

# TRIBUNAL DE PREMIERE INSTANCE DES COMMUNAUTES EUROPEENNES

1<sup>ère</sup> Chambre, 16 décembre 2010

Affaires jointes T-231/06 et T-237/06, Royaume des Pays-Bas, Nederlandse Omroep Stichting (NOS) c/ Commission européenne

Cadre juridique

1 L'article 16 CE dispose :

« Sans préjudice des articles 73 [CE], 86 [CE] et 87 [CE], et eu égard à la place qu'occupent les services d'intérêt économique général parmi les valeurs communes de l'Union ainsi qu'au rôle qu'ils jouent dans la promotion de la cohésion sociale et territoriale de l'Union, la Communauté et ses États membres, chacun dans les limites de leurs compétences respectives et dans les limites du champ d'application du présent traité, veillent à ce que ces services fonctionnent sur la base de principes et dans des conditions qui leur permettent d'accomplir leurs missions. »

2 Aux termes de l'article 86, paragraphe 2, CE :

« Les entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général ou présentant le caractère d'un monopole fiscal sont soumises aux règles du présent traité, notamment aux règles de concurrence, dans les limites où l'application de ces règles ne fait pas échec à l'accomplissement en droit ou en fait de la mission particulière qui leur a été impartie. Le développement des échanges ne doit pas être affecté dans une mesure contraire à l'intérêt de la Communauté. »

3 L'article 87, paragraphe 1, CE est ainsi libellé :

« Sauf dérogations prévues par le présent traité, sont incompatibles avec le marché commun, dans la mesure où elles affectent les échanges entre États membres, les aides accordées par les États ou au moyen de ressources d'État sous quelque forme que ce soit qui faussent ou qui menacent de fausser la concurrence en favorisant certaines entreprises ou certaines productions. »

4 L'article 311 CE dispose :

« Les protocoles qui, du commun accord des États membres, seront annexés au présent traité en font partie intégrante. »

5 Aux termes du protocole sur le système de radiodiffusion publique dans les États membres (JO 1997, C 340, p. 109, ci-après le « protocole d'Amsterdam »), introduit par le traité d'Amsterdam en annexe au traité CE :

« [Les États membres,] considérant que la radiodiffusion de service public dans les États membres est directement liée aux besoins démocratiques, sociaux et culturels de chaque société ainsi qu'à la nécessité de préserver le pluralisme dans les médias, sont convenus des dispositions interprétatives ci-après, qui sont annexées au traité [CE] :

Les dispositions du traité [CE] sont sans préjudice de la compétence des États membres de pourvoir au financement du service public de radiodiffusion dans la mesure où ce financement est accordé aux organismes de radiodiffusion aux fins de l'accomplissement de la mission de service public telle qu'elle a été conférée, définie et organisée par chaque État membre et dans la mesure où ce financement n'altère pas les conditions des échanges et de la concurrence dans la Communauté dans une mesure qui serait contraire à l'intérêt commun, étant entendu que la réalisation du mandat de ce service public doit être prise en compte. »

- 6 L'article 1<sup>er</sup> du règlement (CE) n° 659/1999 du Conseil, du 22 mars 1999, portant modalités d'application de l'article [88 CE] (JO L 83, p. 1), comporte les définitions suivantes :
- « a) 'aide' : toute mesure remplissant tous les critères fixés à l'article [87], paragraphe 1, [CE] ;
  - b) 'aide existante' :
    - i) [...] toute aide existant avant l'entrée en vigueur du traité dans l'État membre concerné, c'est-à-dire les régimes d'aides et aides individuelles mis à exécution avant, et toujours applicables après, ladite entrée en vigueur ;
    - ii) toute aide autorisée, c'est-à-dire les régimes d'aides et les aides individuelles autorisés par la Commission ou le Conseil ;
- [...]
- c) 'aide nouvelle' : toute aide, c'est-à-dire tout régime d'aides ou toute aide individuelle, qui n'est pas une aide existante, y compris toute modification d'une aide existante ;
- [...]
- f) 'aide illégale' : une aide nouvelle mise à exécution en violation de l'article [88], paragraphe 3, [CE] ;
- [...] »
- 7 Le 15 novembre 2001, la Commission des Communautés européennes a publié la communication 2001/C 320/04 concernant l'application aux services publics de radiodiffusion des règles relatives aux aides d'État (JO C 320, p. 5, ci-après la « communication sur la radiodiffusion »), dans laquelle elle a énoncé les principes auxquels elle se conformera dans son application de l'article 86, paragraphe 2, CE et de l'article 87 CE au financement des organismes publics de radiodiffusion par l'État.

### **Antécédents du litige**

- 8 Après avoir reçu plusieurs plaintes en 2002 et en 2003, notamment de radiodiffuseurs privés néerlandais qui alléguaient, en substance, que le système de financement des radiodiffuseurs de service public néerlandais constituait une aide incompatible avec le marché commun, la Commission a demandé des informations complémentaires au Royaume des Pays-Bas. Celles-ci l'ont conduite à ouvrir, par décision du 3 février 2004, la procédure formelle d'examen conformément à l'article 88, paragraphe 2, CE (JO C 61, p. 8, ci-après la « décision d'ouverture »).
- 9 À l'issue de la procédure formelle d'examen, la Commission a, le 22 juin 2006, adopté la décision 2008/136/CE sur le financement ad hoc des radiodiffuseurs de service public néerlandais C 2/2004 (ex NN 170/2003) (JO 2008, L 49, p. 1, ci-après la « décision attaquée »).
- 10 Dans la décision attaquée, la Commission a décrit de manière détaillée le système de radiodiffusion publique aux Pays-Bas, notamment ses acteurs et son financement.
- 11 Elle a ainsi relevé que, outre les radiodiffuseurs commerciaux, opéraient différents radiodiffuseurs de service public. Elle a précisé que, parmi ces derniers, la Nederlandse Omroep Stichting (NOS) (association de radiotélévision néerlandaise), requérante dans l'affaire T-237/06, jouait un double rôle. D'une part, elle est un radiodiffuseur de service public opérant sous le nom de NOS RTV (ci-après la « NOS RTV »). D'autre part, son conseil d'administration, qui opère sous le nom de Publieke Omroep (radiodiffusion publique, ci-après le « PO »), est chargé, conformément à l'article 16 de la Mediawet (loi néerlandaise sur les médias, Stb. 1987,

n° 249), de coordonner l'ensemble du système de radiodiffusion de service public (considérant 13 de la décision attaquée).

- 12 La Commission a également indiqué, dans la décision attaquée, que les principales ressources financières des radiodiffuseurs de service public, y compris la NOS, dans ses deux fonctions, étaient les financements annuels reçus de l'État. Les radiodiffuseurs de service public sont autorisés à constituer des réserves pour absorber les fluctuations budgétaires. Depuis 1994, ils reçoivent également des financements ad hoc sur lesquels porte la décision attaquée. Ceux-ci sont, dans le point III de la décision attaquée, évalués au regard des règles en matière d'aides d'État.
- 13 À l'issue de l'examen de la qualification d'aide d'État, notamment au regard des critères dégagés par l'arrêt de la Cour du 24 juillet 2003, Altmark Trans et Regierungspräsidium Magdeburg (C-280/00, Rec. p. I-7747, ci-après l'« arrêt Altmark »), la Commission a conclu que les financements ad hoc constituaient une aide d'État au sens de l'article 87, paragraphe 1, CE (point 6 de la décision attaquée).
- 14 Sur la base de certaines caractéristiques des financements ad hoc (considérant 109 de la décision attaquée), la Commission est ensuite parvenue à la conclusion, au considérant 111 de la décision attaquée, qu'ils devaient être considérés comme une aide nouvelle.
- 15 Dans le point 8 de la décision attaquée, la Commission a achevé l'examen de la compatibilité des financements ad hoc au regard de l'article 86, paragraphe 2, CE en constatant que certains radiodiffuseurs de service public avaient bénéficié de compensations excessives généralement transférées à leurs réserves de programmes (considérant 141 de la décision attaquée). Une partie de ces réserves ayant été transférée en 2005 au PO, la Commission a également considéré ce transfert, qui est venu renforcer la compensation excessive, comme un financement ad hoc (considérant 146 de la décision attaquée).
- 16 Après avoir évalué la compensation s'agissant du PO, la Commission a conclu, dans le point 9 de la décision attaquée, que le PO avait reçu une compensation excessive qui devait être récupérée auprès de la NOS pour ses fonctions exercées en tant que PO (considérant 178 de la décision attaquée). Cette conclusion est suivie du dispositif suivant, dans la version en langue néerlandaise qui fait foi :

*« Article premier*

1. L'aide d'État ad hoc que le [Royaume de]s Pays-Bas [a] accordée [à la NOS dans ses fonctions de PO] pour sa mission de service public dans le système de radiodiffusion de service public néerlandais est incompatible avec le marché commun.
2. Cette aide d'État ad hoc incompatible sera récupérée auprès [de la NOS]. Le montant à récupérer est de 76,327 millions d'euros, majoré des intérêts.
3. L'aide d'État ad hoc accordée aux différents radiodiffuseurs de service public est compatible avec le marché commun pour autant que, dans la mesure où ces aides donnent lieu à une compensation excessive des missions de service public, l'excédent soit placé dans une réserve à usage spécial, dont le montant n'excédera pas 10 % du budget annuel du radiodiffuseur, et à condition que le [Royaume de]s Pays-Bas contrôl[e] régulièrement le respect de cette limite.

*Article 2*

1. Le [Royaume de]s Pays-Bas pren[d] toutes les mesures nécessaires pour récupérer auprès du PO l'aide mentionnée à l'article 1<sup>er</sup> et [déjà] versée illégalement.
2. Cette récupération s'effectue sans délai [...]
3. Les intérêts à récupérer conformément au paragraphe 2 seront calculés suivant la procédure prévue aux articles 9 et 11 du règlement (CE) n° 794/2004 [...]

