



ØSTRE LANDSRET
KENDELSE
 afsagt den 29. maj 2019

Sag BS-1/2006-OLR (tidligere B-717-06)
 (10. afdeling)

Viasat Broadcasting UK Ltd.
 (advokat Peter Stig Jakobsen og advokat Michael Honoré)

mod

TV 2/DANMARK A/S
 (advokat Olaf Koktvedgaard)

og

Kongeriget Danmark v/ Kulturministeriet
 (advokat Rass Holdgaard)

Indført i Domstolens register	
under nr	1118297
Luxembourg, den	13. 06. 2019
	Justitssekretæren e.b.
Fax / E-mail:	
Indgået den:	6.6.19
	Cecilia Strömholm Fuldmægtig

Landsdommerne Malou Kragh Halling, Niels Fenger og Kim Holst har behandlet sagen.

Østre Landsret har i henhold til Traktaten om Den Europæiske Unions Funktionsmåde (herefter TEUF) artikel 267, stk. 2, og efter forudgående drøftelse med parterne, besluttet at anmode EU-Domstolen om en præjudiciel afgørelse. Anmodningen vedrører indholdet og rækkevidden af medlemsstaternes forpligtelse til at pålægge en støttemodtager at betale såkaldte ulovlighedsrenter som beskrevet i bl.a. sag C-199/06, CELF, ECLI:EU:C:2008:79, og sag C-384/07, Wienstrom, ECLI:EU:C:2008:747.

CURIA GREFFE Luxembourg	
Entrée	07. 06. 2019

1. SAGENS OMSTÆNDIGHEDER OG NATIONALRETLIGE KONTEKST

1.1 Hovedsagens sagens parter og tvistepunkter

Sagsøgeren i hovedsagen er det kommercielle tv-selskab Viasat UK Broadcasting Ltd. (herefter "Viasat"). Viasat har sendt tv-kanaler til Danmark siden lanceringen af tv-kanalen TV3 den 31. december 1987. Den 15. april 1996 lancerede Viasat tv-kanalen TV3+ i Danmark. Viasats tv-kanaler sendes fra Storbritannien og er finansieret ved tv-reklameindtægter og abonnementsbetaling.

De to sagsøgte er henholdsvis den danske stat (repræsenteret ved Kulturministeriet) og det statsejede public service-tv-selskab TV 2/DANMARK A/S (herefter "TV 2"). Dette aktieselskab blev oprettet pr. 1. juli 2004.

TV 2 blev oprindeligt etableret i 1986 som en selvejende institution, der i et nærmere bestemt omfang var underlagt kontrol fra statens side efter de herom fastsatte regler i lov om radio- og fjernsynsvirksomhed. TV 2 påbegyndte sin sendevirksomhed i 1988 med lanceringen af den landsdækkende tv-kanal TV 2. TV 2 har siden oprettelsen været pålagt public service-forpligtigelser.

Viasat og TV 2 er konkurrenter på det danske marked for landsdækkende distribution af tv-kanaler.

Viasat har under sagen nedlagt påstand om, at TV 2 skal betale såkaldte ulovlighedsrenter på i alt 1.746.300.000 kr. af den statsstøtte i form af public service-kompensation, som TV 2 har modtaget i perioden 1995-2003. TV 2 og den danske stat har påstået frifindelse og fremsat en række indsigelser imod eksistensen og størrelsen af et ulovlighedsrentekrav.

Herudover har Viasat rejst et krav mod den danske stat om erstatning for det tab, som Viasat mener at have lidt som følge af, at TV 2 blev tildelt ulovlig statsstøtte i strid med stand still-forpligtelsen i TEUF artikel 108, stk. 3. Kravet rejses i medfør af det unionsretlige princip om medlemsstaternes erstatningsansvar for tilstrækkeligt kvalificerede overtrædelser af EU-reglerne, jf. forenede sager C-46/93 og C-48/93, Brasserie du pêcheur, ECLI:EU:C:1996:79. Østre Landsret har ved kendelse af d.d. besluttet ikke at forelægge præjudicielle spørgsmål om den nærmere forståelse af EU-rettens principper herom, fordi landsretten har fundet bl.a., at den i så henseende har fornøden vejledning i EU-Domstolens eksisterende retspraksis til at pådømme dette krav.

Endelig har Viasat tillige rejst krav mod TV 2 for overtrædelse af bl.a. TEUF artikel 102 i forbindelse med TV 2's prisfastsættelse af salg af reklamer. Heller ikke denne del af sagen er omfattet af nærværende præjudicielle forelæggelse.

1.2 TV 2's finansieringsordning i perioden 1995-2004

Det danske retsgrundlag for finansieringsforanstaltningerne til fordel for TV 2 var i de for sagen relevante år reguleret i en række forskellige affattelser af lov om radio- og fjernsynsvirksomhed, der tillige er nærmere beskrevet i afsnit II i Kommissionens afgørelse af 20. april 2011 (2011/839/EU) (herefter "2011-afgørelsen"). Af særlig betydning for de rejste præjudicielle spørgsmål er følgende:

TV 2's etablering og indledende drift blev finansieret med et etableringslån på 510,8 mio. kr. uden indskud af kapital. TV 2, der således fra sin opstart var tyndt kapitaliseret, finansierede den løbende drift med licensmidler samt med indtægter fra salg af selskabets tv-reklametid.

Indtil 1997 blev salget af TV 2's tv-reklametid varetaget af et selvstændigt stats-ejet aktieselskab, TV2 Reklame A/S, der havde til formål på forretningsmæssigt grundlag at sælge reklameindslag i TV 2.

For så vidt angår perioden 1995-96 var finansieringen af TV 2 reguleret således, at TV 2's andel af licensafgifterne indgik i en særlig fond, der blev benævnt TV 2-fonden. I fonden indgik desuden overskud fra TV 2 Reklame A/S fremkommet ved selskabets nævnte salg af reklamer i TV 2. Kulturministeren fastsatte for et eller flere år ad gangen – med tilslutning fra det danske folketings finansudvalg – "den andel af TV2 Reklame A/S' overskud, som skal indbetales til TV 2-fonden", jf. i det hele § 29 i den dagældende radio- og fjernsynslov.

Efter samme lovs § 30 blev "TV 2's samlede virksomhed" (altså både den landsdækkende og den regionale virksomhed, jf. nærmere nedenfor i punkt 1.3) finansieret "ved beløb, der overføres fra TV 2-fonden i overensstemmelse med de af kulturministeren fastsatte rammebudgetter". Hertil kom indtægter ved salg af programmer og andre ydelser. Herudover indeholdt lovens § 33 en bestemmelse om, at "den del af TV2 Reklame A/S's akkumulerede overskud, der ikke overføres til TV 2-fonden, kan af kulturministeren med tilslutning fra Folketingets finansudvalg anvendes til tilbagebetaling af tidligere udløst statsgaranti eller til kulturelle formål."

