Rättsfallssamlingen

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT
NILS WAHL
föredraget den 10 november 2016 [1]

Mål C-660/15 P

Viasat Broadcasting UK Ltd
mot

Europeiska kommissionen

”Överklagande — Statligt stöd — Stödåtgärd som genomförts av de danska myndigheterna till förmån för det danska allmännyttiga radio- och tv-företaget TV2/Danmark — Offentlig finansiering som beviljats för att kompensera kostnader som uppkommit vid fullgörandet av public service-skyldigheter — Beslut som förklarar att stödet är förenligt med den inre marknaden — Förhållandet mellan artiklarna 106.2 och 107.1 FEUF”

1. Viasat Broadcasting UK Ltd (nedan kallat Viasat) har i sitt överklagande yrkat att domstolen ska upphäva domen av den 24 september 2015 i mål T-125/12 [2] i vilken tribunalen ogillade dess talan om ogiltigförklaring av beslut 2011/839/EU [3] i den del kommissionen i det beslutet slagit fast att vissa åtgärder som Konungariket Danmark genomfört till förmån för TV2/Danmark var förenliga med den inre marknaden enligt artikel 106.2 FEUF. [4]

1 — Originalspråk: engelska.

2 — Dom av den 24 september 2015, Viasat Broadcasting UK/kommissionen (T-125/12, EU:T:2015:687) (nedan kallad den överklagade domen).

3 — Kommissionens beslut av den 20 april 2011 om de åtgärder som Danmark har genomfört till förmån för TV2/Danmark (C 2/03) (EUT L 340, 2011, s. 1) (nedan kallat det omtvistade beslutet).

4 — Det ska noteras att tribunalen, trots att Viasat yrkade ogiltigförklaring av det omtvistade beslutet (se punkt 30 i den överklagade domen), i den inledande delen av domen omdefinierade saken i målet genom att ange att Viasat yrkade ”*partiell* ogiltigförklaring av det [omtvistade beslutet]” (min kursivering),

2. Detta överklagande rör en viktig fråga om finansiering av public service-skyldigheter sett med utgångspunkt i disciplinen i fråga om statligt stöd. Viasat ifrågasätter förhållandet mellan de villkor som fastställts i den prejudicerande domen i målet Altmark [5] och villkoren enligt artikel 106.2 FEUF. [6] Kärnan i Viasats överklagande är att Europeiska kommissionen borde tillämpa Altmarkvillkoren vid bedömningen av huruvida stöd kan anses vara förenligt enligt artikel 106.2 FEUF. Tribunalen har vid flera tillfällen tillbakavisat den tanken [7] och domstolen har nu fått i uppgift att pröva den för första gången efter meddelandet av dom Altmarkt.

3. Jag anser, av de skäl som kommer att anges, att tribunalen gjorde rätt när den tillbakavisade en sådan tanke. Jag rekommenderar följaktligen att detta överklagande avslås.

I – **Bakgrund till förfarandet**

4. Till följd av ett klagomål som ingavs den 5 april 2000 förpliktade kommissionen i beslut av den 19 maj 2004 Konungariket Danmark att återkräva ett belopp om 628,2 miljoner DKK jämte ränta från det självständiga statliga företaget TV2/Danmark. [8] Det beslutet ogiltigförklarades sedan av tribunalen i oktober 2008. [9]

5. Då följden av det beslutet var att TV2/Danmarks efterträdare (det offentligägda aktiebolaget TV2/Danmark A/S [10]) kom på obestånd underättade Konungariket Danmark i skrivelse av den 23 juli 2004 under mellantiden kommissionen om en planerad rekapitalisering av TV2. Kommissionen fann i beslut av den 6 oktober 2004 att varje inslag av statligt stöd som kunde hänföras till det avsedda kapitaltillskottet till TV2 var förenligt med den inre marknaden enligt vad som nu är artikel 106.2 FEUF. [11] Tribunalen fann i september 2009 att det inte var nödvändigt att pröva talan som i vissa avseenden fördes mot det beslutet. [12]

5 — Dom av den 24 juli 2003, Altmark Trans och Regierungspräsidium Magdeburg, C-280/00, EU:C:2003:415, punkterna 89–93 (nedan kallad dom Altmark och Altmarkvillkoren). Altmarkvillkoren klarlägger när företag som fullgör skyldigheter avseende allmännyttiga tjänster inte gynnas ekonomiskt av den ersättning som de erhåller som vederlag därför och följaktligen inte får en mer fördelaktig konkurrensställning än konkurrerande företag. Dessa villkor är följande: För det första ska det mottagande företaget faktiskt ha ålagts skyldigheter att tillhandahålla allmännyttiga tjänster och dessa skyldigheter ska vara klart definierade. För det andra 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. För det tredje 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. För det fjärde ska storleken på ersättningen fastställas på grundval av en analys av de kostnader som ett genomsnittligt och välskött företag som har försetts med medel för att kunna fullgöra sin skyldighet att tillhandahålla offentliga tjänster skulle ha åsamkats vid fullgörandet av denna skyldighet, med hänsyn tagen till de intäkter som därvid skulle ha erhållits och till en skälig vinst på grund av fullgörandet av skyldigheten. Se, beträffande formuleringen av dessa villkor, bland annat dom av den 8 maj 2013, Libert m.fl. (C-197/11 och C-203/11, EU:C:2013:288, punkterna 87, 89, 91 och 92).

6 — Artikel 106.2 FEUF har följande lydelse: ”Företag som anförtrotts att tillhandahålla tjänster av allmänt ekonomiskt intresse eller som har karaktären av fiskala monopol ska vara underkastade reglerna i fördragen, 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 unionens intressen.”