### Article 3

Le [Royaume de]s Pays-Bas inform[e] la Commission, dans un délai de deux mois à compter de la notification de la présente décision, des mesures prises et envisagées afin de s'y conformer [...]

### Article 4

Le Royaume des Pays-Bas est destinataire de la présente décision. »

#### **Procédure et conclusions des parties**

- 17 Par requêtes déposées au greffe du Tribunal, respectivement les 30 août et 4 septembre 2006, et enregistrées respectivement sous les références T-231/06 et T-237/06, le Royaume des Pays-Bas, d'une part, et la NOS, d'autre part, ont introduit les présents recours.
- 18 Dans l'affaire T-231/06, le Royaume des Pays-Bas conclut à ce qu'il plaise au Tribunal :
- annuler la décision attaquée à l'exception de son article 1<sup>er</sup>, paragraphe 3 ;
  - condamner la Commission aux dépens.
- 19 La Commission conclut à ce qu'il plaise au Tribunal :
- rejeter le recours ;
  - condamner le Royaume des Pays-Bas aux dépens.
- 20 Dans l'affaire T-237/06, la NOS conclut à ce qu'il plaise au Tribunal :
- annuler la décision attaquée, notamment son article 1<sup>er</sup>, paragraphes 1 et 2, et ses articles 2 et 3, ainsi que les considérations sur lesquelles ils sont fondés, et annuler en toute hypothèse partiellement celle-ci ;
  - condamner la Commission aux dépens.
- 21 La Commission conclut à ce qu'il plaise au Tribunal :
- rejeter le recours ;
  - condamner la NOS aux dépens.
- 22 Par décision du 9 juin 2009, le Tribunal a renvoyé les présentes affaires devant la première chambre élargie, conformément à l'article 51, paragraphe 1, du règlement de procédure du Tribunal, dont la composition a été modifiée à la suite de l'empêchement de l'un de ses membres, par décision du président du Tribunal du 22 juin 2009.
- 23 Par ordonnance du président de la première chambre élargie, rendue le 17 décembre 2009, les parties entendues, les affaires T-231/06 et T-237/06 ont été jointes aux fins de la procédure orale et de l'arrêt, conformément à l'article 50 du règlement de procédure.
- 24 Les parties ont été entendues en leurs plaidoiries et en leurs réponses aux questions posées par le Tribunal lors de l'audience du 10 mars 2010.

#### **En droit**

- 25 À l'appui de son recours dans l'affaire T-231/06, le Royaume des Pays-Bas soulève trois moyens. Le premier est tiré d'une violation des droits de la défense, le deuxième de la qualification erronée d'aides nouvelles des financements ad hoc et le troisième, invoqué à titre subsidiaire, est tiré d'erreurs et d'un défaut de motivation liés au calcul de la surcompensation et au montant de l'aide dont la récupération est ordonnée.
- 26 À l'appui de son recours dans l'affaire T-237/06, la NOS soulève six moyens. Le premier moyen est tiré d'une erreur d'appréciation et d'une motivation insuffisante liées à la qualification d'aides nouvelles des financements ad hoc. Le deuxième moyen repose sur une motivation insuffisante et sur l'application erronée de l'arrêt Altmark, point 13 supra, en lieu et place du protocole d'Amsterdam. Le troisième moyen est tiré de violations liées à l'absence de lien entre les financements ad hoc et la surcompensation alléguée. Dans un quatrième moyen divisé en trois branches, la NOS invoque l'absence de certains éléments constitutifs d'une aide d'État et un défaut de motivation. Le cinquième moyen de la NOS est tiré d'un contrôle insuffisant de la proportionnalité. Le sixième moyen s'appuie sur une violation de l'article 88, paragraphe 2, CE et des droits de la défense.
- 27 Il y a lieu de traiter ensemble le premier moyen soulevé par le Royaume des Pays-Bas et le sixième moyen de la NOS tiré de la violation des droits de la défense et de l'article 88, paragraphe 2, CE. Il conviendra d'examiner ensuite les deuxième et quatrième moyens de la NOS sur la qualification d'aide d'État et l'application de l'arrêt Altmark, point 13 supra, avant d'effectuer l'analyse groupée du deuxième moyen du Royaume des Pays-Bas et du premier moyen de la NOS relatifs à la qualification erronée d'aides nouvelles des mesures en cause. Enfin, l'examen se terminera par le troisième moyen des deux parties requérantes et le cinquième moyen de la NOS relatifs au calcul de la surcompensation et à la proportionnalité de l'aide.

*Sur la violation des droits de la défense et de l'article 88, paragraphe 2, CE*

#### Arguments des parties

- 28 Tant le Royaume des Pays-Bas que la NOS (ci-après, pris ensemble, les « parties requérantes ») font valoir, en substance, que la Commission a violé l'article 88, paragraphe 2, CE et leurs droits de la défense dans la mesure où la décision attaquée s'écarte substantiellement de la décision d'ouverture à plusieurs égards.
- 29 En premier lieu, selon les parties requérantes, la Commission n'a pas abordé explicitement dans la décision d'ouverture la question du financement des différents radiodiffuseurs de service public. La décision attaquée examinerait en revanche les revenus et activités annexes de ces radiodiffuseurs ainsi que leurs réserves estimées.
- 30 En second lieu, les parties requérantes font valoir que la méthode de calcul de la surcompensation et les éléments pris en considération dans la décision d'ouverture diffèrent de ceux retenus dans la décision attaquée.
- 31 La NOS ajoute que la Commission a élargi, dans la décision attaquée, la période couverte par la procédure formelle d'examen. Dès lors que la Commission aurait indiqué dans la décision d'ouverture que la période examinée ne concernait que les années allant de 1992 à 2002, elle aurait dû se limiter à l'examen de cette période dans la décision attaquée.
- 32 Enfin, la NOS allègue que les modifications intervenues entre la décision d'ouverture et la décision attaquée constituent d'autant plus une violation de ses droits de la défense que la Commission a refusé ses demandes de réunions et d'accès au dossier.
- 33 La Commission conteste l'argumentation des parties requérantes.

#### Appréciation du Tribunal

- 34 Selon une jurisprudence constante, le respect des droits de la défense dans toute procédure ouverte à l'encontre d'une personne et susceptible d'aboutir à un acte faisant grief à celle-ci constitue un principe fondamental du droit communautaire et doit être assuré même en l'absence d'une réglementation spécifique. Ce principe exige que la personne contre laquelle la Commission a entamé une procédure administrative ait été mise en mesure, au cours de cette procédure, de faire connaître utilement son point de vue sur la réalité et la pertinence des faits et des circonstances allégués et sur les documents retenus par la Commission à l'appui de son allégation quant à l'existence d'une violation du droit communautaire (voir arrêt du Tribunal du 22 octobre 2008, TV 2/Danmark e.a./Commission, T-309/04, T-317/04, T-329/04 et T-336/04, Rec. p. II-2935, point 136, et la jurisprudence citée).
- 35 D'une part, la procédure de contrôle des aides d'État est, compte tenu de son économie générale, une procédure ouverte vis-à-vis de l'État membre responsable, au regard de ses obligations communautaires, de l'octroi de l'aide. C'est ainsi que, pour respecter les droits de la défense, dans la mesure où cet État membre n'a pas été mis en mesure de commenter certaines informations, la Commission ne peut pas les retenir dans sa décision contre cet État (voir arrêt de la Cour du 24 septembre 2002, Falck et Acciaierie di Bolzano/Commission, C-74/00 P et C-75/00 P, Rec. p. I-7869, point 81, et la jurisprudence citée).
- 36 D'autre part, s'agissant des droits des entreprises bénéficiaires d'aides d'État, il convient de relever que la procédure administrative en matière d'aides d'État est seulement ouverte à l'encontre de l'État membre concerné. Les entreprises bénéficiaires des aides sont uniquement considérées comme étant des intéressées dans cette procédure. Il s'ensuit que les intéressées, comme, en l'espèce, la NOS, loin de pouvoir se prévaloir des droits de la défense reconnus aux personnes à l'encontre desquelles une procédure est ouverte, disposent du seul droit d'être associées à la procédure administrative dans une mesure adéquate tenant compte des circonstances du cas d'espèce (voir, en ce sens, arrêt TV2/Danmark e.a./Commission, point 34 supra, point 137, et la jurisprudence citée).
- 37 Il convient, par ailleurs, de rappeler que, conformément à l'article 6 du règlement n° 659/1999, lorsque la Commission décide d'ouvrir la procédure formelle d'examen, la décision d'ouverture peut se limiter à récapituler les éléments pertinents de fait et de droit, à inclure une évaluation provisoire de la mesure étatique en cause visant à déterminer si elle présente le caractère d'une aide et à exposer les raisons qui incitent à douter de sa compatibilité avec le marché commun (voir arrêt TV2/Danmark e.a./Commission, point 34 supra, point 138, et la jurisprudence citée).
- 38 La décision d'ouverture doit ainsi mettre les parties intéressées en mesure de participer de manière efficace à la procédure formelle d'examen lors de laquelle elles auront la possibilité de faire valoir leurs arguments. À cette fin, il suffit que les parties intéressées connaissent le raisonnement qui a amené la Commission à considérer provisoirement que la mesure en cause pouvait constituer une aide nouvelle incompatible avec le marché commun (voir arrêt TV2/Danmark e.a./Commission, point 34 supra, point 139, et la jurisprudence citée).
- 39 À la lumière de la jurisprudence qui précède et, dès lors, au regard de la position différente de l'État membre concerné et des intéressés s'agissant des droits de la défense dans le cadre d'une procédure formelle d'examen, il convient d'examiner l'argumentation des parties requérantes selon laquelle la décision attaquée s'écarterait de la décision d'ouverture au point que les droits de la défense du Royaume des Pays-Bas et les droits plus limités que NOS tire de sa qualité de personne intéressée ont été violés.
- 40 En premier lieu, s'agissant de l'argument selon lequel la Commission aurait examiné de manière plus approfondie la situation financière individuelle des radiodiffuseurs de service public dans la décision attaquée que dans la décision d'ouverture, il y a lieu de relever, d'abord, qu'il ressort de la décision d'ouverture, et notamment de son intitulé, qu'elle avait pour objet les mesures ad hoc concernant les radiodiffuseurs de service public néerlandais et la Nederlandse Omroepproductie Bedrijf (société néerlandaise de production pour la radiodiffusion, ci-après la « NOB »).