Der er mellem parterne i hovedsagen uenighed om, hvorvidt TV2 Reklame A/S' overskud alene kunne anvendes til at dække TV 2's finansieringsbehov, og om TV2 havde et retskrav på de pågældende indtægter. Landsretten bemærker herom, at det – som også bemærket i pkt. 81-88 i Kommissionens 2011-afgørelse – udtrykkeligt fremgik af radio- og fjernsynslovens dagældende regler, at kulturministeren kunne træffe afgørelse om, at dele af TV2 Reklame A/S' overskud ikke skulle overføres til TV2-fonden. På tilsvarende måde fremgik det af lovbetragtningerne, at kulturministeren med Finansudvalgets tilslutning kunne "beslutte, hvor stor en del af overskuddet fra reklamevirksomheden, der skal over-

føres til TV 2-fonden". Det var således tale om en finansiering via budgetrammer og ikke gennem retskrav på reklameindtægterne.

Den faktiske realitet var imidlertid, at det fulde overskud fra TV2 Reklame A/S i både 1995 og 1996 blev overført til TV 2-fonden. Endvidere blev der i de samme to år fra TV2-fonden overført et samlet beløb bestående af såvel licensmidler som reklamemidler til TV 2, som dog ikke helt omfattede alle de reklameindtægter, der var blevet overført til TV 2-fonden fra TV 2 Reklame A/S. Dette svarede til den forventning, der var blevet givet udtryk for i forbindelse med lovreglernes vedtagelse, hvor det var blevet tilkendegivet, at man på baggrund af det da foreliggende skøn over udgiftsniveau og mulige indtægter antog, at indtægterne fra reklamerne indtil videre fuldt ud ville medgå til opbygning af TV 2 virksomheden til det ønskede niveau.

Den beskrevne ordning med at kanalisere TV 2's reklameindtægter igennem TV2 Reklame A/S og TV 2-fonden skyldtes ifølge forarbejderne til radio- og fjernsynsloven et politisk ønske om at beskytte TV 2's redaktionelle uafhængighed. TV2 Reklame A/S havde ikke andre aktiviteter end at varetage salget af TV 2's reklametid til annoncører.

TV2 Reklame A/S og TV 2-fonden blev nedlagt per 1. januar 1997. TV 2 overtog herefter selv aktiviteten med salg af selskabets reklametid og modtog således reklameindtægterne direkte. Endvidere modtog TV 2 nu licensmidler direkte fra den anden danske offentlige public service-kanal DR (der varetog opgaven med opkrævning). Ved nedlæggelsen af TV 2-fonden blev fondens formue overført til TV 2.

TV 2 modtog herudover i perioden 1995-2002 en række fordele fra staten relateret til (i) en selskabsskattefritagelse, (ii) rente- og afdragsfrihed for selskabets etableringslån, (iii) statsgaranti for driftslån indtil slutningen af 1996 og (iv) betaling af en for lav sendefrekvensafgift. Disse fordele blev alle kvalificeret som værende statsstøtte. Endvidere var alle ejere af fællesantenneanlæg forpligtet til at sende TV 2's programmer i deres anlæg (must-carry). Der henvises til punkt 44-50 i Kommissionens 2011-beslutning.

TV 2 ophørte med at modtage licensbetaling per 1. juli 2004, hvor den selvejende institution blev omdannet til det nuværende aktieselskab; TV 2/DANMARK A/S.

TV 2 var afskåret fra at opkræve abonnementsbetaling. TV 2 var endvidere afskåret fra sædvanlig ekstern lånefinansiering og havde alene mulighed for at optage investeringslån på op til 4 % af indtægterne opgjort på grundlag af det seneste regnskab samt almindelige driftskreditter.

TV 2 havde fra begyndelsen økonomiske vanskeligheder, der ifølge en rigsrevisionsrapport fra 1995 i det væsentligste kunne henføres til TV 2's tynde kapitalisering. På baggrund af Rigsrevisionens anbefaling besluttede den danske stat, at TV 2 skulle oparbejde den nødvendige egenkapital via løbende overskud. I perioden 1995-2002 gik TV 2 fra en negativ egenkapital på 97,8 mio. kr. til en positiv egenkapital på 550,5 mio. kr. (inklusive hensættelser og bundne midler). Ved udgangen af 2004 udgjorde TV 2's egenkapital ca. 652 mio. kr.

1.3 TV 2's public service-forpligtelser og forholdet til TV 2-regionerne

Den selvejende institution TV 2 indeholdt ved oprettelsen kun en landsdækkende virksomhed. Efterfølgende blev der oprettet en række "regionale virksomheder" (herefter "regionerne"). TV 2-virksomheden bestod i den omhandlede periode således af ni selvstændige offentlige virksomheder: Dels af den landsdækkende virksomhed, dels af otte regionale virksomheder, der havde hver deres selvstændige repræsentantskab, bestyrelse, programråd, direktion samt budget- og programansvar.

TV 2 var i perioden 1995-2004 ifølge radio- og fjernsynsloven underlagt en forpligtelse til at tilvejebringe og sprede landsdækkende og regionale fjernsynsprogrammer. Ved programlægningen skulle der lægges afgørende vægt på kvalitet, alsidighed og mangfoldighed. Regionerne skulle ved deres programlægning endvidere lægge vægt på tilknytningen til regionen. Den landsdækkende virksomhed og regionerne skulle sende deres programmer på det samme sendenet. De delte således sendetiden imellem sig forstået på den måde, at den langt overvejende del af sendetiden var forbeholdt den landsdækkende virksomhed, mens der var – typisk daglige – "vinduer" af kortere varighed i sendetiden, hvor regionerne på samme tid, men altså regionalt afgrænset, sendte hver deres program/programmer.

Efter lovbemærkningerne til radio- og fjernsynsloven fik de regionale virksomheder ved deres godkendelse "ret og pligt til, som led i TV-2 virksomheden og inden for de fastsatte budgetrammer, at præstere en nærmere bestemt programvirksomhed til udsendelse regionalt, og til at tilbyde udsendelser til landsprogrammet". Det fremgik endvidere af lovbemærkningerne, at når en regional virksomhed havde fået tildelt sendetid og en økonomisk ramme, var den regionale bestyrelse eneansvarlig herfor. Det blev også bestemt, at direktionen for den landsdækkende TV-2 virksomhed og direktørerne for regionerne hver havde det daglige programansvar henholdsvis for den landsdækkende virksomhed og for regionerne.

Den selvejende institution TV 2 oppebar de reklameindtægter, som blev genereret i forbindelse med visning af de regionale udsendelser. Således blev der vist reklamer både før og efter de regionale udsendelser, og indtægten fra dette reklamesalg tilfaldt TV 2. Det fremgik endvidere af den bekendtgørelse om "ved-

tægt for TV 2", der blev udstedt af ministeren med hjemmel i loven om radio- og fjernsynsvirksomhed, at regionerne kunne tilbyde egenproduktioner m.v. til den landsdækkende TV 2-virksomhed. Efter bekendtgørelsen foregik køb og salg mellem den landsdækkende virksomhed og de regionale virksomheder som udgangspunkt på konkurrencemæssige vilkår.

Regionerne havde ikke egne sendetilladelser og egne public service-kontrakter med staten før 2003. Regionerne havde heller ikke egne vedtægter, og de skulle ikke indsende public service-beretning til ministeren, idet det påhvilede TV 2 at fremlægge et public service-regnskab, som belyste, hvordan den samlede public service-forpligtelse blev opfyldt. Også dette blev ændret i 2003. Endvidere havde regionerne ingen forbindelse til ministeren fsva. regnskabsaflæggelse mv., idet regionerne alene skulle indsende regnskab til TV 2. Dette blev ændret for perioden 1997-2002, jf. 1997-vedtægtens § 38, stk. 2.