7 — Se, i synnerhet, dom av den 11 mars 2009, TF1/kommissionen (T-354/05, EU:T:2009:66, punkterna 124–147), dom av den 1 juli 2010, M6/kommissionen (T-568/08 och T-573/08, EU:T:2010:272, punkterna 127–141), dom av den 7 november 2012, CBI/kommissionen (T-137/10, EU:T:2012:584, punkterna 289–301) och dom av den 16 oktober 2013, TF1/kommissionen (T-275/11, ej publicerad, EU:T:2013:535, punkterna 129–145).

8 — 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 publicerad i EUT L 368, 2006, s. 112).

9 — Dom av den 22 oktober 2008, TV2/Danmark m.fl./kommissionen (T-309/04, T-317/04, T-329/04 och T-336/04, EU:T:2008:457).

10 — För att underlätta läsningen kommer jag att använda kortformen ”TV2» i detta förslag vid omnämnandet av det offentliga danska radio- och tv-företaget TV2/Danmark oavsett dess rättsliga form.

11 — Kommissionens beslut K(2004) 3632 slutlig i ärende N 313/2004 om statligt stöd angående ett kapitaltillskott till TV2/DANMARK A/S (publicerat i sammandrag i EUT C 172, 2005, s. 3).

12 — Beslut av den 24 september 2009, SBS TV och SBS Danish Television/kommissionen (T-12/05, ej publicerat, EU:T:2009:357) och beslut av den 24 september 2009, Viasat Broadcasting UK/kommissionen (T-16/05, ej publicerat, EU:T:2009:358).

6. Som en följd av ogiltigförklaringen av det ovan i punkt 4 nämnda beslutet antog kommissionen i april 2011 det omtvistade beslutet efter en omprövning av åtgärderna i fråga och efter att ha inhämtat de berörda parternas synpunkter. Det omtvistade beslutet avser åtgärder som vidtogs till förmån för TV2 mellan 1995 och 2002. Kommissionen beaktade emellertid också i sin bedömning de åtgärder för rekapitalisering som vidtagits 2004 (tillsammans nedan kallade åtgärderna i fråga).

7. I det omtvistade beslutet betecknade kommissionen åtgärderna i fråga som statligt stöd till förmån för TV2 i den mening som avses i artikel 107.1 FEUF. Kommissionen kom därefter fram till att beloppet om 628.2 miljoner DKK var en lämplig kapitalbuffert för TV2. Följaktligen föreskrivs i artikel 1 i det omtvistade beslutet följande:

”De åtgärder som [Konungariket] Danmark har genomfört till förmån för [TV2] 1995–2002 i form av licensmedel och andra åtgärder som diskuteras i detta beslut är förenliga med den inre marknaden enligt artikel 106.2 [FEUF].”

II – **Förfarandet vid tribunalen**

8. Genom en ansökan som inkom den 14 mars 2012 väckte Viasat talan om ogiltigförklaring av det omtvistade beslutet.

9. Till stöd för sin talan om ogiltigförklaring åberopade Viasat två grunder. Den första var att kommissionen gjort sig skyldig till felaktig rättstillämpning när den bedömde förenligheten av åtgärderna i fråga med den inre marknaden enligt artikel 106.2 FEUF utan att ta hänsyn till det andra och det fjärde Altmarkvillkoret. Den andra grunden var att kommissionen åsidosatte artikel 296 FEUF genom att inte i det omtvistade beslutet motivera varför artikel 106.2 FEUF var tillämplig i det fallet trots att det andra och det fjärde Altmarkvillkoret inte var uppfyllt.

10. Efter den offentliga förhandlingen den 15 januari 2015 förklarade tribunalen i den överklagade domen att det saknades anledning att döma i saken till den del talan avsåg ogiltigförklaring av den del av det omtvistade beslutet i vilken kommissionen funnit att de reklamintäkter för åren 1995 och 1996 som förts över till TV2 genom den så kallade TV2-fonden utgjorde statligt stöd (beträffande skälen för detta, se punkt 18 nedan) och ogillade talan i övrigt. Tribunalen beslutade också att Viasat skulle bära sina rättegångskostnader och ersätta kommissionens rättegångskostnader samt att Konungariket Danmark och TV2 skulle bära sina rättegångskostnader.

III – **Förfarandet i domstolen och framställda yrkanden**

11. I sitt överklagande som inkom till domstolen den 8 december 2015 har Viasat yrkat att domstolen ska

— upphäva den överklagade domen,

— ogiltigförklara det omtvistade beslutet, och

— förplikta kommissionen att ersätta Viasats rättegångskostnader både i första instans och i domstolen, eller

i andra hand

— upphäva den överklagade domen,

— återförvisa målet till tribunalen, och

— förordna om att beslutet om rättegångskostnader i första instans och i målet om överklagande ska anstå.

12. I sin svarsskrivelse som inkom den 11 februari 2016 har kommissionen yrkat att överklagandet inte ska tas upp till sakprövning eller att det ska ogillas som ogrundat och verkningslöst samt att Viasat ska förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna i båda instanserna.

13. I sin svarsskrivelse som inkom den 19 februari 2016 har TV2 yrkat att domstolen ska ogilla överklagandet. För det fall domstolen skulle bifalla överklagandet har TV2 alternativt yrkat att domstolen ska ange att verkningarna av den överklagade domen och det omtvistade beslutet ska betraktas som bestående enligt artikel 264 andra stycket FEUF. Slutligen har TV2 yrkat att domstolen ska förplikta Viasat att ersätta TV2:s rättegångskostnader.