- 41 En outre, dès lors que la Commission ne disposait pas, au stade de la décision d'ouverture, d'informations précises sur une éventuelle surcompensation s'agissant de chacun des radiodiffuseurs de service public, mais qu'elle estimait qu'ils avaient dans leur ensemble bénéficié d'une surcompensation, la Commission ne pouvait qu'ouvrir la procédure formelle d'examen afin de vérifier ses doutes à cet égard. L'examen des éventuelles aides octroyées au système de radiodiffusion publique impliquait nécessairement un examen individuel de chacun des radiodiffuseurs de service public.
- 42 Il ne saurait donc être reproché à la Commission de ne pas avoir spécifié dans la décision d'ouverture qu'elle examinerait individuellement la situation financière de chaque radiodiffuseur de service public.
- 43 La NOS n'en connaissait pas moins le raisonnement qui a amené la Commission à considérer provisoirement que la mesure en cause pouvait constituer une aide nouvelle et a eu la possibilité de faire valoir ses arguments, au sens de la jurisprudence citée au point 38 ci-dessus.
- 44 Quant au Royaume des Pays-Bas, il convient de considérer, au regard des exigences posées par la jurisprudence en matière de respect des droits de la défense des États membres, que ses droits de la défense n'ont pas été violés à cet égard. En effet, contrairement à ce que le Royaume des Pays-Bas allègue, même à supposer que le champ de l'enquête ait été élargi, il a été en mesure de réagir à la fourniture de données individuelles et à la prise en compte, par la Commission, de celles-ci jusqu'en 2005. Il ressort en effet du dossier que la Commission lui a demandé des informations complémentaires concernant les réserves individuelles des différents radiodiffuseurs par lettre du 22 décembre 2005. Le Royaume des Pays-Bas y a répondu par lettre du 3 février 2006, celle-ci contenant 18 pages d'observations détaillées sur la lettre de la Commission du 22 décembre 2005. Ces informations ont fait l'objet d'une discussion entre la Commission et les autorités néerlandaises, le 14 février 2006. Dans leur lettre du 3 février 2006, ces dernières ont explicitement déclaré qu'elles relevaient avec satisfaction que l'examen de la Commission couvrirait également les années 2002 à 2005 incluses. La décision attaquée ayant été adoptée par la Commission le 22 juin 2006, les autorités néerlandaises ont été mises en mesure de commenter, et ont effectivement commenté, la prise en compte de ces données.
- 45 Partant, l'argumentation des parties requérantes à cet égard n'est pas fondée et le premier grief doit, dès lors, être rejeté.
- 46 En deuxième lieu, s'agissant de l'argument selon lequel, dans la décision d'ouverture, la méthode de calcul de la surcompensation et les chiffres retenus différaient de ceux utilisés dans la décision attaquée, il y a lieu de relever que la Commission s'était limitée à constater, au stade de la décision d'ouverture, que les sommes disponibles dans le Fonds Omroep Reserve (Fonds de réserves pour la radiodiffusion, ci-après le « FOR ») et dans les réserves de programmes des radiodiffuseurs de service public constituaient une indication de surfinancement des coûts nets de leur mission de service public et que, sur la base des chiffres agrégés arrêtés en 2001, un montant total de financements ad hoc de 110 millions d'euros n'était pas utilisé (considérant 105 de la décision d'ouverture).
- 47 Or, dans la décision attaquée, sur la base des chiffres individuels des radiodiffuseurs de service public pour la période allant de 1994 à 2005 qu'elle a obtenus au cours de la procédure formelle d'examen, la Commission constate deux éléments. D'une part, s'agissant des radiodiffuseurs de service public, le montant individuel de leurs réserves n'excède pas 10 % de leur budget annuel après le transfert d'une partie de leurs réserves au PO (considéphants 146 à 149 de la décision attaquée). D'autre part, concernant le PO, le montant total des aides qu'il a reçues, aides nouvelles et existantes confondues, et qu'il a mises en réserve pour la période allant de 1994 à 2005 atteint un montant de 98,365 millions d'euros, dont seulement un montant de 76,327 millions d'euros doit être récupéré dans le cadre de la procédure d'aides nouvelles, cette somme provenant du FOR à concurrence d'un montant de 33,870 millions d'euros et du transfert des réserves des radiodiffuseurs de service public en 2005 pour un montant de 42,457 millions d'euros (considéphants 153 à 154 de la décision attaquée).

- 48 La décision attaquée diffère donc de la décision d'ouverture en ce que la Commission a utilisé les chiffres définitifs et individualisés fournis par les autorités néerlandaises pour une période allant jusqu'en 2005, qu'elle a pris en compte le transfert de réserves des radiodiffuseurs de service public au PO intervenu en 2005 après l'adoption de la décision d'ouverture et qu'elle n'a pris en considération dans le calcul du montant de l'aide à récupérer que les sommes provenant de financements qu'elle considérait comme des aides nouvelles.
- 49 Toutefois, ces différences résultent de données fournies à la Commission et d'une opération intervenue postérieurement à la décision d'ouverture et dans le cadre de la procédure formelle d'examen, laquelle permet d'approfondir et d'éclaircir les questions soulevées dans la décision d'ouverture. La Commission ne pouvait donc pas en tenir compte dans la décision d'ouverture, mais devait prendre en considération ces éléments lors de l'adoption de la décision attaquée.
- 50 De plus, il résulte de l'article 7 du règlement n° 659/1999 que, à l'issue de la procédure formelle d'examen, l'analyse de la Commission peut avoir évolué, puisqu'elle peut décider finalement que la mesure ne constitue pas une aide ou que les doutes sur son incompatibilité ont été levés. Il s'ensuit que la décision finale peut présenter certaines divergences avec la décision d'ouverture, sans que celles-ci vicient pour autant la décision finale (arrêt du Tribunal du 4 mars 2009, Italie/Commission, T-424/05, non publié au Recueil, point 69).
- 51 Enfin, concernant plus particulièrement l'argumentation du Royaume des Pays-Bas à cet égard, il ressort de la lettre de la Commission du 22 décembre 2005 et de l'annexe 1 de ladite lettre lue en combinaison avec la communication sur la radiodiffusion que les autorités néerlandaises ont été en mesure à tout le moins dès cette date de comprendre la méthode qui serait utilisée par la Commission pour calculer la surcompensation. Les autorités néerlandaises ont donc pu faire valoir utilement leurs droits de la défense.
- 52 En conséquence, il y a lieu de rejeter le deuxième grief soulevé par les parties requérantes.
- 53 En troisième lieu, s'agissant de l'argument de la NOS selon lequel la Commission aurait dû se limiter, dans la décision attaquée, à examiner les financements ad hoc pour la période allant de 1992 à 2002 qu'elle aurait retenue dans la décision d'ouverture, il y a lieu d'observer, à titre liminaire, que, au considérant 140 de la décision attaquée, la Commission a expressément indiqué que celle-ci concernait les financements ad hoc effectués à compter de 1994 et couvrait la période allant jusqu'en 2005. Elle a également relevé que, d'une part, si la décision d'ouverture englobe la procédure à compter de 1992, ce n'était qu'à compter de 1994 que les radiodiffuseurs de service public avaient reçu un premier versement de financements ad hoc (considérant 10 de la décision attaquée) et, d'autre part, elle ne disposait de chiffres définitifs que jusqu'à l'année 2005, ce qui justifierait qu'elle n'ait pas pris en compte les chiffres fournis par le Royaume des Pays-Bas pour 2006 (considéphants 10 et 139 de la décision attaquée).
- 54 Or, il convient d'abord de relever que, au considérant 4 de la décision d'ouverture, la Commission a expressément indiqué que la procédure formelle d'examen portait sur la période débutant en 1992. La décision d'ouverture ne comportait donc pas de limitation dans le temps quant à la fin de la période concernée.
- 55 De plus, l'argument selon lequel la Commission n'a fait, dans la décision d'ouverture, que des constatations relatives à la période allant de 1992 à 2002 n'est pas fondé, puisqu'il ressort du considérant 47 de la décision d'ouverture que la Commission a pris en considération certains chiffres spécifiques pour la période allant de 2001 à 2006. À titre surabondant, un tel argument est, en outre, inopérant dès lors que la Commission n'a nullement exclu dans la décision d'ouverture que son examen puisse porter sur les années postérieures à 2002.
- 56 Il y a donc lieu de rejeter l'argument de la NOS tiré de l'élargissement de la période concernée dans la décision attaquée.
- 57 En quatrième lieu, concernant l'argument de la NOS selon lequel elle n'a pas eu l'occasion d'exposer sa position à la Commission lors d'une réunion, il convient, d'abord, de relever que la

NOS affirme que la Commission a approuvé le transfert des réserves de radiodiffuseurs de service public au PO « lors de la réunion du 28 juin 2005 entre les représentants de la NOS et le [membre de la Commission chargé des questions] de concurrence ». La NOS a donc participé à ladite réunion du 28 juin 2005 en plus de celle du 14 février 2006 dont elle affirme cependant qu'elle n'équivaut pas à une procédure contradictoire. À cet égard, il convient d'ajouter que, en tant que partie intéressée, la NOS ne saurait en tout état de cause se prévaloir des droits de la défense reconnus à l'État membre concerné (voir la jurisprudence citée au point 36 ci-dessus).