Som anført ovenfor i punkt 1.2 videreformidlede den statslige fond, TV 2-fonden, indtil 1997 licensmidler til TV 2. Som ligeledes anført blev TV 2-fonden nedlagt i 1997. Herefter blev TV 2's samlede virksomhed som anført finansieret gennem TV 2's andel af licensmidler, gennem indtægter ved reklamering i TV 2 samt gennem indtægter ved salg af programmer og andre ydelser og tilskud m.v. Endvidere blev TV 2 underlagt en offentligretlig forpligtelse til at overføre et årligt mindstebeløb til regionerne. Det var TV 2's centrale bestyrelse, der for hvert finansår fastsatte "budgettet for den landsdækkende virksomhed, herunder tildeling af midler til hver enkelt af TV 2's regionale virksomheder", jf. lovens § 24, stk. 1. De midler, der blev tildelt, skulle tages fra TV 2's samlede indtægter, og det var således ikke påkrævet, at beløbet skulle hidrøre fra netop de licensmidler, som TV 2 oppebar. TV 2 tildelte i perioden 1997-2002 i alt ca. 2 mia. kr. til regionerne.

Landsretten finder det ikke rammende at karakterisere denne tildeling af midler til regionerne for "et ... vederlag" til regionerne for udsendelse af programmer i de regionale vinduer, således som Retten gjorde det i præmis 171 i sag T-674/11, TV 2/DANMARK A/S mod Kommissionen, ECLI:EU:T:2015:684. Realiteten var, at TV 2 i perioden 1997-2002 fik tildelt den andel af licensmidlerne, som regionerne hidtil havde fået fra TV 2-fonden, og at opgaven med at tildele midler til regionerne derefter påhvilede TV 2, idet TV 2 skulle tildele et beløb til regionerne, der efter forarbejderne til lovændringen som minimum skulle svare til det beløb, som regionerne hidtil havde fået overført fra TV 2-fonden (i 1996 275 mio. kr.).

Da den landsdækkende TV 2 virksomhed blev omdannet til et aktieselskab med virkning per 1. juli 2004, ophørte TV 2's forpligtelse til årligt at tildele midler til regionerne. Samtidig blev tildelingen af midler til TV 2 ændret, således at der blev taget højde for, at denne forpligtelse nu ikke længere påhvilede TV 2. TV 2

fik således overført 151,1 mio. kr. i licens i 2003 mod de 556,2 mio. kr., som TV 2 samlet set fik overført i licensmidler i 2002. Regionerne har i stedet siden 2004 modtaget en andel af licensmidlerne direkte fra den anden danske offentlige public-service-kanal DR (der varetager opgaven med opkrævning af licens).

1.4 EU-sagerne om TV 2's finansieringsordning i 1995-2002

Ved afgørelse af 19. maj 2004 om Danmarks foranstaltninger til fordel for TV2/-Danmark, NN 22/2002 (herefter "2004-afgørelsen") fastslog Kommissionen, at den støtte, der i årene fra 1995 til 2002 var ydet til TV 2 i form af licensmidler og andre foranstaltninger, udgjorde anmeldelsespligtig statsstøtte til TV 2. Kommissionen fastslog samtidig, at foranstaltningerne var forenelige med fællesmarkedet i henhold til dagældende TEF artikel 86, stk. 2, med undtagelse af et beløb på 628,2 mio. kr., som Kommissionen klassificerede som overkompensation, og som dermed skulle tilbagesøges fra TV 2.

Kommissionens beslutning blev indbragt for Retten af TV 2 og de danske myndigheder samt af Viasat og Discovery Networks Danmark (tidligere SBS Broadcasting SA/TvDanmark).

I overensstemmelse med afgørelsen tilbagebetalte TV 2 den 29. november 2004 de 628,2 mio. kr. inklusive renter samt et tilsvarende beløb for 2003, som de danske myndigheder på eget initiativ tilbagesøgte (opgjort efter samme metode som i 2004-afgørelsen) inklusive renter, i alt 1.073 mio. kr.

Da en sådan tilbagebetaling ville have gjort TV 2 insolvent, godkendte Kommissionen ved afgørelse af 6. oktober 2004 i statsstøttesag nr. N 313/2004 om rekapitalisering af TV2/DANMARK A/S (herefter "rekapitaliseringsafgørelsen"), at den danske regering rekapitaliserede TV 2 ved at forhøje TV 2's kapital med ca. 440 mio. kr. og ved at konvertere et statslån på ca. 394 mio. kr. til egenkapital.

2004-afgørelsen blev annulleret af Retten ved dom af 22. oktober 2008 i forenede sager T-309/04, T-317/04, T-329/04 og T-336/04, TV2/DANMARK A/S m.fl. mod Kommissionen, ECLI:EU:T:2008:457. Kommissionens nye afgørelse i sagen blev truffet den 20. april 2011(2011/839/EU) ("2011-afgørelsen").

Kommissionen fastholdt i 2011-afgørelsen, at TV 2's finansieringsordning i perioden 1995-2002 udgjorde anmeldelsespligtig statsstøtte til TV 2. I den forbindelse blev bl.a. de licensmidler, som TV 2 overførte til regionerne i perioden 1997-2002 (ca. 2 mia. kr.), og TV 2's reklameindtægter fra 1995 og 1996, der var blevet overført til TV 2 fra TV2 Reklame A/S via TV 2-fonden (ca. 1,5 mia. kr.), klassificeret som støtte efter TEUF artikel 107, stk. 1. Kommissionen lagde i den forbindelse til grund, at samtlige de indtægter, TV 2 fik overført fra TV 2-fonden i 1995-1997, udgjorde statsstøtte til TV 2. Kommissionen godkendte imid-

lertid samtidig den samlede støtte til TV 2 som forenelig public service-kompensation i medfør af TEUF artikel 106, stk. 2.

2011-afgørelsen blev indbragt for Retten af TV 2 og Viasat (sag T-674/11 og T-125/12). Den er nu endeligt stadfæstet af EU-Domstolen ved domme i sagerne C-649/15 P, TV2/DANMARK A/S mod Kommissionen, C-656/15 P, Kommissionen mod TV2/DANMARK, C-657/15 P, Viasat Broadcasting UK mod TV2/-DANMARK A/S og C-660/15 P, Viasat Broadcasting UK mod Kommissionen. Sagsforløbet er nærmere beskrevet i EU-Domstolens domme, se navnlig sag C-649/15 P og sag C-660/15 P. EU-Domstolen bekræftede bl.a., at TV 2 Reklame A/S og TV 2-fonden var offentlige virksomheder, der var kontrollerede af den danske stat, at deres midler stod til rådighed for staten, og at der derfor var tale om en fordel finansieret ved statsmidler.

1.5 Andre statsstøttesager vedrørende TV 2

Parallelt med statsstøttesagen vedrørende TV 2's finansieringsforanstaltninger i perioden 1995-2002 verserede der tre andre statsstøttesager vedrørende TV 2: Rekapitaliseringssagen, redningsstøttesagen og omstruktureringssagen.

