade återkallat sina respektive ansökningar om interimistiska åtgärder avskrevs dessa mål genom beslut av förstainstansrättens ordförande den 14 december 2004.

31 Konungariket Danmark har i sin ansökan begärt att målen T-309/04 och T-317/04 ska förenas. Kommissionen har inte motsatt sig detta.

32 Viasat ansökte om att få intervenera till stöd för kommissionens yrkanden i mål T-317/04 genom ansökan som kom in till förstainstansrättens kansli den 2 december 2004.

33 Konungariket Danmark begärde i skrivelse av den 17 januari 2005 att vissa uppgifter i ansökan och i svaromålet i mål T-317/04 skulle behandlas konfidentiellt i förhållande till Viasat. Viasats interventionsansökan avslogs emellertid genom beslut av ordföranden på förstainstansrättens femte avdelning den 13 april 2005. Ordföranden på förstainstansrättens femte avdelning fann därför i beslut av den 1 mars 2007 att det inte fanns anledning att pröva begäran om konfidentiell behandling.

34 Viasat och SBS ansökte om att få intervenera till stöd för kommissionens yrkanden i mål T-309/04 genom handlingar som inkom till förstainstansrättens kansli den 2 respektive den 10 december 2004. Union européenne de radio-télévision (UER) (Europeiska Radio- och TV-unionen) ansökte om att få intervenera till stöd för TV2 A/S yrkanden i samma mål genom handling som inkom till förstainstansrättens kansli den 13 december 2004.

35 Viasats, SBS:s och UER:s interventionsansökningar bifölls genom beslut av ordföranden på förstainstansrättens femte avdelning den 18 april och den 6 juni 2005.

36 TV2 A/S begärde i skrivelser av den 14 januari och den 13 februari 2005 att vissa uppgifter i ansökan och i svaromålet i mål T-309/04 skulle behandlas konfidentiellt i förhållande till intervenienterna. Intervenienterna motsatte sig inte denna begäran.

37 Begäran om konfidentiell behandling bifölls av ordföranden på förstainstansrättens femte avdelning i beslut av den 1 mars 2007.

38 SBS begärde i handling av den 8 november 2005 att mål T-336/04 (SBS A/S och SBS Ltd mot kommissionen) skulle förenas med de förevarande målen och med mål T-329/04 (Viasat mot kommissionen). Övriga parter, med undantag för UER, yttrade sig i denna fråga.

39 Konungariket Danmark och TV2 A/S avgav den 10 november 2006, som svar på en skriftlig fråga från förstainstansrätten den 24 oktober 2006, yttrande i frågan huruvida de alltjämt hade ett berättigat intresse av att få saken prövad efter det att beslutet om kapitaltillskott hade fattats.

Mål T-329/04

40 Viasat väckte talan i mål T-329/04 genom ansökan som kom in till förstainstansrättens kansli den 2 augusti 2004.

41 Konungariket Danmark, TV2 A/S, UER och British Broadcasting Corp. (BBC) ansökte om att få intervenera till stöd för kommissionens yrkanden genom handlingar av den 18 november och den 1 respektive den 14 december 2004.

42 SBS ansökte om att få intervenera till stöd för Viasats yrkanden genom handling av den 9 december 2004.

43 Genom beslut meddelade av ordföranden på förstainstansrättens femte avdelning den 18 april och den 6 juni 2005 bifölls Konungariket Danmarks, TV2 A/S:s och UER:s ansökningar om att få intervenera till stöd för kommissionen och SBS ansökan om att få intervenera till stöd för Viasat. BBC:s interventionsansökan avslogs.

44 Viasat begärde i skrivelser av den 6 och den 17 december 2004 samt av den 18 januari, den 1 mars och den 30 maj 2005 att vissa uppgifter i ansökan och i den rättelse till repliken som gavs in den 12 maj 2005 skulle behandlas konfidentiellt i förhållande till intervenienterna. Vissa av intervenienterna motsatte sig denna begäran.

45 SBS begärde genom handling av den 8 november 2005 att mål T-336/04 skulle förenas med målen T-309/04, T-317/04 och T-329/04. Övriga parter, med undantag för UER, inkom med yttranden i denna fråga.

46 I beslut av den 1 mars 2007 biföll ordföranden på förstainstansrättens femte avdelning delvis begäran om konfidentiell behandling.

Mål T-336/04

47 SBS väckte talan i mål T-336/04 genom ansökan som kom in till förstainstansrättens kansli den 13 augusti 2004.

48 Konungariket Danmark, TV2 A/S, UER och BBC ansökte om att få intervenera till stöd för kommissionens yrkanden genom handlingar av den 18 november, den 1, den 13 respektive den 14 december 2004.

49 Viasat ansökte om att få intervenera till stöd för SBS:s yrkanden genom handling av den 1 december 2004.

50 Genom beslut meddelade av ordföranden på förstainstansrättens femte avdelning den 15 april och den 10 maj 2005 bifölls Konungariket Danmarks, TV2 A/S:s och UER:s ansökningar om att få intervenera till stöd för kommissionen och Viasats ansökan om att få intervenera till stöd för SBS. BBC:s interventionsansökan avslogs.

51 SBS begärde i skrivelser av den 29 december 2004, den 18 mars, den 20 april, den 27 maj och den 8 juli 2005 att vissa uppgifter i ansökan, i svaromålet och i repliken skulle behandlas konfidentiellt i förhållande till intervenienterna. Vissa av intervenienterna motsatte sig denna begäran.

52 SBS begärde genom handling av den 8 november 2005 att mål T-336/04 skulle förenas med målen T-309/04, T-317/04 och T-329/04. Övriga parter, med undantag för UER, inkom med yttranden i denna fråga.

53 I beslut av den 1 mars 2007 biföll ordföranden på förstainstansrättens femte avdelning delvis begäran om konfidentiell behandling.

54 Efter att ha hört parternas yttranden i frågan om förening av målen, anser förstainstansrätten att det finns anledning att enligt artikel 50.1 i förstainstansrättens rättegångsregler förena målen T-309/04, T-317/04, T-329/04 och T-336/04 vad avser den slutliga domen.

Parternas yrkanden

55 TV2 A/S har i mål T-309/04, med stöd av UER (med undantag för frågan om rättegångskostnader), yrkat att förstainstansrätten ska

— ogiltigförklara det angripna beslutet,

— i andra hand ogiltigförklara artikel 2 i det angripna beslutet,

— i vart fall minska det belopp som avses i artiklarna 1 *in fine* och 2.1 i det angripna beslutet med ett belopp som inte understiger 167 miljoner DKK med verkan från och med år 1997 och ogiltigförklara kravet på ränta i artikel 2.3 och 2.4 i det angripna beslutet, och

— förplikta kommissionen att ersätta rättegångskostnaderna.

56 Konungariket Danmark har i mål T-317/04 yrkat att förstainstansrätten ska

— ogiltigförklara det angripna beslutet,

— i andra hand ogiltigförklara artikel 2 i det angripna beslutet,

— i vart fall ogiltigförklara artikel 2.3 och 2.4 i det angripna beslutet, och

— förplikta kommissionen att ersätta rättegångskostnaderna.

57 Kommissionen har i målen T-309/04 och T-317/04, med stöd av Viasat och SBS, yrkat att förstainstansrätten ska

— ogilla talan, och

— förplikta sökandena att ersätta rättegångskostnaderna.

58 I mål T-329/04 har Viasat, med stöd av SBS, yrkat att förstainstansrätten ska

— ogiltigförklara artikel 1 i det angripna beslutet i den del som stödet i den bestämmelsen förklaras vara förenligt med den gemensamma marknaden enligt artikel 86.2 EG, och

— förplikta kommissionen att ersätta rättegångskostnaderna.

59 I mål T-336/04 har SBS, med stöd av Viasat, yrkat att förstainstansrätten ska

— ogiltigförklara artikel 1 i det angripna beslutet i den utsträckning som kommissionen i den bestämmelsen har konstaterat att det stöd som getts TV2 mellan år 1995 och år 2002 i form av intäkter från licensavgiften och de andra åtgärder som räknas upp i beslutet är förenliga med den gemensamma marknaden enligt artikel 86.2 EG, och

— förplikta kommissionen att ersätta rättegångskostnaderna.

60 I målen T-329/04 och T-336/04 har kommissionen, med stöd av Konungariket Danmark, TV2 A/S och UER, yrkat att förstainstansrätten ska

— ogilla talan, och

— förplikta svarandena att ersätta rättegångskostnaderna.

Rättslig bedömning

Upptagande till sakprövning av talan i målen T-309/04 och T-317/04

61 Kommissionen har i sina dupliker ifrågasatt huruvida Konungariket Danmark och TV2 A/S alltjämt har ett berättigat intresse av att det angripna beslutet ogiltigförklaras.

Kommissionen anser att den faktiska verkan av detta beslut och av beslutet om kapitaltillskott på det hela taget är positiv för sökandena.

62 Eftersom villkoren för att ta upp en talan till sakprövning, bland annat bristande intresse av att få saken prövad, utgör ett rättegångshinder som inte kan avhjälpas (domstolens beslut av den 7 oktober 1987 i mål 108/86, D.M. mot rådet och EESK, REG 1987, s. 3933, punkt 10, och beslut av förstainstansrättens ordförande av den 27 mars 2003 i mål T-398/02 R, Linea GIG mot kommissionen, REG 2003, s. II-1139, punkt 45), ska förstainstansrätten ex officio kontrollera huruvida sökandena har intresse av att det ifrågasatta beslutet ogiltigförklaras (förstainstansrättens beslut av den 10 mars 2005 i de förenade målen 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 och T-296/00, Gruppo ormeggiatori del porti di Venezia m.fl. mot kommissionen, REG 2005, s. II-787, punkt 22, och förstainstansrättens dom av den 14 april 2005 i mål T-141/03, Sniace mot kommissionen, REG 2005, s. II-1197, punkt 22).

63 I artikel 230 EG görs det i mål om ogiltigförklaring en tydlig skillnad mellan, å ena sidan, talerätten för gemenskapsinstitutioner och medlemsstater och, å andra sidan, talerätten för fysiska och juridiska personer. Enligt andra stycket i den artikeln ges medlemsstaterna rätt att genom en talan om ogiltigförklaring angripa lagenligheten av kommissionens beslut. Utövandet av denna rätt förutsätter inte att det visas ett berättigat intresse. En medlemsstat behöver således inte styrka att den rättsakt från kommissionen som den angriper har rättsverkningar i förhållande till den för att dess talan ska tas upp till sakprövning. För att en rättsakt från kommissionen ska kunna vara föremål för talan om ogiltigförklaring av en medlemsstat krävs det emellertid att rättsakten i fråga är avsedd att ha rättsverkningar (se domstolens beslut av den 27 november 2001 i mål C-208/99, Portugal mot kommissionen, REG 2001, s. I-9183, punkterna 22–24 och där angiven rättspraxis).

64 Beträffande den talan som har väckts av Konungariket Danmark är det, med hänsyn till lydelsen i artikel 230 andra stycket EG och mot bakgrund av i föregående punkt nämnd rättspraxis, uppenbart att denna sökande, i egenskap av medlemsstat, är saklegitimerad att väcka den förevarande talan om ogiltigförklaring.

65 Det är utrett att det angripna beslutet utgör en rättsakt med beslutskaraktär, eftersom det har tvingande rättsverkningar.

66 Mot denna bakgrund är kommissionens påstående att de faktiska verkningarna av det angripna beslutet och av beslutet om kapitaltillskott på det hela taget är positiva för Konungariket Danmark, vilket innebär att det inte har något berättigat intresse av att få saken prövad, inte relevant. I vart fall grundar sig kommissionens påstående på det icke styrkta antagandet att beslutet om kapitaltillskott inte kommer att ogiltigförklaras av förstainstansrätten i de mål om talan om ogiltigförklaring av det beslutet som har väckts av SBS (mål T-12/05) och av Viasat (mål T-16/05), och som för närvarande är anhängiga.

67 Beträffande den talan som väckts av TV2 A/S erinrar förstainstansrätten om att det för att en sådan talan ska tas upp till sakprövning krävs att den fysiska eller juridiska person som har väckt den har ett intresse av att den angripna rättsakten ogiltigförklaras. Det ska vara fråga om ett faktiskt intresse och det ska bedömas med utgångspunkt i förhållandena den dag talan väcks (se domen i det ovan i punkt 62 nämnda målet Sniace mot kommissionen, punkt 25, och förstainstansrättens dom av den 20 september 2007 i mål T-136/05, Salvat père & fils m.fl. mot kommissionen, REG 2007, s. II-4063, punkt 34).

68 För att ett sådant intresse ska föreligga krävs det att ogiltigförklaringen av rättsakten i sig kan få rättsliga följder eller, annorlunda uttryckt, att utgången av förfarandet kan medföra någon fördel för den som väckt talan (se förstainstansrättens dom av den 28 september 2004 i mål T-310/00, MCI mot kommissionen, REG 2004, s. II-3253, punkt 44 och där angiven rättspraxis).

69 Förstainstansrätten konstaterar att kommissionen i det angripna beslutet ansåg att de ekonomiska åtgärder som beviljats TV2 skulle kvalificeras som statligt stöd och att kommissionen prövade huruvida åtgärderna kunde anses vara förenliga med den gemensamma marknaden med hänsyn till rekvisiten i artikel 86.2 EG. Kommissionen prövade i det föreliggande fallet huruvida den offentliga finansieringen stod i proportion till vad som behövdes enligt public service-uppdraget. Kommissionen drog slutsatsen

att det stöd som getts till TV2 åren 1995–2002 i form av licensavgift och genom de övriga åtgärder som beskrivs i beslutet var förenligt med den gemensamma marknaden enligt artikel 86.2 EG, med undantag för ett belopp på 628,2 miljoner DKK (artikel 1 i det angripna beslutet).

70 I det angripna beslutet är TV2 A/S det företag som utpekas som den faktiska mottagaren av de åtgärder som kvalificerats som delvis oförenligt stöd. Det är således med avseende på detta företag som Konungariket Danmark ålagts återkravsskyldighet (skäl 163 och artikel 2 i det angripna beslutet). Det är utrett att TV2 A/S har överfört hela det belopp som återkravsskyldigheten avsåg till Konungariket Danmark.

71 TV2 A/S har mot denna bakgrund ett berättigat intresse av att få det angripna beslutet såväl fullständigt som delvis ogiltigförklarat.

72 Det ska påpekas att förevarande mål, vilket avser ett beslut i vilket det slås fast att det föreligger stöd som delvis är förenligt och delvis är oförenligt med den gemensamma marknaden, skiljer sig från de mål som gett upphov till en rättspraxis enligt vilken en talan som väckts av en stödmottagare mot ett beslut från kommissionen enligt vilket åtgärden i alla delar kvalificeras som förenlig med den gemensamma marknaden under vissa förutsättningar ska avvisas på grund av att det inte föreligger något berättigat intresse av att få saken prövad (förstainstansrättens dom av den 30 januari 2002 i mål T-212/00, Nuove Industrie Molisane mot kommissionen, REG 2002, s. II-347, och domen i det ovan i punkt 62 nämnda målet Sniace mot kommissionen).

73 Förstainstansrätten konstaterar att de villkor under vilka kommissionen i det föreliggande fallet har bedömt förenligheten av de aktuella stödåtgärderna innebär att det inte är möjligt att vid prövningen av huruvida TV2 A/S talan ska tas upp till sakprövning dela upp det angripna beslutet i två delar, där de omtvistade åtgärderna för statligt stöd anses som delvis oförenliga med den gemensamma marknaden i den ena delen och som delvis förenliga med den gemensamma marknaden i den andra delen.