- 58 Ensuite, force est de constater que, comme le souligne la Commission, la NOS lui a envoyé une lettre le 21 avril 2004, dans laquelle elle affirme présenter en tant que « partie intéressée directe », et notamment au nom des radiodiffuseurs de service public, ses observations à la suite de la décision d'ouverture. La NOS a également adressé, par lettre du 8 mars 2005, une demande d'éclaircissements à la Commission.
- 59 En conséquence, outre le fait que la NOS était citée dans la décision d'ouverture, elle a été associée à la procédure, conformément à la jurisprudence citée au point 36 ci-dessus.
- 60 Enfin, pour autant que la NOS fait valoir que sa demande d'accès au dossier a été refusée, il suffit d'observer qu'elle n'apporte aucune preuve à l'appui d'une telle demande ni d'un tel refus.
- 61 La Commission n'a dès lors pas violé l'article 88, paragraphe 2, CE ni les droits de la défense du Royaume des Pays-Bas et les droits plus limités que tire la NOS de sa qualité de partie intéressée, de sorte qu'il y a lieu de rejeter le premier moyen du Royaume des Pays-Bas et le sixième moyen de la NOS.

*Sur la qualification erronée d'aides d'État des financements ad hoc*

- 62 La NOS conteste à différents égards et dans plusieurs moyens, dont il y a lieu de regrouper l'examen, l'évaluation des financements ad hoc au regard des règles en matière d'aides d'État, effectuée par la Commission dans la décision attaquée. Dans son quatrième moyen, la NOS invoque, dans une première branche, la qualification erronée de ressources d'État des revenus du Coproductiefonds Binnenlandse Omroep (fonds de coproduction, ci-après le « CoBo »), dans une deuxième branche, le défaut de qualité d'entreprise de la NOS dans ses fonctions de PO et, dans une troisième branche, l'absence de distorsion de concurrence ainsi qu'un défaut de motivation à cet égard. Dans son deuxième moyen, la NOS conteste l'interprétation et l'application de l'arrêt Altmark, point 13 supra, que fait la Commission dans le cadre de l'examen de l'avantage économique des financements ad hoc et fait également valoir un défaut de motivation à cet égard.

Sur la qualification erronée de ressources d'État des revenus du CoBo provenant des droits d'auteur

– Arguments des parties

- 63 Selon la NOS, le versement de droits d'auteur par les câblo-opérateurs belges et allemands constitue une source de financement indépendante de la mission de service public. La NOS affirme que, en droit néerlandais, la participation de la radiodiffusion publique à la transmission par câble de ses programmes à l'étranger est considérée comme une activité annexe. Les montants versés seraient de manière évidente des fonds d'origine privée et non des ressources d'État au sens de l'article 87, paragraphe 1, CE.
- 64 La NOS allègue que les sommes versées au titre de droits d'auteur par les câblo-opérateurs étrangers sont déposées par ses soins au CoBo, lequel est géré par les radiodiffuseurs publics. Le fait que les autorités soumettent à certaines conditions l'emploi de ces fonds ne changerait rien au caractère privé de leur provenance.

65 La Commission considère que ce grief est inopérant, puisque le PO n'a reçu aucun financement provenant du CoBo. Par ailleurs, elle conteste le caractère privé des fonds du CoBo.

– Appréciation du Tribunal

66 La NOS ayant précisé à l'audience, en réponse à une question posée par le Tribunal, que ses conclusions en annulation ne visaient pas l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 3, de la décision attaquée, force est de constater que la première branche de son quatrième moyen est inopérante.

67 En effet, la NOS demande l'annulation de l'article 1<sup>er</sup>, paragraphes 1 et 2, de la décision attaquée, déclarant l'aide d'État accordée à la NOS dans ses fonctions de PO incompatible avec le marché commun et en ordonnant la récupération auprès de celle-ci. Or, il ressort du considérant 45 de la décision attaquée et du tableau figurant au considérant 152 de celle-ci que le PO n'a reçu aucun versement du CoBo. Les fonds du CoBo n'entrent donc pas en ligne de compte dans l'aide d'État qu'aurait perçue le PO et dont la récupération est ordonnée.

68 Il y a, dès lors, lieu de rejeter la première branche du quatrième moyen invoqué par la NOS.

Sur le défaut de qualité d'entreprise de la NOS dans ses fonctions de PO

– Arguments des parties

69 Tout en reconnaissant avoir la qualité d'entreprise dans le cadre de ses activités liées aux programmes de radiodiffusion, la NOS soutient qu'elle ne constitue pas une entreprise au sens de l'article 87, paragraphe 1, CE dans le cadre de l'accomplissement de ses activités de gestionnaire et de coordinateur du système de radiodiffusion publique. La distinction entre ces deux types d'activités ressortirait clairement de l'article 16 de la Mediawet et de l'existence d'une comptabilité séparée pour chacun.

70 Ainsi, la décision attaquée serait viciée, dès lors que la Commission aurait manqué de procéder à un examen suffisant des faits, qu'elle aurait qualifié à tort la NOS d'entreprise, qu'elle aurait interprété de manière erronée les articles 87 CE et 88 CE et qu'elle aurait motivé de manière insuffisante son appréciation selon laquelle la NOS aurait bénéficié en tant qu'entreprise d'une surcompensation. Selon la NOS, ses activités de gestionnaire et de coordinateur du système de radiodiffusion publique ne sont pas des activités commerciales se déroulant sur un marché. À cet égard, la NOS renvoie à la décision de l'autorité néerlandaise de concurrence, du 29 septembre 2005, dans l'affaire 5059/NOS-NOB, dans laquelle ladite autorité aurait considéré que les activités de radiodiffuseur de la NOS constituaient des activités commerciales, mais que la NOS n'avait pas la qualité d'entreprise dans l'exercice des missions d'intérêt général que la loi lui assigne.

71 La NOS fait observer que, comme il ressort de la jurisprudence, les institutions publiques ou les entités qui leur sont liées peuvent être des entreprises au sens de l'article 87, paragraphe 1, CE pour autant qu'elles se livrent à des activités commerciales, mais elles ne le seraient pas pour leurs activités liées à l'exécution de leurs missions assignées par la loi.

72 Ce ne serait donc pas en tant qu'entreprise que la NOS aurait reçu le montant de 33,8 millions d'euros de financements ad hoc, car ces paiements concerneraient les missions qu'elle doit accomplir conformément à la Mediawet. La NOS pourrait ainsi être considérée, à cet égard, comme une association d'entreprises au sens de l'article 81, paragraphe 1, CE, mais cela ne suffirait toutefois pas à lui conférer la qualité d'entreprise.

73 En raison de leur transfert au PO, les réserves constituées par les radiodiffuseurs de service public auraient perdu leur caractère d'aide d'État favorisant une entreprise. La NOS aurait reçu ces sommes en tant que gestionnaire des activités de service public et pourrait en disposer conformément à la loi.

- 74 Par ailleurs, la NOS soutient qu'aucune des tâches énumérées par la Commission dans ses écritures en relation avec ses activités de gestion et de coordination du système de radiodiffusion publique n'implique qu'elle doit être considérée comme une entreprise fournissant des biens ou des services sur un marché. À cet égard, conformément à la jurisprudence, la Commission aurait dû examiner quelles étaient les activités dont elle tirait des revenus, ainsi que la nature de ceux-ci.
- 75 Tout d'abord, lors de la vente de droits sur les programmes à des câblo-opérateurs étrangers ou en rapport avec la distribution par satellite, la NOS n'agirait pas comme une entité indépendante, mais elle constituerait un intermédiaire administratif défendant les intérêts des tiers que sont les organisations de radiodiffusion de service public.
- 76 Ensuite, la perception d'intérêts, de revenus locatifs ainsi que de dividendes serait liée à la gestion financière de la NOS, au même titre que toute autre institution publique.
- 77 Enfin, les activités de retransmission de la NOS ne seraient pas liées à ses activités de gestion et de coordination de la radiodiffusion de service public.
- 78 La Commission conteste l'argumentation de la NOS.