Rekapitaliseringssagen er allerede kort omtalt under pkt. 1.4 ovenfor. Den udsprang af den tilbagebetaling af støtte, som TV 2 foretog som konsekvens af 2004-afgørelsen, og vedrørte den danske stats rekapitalisering af TV 2 i form af en kapitalforhøjelse og en konvertering af et statslån til egenkapital. Kommissionen godkendte i rekapitaliseringsafgørelsen fra 2004 rekapitaliseringen af TV 2 under den daværende TEF artikel 86, stk. 2, som nødvendig for at genskabe den kapital, som TV 2 havde behov for til at kunne opfylde sine public service-forpligtigelser.

Viasat og Discovery Networks Danmark (dengang SBS Broadcasting) indbragte rekapitaliseringsafgørelsen for Retten, der i sagerne T-12/05 og T-16/05 fandt, at det var uforholdsmæssigt at træffe afgørelse, fordi rekapitaliseringsforanstaltningerne var snævert forbundne med 2004-afgørelsen og dermed måtte vurderes samlet af Kommissionen i forbindelse med den fornyede undersøgelse af TV 2's finansieringsordning i 1995-2002. Kommissionens undersøgelser af rekapitaliseringsforanstaltningerne blev således foretaget sideløbende med dens undersøgelser til brug for 2011-afgørelsen, jf. 2011-afgørelsens pkt. 22, og betydningen af disse foranstaltninger er inddraget i 2011-afgørelsens konklusion (afgørelsens afsnit V).

Redningsstøttesagen udsprang af, at TV 2 kom i likviditetsmæssige vanskeligheder i 2008. Vanskelighederne skyldtes en kombination af flere faktorer i 2007-2008, herunder manglende lånemuligheder hos TV 2's sædvanlige bankforbindelser, bl.a. begrundet i usikkerheden forbundet med de verserende statsstøttesager vedrørende TV 2's finansieringsordning i 1995-2002. Staten besluttede på

den baggrund at yde TV 2 redningsstøtte i form af en kreditfacilitet med et loft på 1 mia. kr., som blev godkendt som redningsstøtte af Kommissionen ved afgørelse af 4. august 2008 i sag N 287/2008 (herefter "redningsstøtteafgørelsen"). Viasat indbragte redningsstøtteafgørelsen for Retten, men hævdede senere sagen, der blev fjernet fra Rettens sagsregister ved kendelse i sag T-114/09.

Omstruktureringsagen vedrørte den omstruktureringsplan, som de danske myndigheder notificerede til Kommissionen den 4. februar 2009 som opfølgning på redningsstøtteafgørelsen. TV 2 tilbagebetalte den 4. oktober 2010 det træk på 223 mio. kr., som selskabet havde foretaget på redningsstøttekreditfaciliteten. Ved afgørelse af 20. april 2011 i sag N 64/09 godkendte Kommissionen under visse betingelser omstruktureringsplanen, herunder muligheden for at TV 2 kunne indføre brugerbetaling (herefter "omstruktureringsafgørelsen"). Viasat indbragte omstruktureringsafgørelsen for Retten, men hævdede senere sagen, der blev fjernet fra Rettens sagsregister ved kendelse i sag T-210/12.

1.6 Den nationale sag om TV 2's finansieringsordning i perioden 1995-2004

Nærværende sag for Østre Landsret blev anlagt af Viasat ved stævning af 28. februar 2006. Ved processkrift af 30. december 2011 nedlagde Viasat påstand om, at TV 2 skulle betale ulovlighedsrenter af den ikke-anmeldte statsstøtte. Behandlingen af Viasats ulovlighedsrentepåstand har været udsat under de da verserende EU-statsstøttesager vedrørende TV 2's finansieringsordning i 1995-2002.

2. BAGGRUND FOR SPØRGSMÅLENE

2.1 Indledende bemærkninger

Efter EU-Domstolens domme i sagerne C-649/15 P, C-656/15 P, C-657/15 P og C-660/15 P er det endeligt fastslået, at de foranstaltninger, der blev ydet til TV 2 i årene 1995-2002, udgjorde anmeldelsespligtig statsstøtte, der er forenelig med det indre marked i medfør af TEUF artikel 106, stk. 2. Foranstaltningerne er ydet i strid med stand still-forpligtelsen i TEUF artikel 108, stk. 3. Dette gælder også de midler, der blev overført til regionerne, jf. sag T-674/11, TV2/Danmark mod Kommissionen, ECLI:EU:T:2015:684. Det ligger også fast, at hele TV 2's (den landsdækkende virksomheds) programflade kunne anses som public service-tv, og at samtlige omkostninger forbundet hermed således kunne anses for public service-omkostninger, jf. sag T-309/04, TV 2/Danmark A/S m.fl. mod Kommissionen, ECLI:EU:T:2008:457.

Landsrettens stillingtagen til den ulovlighedsrentepåstand, der er nedlagt af Viasat, forudsætter stillingtagen til en række EU-retlige spørgsmål, som ikke ses afklaret i EU-Domstolens praksis. Spørgsmålene kan overordnet sammenfattes i to kategorier; for det første om der eksisterer et ulovlighedsrentekrav (spørgsmål 1), og for det andet hvordan et eventuelt krav opgøres (spørgsmål 2 og 3).

2.2 Eksistensen af et ulovlighedsrentekrav – spørgsmål 1

Med det første spørgsmål ønsker Østre Landsret EU-Domstolens stillingtagen til anvendelsen af princippet om ulovlighedsrenter som fastslået i CELF-dommen i en sag, hvor den ulovlige støtte efterfølgende er godkendt som public service-kompensation i medfør af TEUF artikel 106, stk. 2.

2.2.1 TV 2's og Kulturministeriets synspunkter

Det er TV 2's og Kulturministeriets synspunkt, at public service-kompensation, der er ydet inden for rammerne af TEUF artikel 106, stk. 2, afgørende adskiller sig fra statsstøtte, som ydes efter TEUF artikel 107, stk. 3. Ifølge disse parter er der ikke opstået nogen utilbørlig rentefordel for TV 2 i CELF-dommens forstand, fordi omkostninger til ekstern finansiering i en tænkt ulovlighedsperiode blot ville have medført en tilsvarende forøgelse af TV 2's public service-omkostninger, og fordi det efter de forudsætninger, der lå til grund for 2011-afgørelsen, havde været nødvendigt at øge TV 2's public service-kompensation tilsvarende for at dække den herved opståede underdækning og sikre TV 2's kapitalgrundlag og evne til at løfte sin public service-opgave.

Public service-kompensationen er karakteriseret ved, at den virksomhed, der kompenseres, er pålagt en pligt til at udføre tjenesteydelser i det offentliges interesse, som hæmmer denne virksomheds konkurrenceevne, og som virksomheden ikke frivilligt ville påtage sig, hvis den handlede markeds-mæssigt. Det er også en del af en public service-støtte, at størrelsen på den modtagne kompensation ikke må overstige, hvad der er nødvendigt til at dække de nettoomkostninger, der er forbundet med at opfylde forpligtelserne til offentlig tjeneste, og eventuelt en rimelig fortjeneste.