74 Kommissionen kontrollerade i det angripna beslutet huruvida de aktuella åtgärderna för statlig finansiering under den period som granskningen avsåg sammantagna uppgick till ett belopp som översteg nettokostnaderna för tjänsten av allmänt ekonomiskt intresse. Kommissionen gjorde således en helhetsbedömning av åtgärderna och gjorde en beräkning, av vilken det i slutet framgick att det förelåg en överkompensation om 628,2 miljoner DKK, vilken ansågs vara oförenlig. Detta belopp bestämde därefter beloppet för det stöd som var förenligt. Kommissionens bedömning visar sålunda att kvalificeringen av de omtvistade åtgärderna som förenliga eller oförenliga är beroende av varandra och att de inte kan skiljas från varandra.

75 Denna situation skiljer sig sålunda från den situation i vilken gemenskapsdomstolen, på grund av att det inte förelåg något berättigat intresse av att få saken prövad, avvisat en talan om ogiltigförklaring som väckts av en stödmottagare mot ett beslut från kommissionen i vilket en av de tre omtvistade finansieringsåtgärderna förklaras vara förenlig med den gemensamma marknaden betraktad för sig (domen i det ovan i punkt 67 nämnda målet Salvat père & fils m.fl. mot kommissionen, punkt 48).

76 Av samma skäl som anförts ovan i punkt 66 *in fine* påverkas denna bedömning av TV2 A/S berättigade intresse av att få saken prövad inte heller av kommissionens påstående att den faktiska verkan av det angripna beslutet och beslutet om kapitaltillskott, som helhet betraktade, är positiv.

77 Även om frågan huruvida TV2 A/S talan mot det angripna beslutet ska tas upp till sakprövning skulle prövas i förhållande till, å ena sidan, den del i vilken de omtvistade åtgärderna, som utgör statligt stöd, kvalificeras som delvis oförenliga med den gemensamma marknaden och, å andra sidan, i förhållande till den del i vilken dessa åtgärder kvalificeras som delvis förenliga med den gemensamma marknaden kan talan tas upp till sakprövning, inbegripet i sistnämnda hänseende.

78 En sökande kan göra gällande ett intresse som avser en framtida rättslig ställning, under förutsättning att denne kan visa att ingreppet i den rättsliga ställningen redan vid denna tidpunkt är säkert. En sökande kan följaktligen inte åberopa en framtida oviss ställning till stöd för sitt intresse av att begära ogiltigförklaring av den angripna rättsakten (förstainstansrättens dom av den 17 september 1992 i mål T-138/89, NBV och NVB mot kommissionen, REG 1992, s. II-2181, punkt 33).

79 Det följer av rättspraxis i fråga om talan om ogiltigförklaring, som väckts av en stödmottagare mot kommissionens beslut att förklara det aktuella stödet förenligt med den gemensamma marknaden i alla delar eller att förklara att en av tre omtvistade finansieringsåtgärder är förenlig, att ett berättigat intresse av att få saken prövad kan föreligga på grund av en bevisad ”risk” att sökandens rättsliga ställning påverkas av rättsliga förfaranden (se, för ett liknande resonemang, domen i det ovan i punkt 67 nämnda målet Salvat père & fils m.fl. mot kommissionen, punkt 43) eller att det finns en konkret och överhängande ”risk” för sådan påverkan (domen i det ovan i punkt 62 nämnda målet Sniace mot kommissionen, punkt 28) den dag talan väcks vid gemenskapsdomstolen.

80 TV2 A/S har i sitt yttrande av den 10 november 2006 och vid förhandlingen uppgett att bolaget, tillsammans med Konungariket Danmark, är föremål för en talan som väckts av Viasat vid Østre Landsret (Östra appellationsdomstolen) i februari 2006. Detta har inte bestritts. Viasats talan vid Østre Landsret avser förpliktelse för TV2 A/S och Konungariket Danmark att solidariskt eller var och en för sig betala ett belopp på 200 miljoner DKK till Viasat. Grunden för denna talan är att det statliga stödet inte anmälts till kommissionen och att detta rättsstridiga stöd har gjort det möjligt för TV2 att ha en strategi med låga priser för försäljningen av reklamtid, vilket har orsakat Viasat

skada. TV2 A/S har, utan att detta bestritts, preciserat att målet vid Østre Landsret har vilandeförklarats i avvaktan på att förstainstansrätten ska avgöra de mål som avser lagenligheten av det angripna beslutet.

81 Det är visserligen utrett att TV2 A/S hade väckt sin talan om ogiltigförklaring vid förstainstansrätten innan Viasat inledde sin process på nationell nivå. Förstainstansrätten anser emellertid att det är mer än tillfyllest styrkt att det fanns en konkret och överhängande risk för ett rättsligt förfarande den dag när TV2 A/S väckte sin talan. Den förblev inte någon risk, utan förverkligades genom den rättsprocess som inletts av Viasat och som för närvarande är anhängig vid den nationella domstolen. Sistnämnda rättsprocess är för övrigt vilandeförklarad i avvaktan på förstainstansrättens avgörande.

82 TV2 A/S har således ett berättigat intresse av att få det angripna beslutet ogiltigförklarat i dess helhet, det vill säga även i den del som de omtvistade åtgärderna, som utgör statligt stöd, förklaras vara förenliga med den gemensamma marknaden.

83 Det följer av ovan angivna skäl att respektive talan om ogiltigförklaring av det angripna beslutet i de förevarande målen kan tas upp till sakprövning.

Prövning i sak

84 Nio grunder har åberopats till stöd för talan i målen T-309/04 och T-317/04. Den första grunden avser ett åsidosättande av rätten till försvar. Den andra grunden avser ett

åsidosättande av artikel 87.1 EG, eftersom intäkterna från licensavgiften och de reklamintäkter som förts över till TV2 genom TV2-fonden inte utgör statliga medel. Den tredje grunden avser ett fel i beräkningen av överkompensationen. Den fjärde grunden avser ett påstående om att den överkompensation som görs gällande utgör skälig vinst. Den femte grunden avser ett påstående om att överkompensationen inte utgör statligt stöd, eftersom det inte föreligger någon korssubventionering. Den sjätte grunden avser ett påstående om att det inte föreligger något statligt stöd, eftersom den statliga finansieringen uppfyller kriteriet privat investerare som verkar på normala marknadsekonomiska villkor. Den sjunde grunden avser ett påstående om att överkompensationen utgör en reserv som är nödvändig för fullgörandet av public service-uppdraget. Den åttonde grunden avser rättsstridigheten av återkravet av stödet från TV2 A/S och åsidosättandet av principen om skydd för berättigade förväntningar och av rättssäkerhetsprincipen. Den nionde grunden avser det angripna beslutets rättsstridighet i fråga om återkrav av räntor.

85 Tre grunder har åberopats till stöd för talan i mål T-329/04. Den första grunden avser den felaktiga kvalificeringen av TV2:s public service-uppdrag som tjänst av allmänt ekonomiskt intresse. Den andra grunden avser ett påstående om att kriteriet effektiv ekonomisk operatör, i den mening som avses i punkt 58 i meddelandet om radio och TV, inte är anpassat för att bedöma den korsvisa subventioneringen av försäljningen av reklamtid genom public service-finansieringen och att denna bedömning borde göras inom ramen för artikel 87.1 EG med beaktande av TV2:s effektivitetsgrad. Den tredje grunden avser ett påstående om att kriteriet inkomstmaximering inte är anpassat för bedömningen av korssubventioneringen.

86 Åtta grunder har åberopats till stöd för talan i mål T-336/04. Den första grunden avser åsidosättandet av artiklarna 86.2 EG, 87 EG och 88 EG genom att det konstateras att ett stöd som är rättsstridigt på grund av att det inte har anmälts är förenligt med den gemensamma marknaden. Den andra grunden avser den felaktiga kvalificeringen av TV2:s public service-uppdrag som tjänst av allmänt ekonomiskt intresse. Den tredje grunden avser ett åsidosättande av artiklarna 86.2 EG, 87 EG och 88 EG och av

Amsterdamprotokollet genom att det aktuella stödet har godkänts på grundval av kriteriet inkomstmaximering och genom att bevisbördan har flyttats över på SBS. Den grunden avser även ett påstående om en uppenbart oriktig bedömning. Den fjärde grunden avser uppenbart oriktiga bedömningar vid tillämpningen av kriteriet inkomstmaximering. Den femte grunden avser en rättsstridig tillämpning av artikel 86.2 EG med hänsyn till kommissionens tvivel. Den sjätte grunden avser den uppenbart oriktiga tillämpningen av artikel 86.2 EG på det stöd som getts till TV2 Zulu. Den sjunde grunden avser den omständigheten att det inte gjordes någon prövning av proportionaliteten av TV2:s nettokostnader i förhållande till dess skyldigheter att tillhandahålla allmännyttiga tjänster. Den åttonde grunden avser ett åsidosättande av artikel 86.2 EG och kommissionens felaktiga bedömningar av den danska offentliga tillsynen över TV2:s fullgörande av sitt public service-uppdrag.

87 Förstainstansrätten anser att det är nödvändigt att först tillsammans pröva den första grunden i mål T-329/04 och den andra grunden i mål T-336/04, vilka avser den felaktiga kvalificeringen av TV2:s public service-uppdrag som tjänst av allmänt ekonomiskt intresse.

Den första grunden i mål T-329/04 och den andra grunden i mål T-336/04 avseende den felaktiga kvalificeringen i det angripna beslutet av TV2:s public service-uppdrag som tjänst av allmänt ekonomiskt intresse

— Parternas argument

88 SBS och Viasat har genom dessa grunder ifrågasatt det angripna beslutet i den del som kommissionen ansett att definitionen av TV2:s skyldigheter att tillhandahålla

allmännyttiga tjänster är godtagbara med beaktande av begreppet tjänst av allmänt ekonomiskt intresse. Denna definition är alltför omfattande och vag.

89 SBS har påpekat att TV2:s skyldigheter att tillhandahålla allmännyttiga tjänster definieras med hänsyn till de mål som ska uppnås, men att bolaget självt får välja på vilket sätt dessa mål ska uppnås. Det är således möjligt för detta programföretag att låta vilken verksamhet som helst omfattas av statligt finansierad public service.

90 Public service kan inte endast omfatta icke lönsamma TV-program, i vart fall inte när det är fråga om public service-programföretag som har blandad finansiering, det vill säga som finansieras såväl av staten som genom försäljning av reklamtid. Ett public service-programföretag som har blandad finansiering kommer oundvikligen att pressa ned priserna på reklam i syfte att minska de kommersiella aktörernas intäkter.

91 Definitionen av TV2:s public service-uppdrag är inte godtagbar, eftersom den inte skiljer sig från de skyldigheter som den danska lagstiftningen ålägger de kommersiella programföretagen.

92 Kommissionen har inte heller prövat TV2:s public service-uppdrag på ett riktigt sätt, eftersom den underlät att pröva detta uppdrag för perioden 1995–2000.

93 Att anse att hela TV2:s programutbud utgör public service skulle vara oförenligt med meddelandet om radio och TV, eftersom hela programutbudet inte medför ”extrakostnader” i den mening som avses i punkt 44 i det meddelandet. Även om en vid definition av begreppet radio och TV i allmänhetens tjänst vore godtagbar, strider

det mot artikel 86.2 EG att anse att programföretagets samtliga kostnader har samband med public service. En sådan tolkning innebär ett åsidosättande av villkoret att det enbart kan ges ersättning för kostnader som programföretaget ”normalt inte skulle ha ådragit sig”.

94 Viasat har gjort gällande att en betydande del av TV2:s programtablå inte skiljer sig från Viasats egen och SBS A/S:s programtablåer. Kommissionen skulle ha gjort en ingående prövning av TV2:s programkategorier och jämfört dem med de kommersiella TV-kanalernas programkategorier och på detta sätt bestämt vilka kategorier som har ett public service-innehåll.

95 Kommissionen har, med stöd av TV2 A/S, Konungariket Danmark och UER, gjort gällande att sökandenas inställning grundar sig på en alltför restriktiv uppfattning av begreppet tjänst av allmänt ekonomiskt intresse. Kommissionen har erinrat om den frihet som medlemsstaterna tillerkänns vid definitionen av tjänster av allmänt ekonomiskt intresse. Med avseende på radio och TV lyfts denna frihet fram i Amsterdamprotokollet. Kommissionen har erinrat om att dess kontroll, med avseende på definitionen av en tjänst av allmänt ekonomiskt intresse, är begränsad till en kontroll av att denna definition inte är uppenbart felaktig.

96 Kommissionen har påpekat att definitionen av TV2:s public service-uppdrag varken är otydlig eller vag och att den inte är ovanlig jämförd med de definitioner som används av andra medlemsstater. Sökandenas invändning mot denna definition avser i själva verket inte definitionens precision, utan omfattningen av TV2:s public service-uppdrag. Påståendet att en tjänst av allmänt ekonomiskt intresse på radio- och TV-området är begränsad till icke lönsamma sändningar är felaktigt. Det finns inte grund för argumentet att sökandena erbjuder samma program som TV2. I vart fall är det

förenklat att säga att TV2:s produktion inte kan utgöra en tjänst av allmänt ekonomiskt intresse på grund av att de kommersiella programföretagen erbjuder samma urval av program.

97 Kommissionen har beträffande kritiken att den borde ha jämfört TV2:s programutbud med de kommersiella programföretagens programutbud förklarat att det inte är dess uppgift att göra detta. Det är medlemsstaterna som fastställer omfattningen av public service-uppdraget, och de förfogar härvidlag över ett betydande utrymme för skönsmässig bedömning.

98 Kommissionen har, beträffande påståendet att TV2:s skyldigheter är identiska med de skyldigheter som åläggs de kommersiella TV-kanalerna, påpekat att det framgår av punkt 87 i det angripna beslutet att det endast är TV2 som enligt lag har en uttrycklig skyldighet att genomföra ett public service-uppdrag. TV2:s skyldigheter i detta hänseende går längre än de villkor som krävs för att sändningstillstånd ska meddelas.

99 Den omständigheten att TV2:s finansiering är blandad inverkar inte på frågan om definitionen av en tjänst av allmänt ekonomiskt intresse, eftersom denna omständighet endast är relevant vid proportionalitetsprövningen. Kommissionen har påpekat att en ökning av marknadsandelar i form av tittarsiffror inte utgör existensberättigandet för ett public service-programföretag.

100 Kommissionen har, beträffande det argument som grundar sig på punkt 44 i meddelandet om radio och TV, gjort gällande att samtliga program som görs inom ramen för ett public service-uppdrag, enligt vilket det krävs att ett programföretag ska

ha ett programutbud som uppfyller vissa kriterier, ska anses vara ”extra” i den mening som avses i den punkten, med hänsyn till att det medges att ett sådant uppdrag kan innefatta tillhandahållandet av ett balanserat och varierat programutbud.