14. I sin svarsskrivelse som inkom den 22 februari 2016 har Konungariket Danmark yrkat att domstolen ska ogilla överklagandet.

15. I enlighet med artikel 76.2 i domstolens rättegångsregler hölls inte någon muntlig förhandling.

IV – **Bedömning**

A –*Inledande anmärkningar*

16. Ersättningen för utförande av public service-uppdraget som ålagts TV2 har varit föremål för omfattande processer vid tribunalen.[13] Detta är emellertid första gången som domstolen ställs inför att pröva denna långvariga tvist.

17. Utöver förevarande mål är ytterligare tre mål anhängiga vid domstolen efter överklagande från Viasat, TV2 och kommissionen. Dessa överklaganden avser samtliga ett avgörande som meddelats samma dag som den överklagade domen i vilket tribunalen delvis biföll en talan som förts av TV2 om ogiltigförklaring av det omtvistade beslutet i den del som det beslutet innebar att åtgärderna i fråga utgjorde statligt stöd.[14]

18. I den andra överklagade domen ogiltigförklarade tribunalen, i linje med TV2:s argument, det omtvistade beslutet i den del kommissionen ansåg att de reklamintäkter från åren 1995 och 1996 som betalades ut till TV2 genom fonderna för TV2 utgjorde statligt stöd på grund av att tribunalen funnit att kravet på ”statliga medel” inte var uppfyllt (se punkterna 211–220 i den andra överklagade domen).[15] Tribunalen fann också, med avseende på det andra Altmarkvillkoret, att kommissionen hade gjort sig skyldig till felaktig rättstillämpning när den krävde att kriterierna för beräkning av ersättningen till TV2 skulle vara formulerade på ett sådant sätt att de garanterade ett effektivt fullgörande av TV2:s uppdrag att tillhandahålla en allmännyttig tjänst (se punkt 106 i den andra överklagade domen). Dessa konstateranden utgör kärnan i de mål om överklagande som pågår vid domstolen.

13 — Utöver de avgöranden som nämnts i del I av detta förslag hänvisas också till beslut av den 22 mars 2012, Viasat Broadcasting UK/kommissionen (T-114/09, ej publicerat, EU:T:2012:144) och beslut av den 10 december 2012, Viasat Broadcasting UK/kommissionen (T-210/12, ej publicerat, EU:T:2012:660).

14 — Dom av den 24 september 2015, TV2/Danmark/kommissionen (T-674/11, EU:T:2015:684) (nedan kallad den andra överklagade domen). De överklaganden som för närvarande är anhängiga är i målen TV2/Danmark/kommissionen, C-649/15 P, kommissionen/TV2/Danmark, C-656/15 P och Viasat Broadcasting UK/TV2/Danmark, C-657/15 P.

15 — Det är på grund härav som tribunalen i den överklagade domen fann att det delvis saknades anledning att döma i fråga om Visasats talan om ogiltigförklaring.

19. Om TV2 får framgång med sitt påstående i överklagandet i mål C-649/15 P att tribunalen felaktigt funnit att endast en del av åtgärderna i fråga inte utgjorde statligt stöd kommer det eventuellt inte att finnas någon anledning för domstolen att pröva förevarande överklagande som grundas på förutsättningen att åtgärderna i fråga utgör stöd vid tillämpningen av artikel 107.1 FEUF.

20. Även om så är fallet innehåller detta mål en viktig rättsfråga som inte prövats tidigare av domstolen och som behöver uppmärksammas. Oaktat utgången av dessa andra överklaganden kommer jag att behandla förevarande överklagande i dess nuvarande skick.

21. Viasat har åberopat tre grunder för överklagandet. Viasat har som första grund gjort gällande att tribunalen gjorde sig skyldig till felaktig rättstillämpning när den underkände Viasats påstående att kommissionen i det omtvistade beslutet underlåtit att iaktta sin motiveringsskyldighet enligt artikel 296 FEUF. Som andra grund har Viasatt påstått att tribunalen gjorde sig skyldig till felaktig rättstillämpning när den fann att kommissionen vid bedömningen enligt artikel 106.2 FEUF inte var skyldig att beakta den omständigheten att stöd beviljats TV2 utan iakttagande av grundläggande principer om öppenhet och kostnadseffektivitet. Som tredje grund har Viasat påstått att tribunalen själv gjorde fel när den underlät att noggrant pröva Viasats talan.

22. Jag anser det vara lämpligt att inleda min bedömning med den andra grunden för överklagandet.

B –*Den andra grunden för överklagandet*

1. Parternas argument

23. Viasat har påstått att vissa villkor ska vara uppfyllda för att ett stöd ska kunna vara förenligt enligt artikel 106.2 FEUF. För det första ska medlemsstaten definiera en tjänst av allmänt ekonomiskt intresse (definitionskravet). För det andra ska medlemsstaten ha gett ett visst företag i uppdrag att tillhandahålla denna tjänst (uppdragskravet). För det tredje i) ska tillämpningen av fördragens bestämmelser, inbegripet reglerna om statligt stöd, hindra fullgörandet av de särskilda uppgifter som tilldelats detta företag (hinderkriteriet) och ii) undantag från dessa regler får inte påverka utvecklingen av handeln i en omfattning som strider mot unionens intresse (avvägningskriteriet).