– Appréciation du Tribunal

- 79 À titre liminaire, il y a lieu de rappeler que l'obligation de motivation constitue une formalité substantielle qui doit être distinguée de la question du bien-fondé des motifs, cette dernière question relevant de la légalité au fond de l'acte litigieux (voir arrêt du Tribunal du 18 janvier 2005, Confédération nationale du Crédit mutuel/Commission, T-93/02, Rec. p. II-143, point 67, et la jurisprudence citée).
- 80 La motivation exigée par l'article 253 CE doit être adaptée à la nature de l'acte en cause et doit faire apparaître, de façon claire et non équivoque, le raisonnement de l'institution, auteur de l'acte, de manière à permettre aux intéressés de connaître les justifications de la mesure prise et à la juridiction compétente d'exercer son contrôle. L'exigence de motivation doit être appréciée en fonction des circonstances de l'espèce, notamment du contenu de l'acte, de la nature des motifs invoqués et de l'intérêt que les destinataires ou d'autres personnes concernées directement et individuellement par l'acte peuvent avoir à recevoir des explications. Il n'est pas exigé que la motivation spécifie tous les éléments de fait et de droit pertinents, dans la mesure où la question de savoir si la motivation d'un acte satisfait aux exigences de l'article 253 CE doit être appréciée au regard non seulement de son libellé, mais aussi de son contexte ainsi que de l'ensemble des règles juridiques régissant la matière concernée (arrêt de la Cour du 2 avril 1998, Commission/Sytraval et Brink's France, C-367/95 P, Rec. p. I-1719, point 63, et arrêt TV 2/Danmark e.a./Commission, point 34 supra, point 178).
- 81 Aux termes de son intitulé, la décision attaquée porte sur le financement ad hoc des radiodiffuseurs de service public néerlandais, dont la qualité d'entreprises n'est pas contestée. Dans le point 2 de la décision attaquée, la Commission a décrit de façon détaillée l'ensemble du système de radiodiffusion publique en commençant par ses acteurs. Elle a inclus dans cette description la NOS, à la fois en tant que NOS RTV et PO (voir point 11 ci-dessus).
- 82 La Commission a examiné les sources de financement de ces acteurs, y compris celles de la NOS dans sa double fonction (considérant 14 de la décision attaquée), et a constaté qu'ils percevaient à titre principal des financements annuels provenant de l'État, étaient autorisés à constituer des réserves et avaient en outre reçu des financements ad hoc à partir de 1994 (considérant 33 de la décision attaquée).
- 83 Dans sa description des financements ad hoc, sous le point 2.3.3 de la décision attaquée, la Commission a examiné les financements provenant du FOR (considéranants 39 à 42 de la décision attaquée). Elle y a exposé que ce fonds était destiné à financer certaines initiatives du PO et à lui permettre de renforcer la qualité, d'améliorer la programmation et de réaliser des

investissements en matière de radiodiffusion publique. La Commission a précisé que, en 2005, le système de radiodiffusion publique avait reçu un montant de 191,2 millions d'euros du FOR dont 157,4 millions d'euros avaient été transférés aux radiodiffuseurs de service public et 33,8 millions d'euros au PO (considérant 42 de la décision attaquée).

- 84 La Commission a ensuite évalué, au regard des règles en matière d'aides d'État, ces financements ad hoc, y compris ceux versés du FOR au PO. En effet, le montant de 191,2 millions, rappelé au considérant 87 de la décision attaquée, inclut le montant de 33,8 millions versé au PO (voir point 83 ci-dessus).
- 85 La Commission a vérifié, notamment par rapport à ces financements provenant du FOR, l'existence de ressources d'État (point 6.1 de la décision attaquée) et d'un avantage économique (point 6.2 de la décision attaquée). Ensuite, elle a examiné les critères de distorsion de concurrence (point 6.3 de la décision attaquée) et d'influence sur les échanges entre États membres (point 6.4 de la décision attaquée), et ce toujours au regard des acteurs du système de radiodiffusion publique. La Commission a conclu, au considérant 105 de la décision attaquée, à la présence, s'agissant des financements ad hoc, d'une aide d'État en faveur des radiodiffuseurs de service public, y compris donc la NOS.
- 86 Les radiodiffuseurs de service public étant, selon la Commission et, par ailleurs, selon les autorités néerlandaises (voir, s'agissant de ces dernières, considérant 76 de la décision attaquée), chargés d'une mission de service public, la compatibilité de ces financements ad hoc au regard de l'article 86, paragraphe 2, CE a ensuite été examinée dans le point 8 de la décision attaquée.
- 87 Dans le cadre de l'appréciation de la compensation reçue par les différents radiodiffuseurs de service public, la Commission a constaté que quatorze d'entre eux avaient bénéficié de compensations excessives au cours de la période allant de 1994 à 2005, lesquelles ont en général alimenté les réserves de programmes (considéranants 141 et 146 de la décision attaquée).
- 88 Dans ce cadre et à ce stade de l'examen, la Commission a relevé que, en 2005, une partie de ces réserves avait été transférée au PO, ce qui avait réduit la compensation globale des différents radiodiffuseurs de service public tout en renforçant la compensation excessive du PO (considérant 146 de la décision attaquée). Celle-ci est calculée par la Commission sur la base des comptes séparés du PO. En effet, la Commission a indiqué que, même si NOS RTV et le PO faisaient partie d'une même entité juridique et présentaient des comptes consolidés, ils n'avaient en aucun cas accès aux fonds l'un de l'autre (considérant 151 de la décision attaquée).
- 89 Il ressort du tableau 4 figurant au considérant 152 de la décision attaquée que les financements ad hoc du PO dont la restitution est demandée sont les financements provenant du FOR, pris en compte dans le cadre de l'examen de la qualification d'aide d'État (voir points 83 à 85 ci-dessus) et le transfert de réserves (voir point 87 ci-dessus), également inclus dans les financements ad hoc (considérant 146 de la décision attaquée).
- 90 Contrairement à ce qu'allègue la NOS, la Commission a donc procédé à un examen suffisant des faits et a motivé à suffisance de droit ses conclusions sur l'existence de financements ad hoc constituant une aide d'État au profit des radiodiffuseurs de service public, dont la NOS, et d'une surcompensation de sa mission de service public uniquement s'agissant de la NOS, dans ses fonctions de PO, devant donc être récupérée auprès de celle-ci (article 1<sup>er</sup>, paragraphes 1 et 2, de la décision attaquée dans la version linguistique faisant foi).
- 91 En ce qui concerne le bien-fondé de la motivation, c'est à tort que la NOS fait valoir qu'elle ne constitue pas une entreprise dans ses fonctions de PO.
- 92 Selon une jurisprudence constante, dans le contexte du droit de la concurrence, la notion d'entreprise comprend toute entité exerçant une activité économique, indépendamment du

statut juridique de cette entité et de son mode de financement. À cet égard, il ressort d'une jurisprudence également constante que constitue une activité économique toute activité consistant à offrir des biens ou des services sur un marché donné (voir arrêt de la Cour du 12 septembre 2000, Pavlov e.a., C-180/98 à C-184/98, Rec. p. I-6451, points 74 et 75, et la jurisprudence citée).

- 93 Il convient également de rappeler que, selon la jurisprudence de la Cour, ne présentent pas de caractère économique, justifiant l'application des règles de concurrence du traité, les activités qui se rattachent à l'exercice de prérogatives de puissance publique (voir, en ce sens, arrêts de la Cour du 19 janvier 1994, SAT Fluggesellschaft, C-364/92, Rec. p. I-43, point 30, et du 26 mars 2009, Selex Sistemi Integrati/Commission et Eurocontrol, C-113/07 P, Rec. p. I-2207, point 70).
- 94 La Cour a également déjà jugé que le fait qu'une entité s'est vu confier certaines missions d'intérêt général ne saurait empêcher que les activités en cause soient considérées comme des activités économiques (voir, en ce sens, arrêts de la Cour du 25 octobre 2001, Ambulanz Glöckner, C-475/99, Rec. p. I-8089, point 21, et du 23 mars 2006, Enirisorse, C-237/04, Rec. p. I-2843, point 34).
- 95 Pour déterminer si, en l'espèce, les activités de la NOS sont celles d'une entreprise au sens du traité, il faut rechercher quelle est la nature de ces activités (voir, en ce sens, arrêt SAT Fluggesellschaft, point 93 supra, point 19).
- 96 Ainsi que le Tribunal l'a déjà relevé aux points 11 et 81 ci-dessus, la NOS a d'abord un rôle de radiodiffuseur public, pour lequel il n'est pas contesté qu'elle constitue une entreprise, même si elle est chargée d'une mission de service public.
- 97 Le second rôle de la NOS est rempli par son conseil d'administration, le PO. Par l'entremise de celui-ci, la NOS est notamment chargée d'encourager la coopération entre les radiodiffuseurs publics, de coordonner les trois chaînes de télévision publique et de faire un rapport deux fois par an à l'autorité des médias sur les activités des radiodiffuseurs publics (considérant 13 de la décision attaquée et article 16 de la Mediawet). Le Royaume des Pays-Bas a par ailleurs indiqué à l'audience que le PO ne devait pas être vu comme une entité indépendante des radiodiffuseurs publics. Le PO gère et coordonne l'ensemble du système et, pour examiner le mode de financement, il est nécessaire de prendre en considération le système de radiodiffusion publique dans son ensemble, dont fait partie le PO.
- 98 Or, premièrement, dans l'exercice de cette fonction de coordination et de gestion des radiodiffuseurs publics, la NOS ne saurait être assimilée à une autorité publique agissant dans l'exercice de la puissance publique.
- 99 En effet, d'une part, une telle activité de coordination et de gestion n'implique pas l'exercice de la puissance publique. La NOS ne fournit du reste aucun élément de nature à établir que le PO exerce des activités de puissance publique. Par ailleurs, conformément à la jurisprudence citée au point 94 ci-dessus, le seul fait que la NOS se soit vu confier certaines missions d'intérêt général ne saurait empêcher que les activités en cause soient considérées comme des activités économiques. La NOS ne démontre pas davantage le caractère non économique de ses missions d'intérêt général.
- 100 D'autre part, cette activité de coordination et de gestion confiée à la NOS est limitée aux radiodiffuseurs publics et se rattache à leur activité économique d'offre et de diffusion de programmes de télévision, alors même que plusieurs radiodiffuseurs commerciaux opèrent au niveau national (considérant 18 de la décision attaquée).
- 101 Comme le fait valoir la Commission dans sa réponse aux questions écrites posées par le Tribunal, les activités de coordination exercées par la NOS, par l'intermédiaire du PO, ne sont pas différentes de celles exercées par une entreprise commerciale à l'égard de ses chaînes commerciales. L'existence de plusieurs radiodiffuseurs publics rend nécessaire une

coordination à un niveau central. La NOS accomplit donc des missions qui, sans cela, devraient être accomplies par les entreprises concernées elles-mêmes ou que ces dernières devraient à tout le moins organiser ou payer.