— Förstainstansrättens bedömning

101 Enligt rättspraxis (se, för ett liknande resonemang, förstainstansrättens dom av den 27 februari 1997 i mål T-106/95, FFSA m.fl. mot kommissionen, REG 1997, s. II-229, punkt 99), och såsom kommissionen har redogjort för i sitt meddelande av den 20 september 2000 om tjänster av allmänt ekonomiskt intresse i Europa (KOM (2000) 580 slutlig, punkt 22), har medlemsstaterna ett omfattande utrymme för skönsmässig bedömning när det gäller att bestämma vad de anser vara tjänster av allmänt ekonomiskt intresse. Följaktligen kan en medlemsstats definition av dessa tjänster endast ifrågasättas av kommissionen i fall av uppenbara fel (generaladvokaten Légers förslag till avgörande i mål C-309/99, Wouters m.fl., där domstolen meddelade dom den 19 februari 2002, REG 2002, s. I-1577, s. I-1583, punkt 162, och förstainstansrättens dom av den 15 juni 2005 i mål T-17/02, Olsen mot kommissionen, REG 2005, s. II-2031, punkt 216).

102 Betydelsen för Europeiska unionen av tjänster av allmänt ekonomiskt intresse och nödvändigheten av att säkerställa att dessa tillhandahålls på ett tillfredsställande sätt understryks för övrigt av att artikel 16 EG införts i EG-fördraget genom Amsterdamfördraget (se, generaladvokaten Albers förslag till avgörande i mål C-340/99, TNT Traco, där domstolen meddelade dom den 17 maj 2001, REG 2001, s. I-4109, s. I-4112, punkt 94, samt generaladvokaten Jacobs förslag till avgörande i mål C-475/99, Ambulanz Glöckner, där domstolen meddelade dom den 25 oktober 2001, REG 2001, s. I-8089, s. I-8094, punkt 175, och i mål C-126/01, GEMO, där domstolen meddelade dom den 20 november 2003, REG 2003, s. I-13769, s. I-13772, punkt 124, och generaladvokaten Poiares Maduros förslag till avgörande i mål C-205/03 P, FENIN mot kommissionen, där domstolen meddelade dom den 11 juli 2006, REG 2006, s. I-6295, s. I-6297, punkt 26, fotnot 35, se även beslut av förstainstansrättens ordförande av den 28 maj 2001 i mål T-53/01 R, Poste Italiane mot kommissionen, REG 2001, s. II-1479, punkt 132).

103 Vad särskilt gäller den tjänst av allmänt ekonomiskt intresse som utgörs av TV-sändningar har domstolen i dom av den 30 april 1974 i mål 155/73, Sacchi (REG 1974, s. 409; svensk specialutgåva, volym 2, s. 269), angående bland annat huruvida den exklusiva rätt till alla slag av TV-sändningar som en medlemsstat har beviljat ett företag, även i reklamsyfte, utgör ett åsidosättande av konkurrensreglerna funnit att medlemsstaterna lagenligt kan definiera TV-sändningar som innefattar ett allmänt programutbud som en tjänst av allmänt ekonomiskt intresse. Domstolen fann nämligen i denna dom att ”det finns inget i fördraget som hindrar medlemsstaterna från att på ideell grund i allmänhetens intresse undanta radio- och TV-sändningar... från konkurrensreglerna genom att ge ett eller flera företag exklusiva rättigheter därtill” (domen i det ovannämnda målet Sacchi, punkt 14, se även generaladvokaten Reischls förslag till avgörande i nämnda mål, s. 433, särskilt s. 445, andra-femte styckena, och generaladvokaten Légers förslag till avgörande i det ovan i punkt 101 nämnda målet Wouters m.fl. punkt 163).

104 När medlemsstaterna i Amsterdamprotokollet uttalade att ”systemet för radio och TV i allmänhetens tjänst i medlemsstaterna har ett direkt samband med de demokratiska, sociala och kulturella behoven i varje samhälle och med behovet att bevara mångfalden i medierna”, hänvisade de direkt till de system med radio och TV i allmänhetens tjänst som inrättats av medlemsstaterna och som anförtrotts uppgiften att till nytta för hela befolkningen i dessa stater sända ett allmänt programutbud.

105 Förstainstansrätten erinrar slutligen om de ordalag i vilka rådet och medlemsstaterna i sin resolution av den 25 januari 1999 om radio- och TV-verksamhet i allmänhetens tjänst (EGT C 30, s. 1) bekräftade betydelsen av den tjänst av allmänt ekonomiskt intresse som utgörs av radio och TV.

106 I denna resolution noterade och bekräftade medlemsstaterna, ”som beaktar att radio- och TV-verksamhet i allmänhetens tjänst, med tanke på de kulturella, sociala och demokratiska funktioner, som radio- och TV-verksamhet i allmänhetens tjänst fyller för det allmänna bästa, är av avgörande betydelse för att trygga demokrati, pluralism, social

sammanhållning och kulturell och språklig mångfald … som betonar att det allt mer diversifierade programutbudet i den nya medievärlden understryker vikten av att ha radio- och TV-programföretag som verkar i allmänhetens tjänst [och] som erinrar om att medlemsstaternas behörighet när det gäller uppdrag och finansiering bekräftas i [Amsterdamprotokollet]", att detta protokoll bekräftar "att det är samtliga medlemsstaters önskan att betona den funktion som radio- och TV-verksamhet i allmänhetens tjänst fyller", att "de radio- och TV-programföretag som verkar i allmänhetens tjänst även fortsättningsvis måste kunna erbjuda ett brett programutbud i enlighet med sitt uppdrag såsom det utformats av medlemsstaterna för att rikta sig till samhället som helhet" och att det "i detta sammanhang är berättigat för de radio- och TV-programföretag som verkar i allmänhetens tjänst att försöka nå en bred publik".

107 Möjligheten för en medlemsstat att göra en vid definition av den tjänst av allmänt ekonomiskt intresse som utgörs av radio- och TV-sändningar, innefattande ett allmänt programutbud, påverkas inte av att public service-programföretaget dessutom bedriver kommersiell verksamhet, särskilt försäljning av reklamtid.

108 Om så var fallet skulle nämligen själva definitionen av en tjänst av allmänt ekonomiskt intresse som utgörs av radio- och TV-sändningar vara beroende av hur tjänsten finansieras. En tjänst av allmänt ekonomiskt intresse definieras emellertid i förhållande till det allmänna intresse som den ska tillgodose och inte i förhållande till dess finansiering. Som kommissionen anger i punkt 36 i meddelandet om radio och TV får "frågan om definitionen av uppdraget att tillhandahålla tjänster av allmänt intresse... inte förväxlas med frågan om vilken finansieringsmekanism som valts för att tillhandahålla dessa tjänster".

109 Det är av samma skäl som det är oriktigt av SBS och Viasat att påstå att radio- och TV-sändningar utgör en tjänst av allmänt ekonomiskt intresse endast såvitt avser sändningen av icke lönsamma program, i vart fall när public service-programföretaget har blandad finansiering. Påståendet att ett programföretag med blandad finansiering

som tillhandahåller en tjänst av allmänt ekonomiskt intresse som getts en vid och kvalitativ definition oundvikligen kommer att subventionera sin kommersiella verksamhet genom att, med hjälp av den statliga finansieringen av sin public service-verksamhet, tillämpa onaturligt låga priser för försäljning av reklamtid ska avfärdas såsom grundat på ett förutfattat antagande. Ett sådant handlande utgör på sin höjd en risk som det ankommer på medlemsstaterna att förebygga och på kommissionen att, i förekommande fall, ingripa mot.

110 Sökandena har hänvisat till punkt 44 andra meningen i meddelandet om radio och TV i vilken det anges att ”[public service-uppdrag] kan … berättiga till ersättning, så länge det leder till extrakostnader som programföretaget normalt inte skulle ha ådragit sig”. Förstainstansrätten konstaterar att denna mening inte – genom påståendet att det *e contrario* på grund av hänvisningen till extrakostnader, med nödvändighet finns kostnader som inte är extrakostnader – syftar till att utesluta möjligheten att begreppet tjänst av allmänt ekonomiskt intresse som utgörs av radio- och TV-sändningar ges en vid definition. Den syftar följaktligen inte till att utesluta möjligheten att finansiera alla public service-programföretagets kostnader.

111 I punkt 44 uttrycks endast det krav på proportionalitet som gäller vid ersättning för kostnaderna för public service-uppdraget. Lydelsen gör det möjligt att innefatta samtliga tänkbara situationer, från en tjänst av allmänt ekonomiskt intresse som utgörs av radio- och TV-sändningar, vilken är snävt och endast kvantitativt definierad, till en sådan tjänst, vilken getts en vid och kvalitativ definition. Kommissionens uppfattning att samtliga program som produceras inom ramen för en tjänst av allmänt ekonomiskt intresse som utgörs av radio- och TV-sändningar, vilken getts en vid och kvalitativ definition, är ”extra” i den mening som avses i punkt 44 i meddelandet om radio och TV och att samtliga kostnader för det programföretag med ansvar för att tillhandahålla denna tjänst således är extrakostnader, vilka får finansieras av staten, är inte felaktig, vilket påståtts av sökandena.

112 Det ska tilläggas att sökandens uppfattning *de facto* innebär att samtliga system för public service-TV, i vilka public service-programföretaget inte har tillgång till finansiering genom reklam och således är beroende av stöd från staten för samtliga kostnader, skulle underkännas. Inte ens i dessa fall skulle staten kunna ersätta vissa kostnader, närmare bestämt de påstådda kostnader som inte utgör extrakostnader, vilka enligt sökandena med nödvändighet framgår av lydelsen i punkt 44 i meddelandet om radio och TV. Detta har påpekats av kommissionen som har gjort gällande att sökandenas uppfattning förutsätter att TV2 även utan statligt stöd skulle kunna bedriva verksamhet som programföretag med hjälp av privata medel. Detta motsägs emellertid av omständigheterna i målet.

113 Av dessa skäl framgår att medlemsstaternas behörighet att ge en tjänst av allmänt ekonomiskt intresse som utgörs av radio- och TV-sändningar en vid och kvalitativ definition, vilken innefattar ett brett programutbud, inte kan ifrågasättas, lika lite som deras möjlighet att finansiera denna tjänst av allmänt ekonomiskt intresse genom reklam.

114 Det ska därefter prövas huruvida kommissionen i det föreliggande fallet gjorde ett fel när den i det angripna beslutet fann att Konungariket Danmarks definition av den tjänst av allmänt ekonomiskt intresse som TV2 skulle tillhandahålla kunde godtas.

115 I skäl 84 i det angripna beslutet konstaterade kommissionen att ”TV2 … enligt [den danska] lagen [har] skyldighet att som en tjänst av allmänt intresse ’genom TV, radio och Internet eller liknande tillförsäkra den danska befolkningen ett brett utbud av program och tjänster som innefattar nyhetsförmedling, folkbildning, undervisning, konst och underhållning’”. I den punkten hänvisade kommissionen till skäl 15 i samma beslut, i vilket det anges att det i den danska lagen föreskrivs att ”[TV2:s] utbud ska

eftersträva kvalitet, allsidighet och mångfald", att det "dessutom [ska] läggas särskil[d] vikt vid det danska språket och den danska kulturen".

116 I skäl 85 i det angripna beslutet ansåg kommissionen att "[ä]ven om TV2:s skyldigheter är kvalitativa och ganska brett definierade, finner kommissionen att en så 'bred' definition av uppgiften stämmer överens med [meddelandet om radio och TV]".

117 Förstainstansrätten anser att kommissionens bedömning är riktig. Den definition som de danska myndigheterna gjort är vid, eftersom den, på grund av att den huvudsakligen är kvalitativ, innebär att det står programföretaget fritt att fastställa sin programtablå. Definitionen är emellertid inte vag, vilket påståtts av sökandena. TV2:s uppdrag är tvärtom klart och tydligt. TV2 ska erbjuda hela den danska befolkningen ett varierat programutbud som syftar till kvalitet, allsidighet och mångfald.

118 Förstainstansrätten konstaterar, såvitt sökandena genom sitt påstående om vaghet velat ifrågasätta den frihet att konkret bestämma sitt programutbud som TV2 ges av de danska myndigheterna, att det inte är onormalt, utan tvärtom i allra högsta grad normalt, att ett public service-programföretag åtnjuter redaktionellt oberoende i förhållande till den politiska makten i det konkreta valet av program, under förutsättning att programföretaget iakttar de kvalitativa krav som åvilar det i egenskap av aktör med ansvar att tillhandahålla den tjänst av allmänt ekonomiskt intresse som avser TV. UER, intervenient till stöd för kommissionens yrkanden, har med rätta

påpekat betydelsen för värnandet av yttrandefriheten av att radio och TV som tillhandahålls i allmänhetens tjänst är redaktionellt oberoende. Yttrandefriheten definieras i artikel 11 i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna, proklamerad i Nice den 7 december 2000 (EGT C 364, s. 1), och i artikel 10 i Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna, som undertecknades i Rom den 4 november 1950 som innefattande ”åsiktsfrihet samt frihet att ta emot och sprida uppgifter och tankar utan offentlig myndighets inblandning och oberoende av territoriella gränser”.

119 Förstainstansrätten anser, beträffande påståendet att kommissionen felaktigt skulle ha förlitat sig på den definition av TV2:s public service-uppdrag som återfinns i den lydelse av lagen om radio och TV som var tillämplig år 2000, att det inte finns något i denna definition som visar på att denna definition inte på ett riktigt sätt redogör för TV2:s skyldigheter att tillhandahålla allmännyttiga tjänster även under den del av den period som granskningen avsåg, vilken rörde tiden före år 2000. Denna definition användes av kommissionen i skäl 15 i det angripna beslutet och är i själva verket hämtad från den konsoliderade versionen av lagen om radio och TV (nr 203), vilken offentliggjordes den 22 mars 2001. Denna definition och den definition som var tillämplig dessförinnan (vilken återfanns i den konsoliderade versionen av lagen om radio och TV nr 578 av den 24 juni 1994) innehåller samma krav på kvalitet, allsidighet och mångfald, vilka utgör de huvudsakliga kvalitativa kraven för det uppdrag att tillhandahålla radio och TV i allmänhetens tjänst som anförtrotts TV2. Gemensamt för dessa båda definitioner är vidare att det är hela TV2:s sändningsverksamhet som ska vara underkastad dessa krav.

120 Sökandena har påstått att definitionen av TV2:s public service-uppdrag inte är godtagbar, eftersom den inte skiljer sig från de skyldigheter som de kommersiella programföretagen åläggs enligt lag. Kommissionen har i skäl 87 i det angripna beslutet funnit att det ska göras en åtskillnad mellan de villkor för att erhålla tillstånd som ett kommersiellt TV-företag måste uppfylla av hänsyn till allmänintresset och statens överlåtande av en uppgift av allmänt intresse till ett offentligt eller privat företag. Enligt

kommissionen är det uppenbart att TV2 getts en sådan uppgift och att denna är mer omfattande än de skyldigheter som åvilar de kommersiella programföretagen enligt dansk rätt. Kommissionen har anfört att det bland sökandena endast är SBS A/S som är underkastat dansk lag och som således kan använda sig av detta argument. SBS Ltd och Viasat utövar sin verksamhet i enlighet med tillstånd som meddelats av Förenade kungariket och de är därför inte underkastade den danska lagstiftningen.