24. Viasat anser att hinderkriteriet alltid ska avse de fördragsbestämmelser från vilka undantag önskas. I detta avseende har Viasat hävdat att definitions- och uppdragskraven och förbudet mot överkompensation som följer av avvägningskriteriet, vilka alla ska vara uppfyllda enligt artikel 106.2 FEUF motsvarar det första och det tredje Altmarkvillkoret. På grundval av detta har Viasat gjort gällande att hinderkriteriet enligt dom Altmark kräver en bedömning av huruvida det skulle hindra fullgörandet av tjänsten av allmänt ekonomiskt intresse att kräva a) att kriterierna för ersättningen ska vara fastställda i förväg på ett öppet och objektivt sätt (i linje med det andra Altmarkvillkoret) och b) att den aktuella tjänsten ska tilldelas genom en offentlig upphandling eller att ersättningen begränsas till vad som krävs för att täcka ett kostnadseffektivt välskött företags kostnader (i linje med det fjärde Altmarkvillkoret). Viasat har påstått att kommissionen underlät att göra detta i det omtvistade beslutet och att tribunalen i sin tur underlät att granska detta i den överklagade domen.

25. Viasat har dessutom gjort gällande att tribunalen gjorde sig skyldig till felaktig rättstillämpning genom att i) grunda sig på domen i målet M6 [16] och andra domar som tribunalen meddelat stöd för att ogilla Viasats talan, ii) konstatera att Viasats resonemang inte håller rent logiskt, eftersom artikel 106.2 FEUF bland annat skulle bli ”tomma ord”, iii) underkänna betydelsen av vissa av kommissionens meddelanden och beslut från 2005 och 2011 som omnämns i punkt 67 i den överklagade domen och iv) konstatera att 2001 års radio- och TV-meddelande [17] hindrade kommissionen från att tillämpa den metod som enligt Viasats uppfattning följer av artikel 106.2 FEUF.

26. Kommissionen har, med stöd av TV2 och Konungariket Danmark, bestritt Viasats påståenden. Kommissionen anser i synnerhet att i den omfattning som Viasat hävdat att 2001 års radio- och TV-meddelande är ogiltigt kommer det argumentet för sent och kan därför inte tas upp till prövning. Konungariket Danmark anför för sin del bland annat att till den del som Viasat kritiserar tribunalen för att vid prövningen av stödåtgärdernas förenlighet i det omtvistade beslutet inte ha kontrollerat huruvida kommissionen förvissat sig om att TV2:s public service-skyldigheter hade blivit föremål för offentlig upphandling enligt principen om öppenhet som härrör från reglerna om fri rörlighet i EUF-fördraget har det resonemanget inte framförts vid tribunalen i första instans och kan därför inte tas upp till prövning.

2. Bedömning

27. Jag anser att det är lämpligt att behandla invändningarna beträffande upptagande till sakprövning, som framförts av kommissionen och Konungariket Danmark, i samband med de argument som invändningarna avser. Jag övergår därför omgående till behandling i sak av den grund för överklagandet somViasat åberopat.

28. Förhållandet mellan artiklarna 106.2 och 107.1 FEUF har förvisso under årens lopp varit ganska oklart. Denna brist på klarhet har varit mest framträdande på området för finansiering av tjänster av allmänt ekonomiskt intresse. I dom Altmark bröt emellertid domstolen i plenum på välkänt sätt ny mark genom antagande av vad som ibland har betecknats som den ”villkorade ersättningsmetoden”. [18]

29. De fyra villkoren som domstolen fastställde i dom Altmark gäller frågan huruvida ett företag erhållit en fördel. De avser således en integrerande del av begreppet stöd enligt artikel 107.1 FEUF. [19] Det har i praktiken noterats att på grund av att villkoren är stränga har de inte uppfyllts i många fall. [20] Den direkta följden härav är att de viktiga bestämmelserna enligt vilka statligt stöd kan godkännas, det vill säga artikel 106.2 och artikel 107.2 och 3 FEUF, fortfarande har en central roll.

30. Dessa överväganden förefaller vara underförstått bekräftade i den överklagade domen. I punkt 63 i den domen fann tribunalen att även om de har en viss likhet besvarar Altmarkvillkoren och villkoren som följer av artikel 106.2 FEUF i grunden olika frågor. Enligt tribunalens uppfattning kommer Altmarkvillkoren före villkoren enligt artikel 106.2 FEUF, vilka rör frågan om förenlighet. På grundval av denna huvudståndpunkt prövade och underkände tribunalen i punkterna 75–99 i den överklagade domen de olika argument som klaganden framfört till stöd för sin teori. Klaganden vill nu att domstolen ska förklara att den teorin är giltig och därmed konstatera att tribunalen gjorde sig skyldig till felaktig rättstillämpning när den underkände klagandens argument.

16 — Dom av den 1 juli 2010, M6/kommissionen (T-568/08 och T-573/08, EU:T:2010:272).

17 — Kommissionens meddelande om tillämpningen av reglerna om statligt stöd på radio och TV i allmänhetens tjänst (EGT C 320, 2001, s. 5).

18 — Se Lynskey, O., The Application of Article 86(2) EC to Measures Which do Not Fulfil the Altmark Criteria; Institutionalising Incoherence in the Legal Framework Governing State Compensation of Public Service Obligations, *World Competition Law and Economic Review*, Kluwer Law International, 2007, Vol. 30, Issue 1, s. 157.

19 — Se, för ett liknande resonemang, dom av den 26 oktober 2016, Orange/kommissionen (C-211/15 P, EU:C:2016:798, punkt 44).

20 — Se, bland annat, Klasse, M., The Impact of Altmark: The European Commission Case Law Responses’ in Szyzyczak, E., and van de Gronden, J.W. (eds.), *Financing Services of General Economic Interest*, TMC Asser Press, The Hague, 2013, s. 36, och Nicolaides, P., The Perennial Altmark Questions, 27 October 2015, tillgänglig på http://www.stateaidhub.eu/blogs/stateaiduncovered/post/3961 (senast besökt den 7 november 2016).