Disse karakteristika gør ifølge TV 2 og Kulturministeriet, at modtagere af public service-kompensation i overensstemmelse med TEUF artikel 106, stk. 2, ikke får en utilbørlig konkurrencefordel af støtten. Når selve støtten ikke indebærer en konkurrencefordel, vil den for tidlige udbetaling heller ikke udgøre en utilbørlig konkurrencefordel i sig selv. En gennemførelse af et ulovlighedsrentekrav over for TV 2 vil tværtimod medføre, at TV 2's public service-virksomhed har været underkompenseret, og dermed indebære en forvridning af konkurrencen til fordel for TV 2's konkurrenter, herunder Viasat, samt bringe udførelsen af TV 2's public service-opgave i fare. Heraf følger ifølge disse parter, at der – selvom stand still-forpligtelsen også finder anvendelse på støtte efter TEUF artikel 106, stk. 2 – ikke består nogen pligt til at opkræve ulovlighedsrenter for at udligne en utilbørlig fordel.

Dette må ifølge TV 2 og Kulturministeriet i hvert fald gælde i en situation som den foreliggende, hvor den pågældende støtte er erklæret forenelig med det indre marked af Kommissionen i 2011-afgørelsen – og senere også i rekapitalise-

ringsafgørelsen og omstruktureringsafgørelsen – på grundlag af en vurdering af hele public service-virksomhedens samlede økonomi, herunder dens kapitalisering. En anerkendelse af et ulovlighedsrentekrav i en sådan situation ville tømme Kommissionens afgørelser for indhold og underminere Kommissionens kompetence efter TEUF artikel 106, stk. 2.

2.2.2. *Viasats synspunkter*

Viasat har heroverfor gjort gældende, at public service-støtte godkendt efter TEUF artikel 106, stk. 2, ikke adskiller sig fra støtte godkendt efter TEUF artikel 107, stk. 3. Der skal derfor betales ulovlighedsrenter i begge tilfælde.

EU-Domstolen har allerede i sin dom af 9. november 2017 i sag C-657/15 P fastslået, at public service-vederlaget til TV 2 indebar en økonomisk fordel for TV 2, da det blev ydet i strid med betingelserne i Altmark-dommen. Endvidere er det efter TEUF artikel 106, stk. 2, muligt at oppebære en rimelig fortjeneste i forbindelse med udførelse af en public service-opgave. I overensstemmelse med dette har TV 2 som fastslået i Kommissionens afgørelse af 20. april 2011 kunnet opbygge et samlet overskud på DKK 628,2 millioner.

På tv-området anerkendes en meget bred public service-definition, hvor samtlige TV 2's omkostninger anses for public service-omkostninger. Ifølge Viasat er det på den baggrund ofte mere fordelagtigt at modtage støtte efter TEUF artikel 106, stk. 2, end efter TEUF artikel 107, stk. 3. Der findes endvidere talrige eksempler på aftalebaserede public service-forpligtelser, hvor virksomheden frivilligt indgår aftale med staten om at udføre en public service-tjenesteydelse.

Kulturstøtten i CELF-sagen udgjorde kompensation for omkostninger forbundet med produktion og eksport af fransksprogede bøger. Den er dermed i vidt omfang sammenlignelig med public service-støtten i den foreliggende sag. Det vil være kunstigt at behandle støtten ydet i CELF-sagen anderledes end støtten ydet til TV 2.

Ifølge Viasat vil Kulturministeriets og TV 2's argumentation underminere den effektive virkning af medlemsstaternes notifikations- og stand still-forpligtelse på området for støtte ydet efter TEUF artikel 106, stk. 2, da der i så fald ikke vil være nogen konsekvenser af manglende anmeldelse. Endvidere vil det efter Viasats opfattelse efterlade en konkurrent uden retsmidler og tømme Altmark-dommen for indhold, hvis det ikke er muligt for konkurrenterne at kræve betaling af ulovlighedsrenter i en situation som den foreliggende, hvor støtten er ydet uden overholdelse af artikel 108, stk. 3, og uden overholdelse af Altmark-dommens krav til gennemsigtighed, udbud og effektiv drift.

2.2.3 Østre Landsrets overvejelser

Det følger af EU-Domstolens faste praksis, at hovedformålet med at kræve tilbagebetaling af ulovligt ydet statsstøtte er at fjerne den konkurrencefordrejning, som er forårsaget af den konkurrencefordel, som er opnået ved en ulovlig støtte. En sådan uretmæssig fordel for støttemodtageren består – selv i tilfælde af støtte, der efterfølgende er blevet erklæret forenelig – bl.a. i, at støttemodtageren ikke betalte renter, der skulle have været erlagt af støtten, hvis støttemodtageren havde måttet låne beløbet på markedet i den periode, hvor ulovligheden forelå, jf. udover CELF-dommen bl.a. sag C-349/17, *Eesti Pagar AS*, ECLI:EU:C:2019:172, præmis 130, og sag C-275/10, *Residex Capital IV CV*, ECLI:EU:C:2011:814, præmis 33 og 34.

Landsretten er enig med hovedsagens parter i, at hverken CELF-dommen eller efterfølgende praksis ses at have afklaret, om pligten for en støttemodtager til at betale ulovlighedsrenter også gælder i en situation, hvor støtten efterfølgende er blevet godkendt efter TEUF artikel 106, stk. 2. Landsretten finder endvidere, at besvarelsen af dette spørgsmål giver anledning til en sådan tvivl, at det er hensigtsmæssigt at forelægge et præjudicielt spørgsmål herom, inden landsretten træffer afgørelse i sagen.

Landsretten finder det i den forbindelse ikke givet, at karakteren af en public service-forpligtelse efter TEUF artikel 106, stk. 2, tilsiger, at det generelle statsstøtteretlige princip om ulovlighedsrenter i sager om brud på stand still-forpligtelsen i TEUF artikel 108, stk. 3, ikke bør finde anvendelse i sager vedrørende støtte i form af kompensation for public service-forpligtelser.

Støtten til en public service-virksomhed gives med henblik på at udføre en public service-opgave og ikke med henblik på at kompensere for den byrde, der er forbundet med at betale ulovlighedsrenter. Betaling af ulovlighedsrenter kan vanskeligt i sig selv anskues som opfyldelse af en public service-forpligtelse. Det forekommer på den baggrund tvivlsomt, om man rent retligt kan hævde, at betaling af ulovlighedsrenter forøger støttemodtagerens omkostninger ved at udføre public service-virksomhed. Af samme grund forekommer det ikke åbenbart rigtigt, når TV 2 og Kulturministeriet gør gældende, at pålæggelse af ulovlighedsrenter vil føre til "underkompensation" for public service-virksomhedens udførelse af sine opgaver.

Hertil kommer, at pålæggelse af ulovlighedsrenter ikke altid vil indebære, at en virksomhed, der udfører public service, vil mangle de fornødne midler til at udføre sin public service-forpligtelse, idet Altmark-dommen jo bygger på en forudsætning om, at der efter omstændighederne kan være indregnet en fortjeneste i en kompatibel støtteforanstaltning efter TEUF artikel 106, stk. 2. Omvendt er det heller ikke udelukket, at en virksomhed, der har modtaget anden støtte end public service-støtte, vil lide et nettotab på en støttet aktivitet, der rammes

af et krav om ulovlighedsrenter. Det kan i den forbindelse tænkes, at den pågældende virksomhed som følge af et krav om betaling af ulovlighedsrenter må ophøre med at udføre den støttede aktivitet, og dermed, at statsstøtten ikke vil have haft den tilsigtede virkning på samme måde, som det vil kunne tænkes i forhold til en public service-virksomhed.