121 Förstainstansrätten delar kommissionens uppfattning. Även om SBS A/S, i likhet med varje programföretag som omfattas av den danska lagen, är underkastat vissa av allmänintresset motiverade skyldigheter, vilka anges i punkt 18 i det angripna beslutet, såsom skyldigheten att sända lokala program minst en timme per dag och att en stor del av dess programutbud ska vara på danska eller rikta sig till en dansk publik, är inte dessa skyldigheter jämförbara med de skyldigheter att tillhandahålla allmännyttiga tjänster som åläggs TV2. Dessa skyldigheter innefattar tillhandahållandet av ett varierat programutbud för hela den danska befolkningen, vilket ska uppfylla kraven på kvalitet, allsidighet och mångfald. Dessa krav utgör förutsättningen för hela TV2:s TV-verksamhet på ett betydligt strängare sätt än de minimiskyldigheter som föreskrivs i den danska lagen för att ett tillstånd att sända radio och TV ska meddelas. Kommissionen gjorde därför en riktig bedömning när den i skäl 87 i det angripna beslutet avfärdade sökandenas argument avseende ett åsidosättande av likabehandlingsprincipen.

122 Förstainstansrätten anser att sökandena inte kan vinna framgång med argumentet att TV2 inte ska anses vara en public service-kanal, eftersom dess programutbud inte skiljer sig från de kommersiella kanalernas programutbud och att kommissionen borde ha gjort en jämförande undersökning av TV2:s och de kommersiella kanalernas programutbud.

123 Att låta detta argument vinna framgång skulle innebära att definitionen av en tjänst av allmänt ekonomiskt intresse som utgörs av radio- och TV-sändningar skulle, genom jämförelse av programutbuden, vara beroende av avgränsningen av de kommersiella programföretagens programutbud. Detta skulle få till följd att medlemsstaterna fråntogs sin behörighet att definiera vad som är public service. Definitionen av en tjänst av allmänt ekonomiskt intresse skulle nämligen bli beroende av de kommersiella aktörerna och deras beslut att sända eller att inte sända vissa program. TV2 A/S har med rätta påpekat att medlemsstaterna inte kan åläggas begränsningar genom de kommersiella TV-kanalernas verksamhet när de definierar uppdraget att tillhandahålla radio och TV i allmänhetens tjänst.

124 Av dessa skäl framgår att sökandena inte har styrkt att kommissionen gjorde en felaktig bedömning när den ansåg att den vida och kvalitativa definitionen av den tjänst av allmänt ekonomiskt intresse som utgörs av radio- och TV-sändningar som tillhandahålls av TV2 inte var uppenbart oriktig och således kunde godtas.

125 Talan kan således inte vinna bifall såvitt avser den första grunden i mål T-329/04 och den andra grunden i mål T-336/04.

126 Förstainstansrätten anser att det därefter finns anledning att, i tur och ordning, pröva den första och den andra grunden i mål T-309/04 och i mål T-317/04. Den första grunden avser ett åsidosättande av rätten till försvar och den andra grunden avser ett åsidosättande av artikel 87.1 EG, eftersom intäkterna från licensavgiften och reklamintäkterna, vilka förts över till TV2 genom TV2-fonden, inte utgör statliga medel.

Den första grunden i målen T-309/04 och T-317/04: Huruvida rätten till försvar har åsidosatts

— Parternas argument

127 Konungariket Danmark och TV2 A/S har gjort gällande att kommissionen i det angripna beslutet tog ställning till frågor som inte fanns nämnda i beslutet att inleda förfarandet. Om detta åsidosättande av rätten till försvar inte hade förelegat skulle det angripna beslutet ha varit annorlunda. Särskilda omständigheter av olika slag borde ha föranlett kommissionen att vara tydligare i beslutet att inleda förfarandet.

128 För det första angavs i beslutet att inleda förfarandet att syftet med det formella granskningsförfarandet var att kontrollera huruvida den påstådda överkompensationen faktiskt hade använts för att korsvis subventionera TV2:s kommersiella verksamhet under den period som granskningen avsåg. I beslutet att inleda förfarandet nämndes inte principen om en privat investerare som verkar på normala marknadsekonomiska villkor som en viktig rättslig omständighet. Beslutet att inleda förfarandet ska förstås så, att kommissionen inte hade för avsikt att göra en särskild prövning av huruvida principen om en privat investerare som verkar på normala marknadsekonomiska villkor iakttagits. Innehållet i beslutet att inleda förfarandet motiverade således inte att det lämnades en utförlig argumentation i frågan huruvida principen om en privat investerare som verkar på normala marknadsekonomiska villkor iakttagits beträffande den påstådda överkompensationen. Kommissionen prövade trots detta i det angripna beslutet frågan huruvida Konungariket Danmark hade uppträtt som en privat investerare som verkar på normala marknadsekonomiska villkor.

129 Konungariket Danmark och TV2 A/S har för det andra hävdat att kommissionen skulle ha bedömt ärendet annorlunda om Konungariket Danmark hade kunnat redogöra för sina argument och lägga fram de handlingar som var relevanta. Motiveringen av det angripna beslutet är nämligen bland annat grundad på att de omständigheter som

Konungariket Danmark anfört inte var tillräckliga för att bevisa att principen om en privat investerare som verkar på normala marknadsekonomiska villkor hade iakttagits.

130 De har för det tredje gjort gällande att kommissionen aldrig har hävdat att en överkompensation för de kostnader att tillhandahålla en allmän nyttighet som bärs av ett offentligt organ i sig kan utgöra statligt stöd i strid med fördraget, utan att det faktiskt förelegat någon korsvis subventionering. Detta framgår inte heller av meddelandet om radio och TV, enligt vilket en överkompensation vållar problem endast när det föreligger korsvis subventionering av den kommersiella verksamheten (punkt 58 i meddelandet) eller när det föreligger något annat slags inverkan på utveckling av handeln, vilken är av sådan omfattning att den strider mot gemenskapens intresse (punkt 29 iii i meddelandet). Händelseutvecklingen före beslutet att inleda förfarandet ledde Konungariket Danmark att tro att överkompensationen i sig inte utgjorde ett problem.

131 TV2 A/S har påpekat att den omständigheten att bolaget yttrade sig eller inte yttrade sig i anledning av beslutet att inleda förfarandet saknar relevans för frågan huruvida rätten till försvar iakttagits. Det är uppenbart att TV2 A/S, i egenskap av berörd part och såsom direkt berörd av ett beslut som går det emot, har ett berättigat intresse av att den ram för förfarandet som slogs fast i beslutet att inleda detta iakttas.

132 Kommissionen har, med stöd av SBS i mål T-309/04, för det första erinrat om att beslutet att inleda det formella granskningsförfarandet inte kan innehålla ett uttömmande och utförligt meddelande om ärendet. Beslutet att inleda förfarandet innehåller för övrigt en uttömmande beskrivning av de frågor som har samband med överkompensationen för kostnaderna för public service-uppdraget och med tillämpningen av principen om en privat investerare som verkar under normala marknadsekonomiska villkor. Konungariket Danmark har inte självt tolkat detta beslut så, att granskningen endast avsåg korsvis subventionering.

133 Eftersom TV2 A/S inte har yttrat sig under det formella granskningsförfarandet kan det inte anses att dess rätt till försvar har kränkts.

134 Kommissionen har för det andra bestritt att de omständigheter rörande principen om en privat investerare som verkar under normala marknadsekonomiska villkor, vilka Konungariket Danmark har hänvisat till i sin talan, skulle ha lett till en annan utgång än utgången i det angripna beslutet.

135 Kommissionen har för det tredje, beträffande de påstådda särskilda omständigheterna, påpekat att de danska myndigheternas dubbla roller som myndighet och påstådd investerare innebär att det ska göras en distinktion vid tillämpningen av reglerna om statligt stöd. Dessa regler är olika beroende på om de tillämpas på staten i egenskap av myndighet eller på staten i egenskap av investerare. Meddelandet om radio och TV innehåller endast riktlinjer avseende ersättningen för skyldigheterna att tillhandahålla allmännyttiga tjänster. Det innehåller inga riktlinjer avseende statens investeringar i ett offentligt företag på marknadsmässiga villkor. Beträffande ersättningen för allmännyttiga tjänster är utgångspunkten att det föreligger statligt stöd. Kommissionen kontrollerar dock huruvida undantaget i artikel 86.2 EG är tillämpligt. Kommissionens huvudsakliga uppgift beträffande investeringar i offentliga företag är att bedöma huruvida statens handlande kan jämställas med handlandet för en privat investerare som handlar under normala marknadsekonomiska villkor.

— Förstainstansrättens bedömning

136 Enligt fast rättspraxis utgör iakttagandet av rätten till försvar i alla förfaranden som inleds mot en person, och som kan leda till en rättsakt som går denna person emot, en

grundläggande gemenskapsrättslig princip som ska säkerställas även i avsaknad av en specifik reglering (se domstolens dom av den 10 juli 1986 i mål 234/84, Belgien mot kommissionen, REG 1986, s. 2263, punkt 27, svensk specialutgåva, volym 8, s. 691, av den 14 februari 1990 i mål C-301/87, Frankrike mot kommissionen, REG 1990, s. I-307, punkt 29, svensk specialutgåva, volym 10, s. 303, av den 21 mars 1990 i mål C-142/87, Belgien mot kommissionen, REG 1990, s. I-959, punkt 46, svensk specialutgåva, volym 10, s. 369, och av den 5 oktober 2000 i mål C-288/96, Tyskland mot kommissionen, REG 2000, s. I-8237, punkt 99 och där angiven rättspraxis, samt förstainstansrättens dom av den 6 mars 2003 i de förenade målen T-228/99 och T-233/99, Westdeutsche Landesbank Girozentrale och Land Nordrhein-Westfalen mot kommissionen, REG 2003, s. II-435, punkt 121). Enligt denna princip krävs det att den person mot vilken kommissionen har inlett ett administrativt förfarande haft tillfälle att under detta förfarande på ett ändamålsenligt sätt ge sin uppfattning till känna beträffande riktigheten och relevansen av de fakta, omständigheter och handlingar som kommissionen åberopat till stöd för sitt påstående att gemenskapsrätten åsidosatts (dom av den 10 juli 1986 i det ovannämnda målet Belgien mot kommissionen, punkt 27).

137 Beträffande de rättigheter som tillkommer företag som är mottagare av statligt stöd gäller att det administrativa förfarandet i fråga om statligt stöd endast inleds gentemot den berörda medlemsstaten (domstolens dom av den 24 september 2002 i de förenade målen C-74/00 P och C-75/00 P, Falck och Acciaierie di Bolzano mot kommissionen, REG 2002, s. I-7869, punkt 81). De företag som tar emot stöd anses endast vara intressenter i detta förfarande (domen i det ovan i punkt 136 nämnda målet Westdeutsche Landesbank Girozentrale och Land Nordrhein-Westfalen mot kommissionen, punkt 122). Av detta följer att intressenter, såsom i det föreliggande fallet TV2 A/S, endast har rätt att delta i det administrativa förfarandet på ett sätt som är lämpligt med hänsyn till omständigheterna i det enskilda fallet och inte alls kan göra gällande samma rätt till försvar som de personer kan åberopa mot vilka ett förfarande inletts (domen i det ovannämnda målet Falck och Acciaierie di Bolzano mot kommissionen, punkt 83, och förstainstansrättens dom av den 25 juni 1998 i de förenade målen T-371/94 och T-394/94, British Airways m.fl. mot kommissionen, REG 1998, s. II-2405, punkt 60, och av den 31 maj 2006 i mål T-354/99, Kuwait Petroleum (Nederland) mot kommissionen, REG 2006, s. II-1475, punkt 80).

138 Enligt artikel 6 i rådets förordning (EG) nr 659/1999 av den 22 mars 1999 om tillämpningsföreskrifter för artikel 88 EG (EGT L 83, s. 1) får kommissionens beslut att inleda det formella granskningsförfarandet vara begränsat till att innehålla en sammanfattning av de relevanta sak- och rättsfrågorna och en preliminär bedömning av huruvida den statliga åtgärden utgör stöd samt till att ange de skäl som ger upphov

till tvivel beträffande åtgärdens förenlighet med den gemensamma marknaden (förstainstansrättens dom av den 23 oktober 2002 i de förenade målen T-269/99, T-271/99 och T-272/99, Diputación Foral de Guipúzcoa m.fl. mot kommissionen, REG 2002, s. II-4217, punkt 104).

139 Beslutet att inleda förfarandet ska göra det möjligt för berörda parter att delta på ett verksamt sätt i det formella granskningsförfarandet, under vilket de ska ha möjlighet att lägga fram sina synpunkter. Det är i detta avseende tillräckligt att berörda parter får kännedom om kommissionens skäl att preliminärt bedöma den ifrågavarande åtgärden som nytt stöd som är oförenligt med den gemensamma marknaden (förstainstansrättens dom av den 30 april 2002 i de förenade målen T-195/01 och T-207/01, Government of Gibraltar mot kommissionen, REG 2002, s. II-2309, punkt 138, och domen i det ovan i punkt 138 nämnda målet Diputación Foral de Guipúzcoa m.fl. mot kommissionen, punkt 105).

140 Förstainstansrätten anser, oberoende av huruvida den av Konungariket Danmark och TV2 A/S åberopade principen om en privat investerare som verkar under normala marknadsekonomiska förhållanden är relevant för bedömningen av den statliga finansieringen av offentliga nyttigheter med avseende på statligt stöd, att beslutet att inleda förfarandet inte kan tolkas så, att det fått sökandena att dra slutsatsen att överkompensationen var problematisk med hänsyn till förbudet mot statligt stöd endast för det fall det förelåg korsvis subventionering och att de som en följd av detta avstod från att utveckla sin argumentation grundad på den ovannämnda principen.

141 I punkt 54 i beslutet att inleda förfarandet angav kommissionen i stället, med hänvisning till domstolens dom av den 22 november 2001 i mål C-53/00, Ferring (REG 2001, s. I-9067, punkt 27), att kvalificeringen som statligt stöd av finansiering som syftar till att ersätta kostnaderna för skyldigheten att tillhandahålla allmännyttiga tjänster är beroende av frågan huruvida motprestationen överstiger den extra nettokostnad som fullgörandet av detta uppdrag innebär. Kommissionen tillade att om biståndet står i ett rimligt förhållande till nettokostnaderna för public service-

uppdraget innebär detta att TV2 inte givits någon faktisk fördel i förhållande till sina konkurrenter. Kommissionen gjorde liknande uttalanden på andra ställen i beslutet att inleda förfarandet (se punkterna 62, 63, 79 och 83 i det beslutet).

142 Den omständigheten att kommissionen i beslutet att inleda förfarandet ansåg att den skulle kontrollera huruvida det skett någon korsvis subventionering under den period som granskningen avsåg (se punkt 68 i beslutet att inleda förfarandet) kan inte tolkas så, att kommissionen därigenom uttryckte uppfattningen att det inte förelåg något statligt stöd om det inte förelåg någon sådan subventionering. Detta övervägande förklaras av att det är normalt att kommissionen vid en bedömning i efterhand av de omtvistade åtgärderna prövar huruvida åtgärderna faktiskt gav upphov till korsvis subventionering under den period som granskningen avsåg.

143 Det kan inte heller, oberoende av huruvida principen om en privat investerare som verkar under normala marknadsekonomiska förhållanden är relevant för bedömningen av den statliga finansieringen av offentliga nyttigheter med avseende på statligt stöd, av beslutet att inleda förfarandet (punkt 71 sista meningen) dras slutsatsen – som Konungariket Danmark har gjort – att kommissionen förklarade att den inte hade för avsikt att göra en prövning av huruvida principen om en privat investerare som verkar under normala marknadsekonomiska förhållanden hade iakttagits. I punkt 71 sista meningen återgav kommissionen nämligen endast de danska myndigheternas argument att de hade handlat som en privat investerare som verkar under normala marknadsekonomiska förhållanden.