31. Tribunalen gjorde sig emellertid inte skyldig till sådan felaktig rättstillämpning.

32. Till att börja med föreligger en viktig skillnad mellan å ena sidan dom Altmark och villkoren däri och å andra sidan artikel 106.2 FEUF och dess krav. De förra används som nämnts för att avgöra huruvida en fördel har beviljats och avser därför mer allmänt sett begreppet stöd enligt artikel 107.1 FEUF. Denna bedömning föregår bedömningen enligt 106.2 FEUF som gäller frågan huruvida en stödåtgärd kan förklaras vara förenlig. Om Altmarkvillkoren är uppfyllda föreligger inte något stöd i den mening som avses i artikel 107.1 FEUF och följaktligen inte någon anledning att överväga tillämpning av artikel 106.2 FEUF. Denna skillnad har dessutom olika praktiska följder.

33. Om det konstateras att det är fråga om statligt stöd enligt artikel 107.1 FEUF får detta å ena sidan vissa rättsliga följder såsom skyldigheten att underrätta i förväg och förbudet mot genomförande som riktas till medlemsstaterna enligt artikel 108.3 FEUF.[21] Dessa följder förklarar varför ett beslut, som grundas på artikel 107.1 och 3 FEUF som, samtidigt som det klassificerar åtgärden i fråga som statligt stöd förklarar att det är förenligt med den inre marknaden, är en rättsakt som kan angripas enligt artikel 263 FEUF.[22] Dessutom ska de nationella domstolarna säkerställa enskildas rättigheter vid ett åsidosättande av artikel 108.3 FEUF.[23]

34. Prövningen av stödåtgärdernas förenlighet med den inre marknaden omfattas å andra sidan av kommissionens exklusiva behörighet.[24] Denna exklusiva behörighet att godkänna statligt stöd gäller även artikel 106.2 FEUF.[25] Detta betyder att artikel 106.2 FEUF inte är direkt tillämplig vad gäller godkännande av statligt stöd.[26] En annan uppfattning skulle omintetgöra ändamålet med systemet för kontroll i förväg av statligt stöd som kräver att genomförandet av planerat stöd ska skjutas upp till dess att tvivlet beträffande dess förenlighet har skingrats genom kommissionens slutliga beslut.[27]

35. Det följer av det ovanstående att artikel 106.2 FEUF skulle komma att sakna betydelse om det enda sättet att erhålla kommissionens godkännande av en stödåtgärd enligt den bestämmelsen vore om den uppfyllde Altmarkvillkoren.

36. Viasat har för sin del anfört att det delar uppfattningen att artiklarna 106.2 och 107.1 FEUF avser olika frågor men menar att detta inte har någon betydelse för de argument som det framfört i första instans. Det uttalandet är emellertid intetsägande då det inte beaktar de följder som uppstår på grund av denna skillnad.

37. Jag vill först erinra om att betydelsen av dom Altmark är att den underlättar de nationella myndigheternas och kommissionens bedömning av huruvida ersättning som betalas till ett företag för utförande av en public service-skyldighet utgör en ”fördel” i den mening som avses i artikel 107.1 FEUF. I detta avseende försöker dessa villkor besvara den hypotetiska och kontrafaktiska frågan huruvida det berörda företaget skulle ha fått ersättningen i fråga under normala

21 — Se dom av den 21 november 2013, Deutsche Lufthansa, C-284/12 (EU:C:2013:755, punkt 35). Skyldigheten att underrätta i förväg gäller också för åtgärder som omfattas av tillämpningsområdet för artikel 106.2 FEUF, se dom av den 21 oktober 2003, van Calster m.fl. (C-261/01 och C-262/01, EU:C:2003:571, punkt 61 och där anförd rättspraxis).

22 — Se, för ett liknande resonemang, dom av den 8 september 2011, kommissionen/Nederländerna (C-279/08 P, EU:C:2011:551, punkterna 40–42).

23 — Se, för ett liknande resonemang, dom av den 15 september 2016, PGE (C-574/14, EU:C:2016:686, punkterna 31, 33 och 40 och där angiven rättspraxis).

24 — Se, för ett liknande resonemang, dom av den 21 november 2013, Deutsche Lufthansa (C-284/12, EU:C:2013:755, punkt 28 och där angiven rättspraxis).

25 — Se, för ett liknande resonemang, dom av den 15 mars 1994, Banco Exterior de España (C-387/92, EU:C:1994:100, punkt 17).

26 — Beträffande samma uppfattning, se förslag till avgörande av generaladvokaten Léger i målet Altmark Trans och Regierungspräsidium Magdeburg (C-280/00, EU:C:2003:13, punkt 56). Beträffande en annan uppfattning, se förslag till avgörande av generaladvokaten Tizzano i målet Ferring (C-53/00, EU:C:2001:253, punkt 78).

27 — Se, för ett liknande resonemang, dom av den 21 november 2013, Deutsche Lufthansa (C-284/12, EU:C:2013:755, punkt 26).

marknadsförhållanden, det vill säga förhållanden som skulle gälla på en viss marknad i avsaknad av en medlemsstats ingripande. [28] Artikel 106.2 FEUF däremot vilar på tanken att medlemsstaten faktiskt ingriper till förmån för ett företag genom att det anförtros att utföra en tjänst av allmänt ekonomiskt intresse.