Landsretten er opmærksom på, at betalingen af ulovlighedsrenter efter omstændighederne vil indebære, at en public service-støttemodtager kun ville kunne overleve, såfremt den får en kapitaltilførsel, og at kapitaltilførsel derfor kan være nødvendig for, at det offentlige får varetaget det formål, som støtten tilsigter at fremme. Det samme kan imidlertid som anført også være tilfældet for andre støttemodtagere. Endvidere er det nærliggende at antage, at foreneligheden af en sådan ny støtte i givet fald – på samme måde som andre uforudsete tab, som enhver støttemodtager måtte have lidt – må vurderes ud fra det støttebehov, som virksomheden til den tid måtte have.

Det tilføjes, at parterne tillige har foreslået landsretten at forelægge EU-Domstolen et yderligere præjudicielt spørgsmål om, hvorvidt TV 2 skal betale ulovlighedsrenter. Det foreslåede spørgsmål gik nærmere på, om en eventuel forpligtelse til at betale renter for den periode, hvor der forelå ulovlighed, også gælder i den foreliggende situation, hvor Kommissionen – efter at have konstateret, at der er ydet ulovlig men forenelig statsstøtte, og inden ulovlighedsrentekravet blev gjort gældende af Viasat – afsagde tre yderligere afgørelser om statsstøtte til TV 2. Synspunktet er, at Kommissionens forenelighedsvurdering i disse sager blev baseret på en samlet vurdering af TV 2's samlede økonomi, herunder TV 2's nødvendige kapitalgrundlag og finansieringsbehov. TV 2 og Kulturministeriet argumenterer på den baggrund for, at gennemførelse af et tilbagebetalingskrav vil stride mod disse afgørelses formål og indhold. Viasat har heroverfor hævdet, at Kommissionens afgørelser ikke tilsigter at regulere, om TV 2 kan mødes med et krav om ulovlighedsrenter, og at Kommissionen i øvrigt ikke ville have haft kompetence til at afskære et sådant krav ved de nationale domstole.

Efter en gennemgang af de tre kommissionsbeslutninger og EU-Domstolens retspraksis vedrørende kompetencefordelingen mellem Kommissionen og de nationale retsinstanser i statsstøttesager har landsretten fundet, at den ikke har behov for EU-Domstolens vejledning til at besvare denne problemstilling, der i øvrigt kun bliver relevant at få afklaret, såfremt EU-Domstolen besvarer det forelagte spørgsmål om anvendeligheden af princippet om ulovlighedsrenter på public service-virksomheder bekræftende.

2.3 Opgørelsen af et eventuelt krav på ulovlighedsrenter – spørgsmål 2 og 3

2.3.1 Oversigt

Med det andet og det tredje spørgsmål i sagen – der kun er relevante, hvis det første spørgsmål besvares bekræftende – ønsker Østre Landsret EU-Domstolens stillingtagen til, om der i det grundbeløb, der skal anvendes ved opgørelsen af et eventuelt ulovlighedsrentekrav, bør fratrækkes midler, som er klassificeret som støtte i traktatens forstand, men som støttemodtageren angiveligt reelt ikke har haft en økonomisk fordel af.

2.3.2 Det andet spørgsmål

Det andet spørgsmål angår spørgsmålet om betydningen af, at TV 2 i perioden 1997-2002 overførte årlige beløb til de regionale TV 2 virksomheder (regionerne).

Spørgsmålet hænger sammen med, at Kommissionens beslutninger alene angår det landsdækkende TV 2. Det er muligt, at Kommissionen efter en undersøgelse vil finde, at de regionale TV 2-virksomheder (regionerne) har modtaget statsstøtte. Regionerne har imidlertid ikke været genstand for Kommissionens beslutning, og de har således ikke karakter af støttemodtagere i kommissionsbeslutningernes forstand. Bag spørgsmålet ligger også, at overførsler fra TV 2 til regionerne ikke blev fratrukket i det beløb, som EU-organerne anså for statsstøtte til TV 2. Som nærmere redegjort for i pkt. 1.3 ovenfor og i det følgende, kan der argumenteres for, at beløb, der er overført til regionerne, dermed – uanset at de er klassificeret som støtte – i realiteten er fragået den nettofordel, som TV 2 opnåede gennem støtten.

2.3.2.1 TV 2 og Kulturministeriets synspunkter

Efter TV 2's og Kulturministeriets opfattelse skal det grundbeløb, der skal anvendes ved opgørelsen af et eventuelt ulovlighedsrentekrav i den foreliggende sag, fratrækkes regionsmidlerne (ca. 2 mia. kr.).

TV 2 og Kulturministeriet finder det i den forbindelse forkert, når Viasat under henvisning til Rettens dom i sag T-674/11, TV 2 mod Kommissionen, har anført, at regionsmidlerne udgjorde TV 2's betaling af vederlag til regionerne for udsendelsen af regionale programmer i de regionale vinduer, og at midlerne mindskede en byrde, som ellers ville have påhvilet TV 2.

Den danske stat havde valgt at organisere den public service-opgave, der blev pålagt den samlede TV 2-virksomhed, således, at den var opdelt i en regional og en landsdækkende forpligtigelse, der blev pålagt hver sin selvstændige virksomhed i det samlede TV 2. Forpligtigelsen til at udsende regionale programmer påhvilede – og påhviler stadig – regionerne, mens den landsdækkende forpligtigelse skulle varetages af den landsdækkende virksomhed. TV 2 havde således alene pligt til at udfylde den landsdækkende sendeflade med program-

mer samt til at stille sendetid til rådighed for regionerne ved at give dem adgang til vinduer i den landsdækkende sendeflade, hvor de kunne udsende regionalt indhold. Regionerne havde på deres side pligt til at tilvejebringe og udsende regionale programmer i disse vinduer.

Regionsmidlerne var den danske stats kompensation til regionerne for opfyldelsen af *regionernes* forpligtigelse til at udsende regionale tv-programmer. Midlerne mindskede ikke nogen "byrde" for den landsdækkende virksomhed i form af en "regional forpligtigelse". Den landsdækkende virksomhed havde nemlig ikke en sådan forpligtigelse efter dansk ret.

TV 2 fungerede således i 1997-2002 alene som videreformidler af regionsmidlerne og fik ikke selv fordel heraf. TV 2 opnåede hverken mere eller mindre ved at varetage opgaven som videreformidler i perioden 1997-2002 end i perioden inden 1997, hvor TV 2-fonden uden TV 2's mellemkomst videreformidlede statens kompensation til regionerne, eller efter 2002, hvor regionerne modtog deres andel af licensmidlerne direkte fra DR.