144 Det framgår av det ovan anförda att Konungariket Danmarks påstående att beslutet att inleda förfarandet fick det att under det formella granskningsförfarandet avstå från att ytterligare utveckla sin ståndpunkt avseende principen om en privat investerare som verkar under normala marknadsekonomiska förhållanden och att det i förhållande till

TV2 skulle ha handlat som en sådan investerare är felaktigt. Av samma skäl är det fel av TV2 A/S att påstå att kommissionen under det formella granskningsförfarandet gått utanför den ram som slagits fast i beslutet att inleda förfarandet.

145 Det förelåg ingen särskild omständighet som innebar att kommissionen var skyldig att vara mer tydlig än vad den var i beslutet att inleda förfarandet. I motsats till vad som har påstått av Konungariket Danmark framgår det inte av meddelandet om radio och TV att en överkompensation endast innebär svårigheter när det är styrkt att det föreligger korssubventionering.

146 Det framgår härav att varken Konungariket Danmarks rätt till försvar eller de mer begränsade rättigheter som TV2 A/S har i egenskap av berörd part har åsidosatts. Talan kan därför inte vinna bifall såvitt avser den förevarande grunden.

Den andra grunden i målen T-309/04 och T-317/04 enligt vilken det skett ett åsidosättande av artikel 87.1 EG, eftersom intäkterna från licensavgiften och de reklamintäkter som överförs till TV2 genom TV2-fonden inte utgör statliga medel

— Parternas argument

147 Konungariket Danmark och TV2 A/S, där det sistnämnda, med stöd av UER, har gjort gällande att den påstådda överkompensationen inte kan anses utgöra statligt stöd,

eftersom den finansieras genom intäkterna från licensavgiften och de reklamintäkter som till och med år 1997 betalades ut genom TV2-fonden (nedan kallade reklamintäkterna för åren 1995–1996).

148 Licensavgiften betalas av användarna och det sker därför inte någon överföring av statliga medel. Licensavgiften, vilken användarna betalar för att kunna ta emot TV2, ska betraktas som en avgift som täcker en del av kostnaderna, vilket kan jämföras med avgiften för att ta emot kabelkanaler. Det faktum att skyldigheten att betala licensavgiften för att ta emot de program som sänds på TV2 är föreskriven i lag föranleder inte någon annan bedömning.

149 Det faktum att licensavgiften uppbärs av DR och att intäkterna från denna fram till och med år 1997 överfördes genom TV2-fonden saknar också betydelse. Skälet för denna ordning är uteslutande administrativt.

150 De omständigheter som innebär att överföringen av intäkterna från licensavgiften till TV2 inte utgör en överföring av statliga medel, eller stöd för vilket staten är ansvarig, gör sig gällande i än större utsträckning beträffande överföringen av reklamintäkterna för åren 1995–1996.

151 Intäkterna från licensavgiften, liksom reklamintäkterna för åren 1995–1996, vilka överförts till TV2 genom TV2-fonden, kan inte anses ha varit offentligt kontrollerade, eftersom den danska kulturministern, vid tidpunkten när licensavgiftens storlek fastställs eller när det fattas ett beslut om fördelningen av intäkterna från licensavgiften mellan DR och TV2 inte kan förfoga över dessa medel för andra ändamål. Annorlunda

uttryckt är intäkterna från licensavgiften från och med den tidpunkten avsedda att användas för DR:s eller TV2:s verksamhet, alltefter omständigheterna.

152 Kommissionen har, med stöd av SBS i mål T-309/04, påpekat att det är utrett att den danska kulturministern fastställer storleken på den licensavgift som samtliga innehavare av radio- och TV-apparater i Danmark är skyldiga att betala. Licensavgiften uppbärs av DR och efter beslut från kulturministern fördelas intäkterna mellan DR och TV2 i enlighet med ett avtal om medierna som ingåtts med det danska folketinget (skäl 22 i det angripna beslutet). I beslut av kulturministern fastställs bland annat när skyldigheten att betala licensavgift inträder och när den upphör. Obetalda licensavgifter kan krävas in genom utmätning av lön (skäl 23 i det angripna beslutet). TV2 fick till och med år 1997 medel genom TV2-fonden, en enhet som inrättats av staten i syfte att ge inkomster åt TV2.

153 Enligt kommissionen ska medel anses vara statliga medel när de är offentligt kontrollerade och således står till de nationella myndigheternas förfogande. Den andel av licensavgiften som tillkommer TV2 fastställs av kulturministern. Gemenskapsdomstolens kontroll av huruvida medel är statligt kontrollerade utgör den gemensamma nämnaren i rättspraxis om definitionen av statliga medel. Av det ovan anförda framgår dessutom att staten ser till att licensavgiften uppbärs och att obetalda fordringar drivs in tvångsvis. Varje person som innehar en radio- eller TV-apparat är skyldig att betala licensavgift, oberoende av om personen i fråga tar emot DR:s eller TV2:s program. Skyldigheten att betala licensavgift skiljer sig således från annan betalningsskyldighet, såsom för ett kabel-TV-abonnemang.

154 Kommissionen har påpekat att det inte föreligger något avtalsförhållande mellan TV2 och varje person som betalar licensavgiften. Ordningen för licensavgifter är således inte jämförbar med den situation som var för handen i domstolens dom av den 13 mars 2001 i mål C-379/98, PreussenElektra (REG 2001, s. I-2099).

— Förstainstansrättens bedömning

155 Enligt fast rättspraxis krävs det att samtliga rekvisit i artikel 87.1 EG är uppfyllda för att en åtgärd ska kvalificeras som statligt stöd (domstolens dom av den 21 mars 1990 i det ovan i punkt 136 nämnda målet Belgien mot kommissionen, punkt 25, av den 14 september 1994 i de förenade målen C-278/92–C-280/92, Spanien mot kommissionen, REG 1994, s. I-4103, punkt 20, och av den 16 maj 2002 i mål C-482/99, Frankrike mot kommissionen, REG 2002, s. I-4397, punkt 68).

156 Följande rekvisit gäller för principen om förbud mot statligt stöd, som anges i artikel 87.1 EG. För det första måste det röra sig om en statlig åtgärd eller en åtgärd som vidtas med hjälp av statliga medel. För det andra måste denna åtgärd kunna påverka handeln mellan medlemsstater. För det tredje ska mottagaren av stödet gynnas. För det fjärde ska åtgärden snedvrida eller hota att snedvrida konkurrensen.

157 Den förevarande grunden avser det första rekvisitet, enligt vilket det för att en åtgärd ska kvalificeras som statligt stöd krävs dels att åtgärden direkt eller indirekt ges med statliga medel, dels att det är staten som är ansvarig för åtgärden (domstolens ovan i punkt 155 nämnda dom Frankrike mot kommissionen, punkt 24, den ovan i punkt 102 nämnda domen GEMO, punkt 24, och dom av den 15 juli 2004 i mål C-345/02, Pearle m.fl., REG 2004, s. I-7139, punkt 36).

158 Det framgår av det angripna beslutet, och har inte bestritts på allvar, att licensavgiftens storlek bestäms av de danska myndigheterna (skäl 22), att skyldigheten att betala licensavgiften inte följer av ett avtalsförhållande mellan TV2 och den som är skyldig att erlägga den, utan följer av innehavet av en radio- eller TV-apparat (skälen 22 och 59), att indrivningen av licensavgiften i förekommande fall sker enligt reglerna om uppbörd av

skatt (skäl 23) och att det är de danska myndigheterna som bestämmer vilken andel av licensavgiften som ska ges till TV2 (skäl 59).

159 Av det ovan anförda framgår att de medel som flyter in från licensavgiften står till de danska myndigheternas förfogande och att de kontrolleras av dessa. De utgör således statliga medel.

160 Konungariket Danmarks och TV2 A/S:s bestridande avser endast reklamintäkterna för åren 1995–1996. Under dessa år såldes inte reklamtiden på TV2 av TV2 självt, vilket var fallet beträffande den senare perioden, utan av ett fristående bolag (TV2 Reklame A/S). Intäkterna från försäljningen av reklamtid under dessa år överfördes till TV2 genom TV2-fonden (se skäl 24 i det angripna beslutet).

161 Förstainstansrätten konstaterar att kommissionen i det angripna beslutet inte gjort åtskillnad mellan reklamintäkterna för åren 1995–1996 och licensavgiften.

162 Kommissionen blandar i praktiken samman reklamintäkterna för åren 1995–1996 med licensavgiften, trots att den uttryckligen angett skillnaden mellan reklamintäkter i allmänhet och en TV-licensavgift (se skälen 10 och 17 i det angripna beslutet) och trots att den kortfattat redogjort för hur försäljningen av reklamtid i TV2 närmare gick till

under åren 1995–1996 (se skäl 24 i det angripna beslutet). Det belopp på 4 067,7 miljoner DKK som kommissionen, i skäl 21 i det angripna beslutet, kvalificerat som ”licensmedel”, inbegriper därför i själva verket reklamintäkterna för åren 1995–1996. Detta bekräftas av tabell 1 i skäl 107, i vilket reklamintäkterna för åren 1995–1996 inte är införda i raden ”Reklaminkomster netto”. Dessa reklamintäkter ingår i stället i raden ”Licensavgifter/TV2-fonden” med ett sammanlagt belopp på 4 067,7 miljoner DKK.

163 Förstainstansrätten konstaterar dessutom att denna sammanblandning de facto av beloppen för reklamintäkterna för åren 1995–1996 och beloppen för licensavgiften inte åtföljs av någon motivering i fråga om dessa reklamintäkter i det avsnitt i det angripna beslutet som rör frågan huruvida de olika åtgärder som Konungariket Danmark vidtagit till förmån för TV2 ska kvalificeras som statliga medel (skälen 57–68). Med hänsyn till den skillnad som föreligger mellan dessa två former av finansiering finns det a priori inte någon förklaring till denna sammanblandning.

164 Även om kommissionen i det avsnittet i det angripna beslutet prövade frågan huruvida licensavgiften (skälen 57–60) eller den överföring *ad hoc* som gjordes efter det att TV2-fonden hade avvecklats år 1997 (skäl 61 andra meningen) inbegrep statliga medel, berörde den inte frågan om reklamintäkterna för åren 1995–1996.

165 Skäl 24 i det angripna beslutet kan inte tjäna som en tillräcklig motivering av den sammanblandning som de facto skett av reklamintäkterna för åren 1995–1996 med licensavgiften. Det kan inte uteslutas att reklamintäkterna för åren 1995–1996 från första början var bestämda för TV2 och att överföringen av dessa intäkter genom TV2-fonden endast var en administrativ överföring, vilken inte innebar att Konungariket Danmark faktiskt kontrollerade dessa belopp. Skälet härför är huvudsakligen att reklamintäkter och en radio- och TV-licensavgift är av olika slag, men även att det inte var fråga om försäljningen av vilken reklamtid som helst utan om försäljning av

reklamtid i TV2 och att reklamintäkterna för åren 1995–1996 var betydligt lägre än vad som behövdes för public service-uppdraget.

166 Kommissionen har vid förstainstansrätten på ett utförligt sätt argumenterat för att licensavgiften ska anses som statliga medel och har i synnerhet lyft fram den omständigheten att det inte är något avtalsförhållande som ligger till grund för betalningen av licensavgiften från innehavarna av TV-apparater. Kommissionen har däremot inte berört frågan om reklamintäkterna för åren 1995–1996 och har således inte vederlagt sökandenas kritik, vilken grundar sig på att dessa intäkter är följden av ett avtalsförhållande.

167 Av det ovan anförda följer att kommissionen i det angripna beslutet har underlåtit att uppfylla sin motiveringsskyldighet när den de facto beaktade reklamintäkterna för åren 1995–1996 såsom statliga medel. Talan ska således bifallas såvitt avser den förevarande grunden, i den del den avser reklamintäkterna för åren 1995–1996. Det angripna beslutet ska följaktligen ogiltigförklaras i den del som dessa intäkter inbegrips bland de statliga medlen.

168 Det finns därefter anledning att pröva vad Konungariket Danmark och TV2 A/S gjort gällande om att motiveringen i det angripna beslutet är otillräcklig, eftersom den är följden av en uppenbart otillräcklig prövning av villkoren för Konungariket Danmarks finansiering av TV2 under den period som granskningen avsåg. Kommissionen kom därigenom felaktigt att dra slutsatsen att det förelåg statligt stöd. Detta har gjorts gällande av Konungariket Danmark och TV2 A/S i den femte, den sjätte, och den sjunde grunden i målen T-309/04 och T-317/04.

Det i målen T-309/04 och T-317/04 åberopade argumentet att motiveringen av det angripna beslutet är otillräcklig till följd av att kommissionen har åsidosatt sin prövningsskyldighet

— Parternas argument

169 Konungariket Danmark och TV2 A/S har gjort gällande att motiveringen av det angripna beslutet är otillräcklig, eftersom kommissionen inte har gjort någon omsorgsfull prövning av frågan huruvida TV2:s finansiering under åren 1995–2002 faktiskt stod i proportion till vad som behövdes enligt public service-uppdraget. Konungariket Danmark och TV2 har lyft fram att under den period som granskningen avsåg rådde det insyn beträffande finansieringen och finansieringen var och förblev objektiv och rationell. Syftet härmed var att finansieringen alltjämt skulle stå i proportion till vad som krävdes enligt public service–uppdraget.

170 Konungariket Danmark har hänvisat till förarbetena till 1986 års lag om bildandet av TV2 och till en uppskattning av TV2:s intäkter och utgifter som fanns bilagd dessa.

171 TV2 A/S har gjort gällande att storleken på den ersättning som TV2 hade behov av fastställdes av kulturministern i samråd med folketingets finansutskott. Storleken på ersättningen fastställdes således under sträng parlamentarisk kontroll och inom ramen för fyraåriga avtal, vilka betecknades avtal om medierna, samt på grundval av ingående ekonomiska analyser. Revisionsbyrån KPMG gjorde dessa ingående ekonomiska analyser år 1995 och år 1999. KPMG biträddes av en expertkommitté, i vilken TV2:s konkurrenter ingick (nedan kallade de ekonomiska analyserna 1995/1999).

172 Dessa ekonomiska analyser hade till syfte att bestämma vilken del av licensavgiften som skulle tillkomma TV2 mot bakgrund av dess skyldigheter att tillhandahålla allmännyttiga tjänster, vilka behov av finansiering som följde härav och att göra en uppskattning av programföretagets potentiella intäkter från TV-reklam och från annat håll. Storleken på licensavgiften och den del av denna som tillkom TV2 bestämdes med antagande av att de i skäl 110 i det angripna beslutet nämnda statliga fördelarna i form av ränte- och skattefrihet skulle bibehållas.

173 De ekonomiska analyserna 1995/1999, vilka i likhet med TV2:s årsredovisning offentliggjorts, utgjorde en bilaga till Konungariket Danmarks yttrande av den 24 mars 2003 i anledning av beslutet att inleda förfarandet.

174 De två avtal om medierna som är relevanta för den period som granskningen avsåg (1995 och 1999) grundade sig på dessa ingående analyser. Konungariket Danmark anser således att staten, genom att den översände dessa analyser under det formella förfarandet, för kommissionen dokumenterat de ekonomiska beräkningar som de olika avtalen om medierna vilade på under den period som granskningen avsåg.