38. För det andra är det visserligen sant att domstolen i målet Ferring fann att ersättning till ett public service-företag utgör statligt stöd enligt vad som nu är artikel 107.1 FEUF i den omfattning som fördelen i fråga överstiger merkostnaderna som åsamkas för utförande av public service-skyldigheten och att om detta är fallet kan inte den fördelen under några förhållanden anses vara nödvändig för att göra det möjligt för det företaget att utföra de särskilda uppgifter som det ålagts och kan därför inte omfattas av vad som nu är artikel 106.2 FEUF. [29] Samtidigt som domstolen hänvisade till målet Ferring i dom Altmark utformade den emellertid begreppet ”fördel” för sådan ersättning enligt (nuvarande) artikel 107.1 FEUF i den form som det har för närvarande. Till skillnad från målet Ferring ombads emellertid inte domstolen i målet Altmark att tolka vad som nu är artikel 106.2 FEUF vilket kan förklara varför domstolen inte tog ställning till förhållandet mellan dessa två bestämmelser. [30] Denna tystnad kan dock inte tolkas så att domstolen ansåg att Altmarkvillkoren skulle beaktas vid tillämpningen av artikel 106.2 FEUF, eftersom detta skulle beröva artikel 106.2 FEUF dess verkan. [31] Tvärtemot har domstolen efter dom Altmark fortsatt att tolka artikel 106.2 FEUF på samma sätt som tidigare. [32]

39. För det tredje saknar en tolkning av artikel 106.2 FEUF, enligt vilken det är nödvändigt att bedöma huruvida det skulle hindra utförandet av en tjänst av allmänt ekonomiskt intresse att kräva uppfyllelse av det andra och fjärde Altmarkvillkoret, stöd i den bestämmelsens ordalydelse eller i domstolens rättspraxis.

40. Artikel 106.2 FEUF syftar till att förena medlemsstaternas intresse av att använda vissa företag, i synnerhet inom den offentliga sektorn, som instrument för den ekonomiska politiken eller skattepolitiken (eller för en politik som har ekonomisk eller skattemässig inverkan) med unionens intresse av att i huvudsak konkurrensreglerna iakttas och att enhetligheten på den gemensamma marknaden bevaras. För att fördragens regler inte ska vara tillämpliga på ett företag som har anförtrotts att tillhandahålla tjänster av allmänt ekonomiskt intresse med stöd av artikel 106.2 FEUF, är det tillräckligt att tillämpningen av dessa regler rättsligt eller i praktiken hindrar att de särskilda skyldigheter som åvilar detta företag fullgörs. [33]

28 — För ett liknande resonemang, se beslut av den 5 februari 2015, Grekland/kommissionen (C-296/14 P, ej publicerat, EU:C:2015:72, punkt 34). Fastställande av ”normala marknadsförhållanden” förutsätter en ekonomisk analys, se dom av den 11 juli 1996, SFEI m.fl. (C-39/94, EU:C:1996:285, punkt 61).

29 — Dom av den 22 november 2001, Ferring (C-53/00, EU:C:2001:627, punkterna 32 och 33) (dom Ferring).

30 — Jag vill också påpeka att, samtidigt som en av kommissionens grunder för överklagande i det mål som ledde till domen av den 2 september 2010, kommissionen/Deutsche Post (C-399/08 P, EU:C:2010:481) var åsidosättande av båda (nuvarande) artiklarna 106.2 och 107.1 FEUF, begränsade domstolen sin bedömning till (nuvarande) artikel 107.1 FEUF och tolkade inte (nuvarande) artikel 106.2 FEUF, se i synnerhet punkterna 38–48 i den domen.

31 — Se, i detta avseende, förslag till avgörande av generaladvokaten Léger i målet Altmark Trans och Regierungspräsidium Magdeburg (C-280/00, EU:C:2002:188, punkt 79 och följande punkter).

32 — Se dom av den 15 november 2007, International Mail Spain (C-162/06, EU:C:2007:681, punkterna 34 och 35).

33 — Se, för ett liknande resonemang, dom av den 23 oktober 1997, kommissionen/Frankrike (C-159/94, EU:C:1997:501, punkterna 55, 56 och 59).

41. I detta avseende krävs det inte för tillämpning av artikel 106.2 FEUF att företagets överlevnad hotas. Det räcker att företaget, i avsaknad av de aktuella rättigheterna eller stödåtgärderna, inte skulle kunna fullgöra de särskilda uppgifter som det har tilldelats, såsom dessa preciseras genom dess public service-skyldigheter. I synnerhet är villkoren för tillämpning av artikel 106.2 FEUF uppfyllda om de rättigheter och stödåtgärder som är i fråga måste vidmakthållas för att innehavaren eller mottagaren därav ska kunna fullgöra de uppgifter av allmänt ekonomiskt intresse som denne har tilldelats ”under ekonomiskt godtagbara villkor”.[34]

42. Viasats argument innebär däremot att en plan för ersättning till ett public service-företag, vilken inte uppfyller de kumulativa Altmarkvillkoren och därför har inslag av stöd måste uppfylla exakt samma krav avseende objektivitet, öppenhet och kostnadseffektivitet för att kunna godkännas. Detta skulle opåkallat inskränka begreppet ”under ekonomiskt godtagbara villkor”. Även om artikel 106.2 FEUF, såsom Viasat har hävdat, är en bestämmelse som medger undantag från fördragens regler och därför ska tolkas strikt finns det gränser för hur restriktiv tolkningen kan vara utan att omintetgöra bestämmelsens verkan.[35]

43. Vad gäller området för radio och tv i allmänhetens tjänst förefaller Viasats tolkning av artikel 106.2 FEUF inte alls övertygande. Enligt de tolkningsbestämmelser som bifogats fördraget om upprättandet av Europeiska gemenskapen genom protokollet om systemet för radio och tv i allmänhetens tjänst i medlemsstaterna[36] ska bestämmelserna i vad som nu är EUF-fördraget ”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 [unionen] i en omfattning som kan strida mot det gemensamma intresset, varvid kraven på att utföra uppdraget att verka i allmänhetens tjänst skall beaktas”. Även om det i protokollet hänvisas till avvägningskriteriet hänvisas där inte till hinderkriteriet och än mindre på det sätt som Viasat gjort gällande.