Den omstændighed, at ordningen med TV 2's videreformidling af regionsmidlerne blev implementeret uden Kommissionens forudgående godkendelse efter TEUF artikel 108, stk. 3, gav således hverken TV 2 en rentefordel eller nogen utilbørlig forbedring af TV 2's stilling på markedet. Efter TV 2's og Kulturministeriets opfattelse gør det sig derfor for så vidt angår regionsmidlerne i særlig grad gældende, at de ikke har haft de ulovlighedsvirkninger, som EU-Domstolen henviser til i sin dom i CELF-sagen.

TV 2 og Kulturministeriet henviser i den forbindelse til pkt. 194 i 2011-afgørelsen, hvoraf fremgår, at eftersom beløbene blev overført til TV 2 og derefter videreført til regionerne, medregnede Kommissionen disse beløb i beregningerne som både indtægter og udgifter, hvilket reelt betyder, at de ikke havde nogen indvirkning på Kommissionens proportionalitetsvurdering. Under behandlingen af sag T-647/11 (TV 2's indbringelse af 2011-afgørelsen for Retten) anførte Kommissionen tilsvarende i sit svarskrift af 29. marts 2012, pkt. 149, at TV 2 ikke var modtageren af den støtte, der blev videregivet til de regionale stationer, og heller ikke fik nogen fordel af sin rolle som mellemmand. Derfor kunne TV 2 ifølge Kommissionen ikke være forpligtet til at betale ulovlighedsrenter af støttebeløbene. Dette understøttede ifølge Kommissionen, at TV 2 ikke havde nogen søgsmålsinteresse med hensyn til den anfægtede afgørelse, for så vidt angik dette punkt.

Det fremgår af Kommissionens meddelelse om de nationale domstoles håndhævelse af statsstøttereglerne (2009/C 85/01), pkt. 41, litra a) (note 65) (herefter "samarbejdsmeddelelsen"), at skatter, der betales af det nominelle støttebeløb, kan fradrages i forbindelse med tilbagesøgning af ulovlighedsrenter. Kommis-

sionen betoner ligeledes i dens meddelelse om en effektiv gennemførelse af Kommissionens beslutninger, som pålægger en medlemsstat at tilbagesøge ulovlig og uforenelig statsstøtte (2007/C272/05) (herefter "tilbagesøgningsmeddelelsen"), at de nationale myndigheder i beregningen af det beløb, der skal tilbagebetales, kan tage hensyn til skattereglernes indvirkning, således at kun netobeløbet tilbagesøges fra modtageren.

TV 2 og Kulturministeriet har endelig henvist til Rettens dom i sag T-459/93, Siemens mod Kommissionen, ECLI:EU:T:1995:100. Af denne doms præmis 83-85 fremgår, at nationale myndigheder ved tilbagesøgning af ulovlig og uforenelig statsstøtte i overensstemmelse med en afgørelse fra Kommissionen som udgangspunkt kan foretage fradrag af visse beløb i henhold til nationale regler. Ifølge TV 2 og Kulturministeriet frembyder den foreliggende situation, hvor TV 2 som følge af en forpligtelse fastsat i radio- og fjernsynsvirksomhedslovens § 24 og bekendtgørelsen om vedtægt for TV 2, § 33, stk. 3 (§ 30, stk. 3, i vedtægten for 2000), har overført licensmidler til regionerne (som minimum svarende til 1996-niveauet), ligheder med den situation, hvor en andel af støttebeløbet betales til skattevæsenet som følge af en lovfæstet skattepligt.

2.3.2.2 Viasats synspunkter

Viasat har bestridt TV 2's og Kulturministeriets synspunkter. Viasat har herved henvist til, at det følger af præmis 51 i CELF-dommen, at tildeling af ulovlig statsstøtte medfører en fordel for modtageren svarende til de markedsmæssige renteomkostninger ved at låne et beløb svarende til hele det forenelige støttebeløb. Det er denne fordel, som betaling af ulovlighedsrenter skal neutralisere. Eftersom hele støttebeløbet til TV 2 udgjorde forenelig statsstøtte omfattet af artikel 107 TEUF, skal der følgelig også betales ulovlighedsrenter af hele beløbet.

Viasat påpeger desuden, at Retten i sag T-674/11 (præmis 152-173) og EU-Domstolen i sag C-649/15 P (præmis 48-58) afviste, at midlerne overført til regionerne skulle fraregnes støttebeløbet, ligesom Unionsdomstolene afviste argumentationen fremført af EU-Kommissionen i sagen, da den fandtes uden støtte i den indbragte beslutning.

Viasat ser det således, at midlerne mindskede en byrde, som ellers havde påhvilet TV 2, nemlig forpligtelsen til at tilvejebringe og sende regionalprogrammer. Ifølge Viasat udgjorde midlerne reelt et vederlag fra TV 2 til regionerne for en ydelse, som TV 2 alternativt skulle have indkøbt fra en anden leverandør.

Viasat har også anført, at TV 2 ganske vist var underlagt en offentligretlig forpligtelse til at overføre et årligt mindstebeløb til regionerne. Det var imidlertid ikke foreskrevet, hvordan beløbet skulle finansieres, herunder om det skulle stamme fra TV 2's licens eller reklameindtægter. Således bestemte TV 2 selv, hvilke indtægtskilder man ville anvende til at vederlægge regionerne. TV 2's

forpligtelse til at finansiere regionernes aktiviteter ville også gælde i det tilfælde, hvor TV 2 ikke modtog licensmidler, jf. også Rettens dom i sag T-674/11, præmis 173.

Ifølge Viasat følger det ikke af tilbagesøgningsmeddelelsen eller samarbejdsmeddelelsen, at der kan ske fradrag for andet end skat i tilbagesøgningskrav. Det samme gælder for den ovennævnte sag T-459/93, Siemens mod Kommissionen, ECLI:EU:T:1995:100. Disse tre kilder vedrører alene skattebetalinger og fastslår ikke et generelt princip om, at der ikke skal ske tilbagebetaling af støttebidrag. Ifølge Viasat kan TV 2's overførsel af midler til regionerne ikke sidestilles med en skattebetaling. Ved en skattebetaling er midlerne allerede tilfaldet staten, og tilbagesøgning ville derfor reelt føre til dobbeltbetaling, hvilket ikke er tilfældet her.

2.3.2.3 Østre Landsrets overvejelser

Som anført i pkt. 1.3 ovenfor finder landsretten det ikke rammende at karakterisere den tildeling af midler, som i perioden 1997-2002 skete fra TV 2 til regionerne, som et vederlag til regionerne for udsendelse af programmer i de regionale vinduer. Som også påpeget af TV 2 og Kulturministeriet var realiteten, at TV 2 disse år fik tildelt den andel af licensmidlerne, som regionerne hidtil havde fået fra TV 2-fonden, og at opgaven med at tildele midler til regionerne derefter påhvilede TV 2, idet TV 2 skulle tildele et beløb, der som minimum skulle svare til det beløb, som regionerne hidtil havde fået overført fra TV 2-fonden.