175 Konungariket Danmark och TV2 A/S har hänvisat till en utredning och en rekommendation som gjordes av Rigsrevisionen åren 1994–1995 till den danska regeringen i fråga om bildandet av eget kapital för TV2 och de ändringar i TV2:s bolagsordning som detta skulle leda till. Konungariket Danmark och TV2 A/S har också hänvisat till en rapport från finansministern av den 2 augusti 1995, vilken upprättats på begäran av de statliga granskarna, i vilken det specificeras att en ändring av TV2:s bolagsordning ger upphov till en skyldighet att skapa eget kapital som uppgår till minst 200 miljoner DKK. Detta var vad Konungariket Danmark gjorde år 1997.

176 Av dessa omständigheter framgår det enligt Konungariket Danmark och TV2 A/S att TV2:s finansiering och skapandet av dess egna kapital under granskningsperioden var ekonomiskt rationellt och stod i proportion till vad som behövdes för public service-uppdraget. I det angripna beslutet finns det ingen utförlig bedömning i detta avseende, vilket mot bakgrund av de ovannämnda omständigheterna innebär att grunden för och motiveringen av beslutet är otillräckliga.

177 Kommissionen har påstått att den kände till dessa upplysningar men att den inte ansåg att det genom dessa var styrkt att den överkompensation som ackumulerats i TV2 i själva verket utgjorde en reserv som skapats för att göra det möjligt för TV2 att täcka de behov som public service-uppdraget medför och som stod i proportion till dessa behov. Konungariket Danmark och TV2 A/S har genmält att den avgörande omständigheten är att kommissionen inte uttalat sig om detta i det angripna beslutet annat än på ett ofullständigt och otydligt sätt, även om de ovannämnda upplysningarna getts in till kommissionen under det formella granskningsförfarandet. Det angripna beslutet grundar sig på formella överväganden och innehåller inte någon ekonomisk bedömning av frågan huruvida, och i vilken utsträckning, TV2:s eget kapital översteg vad som var nödvändigt för att det skulle kunna genomföra sitt public service-uppdrag och, i förekommande fall, huruvida detta egna kapital var oförenligt med det gemensamma intresset. Såväl grunderna för det angripna beslutet som dess motivering är således behäftade med väsentliga fel.

— Förstainstansrättens bedömning

178 Beträffande frågan om motiveringsskyldighetens omfattning krävs det enligt artikel 253 EG att motiveringen är anpassad till rättsaktens beskaffenhet. Av motiveringen ska klart och tydligt framgå hur den institution som har antagit rättsakten har resonerat, så att de som berörs därav kan få kännedom om skälen för den vidtagna åtgärden och så att domstolen ges möjlighet att göra sin prövning. Kravet på motivering ska bedömas med hänsyn till omständigheterna i det enskilda fallet, särskilt rättsaktens innehåll, de anförda skälens karaktär och det intresse som de vilka

rättsakten är riktad till, eller andra personer som direkt eller personligen berörs av den, kan ha av att få förklaringar. Det fordras inte att motiveringen av en rättsakt anger samtliga relevanta sakförhållanden och rättsliga överväganden, eftersom frågan huruvida motiveringen av en rättsakt uppfyller kraven i artikel 253 EG inte enbart ska bedömas mot bakgrund av motiveringens lydelse, utan även mot bakgrund av det sammanhang i vilket motiveringen ingår samt alla rättsregler som reglerar det ifrågavarande området (se domstolens dom av den 2 april 1998 i mål C-367/95 P, kommissionen mot Sytraval och Brink's France, REG 1998, s. I-1719, punkt 63 och där angiven rättspraxis).

179 När kommissionen har ett utrymme för skönsmässig bedömning för att den ska kunna fullgöra sina uppgifter är det av särskilt grundläggande betydelse att de garantier för det administrativa förfarandet som ges i gemenskapens rättsordning iakttas. Bland dessa garantier ingår bland annat den behöriga institutionens skyldighet att omsorgsfullt och opartiskt pröva alla omständigheter som är relevanta i det aktuella fallet och att i tillräcklig mån motivera sina beslut (domstolens dom av den 21 november 1991 i mål C-269/90, Technische Universität München, REG 1991, s. I-5469, punkt 14; svensk specialutgåva, volym 11, s. I-453).

180 Kommissionen är visserligen inte skyldig att i motiveringen till de beslut som den fattar för att säkerställa tillämpningen av konkurrensreglerna nämna alla de faktiska och rättsliga omständigheter samt överväganden som föranlett den att fatta ett sådant beslut. Kommissionen är emellertid enligt artikel 253 EG skyldig att åtminstone nämna de omständigheter och de överväganden som har väsentlig betydelse med hänsyn till systematiken i beslutet, för att sålunda göra det möjligt för gemenskapsdomstolarna och berörda parter att få kännedom om under vilka villkor kommissionen har tillämpat fördraget (se, för ett liknande resonemang, förstainstansrättens dom av den 15 september 1998 i de förenade målen T-374/94, T-375/94, T-384/94 och T-388/94, European Night Services m.fl. mot kommissionen, REG 1998, s. II-3141, punkt 95 och där angiven rättspraxis).

181 Det framgår även av rättspraxis att ett beslut, förutom i undantagsfall, ska innehålla en motivering som ska finnas i själva beslutet och att motiveringen inte för första gången och i efterhand kan lämnas inför gemenskapsdomstolen (se förstainstansrättens dom av den 2 juli 1992 i mål T-61/89, Dansk Pelsdyravlerforening mot kommissionen, REG 1992, s. II-1931, punkt 131, svensk specialutgåva, volym 13, s. II-1, och av den 14 maj 1998 i mål T-295/94, Buchmann mot kommissionen, REG 1998, s. II-813, punkt 171, samt domen i det ovan i punkt 180 nämnda målet European Night Services m.fl. mot kommissionen, punkt 95 och där angiven rättspraxis). Den berörde ska i princip underrättas om motiveringen samtidigt med det beslut som går honom emot. Bristande motivering kan inte rättas till genom att den berörde underrättas om skälen för beslutet under förfarandet vid gemenskapsdomstolarna (domstolens dom av den 28 juni 2005 i de förenade målen C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P–C-208/02 P och C-213/02 P, Dansk Rørindustri m.fl. mot kommissionen, REG 2005, s. I-5425, punkt 463, förstainstansrättens dom av den 12 december 1996 i mål T-16/91, Rendo m. fl. mot kommissionen, REG 1996, s. II-1827, punkt 45, och av den 15 juni 2005 i mål T-349/03, Corsica Ferries France mot kommissionen, REG 2005, s. II-2197, punkt 287).

182 Gemenskapsdomstolens prövning vid en talan om ogiltigförklaring enligt artikel 230 EG ska endast avse det angripna beslutets lagenlighet. Förstainstansrätten ska således inte rätta till eller komplettera kommissionens eventuellt bristande motivering genom att lägga till eller ersätta uppgifter med uppgifter som inte framgår av det angripna beslutet (se, för ett liknande resonemang, förstainstansrättens dom av den 27 januari 1998 i mål T-67/94, Ladbroke Racing mot kommissionen, REG 1998, s. II-1, punkterna 147 och 148, av den 15 september 1998 i de förenade målen T-126/96 och T-127/96, BFM och EFIM mot kommissionen, REG 1998, s. II-3437, punkt 81, och av den 13 juli 2000 i mål T-157/99, Griesel mot rådet, REGP 2000, s. I-A-151 och s. II-699, punkt 41, samt domen i det ovan i punkt 181 nämnda målet Corsica Ferries France mot kommissionen, punkt 58).

183 Beträffande omfattningen av kommissionens prövningsskyldighet i fråga om statligt stöd gäller att en medlemsstat enligt principen om lojalt samarbete i artikel 10 EG är skyldig att samarbeta med kommissionen genom att lämna de uppgifter som

kommissionen behöver för att avgöra huruvida den aktuella åtgärden utgör statligt stöd (se, beträffande skyldigheten att lojalt samarbeta, domstolens dom av den 3 juli 2003 i mål C-457/00, Belgien mot kommissionen, REG 2003, s. I-6931, punkt 99, och av den 10 maj 2005 i mål C-400/99, Italien mot kommissionen, REG 2005, s. I-3657, punkt 48, samt domen i det ovan i punkt 137 nämnda målet Kuwait Petroleum (Nederland) mot kommissionen, punkt 67). Det är även medlemsstaten som, i förekommande fall, är skyldig att bevisa att förutsättningarna för att tillämpa artikel 86.2 EG är uppfyllda (domstolens dom av den 23 oktober 1997 i mål C-159/94, kommissionen mot Frankrike, REG 1997, s. I-5815, punkt 94, och förstainstansrättens dom av den 16 mars 2004 i mål T-157/01, Danske Busvognmænd mot kommissionen, REG 2004, s. II-917, punkt 96). Kommissionen är däremot, med beaktande av intresset av en god tillämpning av fördragets grundläggande regler om statligt stöd, skyldig att göra en noggrann och opartisk prövning (se, för ett liknande resonemang, domen i det ovan i punkt 178 nämnda målet kommissionen mot Sytraval och Brink's France, punkterna 60–62, förstainstansrättens dom av den 30 januari 2002 i mål T-54/99, max.mobil mot kommissionen, REG 2002, s. II-313, punkt 49, de två första meningarna, vilka inte underkänts i domstolens dom av den 22 februari 2005 i mål C-141/02 P, kommissionen mot max.mobil, REG 2005, s. I-1283, och domen i det ovan i punkt 136 nämnda målet Westdeutsche Landesbank Girozentrale och Land Nordrhein-Westfalen mot kommissionen, punkt 167). Denna skyldighet innebär att kommissionen med omsorg ska pröva de uppgifter som medlemsstaten lämnat.

184 I ett mål om ogiltigförklaring enligt artikel 230 EG måste rättsaktens lagenlighet bedömas i förhållande till de upplysningar som förelåg den dag då rättsakten antogs. I synnerhet ska kommissionens komplicerade bedömningar prövas enbart mot bakgrund av de upplysningar som kommissionen hade tillgång till när den gjorde dessa bedömningar (domstolens dom av den 7 februari 1979 i de förenade målen 15/76 och 16/76, Frankrike mot kommissionen, REG 1979, s. 321, punkt 7, svensk specialutgåva, volym 4, s. 287, den ovan i punkt 136 nämnda domen av den 10 juli 1986, i målet Belgien mot kommissionen, punkt 16, av dom den 11 september 2003 i mål C-197/99 P, Belgien mot kommissionen, REG 2003, s. I-8461, punkt 86, förstainstansrättens ovan i punkt 137 nämnda dom i de förenade målen British Airways m.fl. mot kommissionen, punkt 81, den ovan i punkt 182 nämnda domen BFM och EFIM mot kommissionen, punkt 88, och dom av den 11 maj 2005 i de förenade målen T-111/01 och T-133/01, Saxonia Edelmetalle och ZEMAG mot kommissionen, REG 2005, s. II-1579, punkt 67).

185 Det är mot bakgrund av dessa principer och överväganden som denna del av Konungariket Danmarks och TV2 A/S talan ska prövas.

186 För att avgöra huruvida kommissionen har iakttagit sin motiveringsskyldighet och sin skyldighet att göra en noggrann prövning dels i fråga om de närmare formerna för TV2:s finansiering under den period som granskningen avsåg, dels i fråga om proportionaliteten av finansieringen i förhållande till vad som behövs för public service-uppdraget, ska lydelsen i relevanta avsnitt i det angripna beslutet granskas.

187 I det avsnitt i det angripna beslutet i vilket det redogörs för bakgrunden har kommissionen uppgett att TV2 bildades år 1986 som en oberoende och självägande institution, som finansierades genom statslån (skäl 11). Kommissionen preciserade att TV2 finansierades genom licensavgifter och reklamintäkter (skälen 10 och 17) och nämnde förfarandet för att bestämma storleken på licensavgiften och för dess fördelning mellan DR och TV2 (skäl 22).

188 I det avsnitt i det angripna beslutet som ägnas den rättsliga bedömningen prövade kommissionen frågan huruvida det andra och det fjärde av de fyra villkor som anges i punkterna 88–93 i domstolens dom av den 24 juli 2003 i mål C-280/00, Altmark Trans och Regierungspräsidium Magdeburg (REG 2003, s. I-7747) (nedan kallad domen i Altmarkmålet respektive villkoren enligt domen i Altmarkmålet) (skäl 71).

189 Det första av villkoren enligt domen i Altmarkmålet är att ”det mottagande företaget faktiskt [ska] ha ålagts skyldigheten att tillhandahålla allmännyttiga tjänster, och dessa skyldigheter ska vara klart definierade” (domen i det ovan i punkt 188 nämnda Altmarkmålet, punkt 89). Enligt det andra villkoret ska ”de kriterier på grundval av vilka ersättningen beräknas vara fastställda i förväg på ett objektivt och öppet sätt, på så sätt att det kan undvikas att ersättningen medför att det mottagande företaget gynnas ekonomiskt i förhållande till konkurrerande företag” (domen i det ovan i punkt 188 nämnda Altmarkmålet, punkt 90). Enligt det tredje villkoret får ”ersättningen inte överstiga vad som krävs för att täcka hela eller delar av de kostnader som har uppkommit i samband med skyldigheterna att tillhandahålla allmännyttiga tjänster, med hänsyn tagen till de intäkter som därvid har erhållits och till en rimlig vinst på grund av fullgörandet av dessa skyldigheter” (domen i det ovan i punkt 188 nämnda

Altmarkmålet, punkt 92). Enligt det fjärde villkoret ska ”när det företag som ges ansvaret för att tillhandahålla de allmännyttiga tjänsterna i ett konkret fall inte har valts ut efter ett offentligt upphandlingsförfarande som gör det möjligt att välja den anbudsgivare som kan tillhandahålla dessa tjänster till den lägsta kostnaden för det allmänna, storleken av den nödvändiga ersättningen fastställas på grundval av en undersökning av de kostnader som ett genomsnittligt och välskött företag som är utrustat med transportmedel som är lämpliga för att fullgöra den allmänna trafikplikt som ålagts det skulle ha åsamkats vid fullgörandet av trafikplikten, med hänsyn tagen till de intäkter som därvid skulle ha erhållits och till en rimlig vinst på grund av fullgörandet av trafikplikten” (domen i det ovan i punkt 188 nämnda Altmarkmålet, punkt 93).

190 Kommissionen ansåg inte att det andra villkoret enligt domen i Altmarkmålet, nämligen att de kriterier på grundval av vilka ersättningen beräknas ska vara fastställda i förväg på ett objektivt och öppet sätt, är uppfyllt. Kommissionen anförde som skäl härför att ”ersättningen fastställs i ett medieavtal som gäller för fyra år, och det finns ingen offentligt tillgänglig budget som skapar en förbindelse mellan ersättningen och den utförda tjänsten”. Kommissionen tillade att ”dessutom får TV2 en rad fördelar som inte är tydligt angivna (skattebefrielse, räntefrihet m.m.)” (skäl 71 i det angripna beslutet).

191 Kommissionen fann beträffande det fjärde villkoret enligt domen i Altmarkmålet att ”TV2 inte valts ut som allmännyttigt TV-företag genom något anbudsförfarande, och ingen analys har gjorts för att säkra att ersättningens storlek har fastställts på grundval av en analys av de kostnader som ett genomsnittsföretag som är välskött och tillräckligt utrustat med produktionsmedel för att uppfylla de krav som ställs i offentlig tjänst, skulle ha för att tillhandahålla tjänsterna med hänsyn tagen till de medföljande inkomsterna och till en rimlig vinst vid tillhandahållandet av tjänsterna” (skäl 71 i det angripna beslutet).