- 102 Deuxièmement, il ressort du tableau 4 figurant au considérant 152 de la décision attaquée que le PO a également des revenus provenant d'activités commerciales, ayant atteint le montant total non négligeable de 133,7 millions d'euros au cours de la période visée. Il résulte de la lettre du 24 février 2006 adressée à la Commission par les autorités néerlandaises que le PO tire des revenus, notamment, de la vente de droits de diffusion aux câblo-opérateurs belges et allemands, de la diffusion par satellite, de différentes formes de promotion ainsi que de la fourniture de services aux radiodiffuseurs ou à des tiers et qu'il perçoit notamment des intérêts, des loyers, des dividendes et des commissions de gestion.
- 103 La NOS ne conteste pas l'existence de ces revenus, mais considère qu'elle n'agit que comme un intermédiaire administratif, notamment pour la vente de droits sur les programmes à des câblo-opérateurs belges et allemands. À cet égard, en premier lieu, la qualité d'intermédiaire en laquelle la NOS exercerait cette activité de vente de droits ne saurait faire perdre à cette dernière sa nature économique (voir la jurisprudence citée au point 92 ci-dessus). En second lieu, l'activité d'intermédiaire d'opérateurs économiques elle-même constitue une activité économique.
- 104 Enfin, contrairement aux allégations de la NOS, dans sa décision du 29 septembre 2005 l'autorité néerlandaise de la concurrence ne s'est pas prononcée sur la qualité d'entreprise de la NOS dans l'exercice de ses missions d'intérêt général. Après avoir rappelé la qualité d'entreprise exerçant des activités économiques de la NOS, elle a considéré que la redevance perçue par la NOS pour ses activités de radiodiffusion (NOS RTV) pouvait être considérée comme du chiffre d'affaires.
- 105 En conséquence, même prise séparément, l'activité de la NOS dans ses fonctions de PO constitue une activité économique au sens de la jurisprudence précitée. Dès lors, c'est à bon droit que la Commission a considéré la NOS comme une entreprise dans la décision attaquée, notamment aux fins de l'application des règles en matière d'aides d'État (article 87 CE), bien qu'elle exerce sa double fonction dans le cadre d'une mission de service public.
- 106 Aucun des arguments avancés par la NOS n'étant fondé, il y a lieu de rejeter la deuxième branche de son quatrième moyen.

Sur l'absence de distorsion de concurrence et un défaut de motivation à cet égard

– Arguments des parties

- 107 La NOS soutient que l'appréciation de la Commission selon laquelle les financements ad hoc peuvent fausser la concurrence est insuffisamment motivée, partiellement erronée, et en contradiction avec d'autres constatations de la Commission dans la décision attaquée.
- 108 En premier lieu, dans sa requête, la NOS fait valoir, à cet égard, que la motivation de la décision attaquée est circulaire. De plus, la Commission laisserait entendre à tort que, dès lors qu'il existe une aide d'État, le fait que la concurrence soit faussée est automatiquement établi. Enfin, la Commission aurait manqué d'indiquer, conformément à la jurisprudence, la manière dont les mesures en cause pourraient fausser la concurrence.
- 109 Par ailleurs, la NOS fait valoir que la Commission a considéré à tort que la concurrence en l'espèce avait été faussée. L'existence d'une surcompensation ne signifierait pas en l'espèce que les sommes excédentaires reçues auraient pu être consacrées à d'autres fins que celles de l'accomplissement de sa mission de service public et auraient ainsi faussé la concurrence sur d'autres marchés. La Commission aurait dû, en conséquence, établir si, et dans quelle mesure, du fait de la constitution de réserves, la concurrence avait été faussée sur le marché.

- 110 Enfin, l'appréciation de la Commission selon laquelle il existerait une distorsion de concurrence serait en contradiction avec l'affirmation, aux considérants 155 et suivants de la décision attaquée, selon laquelle il n'existerait pas de comportements anticoncurrentiels sur les trois marchés importants sur lesquels les radiodiffuseurs publics et les radiodiffuseurs privés sont en concurrence.
- 111 En second lieu, dans son mémoire en réplique, la NOS fait valoir que, comme la Commission le relève dans ses écritures, il convient de tenir compte, afin de déterminer si une aide est existante ou nouvelle, de la base juridique de la mesure, des éventuelles modifications de la mesure et si ces modifications transforment la mesure initiale en une nouvelle mesure. Or, la Commission n'aurait pas appliqué correctement ces trois critères.
- 112 La Commission conteste l'argumentation de la NOS. Elle fait, en outre, observer que l'argumentation développée par la NOS dans son mémoire en réplique est sans rapport avec l'intitulé de la troisième branche du quatrième moyen et l'argumentation présentée dans ce cadre dans la requête.

– Appréciation du Tribunal

- 113 À titre liminaire, il convient de relever que l'argumentation que la NOS développe dans son mémoire en réplique, dans le cadre de cette troisième branche de son quatrième moyen, concerne la qualification d'aide nouvelle, objet de son premier moyen, et ne saurait être qualifiée de moyen autonome par rapport à ce dernier. Cette argumentation est sans rapport avec celle qu'elle a exposée dans sa requête et avec l'intitulé de cette branche. Dès lors, il y a lieu de limiter l'examen de ladite branche du quatrième moyen avancé par la NOS à l'absence prétendue de distorsion de concurrence et au défaut de motivation de la décision attaquée à cet égard et de renvoyer pour le surplus aux points 159 à 198 ci-après (voir, en particulier, points 176 à 180 ci-après s'agissant de la distinction entre aide existante et aide nouvelle et points 182 à 188 ci-après s'agissant des éléments caractérisant l'aide nouvelle en l'espèce).
- 114 Concernant le défaut de motivation invoqué, dans la description détaillée du système de radiodiffusion publique, la Commission expose, au considérant 18 de la décision attaquée, que, outre les radiodiffuseurs de service public, plusieurs radiodiffuseurs commerciaux opèrent au niveau national. Ce sont du reste ces derniers qui ont adressé des plaintes à la Commission, alléguant que le système de financement public des radiodiffuseurs de service public néerlandais constituait une aide d'État illégale au sens de l'article 87, paragraphe 1, CE (considérant 1 de la décision attaquée).
- 115 La décision attaquée contient un point 6.3 intitulé « Distorsion de concurrence », dont l'unique considérant est ainsi libellé :
- « Aucune autre entreprise dans une situation comparable ne bénéficie du même avantage que celui accordé aux radiodiffuseurs de service public néerlandais par le financement ad hoc, les transferts au CoBo et la mise à disposition de services techniques gratuits. Étant donné que la concurrence est faussée à chaque fois qu'une aide d'État renforce la position de l'entreprise bénéficiaire par rapport à ses concurrents, cet avantage est de nature à fausser la concurrence entre les radiodiffuseurs de service public et les autres entreprises. »
- 116 Dans le point 6.4 de la décision attaquée, la Commission a ensuite examiné l'influence des financements ad hoc sur les échanges entre les États membres. Après avoir renvoyé à la jurisprudence applicable et à la communication sur la radiodiffusion, la Commission a exposé, au considérant 103 de la décision attaquée, ce qui suit :
- « En l'espèce, les radiodiffuseurs publics néerlandais sont eux-mêmes présents sur le marché international : par l'intermédiaire de l'Union européenne de radio-télévision, ils échangent des programmes télévisés et participent au système Eurovision. De plus, leurs programmes sont diffusés en Belgique et en Allemagne. En outre, les radiodiffuseurs publics néerlandais sont en concurrence directe avec les radiodiffuseurs commerciaux présents sur le marché international de la radiodiffusion et ayant une structure de propriété internationale. »