44. Det följer av det ovanstående att en korrekt tillämpning av artikel 106.2 FEUF inte kräver att det andra och det fjärde Altmarkvillkoret beaktas.

45. Inte något av de argument som framförts av Viasat till stöd för dess överklagande kan påverka denna slutsats.

46. För det första vad gäller de av tribunalens domar som kritiserats av Viasat[37] är domstolen inte bunden av denna rättspraxis, inte heller kan domstolen i avsaknad av ett överklagande kontrollera att dessa domar är korrekta. Ett argument som grundas på att ett antal av tribunalens domar rörande tidigare mål om artikel 106.2 FEUF påstås vara inkorrekta är därför irrelevant. Detsamma gäller förslag till avgörande av generaladvokater[38] som Viasat ifrågasätter, de är inte heller bindande för domstolen.[39]

34 — Se, för ett liknande resonemang, dom av den 19 maj 1993, Corbeau (C-320/91, EU:C:1993:198, punkterna 14 och 16), dom av den 23 oktober 1997, kommissionen/Frankrike (C-159/94, EU:C:1997:501, punkterna 59, 95 och 96) och dom av den 15 november 2007, International Mail Spain (C-162/06, EU:C:2007:681, punkterna 34 och 35).

35 — Se, för ett liknande resonemang, dom av den 23 oktober 1997, kommissionen/Frankrike (C-159/94, EU:C:1997:501, punkt 53).

36 — EGT C 340, 1997, s. 109 (Amsterdamprotokollet).

37 — Dom av den 1 juli 2010, M6/kommissionen (T-568/08 och T-573/08, EU:T:2010:272); dom av den 11 mars 2009, TF1/kommissionen (T-354/05, EU:T:2009:66); dom av den 7 november 2012, CBI/kommissionen (T-137/10, EU:T:2012:584) och dom av den 16 oktober 2013, TF1/kommissionen (T-275/11, ej publicerad, EU:T:2013:535).

38 — Förslag till avgörande av generaladvokaten Tesauro i Corbeau (C-320/91, EU:C:1993:52) och förslag av generaladvokat Tizzano i Ferring (C-53/00, EU:C:2001:253). Viasat kritiserar också dom av den 27 februari 1997, FFSA m.fl./kommissionen (T-106/95, EU:T:1997:23), som hänvisar till dessa förslag.

39 — Dom av den 9 juni 2016, Pesce m.fl. (C-78/16 och C-79/16, EU:C:2016:428, punkt 25 och där anförd rättspraxis).

47. För det andra vad gäller Viasats argument att dess ståndpunkt, till skillnad från tribunalens inställning i punkt 91 i den överklagade domen, inte är ologiskt är det tillräckligt att konstatera att den punkten behandlar frågan med utgångspunkt i orden ”för övrigt” vilket anger att det är fråga om ett överflödigt skäl. Härav följer att det argumentet är verkningslöst. Under alla förhållanden motsäger Viasat sig självt när det gör gällande att dess tolkning av artikel 106.2 FEUF inte gör den bestämmelsen till ”tomma ord”. Viasat kan inte påstå att det står kommissionen fritt att från fall till fall underlåta att tillämpa ett av Altmarkvillkoren vid bedömningen av förenlighet och samtidigt hävda att hinderkriteriet enligt artikel 106.2 FEUF kräver, för att motsvara artikel 107.1 FEUF, tillämpning av Altmarkvillkoren, eftersom dessa villkor är kumulativa enligt artikel 107.1 FEUF.

48. För det tredje vad gäller kommissionens meddelanden och beslut från 2005 och 2011 som omnämns i punkt 67 i den överklagade domen håller Viasat med om att dessa meddelanden och beslut inte är tillämpliga, i likhet med vad tribunalen fann i punkt 93 i den överklagade domen. Härav följer att de inte har någon betydelse i förevarande tvist som gäller huruvida det var rätt av tribunalen att konstatera att kommissionen inte behöver beakta det andra och det fjärde Altmarkvillkoret vid bedömningen av en stödåtgärds förenlighet enligt artikel 106.2 FEUF.

49. För det fjärde vad gäller argumentet att tribunalen underlät att beakta betydelsen av 2001 års radio- och tv-meddelande i punkterna 97–99 i den överklagade domen förefaller inte Viasat, till skillnad från vad kommissionen antytt, ifrågasätta giltigheten av det meddelandet. Vad gäller hållbarheten av detta argument visar inte det faktum att det kunde ha varit möjligt för kommissionen att mot bakgrund av senare meddelanden och riktlinjer anta en tolkning som var mer i linje med klagandens sätt att tänka att tribunalen misstog sig när den konstaterade att kommissionen inte var skyldig att göra det.