192 I det avsnitt i det angripna beslutet som ägnas prövningen av stödets förenlighet med artikel 86.2 EG och i synnerhet prövningen av stödets proportionalitet, medgav kommissionen, som svar på Konungariket Danmarks argument att det kapital som bildats var nödvändigt för att täcka eventuella variationer i storleken på reklamintäkterna (skäl 112, se även skäl 111 första meningen), ”att det kan vara nödvändigt för företag att ha en sådan reserv för att se till att de kan uppfylla sitt public service-uppdrag” (skäl 113).

193 Kommissionen angav emellertid att ”en sådan reserv ska ha skapats för ett bestämt ändamål, och det ska också fastställas en tidpunkt då den konstaterade överkompensationen bör betalas tillbaka”. Kommissionen påpekade att i det föreliggande fallet var det inte fråga om att bygga upp sådana specifika reserver, utan om att ackumulera eget kapital. Kommissionen tillade dock att ”[eget kapital] kan användas till vilket ändamål som helst och behöver inte reserveras till att säkra genomförandet av public service-uppdraget” (skäl 113).

194 Skäl 114 i det angripna beslutet avser ett exempel rörande år 1999, som lagts fram av Konungariket Danmark. Under det året sjönk TV2:s reklamintäkter kraftigt. Kommissionen gjorde härvid gällande att denna nedgång inte ens medförde att TV2 var tvunget att använda sig av det egna kapitalet.

195 I skäl 115 i det angripna beslutet fann kommissionen ”att det överskott som har byggts upp inte har varit nödvändigt för att TV2 ska fungera som det var avsett”. Kommissionen tillade att ”ett ändamålsenligt sätt att skapa en stötdämpare mot eventuella fall i reklaminkomsterna hade för övrigt varit att skapa en klar och tydlig reserv och inte bara låta överskott ackumuleras i företaget”. Kommissionen drog därför slutsatsen att den ”inte [kan] acceptera det första argumentet från de danska myndigheterna” om att överkompensationen i själva verket utgjorde en reserv som var nödvändig för att säkerställa tillhandahållandet av den allmännyttiga tjänsten.

196 Det framgår således av lydelsen i det angripna beslutet att kommissionens uppfattning i huvudsak grundar sig på två påståenden.

197 För det första utgör den överkompensation som konstaterats i TV2 inte en reserv, vilken skapats på ett öppet och genomtänkt sätt och vars specifika syfte är att säkerställa tillhandahållandet av en allmännyttig tjänst med hänsyn till att reklamintäkternas storlek kan variera. Överkompensationen utgjorde i stället endast en okontrollerad ackumulation av kapital.

198 För det andra visar exemplet från år 1999 att TV2 i själva verket aldrig haft behov av att använda sig av reserverna.

199 Förstainstansrätten konstaterar att det inte finns något i det angripna beslutet som styrker det första påståendet.

200 Med undantag för en beskrivning av vissa delar av det sätt på vilket Konungariket Danmark fastställde den del av licensavgiften som skulle tillkomma TV2 åren 1995–2002 (se skäl 22), innehåller det angripna beslutet inte några skäl i vilka det görs en bedömning av sättet för att fastställa det ovannämnda beloppet och de rättsliga och ekonomiska överväganden som låg till grund för fastställandet av beloppet under hela denna period.

201 Förstainstansrätten konstaterar att med hänsyn till såväl den betydelse som dessa omständigheter har för tillämpningen av reglerna om statligt stöd i det föreliggande fallet som till det utrymme för skönsmässig bedömning som kommissionen förfogar över i komplicerade ekonomiska frågor, skulle motiveringen av det angripna beslutet,

i enlighet med den rättspraxis som nämns ovan i punkterna 178 och 179, ha innehållit en precis och utförlig bedömning av de konkreta rättsliga och ekonomiska förhållanden som låg till grund för fastställandet av den del av licensavgiften som tillkom TV2 under den period som granskningen avsåg.

202 Förstainstansrätten anser, i likhet med Konungariket Danmark och TV2 A/S, att den bristande motiveringen av det angripna beslutet i denna del utgör ett åsidosättande av väsentliga formföreskrifter. Det angripna beslutet ska följaktligen ogiltigförklaras i enlighet med den rättspraxis som nämns ovan i punkterna 178–182.

203 Den bristande motiveringen har för övrigt sin förklaring i att kommissionen inte gjorde en omsorgsfull prövning under det formella granskningsförfarandet av de konkreta förhållanden som, under den period som granskningen avsåg, låg till grund för fastställandet av storleken på licensavgiften och fastställandet av den del av denna som tillkom TV2.

204 Kommissionen har, för att bemöta påståendet att den åsidosatt sin motiveringsskyldighet vid förstainstansrätten, anfört ”att de danska myndigheterna, före och under det formella granskningsförfarandet, inkommit med otaliga handlingar och uttömmande uppgifter i ärendet”. Enligt kommissionen ”var det emellertid kännetecknande för de uppgifter som gavs in att de danska myndigheterna sökte rättfärdiga den överkompensation som ackumulerats i TV2 med hjälp av upplysningar och beräkningar i efterhand”. Enligt kommissionen kunde inte Konungariket Danmark ”lägga fram uppgifter från den tid när kapitalet ackumulerades i företaget och vilka eventuellt skulle kunna rättfärdiga ansamlandet av kapital i den utsträckning som konstaterats i fallet TV2”.

205 Kommissionen har upprepat dessa påståenden på flera andra ställen i sina inlagor. Det påstås således att de danska myndigheterna inte vid något tillfälle lagt fram uppgifter eller handlingar om TV2:s behov av kapital vid dess bildande eller under den period som granskningen avsåg, vilka är från tiden före dessa tidpunkter. Kommissionen har dessutom påstått att ”alla uppgifter i frågan grundar sig på överväganden och beräkningar som gjorts i efterhand”.

206 Kommissionen har vidare hänvisat till det förhållandet att Konungariket Danmark inte har lagt fram några uppgifter som gör det möjligt att anta att TV2 hade behov av det aktuella kapitaltillskottet för att motivera att det inte finns någon ekonomisk analys i det angripna beslutet av TV2:s finansieringsbehov under den period som granskningen avsåg.

207 Kommissionen och de intervenienter som intervenerat till stöd för dess yrkanden har emellertid inte bestritt att de ekonomiska analyserna 1995/1999 hade getts in till den. Dessa analyser gjordes för att användas under förfarandet för att bestämma den del av licensavgiften som skulle tillkomma TV2 under en fyraårsperiod (se punkterna 171–174 ovan). Analyserna nämns dessutom i Konungariket Danmarks yttrande av den 24 mars 2003 i anledning av beslutet att inleda förfarandet och de var bilagda detta yttrande.

208 Det förhållandet att kommissionen bortsett från dessa uppgifter i det angripna beslutet, utgör en bekräftelse av att kommissionen inte gjort en omsorgsfull prövning under det formella granskningsförfarandet av de uppgifter om finansieringen av TV2 under perioden 1995–2002 som getts in till den.

209 Förstainstansrätten konstaterar för övrigt att kommissionen i sina inlagor till förstainstansrätten inte har hänvisat till de ekonomiska analyserna 1995/1999, utan till analysen av TV2 A/S:s kapital i samband med dess bildande år 2003 och analysen av kapitaltillskottet till TV2 A/S år 2004. Dessa analyser hade inte gjorts före den aktuella tidpunkten.

210 Kommissionen har således inte vid förstainstansrätten bemött påståendet att den bortsett från de ekonomiska analyserna 1995/1999 under det formella granskningsförfarandet. I stället har kommissionen, genom att oriktigt klandra Konungariket Danmark för att det inte gett inte uppgifter från tiden före den aktuella tidpunkten (se ovan punkt 204), bekräftat att den inte har gjort en omsorgsfull prövning av ärendet.

211 De intervenienter som har intervenerat till stöd för kommissionen har inte bemött detta påstående. Dessa parter har, såsom redan konstaterats, inte bestritt förekomsten av dessa analyser eller att de skulle ha getts in till kommissionen.

212 SBS har gjort gällande att de ekonomiska analyserna 1995/1999 är ”gamla marknadsstudier”. Detta understryker emellertid endast den utsträckning i vilken dessa analyser, vilka är samtida med den period som granskningen avsåg, var relevanta för kommissionens bedömning i tidsmässigt och materiellt hänseende. Förekomsten av och syftet med de ekonomiska analyserna 1995/1999 är ostridiga i målet. Förstainstansrätten konstaterar därför att det i vart fall är så att all kritik av analysernas materiella innehåll saknar verkan och ska avfärdas. I enlighet med den rättspraxis som nämns ovan i punkt 182 ankommer det inte på förstainstansrätten att vid sin legalitetskontroll rätta till den bristande motiveringen i det angripna beslutet genom att ersätta de bedömningar som kommissionen borde ha gjort under det formella granskningsförfarandet med sina egna bedömningar.

213 Kommissionen har inte bemött påståendet att den bortsett från de ekonomiska analyserna 1995/1999. Kommissionen nämner emellertid trots detta att TV2 A/S inte deltagit i det formella granskningsförfarandet. Vad kommissionen anfört innebär emellertid inte något ifrågasättande av rätten för TV2 A/S att i samband med talan göra gällande att prövningsskyldigheten åsidosatts bland annat i förhållande till de ekonomiska analyserna 1995/1999.

214 Om kommissionen genom de ovannämnda uttalandena velat påstå att TV2 A/S i ansökan inte kunde göra gällande att kommissionen underlåtit att pröva bland annat de ekonomiska analyserna 1995/1999, saknar detta påstående verkan och grund av följande skäl.

215 Vad gäller påståendets verkan erinrar förstainstansrätten om att avsaknad av eller bristande motivering innebär ett åsidosättande av väsentliga formföreskrifter i den mening som avses i artikel 230 EG och rör tvingande rätt, varför gemenskapsdomstolen ska pröva detta ex officio (förstainstansrättens dom av den 29 september 2005 i mål T-218/02, Napoli Buzzanca mot kommissionen, REGP 2005, s. I-A-267 och s. II-1221, punkt 55, och av den 22 juni 2005 i mål T-102/03, CIS mot kommissionen, REG 2005, s. II-2357, punkt 46). Förstainstansrätten har, för övrigt i anledning av ett uttryckligt argument från sökandena, konstaterat att det angripna beslutets motivering var bristfällig beträffande de förhållanden under vilka den del av licensavgiften som tillkom TV2 fastställdes under den period som granskningen avsåg. Förstainstansrätten påpekade därefter för fullständighetens skull att den bristande motiveringen var följden av att kommissionen hade åsidosatt sin prövningsskyldighet (se ovan punkterna 202 och 203).

216 Beträffande det förhållandet att det saknas grund för påståendet konstaterar förstainstansrätten att TV2 A/S inte gjort gällande några nya faktiska omständigheter, vilka kommissionen inte kände till under det formella granskningsförfarandet. TV2 A/S har endast klandrat kommissionen för att den inte prövat de uppgifter som getts in under det formella granskningsförfarandet av en part som hävdade att finansieringen av TV2

under den period som granskningen avsåg var nödvändig och proportionerlig för att fullgöra public service-uppdraget (se skälen 111 och 112 i det angripna beslutet). Det råder således inget hinder för TV2 A/S att vid förstainstansrätten göra gällande ett rättsligt argument som grundar sig på att dessa uppgifter inte prövats, även om TV2 A/S inte självt deltog i det formella granskningsförfarandet (se, för ett liknande resonemang, förstainstansrättens dom av den 6 oktober 1999 i mål T-110/97, Kneissl Dachstein mot kommissionen, REG 1999, s. II-2881, punkt 102 och där angiven rättspraxis, och av den 16 september 2004 i mål T-274/01, Valmont mot kommissionen, REG 2004, s. II-3145, punkt 102, samt domen i det ovan i punkt 184 nämnda målet Saxonia Edelmetalle och ZEMAG mot kommissionen, punkt 68, och dom av den 23 november 2006 i mål T-217/02, Ter Lembeek mot kommissionen, REG 2006, s. II-4483, punkterna 84, 85 och 93).

217 Det följer av vad som anförts ovan att kommissionen underlåtit att uppfylla sin prövningsskyldighet genom att inte pröva uppgifter som var direkt relevanta för frågan huruvida de aktuella åtgärderna utgjorde statligt stöd i den mening som avses i artikel 87.1 EG eller inte. Denna underlåtenhet är förklaringen till den bristande motivering som konstaterats ovan i punkt 202.

218 Kommissionen har i sitt första påstående även gjort gällande att storleken på de reserver som bildats inte kontrollerats regelbundet av de danska myndigheterna. Förstainstansrätten konstaterar att det angripna beslutet innehåller uppgifter som undergräver vad kommissionen gjort gällande. Dessutom är det fråga om ett påstående som det inte anförts någonting till stöd för och som uttryckligen bestritts av Konungariket Danmark (se skäl 48 andra meningen i det angripna beslutet).

219 Det framgår av det angripna beslutet att TV2 till och med år 2002 var skyldigt att lägga fram budgetar och årsredovisningar för public service-verksamheten (skäl 96). Under hela den period som granskningen avsåg genomförde Rigsrevisionen såväl förvaltningsrevision som finansiell revision av TV2:s räkenskaper (skäl 97). Den omständig-

heten att Rigsrevisionen inte ”hade någon befogenhet att förhindra en överkompensering”, vilken kommissionen nämnde i samma punkt, saknar betydelse härvidlag när det är fråga om ett kontrollorgan och gör det inte möjligt att dra slutsatsen att de danska myndigheterna inte utövade någon kontroll.

220 Kommissionen kan i vart fall inte grunda sig på en påstådd otillräcklig kontroll för att besluta att hela det belopp som enligt Konungariket Danmark utgör en nödvändig reserv för public service-uppdraget, eftersom det, med hänsyn till de uppgifter som kommissionen hade tillgång till, var fullt möjligt att göra en omsorgsfull prövning av samtliga rättsliga och ekonomiska förhållanden som legat till grund för inrättandet av reserven under den period som granskningen avsåg. Utan en sådan prövning var det inte möjligt att med giltig verkan uttala sig i frågan huruvida hela eller endast en del av reserven var nödvändig för public service-uppdraget.

221 Av samma skäl framstår de hänvisningar som kommissionen gjort till kravet på en specifik reserv (skäl 113 i det angripna beslutet) och till kravet på en tydlig reserv (skäl 115 i det angripna beslutet) som hänvisningar till enbart formella krav vilka inte kan motivera återkravet i det angripna beslutet, med hänsyn till att kommissionen inte gjort någon omsorgsfull prövning av de konkreta förhållanden som låg till grund för fastställandet av den del av licensavgiften som tillkom TV2 under den period som granskningen avsåg.

222 Kommissionens andra påstående (ovan punkt 198) att exemplet från år 1999 visar att TV2 i själva verket aldrig haft behov av att använda sig av reserverna kan mot bakgrund av vad som anförts ovan inte styrka att det föreligger statligt stöd.