- 117 Force est donc de constater que, contrairement à ce qu'allègue la NOS, la décision attaquée contient sur ce point une motivation qui permet à la NOS de comprendre le raisonnement de la Commission et d'assurer sa défense ainsi qu'au Tribunal d'exercer son contrôle (voir la jurisprudence citée au point 80 ci-dessus). C'est par rapport à leurs concurrents, c'est-à-dire aux radiodiffuseurs commerciaux, que se situe, selon la Commission, l'avantage de nature à fausser la concurrence accordé aux radiodiffuseurs de service public, dont la NOS, y compris dans ses fonctions de PO.
- 118 Dans la mesure où la NOS conteste, par ailleurs, le bien-fondé d'une telle motivation (voir la jurisprudence citée au point 79 ci-dessus), en invoquant l'absence de distorsion de concurrence en l'espèce, il convient de rappeler, en premier lieu, que l'article 87, paragraphe 1, CE interdit les aides accordées par les États qui faussent « ou qui menacent de fausser la concurrence » en favorisant certaines entreprises. Le risque ou la menace de fausser la concurrence suffit dès lors. La Commission n'est pas tenue de faire la démonstration de l'effet réel d'aides déjà accordées (voir, en ce sens, arrêt de la Cour du 23 février 2006, *Atzeni e.a.*, C-346/03 et C-529/03, Rec. p. I-1875, point 74). En l'espèce, la Commission ne devait donc pas démontrer que les bénéficiaires des mesures en cause, à savoir les radiodiffuseurs de service public, y compris la NOS dans sa double fonction, ont utilisé les fonds perçus à d'autres fins en faussant la concurrence.
- 119 En second lieu, selon une jurisprudence constante, les aides qui visent à libérer une entreprise des coûts qu'elle aurait dû normalement supporter dans le cadre de sa gestion courante ou de ses activités normales faussent en principe les conditions de concurrence (voir arrêts du Tribunal du 8 juin 1995, *Siemens/Commission*, T-459/93, Rec. p. II-1675, points 48 et 77, et la jurisprudence citée ; du 30 avril 1998, *Vlaamse Gewest/Commission*, T-214/95, Rec. p. II-717, point 43, et du 23 novembre 2006, *Ter Lembeek/Commission*, T-217/02, Rec. p. II-4483, point 177).
- 120 Or, le financement accordé à la NOS, que ce soit en tant que PO ou en tant que NOS RTV, la libère de certaines charges d'exploitation qu'elle aurait normalement dû supporter, comme l'expose la Commission au considérant 93 de la décision attaquée. Le fait qu'elle soit chargée d'une mission de service public et exerce ses fonctions conformément aux dispositions qui régissent cette mission ne saurait écarter en soi le risque de distorsion de concurrence par rapport aux autres entreprises, sauf à vider de tout effet utile les articles 86 CE à 88 CE, comme le soutient la Commission. En application de l'article 86, paragraphe 2, CE, les entreprises chargées d'une mission de service public sont soumises aux règles du traité, notamment aux règles de concurrence. La mission de service public peut en effet faire l'objet d'une compensation excessive par l'État membre concerné, qui, dès lors qu'elle est établie, entraîne en elle-même un risque de distorsion sur un marché le quel, comme celui de la radiodiffusion, est ouvert à la concurrence.
- 121 Par ailleurs, s'agissant de l'argument selon lequel la constatation d'une distorsion de concurrence au considérant 100 de la décision attaquée serait contradictoire avec les conclusions de la Commission sur l'absence de comportements anticoncurrentiels, il convient de souligner que l'analyse de l'effet sur la concurrence (point 6.3 de la décision attaquée) se situe dans le cadre de l'examen de l'existence d'une aide au sens de l'article 87, paragraphe 1, CE (point 6 de la décision attaquée). En revanche, le comportement anticoncurrentiel des radiodiffuseurs de service public fait l'objet du point 8.5 de la décision attaquée dans le cadre de l'examen de la compatibilité des mesures en cause au regard de l'article 86, paragraphe 2, CE.
- 122 Or, il apparaît clairement que la jurisprudence opère une distinction entre la question de la qualification d'une mesure d'aide d'État et celle de sa compatibilité avec le marché commun (arrêt du Tribunal du 11 mars 2009, *TF1/Commission*, T-354/05, Rec. p. II-471, point 134). C'est donc à bon droit que, dans la décision attaquée, la Commission a vérifié, dans un premier temps, si les conditions posées par l'article 87, paragraphe 1, CE pour que la mesure en cause puisse être qualifiée d'aide d'État étaient remplies en l'espèce, y compris donc sa capacité à fausser la concurrence, et a examiné, dans un second temps, si la dérogation prévue par l'article 86, paragraphe 2, CE était applicable en l'espèce. Dans ce dernier cadre, et

conformément au protocole d'Amsterdam, il y a lieu de vérifier notamment si les radiodiffuseurs de service public ont un comportement anticoncurrentiel sur les marchés commerciaux, qui n'est pas nécessaire à l'accomplissement de leur mission de service public (voir, à cet égard, points 211 à 218 ci-après).

123 L'absence d'identification de pratiques anticoncurrentielles précises dans le cadre de l'examen de la proportionnalité de cette compensation n'est donc pas contradictoire avec les constatations de la Commission en matière de distorsion de concurrence aux fins de la qualification d'aides d'État des financements ad hoc. En effet, il n'en demeure pas moins que ces financements sont susceptibles de fausser la concurrence au sens de l'article 87 CE, comme l'expose la Commission au considérant 100 de la décision attaquée.

124 Il y a donc lieu de rejeter la troisième branche du quatrième moyen invoqué par la NOS.

Sur l'interprétation et l'application erronées de l'arrêt Altmark, point 13 supra, et la motivation insuffisante de la décision attaquée à cet égard

– Arguments des parties

125 La NOS fait valoir, en substance, que l'appréciation de la Commission selon laquelle les financements ad hoc constituent une aide nouvelle repose sur une interprétation et une application erronées de l'arrêt Altmark, point 13 supra, ainsi que sur une motivation insuffisante.

126 En premier lieu, la NOS soutient que la Commission a considéré à tort que l'arrêt Altmark, point 13 supra, s'appliquait au cas d'espèce.

127 En effet, l'arrêt Altmark, point 13 supra, définirait les conditions permettant à un juge national de déterminer si une aide aurait dû ou non être notifiée à la Commission, mais ne serait pas le cadre juridique approprié pour déterminer si une mesure constitue ou non une aide d'État, qui serait une question purement matérielle.

128 De plus, l'arrêt Altmark, point 13 supra, poserait avant tout des conditions d'ordre procédural. Ainsi, concernant la condition selon laquelle la compensation de coûts de service public doit être préalablement déterminée au moyen de critères fixes, il pourrait néanmoins s'avérer qu'une mesure ne remplissant pas cette condition ne constitue pas pour autant une aide d'État si la compensation accordée ne dépasse pas les coûts de service public. De même, comme il ressortirait de la communication 97/C 209/03 de la Commission concernant les éléments d'aide d'État contenus dans des ventes de terrains et de bâtiments par les pouvoirs publics (JO 1997, C 209, p. 3), la condition que la vente ait été faite par un mécanisme adjudicataire ne serait que de nature purement procédurale.

129 Par ailleurs, l'arrêt Altmark, point 13 supra, traiterait de situations dans lesquelles un opérateur privé assume de temps à autre des obligations de service public, ces obligations présentant un caractère limité et étant « remises » sur le marché avec une certaine régularité. Or, en l'espèce, le système néerlandais de radiodiffusion de service public serait différent dans la mesure où il s'agirait d'un système de financement permanent. Il ne saurait donc être question d'adjudication ou de comparaison avec un opérateur commercial efficace.

130 En deuxième lieu, la NOS fait valoir que c'est à la lumière du protocole d'Amsterdam, qui est une source du droit primaire, que la Commission aurait dû apprécier, à titre préalable, l'existence d'une aide d'État. En vertu dudit protocole, il ne pourrait exister d'aide d'État qu'en présence d'une surcompensation affectant la concurrence dans une mesure contraire à l'intérêt communautaire. En conséquence, les financements ad hoc reçus par la NOS ne pourraient être considérés comme des aides d'État et la Commission aurait ainsi fait une interprétation erronée des articles 87 CE et 88 CE.

131 Il ne pourrait exister d'aide d'État en l'absence d'un avantage, indépendamment de la question de savoir si les conditions posées dans l'arrêt Altmark, point 13 supra, sont ou non remplies,

comme il ressortirait de la décision 2005/842/CE de la Commission, du 28 novembre 2005, concernant l'application des dispositions de l'article 86, paragraphe 2, [CE] aux aides d'État sous forme de compensations de service public octroyées à certaines entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général (JO L 312, p. 67).

132 Enfin, la NOS souligne que la Commission conclut à tort, en se référant à l'arrêt Altmark, point 13 supra, que la fourniture de services techniques par la NOB au profit des radiodiffuseurs de service public constitue une aide d'État alors que la NOB bénéficie d'une compensation accordée par l'État pour ladite fourniture de services, cette compensation étant supportée par les moyens que l'État met à la disposition de la NOS.

133 En troisième lieu, la NOS soutient que la Commission n'a pas motivé à suffisance son appréciation, au considérant 96 de la décision attaquée, selon laquelle les financements provenant du FOR, des fonds d'appoint et du CoBo ne sont pas fondés sur des objectifs fixés à l'avance et des critères transparents.

134 La Commission conteste l'argumentation de la NOS, tout en précisant ne pas bien comprendre l'objet du moyen en raison du manque de clarté des arguments soulevés.

– Appréciation du Tribunal

135 À titre liminaire, il y a lieu de rejeter comme inopérant l'argument de la NOS relatif à la fourniture de services techniques par la NOB aux radiodiffuseurs de service public. En effet, il résulte du considérant 137 de la décision attaquée que la Commission a considéré qu'il n'était pas nécessaire d'inclure cette mesure dans ses calculs. Elle n'entre donc pas en ligne de compte dans l'évaluation de la surcompensation s'agissant des radiodiffuseurs de service public et a fortiori pas davantage dans le montant de la surcompensation reçue par le PO, seule visée par l'annulation demandée.

136 S'agissant, en premier lieu, de la motivation de la décision attaquée relativement à l'arrêt Altmark, point 13 supra, la Commission expose, au considérant 93 de ladite décision, que les financements ad hoc apportent un avantage économique aux radiodiffuseurs de service public néerlandais, dans le sens où ces mesures les libèrent des charges d'exploitation qu'ils auraient normalement à supporter.

137 Ensuite, dans le point 6.2.1 de la décision attaquée, intitulé « Applicabilité de l'arrêt Altmark », la Commission répond à l'argument des autorités néerlandaises et des radiodiffuseurs, selon lequel les financements ad hoc constitueraient pour ceux-ci une compensation des dépenses nettes engagées pour exécuter leur mission de service public. Il est indiqué dans la dernière phrase du considérant 94 de la décision attaquée que cela signifierait que les financements ad hoc ne constituent pas un avantage pour les radiodiffuseurs de service public, ni une aide conforme aux conditions énoncées dans l'arrêt Altmark, point 13 supra.

138 La Commission énumère alors, au considérant 95 de la décision attaquée, les conditions qui doivent être remplies selon l'arrêt Altmark, point 13 supra, pour que les mesures d'État qui compensent le coût net supplémentaire d'un service d'intérêt économique général (SIEG) ne constituent pas une aide d'État.

139 Enfin, aux considérants 96 à 98 de la décision attaquée, la Commission motive sa conclusion, figurant au considérant 99 de ladite décision, selon laquelle les trois dernières de ces conditions ne sont pas remplies en l'espèce.