Den forståelse af dansk ret i perioden 1997-2002, som Retten har lagt til grund for sin kvalificering af regionsmidlerne som statsstøtte i sag T-674/11, TV 2 mod Kommissionen, er ikke bindende i den foreliggende sag, da fastlæggelsen af den rette fortolkning af dansk ret under en tvist for en dansk domstol tilkommer den danske domstol. Dette må også gælde i forhold til EU-Domstolens besvarelse af et præjudicielt spørgsmål i sagen. Landsretten præciserer i den forbindelse, at tvisten i den foreliggende sag ikke angår kvalificeringen af regionsmidlerne som statsstøtte efter TEUF artikel 107, stk. 1. Denne kvalificering er ikke anfægtet under sagen. Sagen angår alene, hvilke konsekvenser der følger af den manglende overholdelse af TEUF artikel 108, stk. 3, herunder hvilken forståelse af dansk ret, der skal danne grundlag for EU-Domstolens vurdering af de rejste EU-retlige problemstillinger.

Landsretten er i den forbindelse enig med Kulturministeriet og TV 2 i, at CELF-dommen ikke tager stilling til, om en eventuel forpligtelse til at betale ulovlighedsrenter kan udstrækkes til også at gælde for støtte, der i realiteten er videreformidlet til andre virksomheder. Det vurderes derfor formålstjenligt at få dette spørgsmål afklaret, inden landsretten træffer afgørelse i sagen.

2.3.3 Det tredje spørgsmål

Med det tredje spørgsmål i sagen ønsker Østre Landsret EU-Domstolens stillingtagen til, om der i det grundbeløb, der skal anvendes ved opgørelsen af et eventuelt ulovlighedsrentekrav i den foreliggende sag, bør fratrækkes de tv-reklameindtægter fra 1995 og 1996, der blev overført fra TV2 Reklame A/S via TV 2-fonden til TV 2 (herefter "reklameindtægterne").

2.3.3.1 TV 2's og Kulturministeriets synspunkter

TV 2 og Kulturministeriet har under sagen gjort gældende, at det beløb, der skal anvendes ved opgørelsen af et eventuelt ulovlighedsrentekrav, skal fratrækkes reklameindtægterne fra 1995 og 1996 (ca. 1,5 mia. kr.). Synspunktet er, at reklameindtægterne udgjorde betaling for TV 2's levering af reklametid til private annoncører. Kvalificeringen af midlerne som statsstøtte skyldtes alene det forhold, at indtægterne indtil 1997 blev kanaliseret fra annoncørerne igennem de to statsejede enheder TV2 Reklame A/S og TV 2-fonden. TV 2 opnåede imidlertid ifølge TV 2 og Kulturministeriet hverken mere eller mindre ved denne ordning end sine konkurrenter på tv-reklamemarkedet og ej heller mere eller mindre end i perioden efter 1997, hvor TV 2 selv varetog salget af sin reklametid, og hvor reklameindtægterne ikke er kvalificeret som statsstøtte. Dette betyder ifølge TV 2 og Kulturministeriet, at reklameindtægterne ikke medførte en utilbørlig forbedring af TV 2's konkurrencemæssige stilling i CELF-dommens forstand, og at disse beløb derfor ikke skal medgå ved beregningen af et eventuelt ulovlighedsrentekrav.

2.3.3.2 Viasats synspunkter

Viasat gør gældende, at TV 2's og Kulturministeriets argumentation er i modstrid med EU-Domstolens dom af 9. november 2017. Ved denne dom blev det fastslået, at hele støttebeløbet til TV 2 – inklusive reklameindtægterne – udgjorde statsstøtte. Det følger umiddelbart af dette, at indtægterne ikke blot skal anses for at udgøre betaling til TV 2 for TV 2's ydelser, da der i så fald ikke ville være tale om statsstøtte. EU-Domstolen byggede blandt andet dette på, at TV 2 ikke ville have fået midlerne under alle omstændigheder.

Reklameindtægterne tilfaldt TV 2-fonden, hvorfra de også kunne være blevet anvendt til andre formål end finansiering af TV 2. Der var altså tale om statslige midler, som TV 2 fik stillet til rådighed og kunne anvende i sin virksomhed. Ifølge Viasat har TV 2 derfor også opnået en rentefordel ved, at midlerne blev stillet til rådighed, inden Kommissionens godkendelse forelå. Viasat finder derfor, at TV 2's og Kulturministeriets anbringende må afvises.

2.3.3.3 Østre Landsrets overvejelser

Som også anført i pkt. 1.2 ovenfor er der mellem parterne i hovedsagen uenighed om, hvorvidt TV2 Reklame A/S' overskud alene kunne anvendes til at dække TV 2's finansieringsbehov, og om TV 2 havde et retskrav på de pågældende indtægter. Landsretten anmoder EU-Domstolen om ved sin besvarelse af

spørgsmål 3 at lægge den forståelse af dansk ret til grund, som landsretten har redegjort for i pkt. 1.2 ovenfor. EU-Domstolen bedes således besvare spørgsmålet ud fra den forudsætning, at TV 2 i 1995 og 1996 ikke havde et retskrav på (samtlige) de reklameindtægter, som blev opnået ved at stille reklameplads til rådighed på TV 2's sendeflade. EU-Domstolen kan dermed på dette punkt basere sig på den forståelse af dansk ret, som er kommet til udtryk i pkt. 81 ff i Kommissionens 2011-afgørelse.

Landsretten finder endvidere, at det kan overvejes, om ikke overtrædelsen af stand still-forpligtelsen på dette punkt rent faktisk gav TV 2 en likviditetsfordel i forhold til reklamemidlerne. Der kan således argumenteres for, at kulturministerens beslutninger om at overføre midler fra TV 2 Reklame til TV 2-fonden og fra fonden videre til TV 2 udgjorde en begunstigelse af TV 2, der – såfremt notifikationsreglerne var blevet iagttaget – først kunne have været iværksat, når Kommissionen enten generelt eller år for år havde godkendt overførslerne.

THI BESTEMMES:

Østre Landsret anmoder EU-Domstolen om at besvare følgende spørgsmål:

- 1) Gælder forpligtelsen for en national domstol til at pålægge en støttemodtager at betale ulovlighedsrenter, jf. CELF-dommen, også i en situation som den foreliggende, hvor den ulovlige statsstøtte udgjorde public service-kompensation, der efterfølgende er fundet forenelig med det indre marked efter TEUF artikel 106, stk. 2, og hvor godkendelsen er sket på grundlag af en vurdering af hele public service-virksomhedens samlede økonomi, herunder dens kapitalisering?
- 2) Gælder forpligtelsen for en national domstol til at pålægge en støttemodtager at betale ulovlighedsrenter, jf. CELF-dommen, også beløb, som under omstændigheder som i den foreliggende sag er overført fra støttemodtageren til tilknyttede virksomheder i henhold til en offentligretlig forpligtelse, men som ved en endelig kommissionsafgørelse er kvalificeret som en fordel i TEUF artikel 107, stk. 1's forstand til støttemodtageren?
- 3) Gælder forpligtelsen for en national domstol til at pålægge en støttemodtager at betale ulovlighedsrenter, jf. CELF-dommen, også statsstøtte, som støttemodtageren under omstændigheder som i den foreliggende sag har modtaget fra en offentligt kontrolleret virksomhed, idet sidstnævntes midler delvist hidrører fra salg af støttemodtagerens ydelser?

Publiceret til portalen d. 29-05-2019 kl. 10:00

Modtagere: Sagsøger Viasat Broadcasting UK Ltd., Sagsøgte Kongeriget Danmark v/ Kulturministeriet, Sagsøgte TV2/Danmark