223 Det är inte möjligt att av den omständigheten att TV2 aldrig behövde använda sig av reserverna år 1999 dra slutsatsen att dessa ska anses inte stå i proportion till vad som behövs för public service-uppdraget. En reserv som skapats för att möta oväntade händelser är nämligen av sådan beskaffenhet att den inte alltid behöver användas. Den slutsats som kommissionen i efterhand dragit om att det faktum att en reserv inte använts innebär att den inte kan rättfärdigas strider mot kommissionens medgivande att det är möjligt att inrätta och bibehålla en sådan reserv för att säkerställa tillhandahållandet av en allmännyttig tjänst. För att på ett ändamålsenligt sätt avgöra huruvida de reserver som skapats i TV2 är proportionerliga eller inte var kommissionen skyldig att pröva huruvida de överväganden, främst av ekonomiskt slag, som Konungariket Danmark grundade sig på för att fastställa den del av licensavgiften som tillkom TV2 1995–2002 var välgrundade.

224 Det förhållandet att det inte gjorts någon omsorgsfull och utförlig prövning av villkoren för TV2:s finansiering under den period som granskningen avsåg avspeglar sig i kommissionens kategoriska påståenden i skäl 71 i det angripna beslutet.

225 Nämnda skäl 71 innehåller en motivering med avseende på det andra villkoret enligt domen i Altmarkmålet. Hänvisningen i denna motivering till den omständigheten att ”[e]rsättningen fastställs i ett medieavtal som gäller för fyra år” är enbart beskrivande, men tjänar som motivering för påståendet att kriterierna för ersättningen inte fastställts på förhand på ett objektivt och öppet sätt. Denna hänvisning saknar mening. Förstainstansrätten konstaterar nämligen, utan att sätta sig i kommissionens ställe vid utövandet av dess behörighet i fråga om kontroll av statligt stöd, att sättet att fastställa den del av licensavgiften som tillkom TV2 genom avtalen om medierna, enligt de villkor som beskrivs ovan i punkterna 171–174 och som inte har bestritts, i vart fall vid en första anblick kan uppfattas som tecken på objektivitet och öppenhet.

226 Förstainstansrätten konstaterar, utan att det påverkar den mer ingående bedömning som det är kommissionens uppgift att i förekommande fall göra, att påståendena i skäl 71 i det angripna beslutet om att ”det finns ingen offentligt tillgänglig budget som skapar en förbindelse mellan ersättningen och den utförda tjänsten” och om att ”TV2 [får] en rad fördelar som inte är tydligt angivna (skattebefrielse, räntefrihet m.m.)” vid ett första påseende är olämpliga, och till och med oriktiga, med hänsyn till omständigheterna i målet.

227 Det andra villkoret enligt domen i Altmarkmålet innebär inte något formellt krav på att det ska föreligga en offentligt tillgänglig budget som skapar en förbindelse mellan ersättningen och den utförda tjänsten. Det står medlemsstaterna fritt att välja på vilket sätt detta villkor ska iakttas i praktiken. Kommissionens hänvisning till att det inte förelåg någon ”offentligt tillgänglig budget som skapar en förbindelse mellan ersättningen och den utförda tjänsten” framstår som en konstlad motivering, eftersom det ovan i punkterna 171–174 beskrivna sättet att fastställa den del av licensavgiften som tillkommer TV2 i motsats härtill inte blivit föremål för en omsorgsfull prövning i det angripna beslutet, trots att det var just detta som skulle prövas vid tillämpningen av det andra villkoret enligt domen i Altmarkmålet.

228 Förstainstansrätten konstaterar, utan att det påverkar kommissionens behörighet i fråga om statligt stöd, att det inte kan uteslutas att det ovannämnda sättet att fastställa den del av licensavgiften som tillkommer TV2 är objektivt och öppet, eftersom folketinget deltar och det grundar sig på ekonomiska analyser som gjorts av en revisionsbyrå som biträds av en expertkommitté i vilken TV2:s konkurrenter ingår och eftersom de ekonomiska analyserna, liksom TV2:s årsredovisningar, offentliggörs. Det kan därför inte uteslutas att en omsorgsfull prövning av sättet att fastställa den del av licensavgiften som tillkommer TV2, i förekommande fall, leder till slutsatsen att Konungariket Danmark iakttog det andra villkoret enligt domen i Altmarkmålet, även innan domstolen hade slagit fast dessa villkor.

229 Förstainstansrätten konstaterar beträffande påståendet att ”en rad fördelar … inte är tydligt angivna (skattebefrielse, räntefrihet m.m.)” att enligt sökandena beräknades den del av licensavgiften som tillkom TV2 med utgångspunkt i att de andra statliga åtgärderna till förmån för det programföretaget bibehölls. Detta har inte bestritts. Åtminstone vid ett första påseende finns det inte, med hänsyn till sökandenas beskrivning av förfarandet för att fastställa den del av licensavgiften som tillkom TV2, skäl att tro att uppgifter om förekomsten av dessa andra statliga åtgärder och om de belopp som dessa uppgick till, vilka med nödvändighet togs i beaktande i förfarandet för att fastställa licensavgiften, undanhållits.

230 Av det ovan anförda framgår att påståendena i skäl 71 i det angripna beslutet om det andra villkoret enligt domen i Altmarkmålet inte stöds av någon omsorgsfull bedömning i det angripna beslutet av de konkreta rättsliga och ekonomiska förhållanden med hänsyn till vilka den del av licensavgiften som tillkom TV2 fastställdes. De kan därför inte läggas till grund för bedömningen i målet.

231 Motiveringen i skäl 71 sista meningen i det angripna beslutet, avseende det fjärde villkoret enligt domen i Altmarkmålet, är något tvetydig till sin lydelse. Det sägs att ingen analys har gjorts i det förevarande fallet ”för att säkra att ersättningens storlek har fastställts [av Konungariket Danmark] på grundval av en analys [av den medlemsstaten] av de kostnader som ett genomsnittsföretag som är välskött och tillräckligt utrustat med produktionsmedel … skulle ha”. Kommissionen försöker med detta säga att Konungariket Danmark inte iakttagit det fjärde villkoret enligt domen i Altmarkmålet.

232 En sådan motivering innebär endast en direkt upprepning av lydelsen av det fjärde villkoret enligt domen i Altmarkmålet. Den kan endast anses som tillräcklig om det är utrett att Konungariket Danmark inte vidtagit några åtgärder, vars praktiska verkan innebär att det fjärde villkoret enligt domen i Altmarkmålet har iakttagits eller att kommissionen förmått styrka att den medlemstatens bedömning var uppenbart otillräcklig eller uppenbart olämplig för att säkerställa att villkoret har iakttagits. Detta

är emellertid inte visat i det föreliggande fallet. Med hänsyn till det förfarande som Konungariket Danmark infört för att fastställa den del av licensavgiften som tillkom TV2 åren 1995–2002, kan det inte uteslutas att en omsorgsfull prövning – som kommissionen var skyldig att göra – av samtliga förhållanden som legat till grund för fastställandet av den del av licensavgiften som tillkom TV2 under den period som granskningen avsåg skulle ha lett till slutsatsen att Konungariket Danmark säkerställt att det fjärde villkoret enligt domen i Altmarkmålet iakttogs, innan dessa villkor slogs fast av domstolen. Enligt den ostridiga beskrivningen av det förfarande som Konungariket Danmark infört för att fastställa den del av licensavgiften som tillkom TV2 åren 1995–2002 som gjorts ovan i punkterna 171–174, innefattade detta bland annat ekonomiska analyser i vars upprättande TV2:s konkurrenter deltog.

233 Av detta följer att motiveringen i skäl 71 sista meningen i det angripna beslutet med hänsyn till vad som konstaterats ovan i punkt 203 och följande punkter, och som upprepats ovan i punkt 230, endast är formell. Kommissionen har inte under det formella granskningsförfarandet gjort en omsorgsfull prövning av de konkreta förhållanden som låg till grund för Konungariket Danmarks fastställande, under den period som granskningen avsåg, av den del av licensavgiften som tillkom TV2.

234 Med hänsyn till det ovan anförda är det angripna beslutets motivering bristfällig. Den bristfälliga motiveringen har orsakats av kommissionens åsidosättande av dess skyldighet att pröva frågor som var direkt relevanta för att avgöra huruvida det förelåg statligt stöd. Det angripna beslutet ska följaktligen ogiltigförklaras. Därmed saknas anledning att pröva de andra grunderna för talan i målen T-309/04, T-317/04, T-329/04 och T-336/04.

Rättegångskostnader

Rättegångskostnader i målen T-309/04 och T-317/04

235 Enligt artikel 87.2 i rättegångsreglerna ska tappande part förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna, om detta har yrkats. Eftersom kommissionen i huvudsak har tappat målen T-309/04 och T-317/04, ska den förpliktas att ersätta sökandenas rättegångskostnader, i enlighet med deras yrkanden.

236 Enligt artikel 87.5 i rättegångsreglerna ska part som återkallar sin talan förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna, om den andra parten har yrkat detta i sitt yttrande över återkallelsen. Sökandena har återkallat sina ansökningar om interimistiska åtgärder i målen T-309/04 R och T-317/04 R. Kommissionen har emellertid inte yrkat att sökandena ska förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna i dessa mål. Vardera parten ska därför bära sin rättegångskostnad i målen rörande interimistiska åtgärder.

237 UER har intervenerat till stöd för TV2 A/S yrkanden i mål T-309/04. UER har inte framställt något yrkande om rättegångskostnader och ska därför bära sin rättegångskostnad.

238 SBS och Viasat har intervenerat till stöd för kommissionens yrkanden i mål T-309/04. De ska bära sina rättegångskostnader.

Rättegångskostnader i målen T-329/04 och T-336/04

239 Enligt artikel 87.2 i rättegångsreglerna ska tappande part förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna, om detta har yrkats. Enligt artikel 87.3 i rättegångsreglerna får förstainstansrätten besluta att rättegångskostnaderna ska delas eller att vardera parten ska bära sin kostnad om parterna ömsom tappar målet på en eller flera punkter, eller om särskilda omständigheter motiverar det.

240 Viasat och SBS är sökande, men har även intervenerat till stöd för varandra i målen T-329/04 och T-336/04. Deras respektive grund för ogiltigförklaring, vilken avsåg kvalificeringen av TV2:s public service-uppdrag som tjänst av allmänt ekonomiskt intresse, har befunnits inte kunna leda till bifall för talan. Förstainstansrätten har dessutom funnit att det med hänsyn till att det angripna beslutet ogiltigförklarats i målen T-309/04 och T-317/04 inte finns anledning att pröva de övriga grunder för ogiltigförklaring som dessa parter har åberopat.

241 Mot denna bakgrund beslutar förstainstansrätten att Viasat och SBS ska bära sina rättegångskostnader som såväl sökande som intervenienter i målen T-329/04 och T-336/04 samt att de var och en ska bära en tiondel av kommissionens rättegångskostnad i mål T-329/04 och en tiondel av kommissionens rättegångskostnad i mål T-336/04.

242 Viasat ska av samma skäl bära en tiondel av de rättegångskostnader som TV2 A/S, Konungariket Danmark och UER haft i egenskap av intervenienter till stöd för kommissionens yrkanden i mål T-329/04. SBS ska bära en tiondel av de rättegångskostnader som dessa parter haft i egenskap av intervenienter till stöd för kommissionens yrkanden i mål T-336/04.

243 Kommissionen ska bära nio tiondelar av sina rättegångskostnader i målen T-329/04 och T-336/04. TV2 A/S, Konungariket Danmark och UER, vilka intervenerat till stöd för kommissionens yrkanden i målen T-329/04 och T-336/04, ska bära nio tiondelar av sina rättegångskostnader i dessa mål.

Mot denna bakgrund beslutar

FÖRSTAINSTANSRÄTTEN (femte avdelningen)

följande:

1) Målen T-309/04, T-317/04, T-329/04 och T-336/04 förenas vad gäller domen.

2) Kommissionens beslut 2006/217/EG av den 19 maj 2004 om de åtgärder som vidtagits av Danmark till förmån för TV2/Danmark ogiltigförklaras.

3) TV2/Danmark A/S, Konungariket Danmark och kommissionen ska bära sina rättegångskostnader i målen T-309/04 R och T-317/04 R.

4) Kommissionen ska bära sina rättegångskostnader i målen T-309/04 och T-317/04 och ersätta TV2/Danmark A/S:s och Konungariket Danmarks rättegångskostnader i de målen.

5) Union européenne de radio-télévision (UER), SBS TV A/S, SBS Danish Television Ltd och Viasat Broadcasting UK Ltd ska bära sina rättegångskostnader i mål T-309/04.

6) SBS TV, SBS Danish Television och Viasat Broadcasting UK ska bära de rättegångskostnader som de haft i egenskap av parter och intervenienter i målen T-329/04 och T-336/04.

7) Viasat Broadcasting UK ska bära en tiondel av de rättegångskostnader som kommissionen, TV2/Danmark A/S, Konungariket Danmark och UER haft i mål T-329/04.

8) SBS TV och SBS Danish Television ska bära en tiondel av de rättegångskostnader som kommissionen, TV2/Danmark A/S, Konungariket Danmark och UER haft i mål T-336/04.

9) Kommissionen, TV2/Danmark A/S, Konungariket Danmark och UER ska bära nio tiondelar av sina rättegångskostnader i målen T-329/04 och T-336/04.

Vilaras Martins Ribeiro Jürimäe

Avkunnad vid offentligt sammanträde i Luxemburg den 22 oktober 2008.

E. Coulon M. Vilaras

Justitiesekreterare Ordförande

Innehållsförteckning

Tillämpliga bestämmelser . . . . . II - 2942

Den faktiska bakgrunden till tvisterna . . . . . II - 2945

Förfarande . . . . . II - 2950

Målen T-309/04 och T-317/04 . . . . . II - 2950

Mål T-329/04 . . . . . II - 2952

Mål T-336/04 . . . . . II - 2953

Parternas yrkanden . . . . . II - 2955

Rättslig bedömning . . . . . II - 2957

Upptagande till sakprövning av talan i målen T-309/04 och T-317/04 . . . . . II - 2957

Prövning i sak . . . . . II- 2963

Den första grunden i mål T-329/04 och den andra grunden i mål T-336/04 avseende den felaktiga kvalificeringen i det angripna beslutet av TV2:s public service-uppdrag som tjänst av allmänt ekonomiskt intresse . . . . . II - 2965

— Parternas argument . . . . . II - 2965

— Förstainstansrättens bedömning . . . . . II - 2969

Den första grunden i målen T-309/04 och T-317/04: Huruvida rätten till försvar har åsidosatts . . . . . II - 2978

— Parternas argument . . . . . II - 2978

— Förstainstansrättens bedömning . . . . . II - 2980

Den andra grunden i målen T-309/04 och T-317/04 enligt vilken det skett ett åsidosättande av artikel 87.1 EG, eftersom intäkterna från licensavgiften och de reklamintäkter som överförs till TV2 genom TV2-fonden inte utgör statliga medel . . II - 2984

— Parternas argument . . . . . II - 2984

— Förstainstansrättens bedömning . . . . . II - 2987

Det i målen T-309/04 och T-317/04 åberopade argumentet att motiveringen av det angripna beslutet är otillräcklig till följd av att kommissionen har åsidosatt sin prövningsskyldighet . . . . . II - 2991

— Parternas argument . . . . . II - 2991

— Förstainstansrättens bedömning . . . . . II - 2993

Rättegångskostnader . . . . . II - 3011

Rättegångskostnader i målen T-309/04 och T-317/04 . . . . . II - 3011

Rättegångskostnader i målen T-329/04 och T-336/04 . . . . . II - 3012