50. Till sist, vad gäller Viasats argument att det enligt artikel 106.2 FEUF krävs ett konkurrensutsatt anbudsförfarande för tilldelning av en tjänst av allmänt ekonomiskt intresse ska invändningen om rättegångshinder som framställts av Konungariket Danmark, som nämnts ovan i punkt 24, ogillas, eftersom det framgår att Viasat anfört ett väsentligen liknande argument i första instans. Viasats särskilda påstående att avtalet om radio och tv i allmänhetens tjänst som är i fråga i det omtvistade beslutet är av gränsöverskridande intresse framgår emellertid inte av den överklagade domen och Viasat tycks inte ha åberopat denna punkt i första instans. Denna bedömning kräver dessutom en prövning av en faktisk omständighet som inte ankommer på domstolen i ett överklagande. Detta särskilda påstående kan följaktligen inte tas upp till sakprövning.

51. Vad beträffar den rättsfråga som uppkommer i samband med detta argument gjorde sig tribunalen inte skyldig till felaktig rättstillämpning när den i punkt 99 i den överklagade domen anförde att artikel 106.2 FEUF inte kräver ett konkurrensutsatt anbudsförfarande för tilldelning av en tjänst av allmänt ekonomiskt intresse. Som kommissionen anfört medger artikel 106.2 FEUF undantag från ”reglerna i fördragen” vilket innefattar reglerna om fri rörlighet och de allmänna principer som härleds därur i den utsträckning som den institutionen är förvissad om att hinder- och avvägningskriterierna beaktas och kan bli föremål för prövning i unionsdomstolarna. I denna bemärkelse kan inte Amsterdamprotokollet förstås på annat sätt än att det bekräftar principen att medlemsstaterna av allmänintresse direkt får bevilja ett företag särskilda eller exklusiva rättigheter i form av en radio- och tv-koncession.

52. Mot bakgrund av det ovan anförda kan överklagandet inte vinna bifall såvitt avser den andra grunden.

C –*Den första grunden för överklagandet*

53. Genom sin första grund för överklagandet har Viasat gjort gällande att tribunalen gjorde sig skyldig till felaktig rättstillämpning när den underkände den grund för ogiltigförklaring som avsåg att kommissionen i det omtvistade beslutet hade åsidosatt sin motiveringsskyldighet enligt artikel 296 FEUF.

54. I punkt 103 i den överklagade domen underkände tribunalen denna grund för överklagande och anförde att ”den omständigheten att det inte angavs något i beslutet om det andra och det fjärde Altmarkvillkorets betydelse vid bedömningen av de berörda åtgärdernas förenlighet med den inre marknaden inte beror på att kommissionen förde ett oriktigt resonemang eller att det omtvistade beslutet var bristfälligt motiverat. Skälet var att kommissionen gjorde sin bedömning mot en annan bakgrund än den som [Viasat] förespråkat”.

55. Såsom Viasat har medgett skulle det omtvistade beslutet vara bristfälligt motiverat endast om kommissionen hade varit skyldig att tillämpa ett underlag för bedömningen som enligt Viasat följer av artikel 106.2 FEUF.

56. Tribunalen gjorde sig emellertid inte skyldig till felaktig rättstillämpning när den fann att kommissionen inte hade någon sådan skyldighet, inte heller misstog den sig när den ansåg att det omtvistade beslutet var tillräckligt motiverat. Överklagandet kan därför inte bifallas på denna grund.

D –*Den tredje grunden för överklagandet*

57. I den avslutande delen av sitt överklagande har Viasat i förbigående påstått att ”tribunalen gjorde sig skyldig till felaktig rättstillämpning när den underlät att pröva Viasats talan enligt [erforderlig] standard” och att ”i förevarande fall lever inte tribunalens prövning av Viasats talan upp till den standard som framgår av … rättspraxis”.

58. Om det för diskussionens skull antas att denna grund för överklagandet riktas mot samtliga punkter i den överklagade domen håller jag med kommissionen om att den i vart fall inte är tillräckligt utvecklad för att de andra parterna ska kunna bemöta den eller för att domstolen ska kunna pröva den. Följaktligen kan den inte tas upp till prövning. [40]

E –*Slutsats*

59. Enligt min uppfattning följer det av allt det ovanstående att inte någon av Viasats grunder för överklagande kan leda till framgång. Under dessa omständigheter bör överklagandet ogillas i sin helhet.

V – **Rättegångskostnader**

60. Enligt artikel 184.2 i rättegångsreglerna ska domstolen, när överklagandet ogillas, besluta om rättegångskostnaderna. Enligt artikel 138.1 i rättegångsreglerna, som enligt artikel 184.1 är tillämplig på mål om överklagande, ska tappande part förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna, om detta har yrkats av den vinnande parten. Eftersom kommissionen och TV2 har yrkat ersättning för

40 — Se, för ett liknande resonemang, beslut av den 4 februari 2014, beslut av den 6 februari 2014, Thesing och Bloomberg Finance/ECB (C-28/13 P, EU:C:2014:230, punkt 25 och där angiven rättspraxis).

rättegångskostnader och Viasat har tappat målet ska Viasat bära sina egna rättegångskostnader och förpliktas att ersätta kommissionens och TV2:s rättegångskostnader. Dessutom följer det av artikel 140.1 i rättegångsreglerna, som enligt artikel 184.1 däri ska tillämpas i mål om överklagande, att Konungariket Danmark ska bära sina rättegångskostnader.

VI – **Förslag till avgörande**

61. Av dessa skäl föreslår jag att domstolen ska

— ogilla överklagandet

— förordna att Viasat Broadcasting UK Ltd ska bära sina egna rättegångskostnader och ersätta Europeiska kommissionens och TV2/Danmark A/S:s rättegångskostnader

— förordna att Konungariket Danmark ska bära sina rättegångskostnader.