140 Premièrement, selon elle, les transferts de fonds du FOR, des fonds d'appoint ainsi que la contribution financière du CoBo n'ont pas été fondés sur des paramètres objectifs et transparents établis au préalable. Deuxièmement, les mesures de financements ad hoc et les financements provenant du CoBo ne prendraient pas en considération toutes les recettes des radiodiffuseurs de service public qui y sont relatives et n'incluraient pas les garanties nécessaires pour exclure une compensation excessive. En conséquence, le financement ad

hoc aurait effectivement engendré une importante compensation excessive. Troisièmement, les radiodiffuseurs publics néerlandais n'auraient pas été choisis en tant que prestataires de services d'intérêt économique général sur la base d'un appel d'offres. Aucune analyse n'aurait par ailleurs été réalisée pour veiller à ce que le niveau de compensation soit déterminé sur la base d'une évaluation des coûts qu'une entreprise moyenne, bien gérée et adéquatement équipée en moyens de production afin de pouvoir satisfaire aux exigences de service public requises, aurait encourus pour exécuter ses obligations.

- 141 Force est donc de constater que, contrairement aux allégations de la NOS, dans les circonstances de l'espèce et notamment eu égard au contenu de la décision attaquée et en particulier aux descriptions qu'elle contient des différents financements visés aux considérants 35 à 45 de celle-ci, la motivation de ladite décision permet aux intéressés de connaître les justifications des conclusions de la Commission sur le non-respect en l'espèce des critères dégagés par l'arrêt Altmark, point 13 supra, et au Tribunal d'exercer son contrôle.
- 142 La Commission a, dans la décision attaquée, exposé d'une manière suffisamment claire les faits et les considérations juridiques revêtant une importance essentielle dans l'économie de la décision à cet égard (voir, en ce sens, arrêt Ter Lembeek/Commission, point 119 supra, point 246).
- 143 S'agissant, en deuxième lieu, de l'argument avancé par la NOS dans la requête selon lequel les conditions dégagées dans l'arrêt Altmark, point 13 supra, s'adresseraient exclusivement au juge national, il ne repose sur aucune base juridique et ne trouve aucun appui dans l'arrêt précité.
- 144 En effet, il ressort clairement des points 87 à 94 de l'arrêt Altmark, point 13 supra, que les principes qui y sont énoncés par la Cour sont d'application générale, même s'ils sont formulés dans le cadre d'une demande préjudicielle posée par une juridiction nationale. La Cour n'a pas limité le principe énoncé dans l'arrêt Altmark, point 13 supra, au cas d'espèce ou réservé son application au juge national ni exclu son application au secteur de la radiodiffusion publique.
- 145 Dans l'arrêt TF1/Commission, point 122 supra (point 130), le Tribunal a précisé qu'il résulte des termes dépourvus de toute équivoque de l'arrêt Altmark, point 13 supra, que les quatre conditions qu'il énonce ont pour seul et unique objet la qualification de la mesure en cause d'aide d'État, et plus précisément la détermination de l'existence d'un avantage.
- 146 Une intervention étatique qui ne répond pas à une ou à plusieurs desdites conditions devra être considérée comme une aide d'État au sens de l'article 87, paragraphe 1, CE (arrêt TF1/Commission, point 122 supra, point 129).
- 147 Les autorités néerlandaises et les radiodiffuseurs de service public ayant précisément fait valoir en l'espèce que les financements ad hoc constituaient pour ces derniers une compensation des dépenses nettes engagées pour exécuter leur mission de service public, c'est donc à bon droit et sans commettre d'erreur d'appréciation que la Commission a vérifié, dans le cadre de son examen de l'avantage économique, si, en l'espèce, les conditions énoncées dans l'arrêt Altmark, point 13 supra, étaient remplies.
- 148 Il y a lieu de relever également que, si elle conteste l'application en l'espèce de l'arrêt Altmark, point 13 supra, la NOS ne remet pas en cause la conclusion de la Commission, énoncée au considérant 99 de la décision attaquée, selon laquelle les conditions de l'arrêt Altmark, point 13 supra, ne sont pas remplies. La NOS n'apporte aucun élément de nature à réfuter les justifications fournies par la Commission aux considérants 96 à 98 de la décision attaquée.
- 149 S'agissant, en troisième lieu, du protocole d'Amsterdam, il convient de souligner, d'une part, qu'il n'exclut pas que le financement du service public de radiodiffusion puisse constituer une aide d'État. En effet, il stipule que les dispositions du traité sont sans préjudice de la compétence des États membres de pourvoir au financement du service public de radiodiffusion dans la mesure où ce financement est accordé aux organismes de radiodiffusion aux fins de l'accomplissement de la mission de service public telle qu'elle a été conférée, définie et

organisée par chaque État membre et dans la mesure où ce financement n'altère pas les conditions des échanges et de la concurrence dans la Communauté européenne dans une mesure qui serait contraire à l'intérêt commun, étant entendu que la réalisation du mandat de service public doit être prise en compte. La NOS ne saurait donc faire valoir que le protocole d'Amsterdam écarte l'application des règles de concurrence et interdit à la Commission de vérifier si les financements ad hoc apportent un avantage économique aux radiodiffuseurs de service public néerlandais en se fondant sur les critères définis par la Cour dans l'arrêt Altmark, point 13 supra.

- 150 D'autre part, la Commission ne conteste pas le rôle fondamental du protocole d'Amsterdam dans l'appréciation d'un financement accordé aux organismes de radiodiffusion aux fins de l'accomplissement de leur mission de service public. La Commission y fait du reste référence au considérant 122 de la décision attaquée, lequel figure dans le point 8 de celle-ci, intitulé « Compatibilité de l'aide au regard de l'article 86, paragraphe 2, CE ». La Commission a effectué cet examen en se fondant également sur la jurisprudence (considéranants 113 et 114 de la décision attaquée) et sur la communication sur la radiodiffusion, laquelle renvoie notamment au protocole d'Amsterdam. Il ne saurait donc être affirmé que la Commission n'a pas tenu compte dudit protocole.
- 151 S'agissant, en quatrième lieu, de la décision 2005/842, elle n'accrédite pas davantage la thèse selon laquelle la Commission aurait en l'espèce fait une application erronée de l'arrêt Altmark, point 13 supra.
- 152 En effet, aux termes du cinquième considérant de la décision 2005/842 :
- « Lorsque [les quatre critères de l'arrêt Altmark] sont remplis, les compensations de service public ne constituent pas des aides d'État, et les dispositions des articles 87 [CE] et 88 [CE] ne s'appliquent pas. Lorsque les États membres ne respectent pas ces critères et que les critères généraux d'applicabilité de l'article 87, paragraphe 1, CE sont réunis, les compensations de service public constituent des aides d'État soumises aux dispositions des articles 73 [CE], 86 [CE], 87 [CE] et 88 [CE]. La présente décision ne devrait donc s'appliquer aux compensations de service public que dans la mesure où elles constituent des aides d'État. »
- 153 En outre, l'article 1<sup>er</sup> de la décision 2005/842 dispose que celle-ci a pour objet d'énoncer les conditions en vertu desquelles les aides d'État sous forme de compensations de service public octroyées à certaines entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général doivent être considérées comme compatibles avec le marché commun et exemptées de l'obligation de notification prévue à l'article 88, paragraphe 3, CE.
- 154 Il en résulte que la décision 2005/842 ne définit aucunement elle-même les conditions que doivent remplir les compensations de service public, notamment s'agissant de l'avantage procuré, pour échapper à la qualification d'aide d'État, mais s'applique au contraire à des mesures déjà qualifiées d'aides d'État dont il s'agit de déterminer si elles sont compatibles avec le marché commun. De plus, contrairement à ce qu'allègue la NOS, la décision 2005/842 renvoie expressément aux critères dégagés par la Cour dans l'arrêt Altmark, point 13 supra, pour établir, au stade précédent, l'existence d'une aide d'État en la matière.
- 155 C'est dès lors à bon droit que, dans la décision attaquée, la Commission a d'abord vérifié si les critères dégagés par la Cour dans l'arrêt Altmark, point 13 supra, étaient remplis afin d'établir si les financements ad hoc constituaient une aide d'État et qu'elle a, ensuite, après avoir conclu à l'existence d'une aide d'État, examiné sa compatibilité avec le marché commun (voir, en ce sens, arrêt TF1/Commission, point 122 supra, points 134 à 147).
- 156 Enfin, s'agissant, en dernier lieu, de l'argument que la NOS semble vouloir tirer dans son mémoire en réplique du renvoi à la communication 97/C 209/03 de la Commission concernant les éléments d'aide d'État contenus dans des ventes de terrains et de bâtiments par les pouvoirs publics, il est en tout état de cause dénué de pertinence. En effet, en l'espèce la décision attaquée vise le secteur de la radiodiffusion et non celui de la vente de terrains et de bâtiments. L'analogie invoquée ne repose donc sur aucun fondement.

157 Aucun des arguments avancés par la NOS à l'appui de son deuxième moyen n'étant fondé, celui-ci doit être rejeté.

158 La NOS n'a dès lors pas établi le caractère erroné et non motivé des conclusions de la Commission, dans la décision attaquée, relatives à la qualification d'aides d'État des financements ad hoc.

*Sur la qualification erronée d'aides nouvelles des financements ad hoc et un défaut de motivation à cet égard*

Arguments des parties

159 Les parties requérantes font valoir, en substance, que la Commission a violé l'article 88 CE et le règlement n° 659/1999 en qualifiant les financements ad hoc d'aides nouvelles. La décision attaquée serait, en outre, insuffisamment motivée à cet égard.

160 La Commission aurait différencié à tort les financements ad hoc des financements annuels de l'État. D'une part, à l'instar de ces derniers, les financements ad hoc ne correspondraient pas à une mise à disposition de fonds automatique. Ces deux types de financements seraient octroyés par une décision spéciale du ministre compétent. D'autre part, tant les financements ad hoc que les financements annuels réguliers seraient attribués pour l'accomplissement d'objectifs spécifiques, à savoir l'exécution des tâches assignées par l'article 13c de la Mediawet à la radiodiffusion de service public.

161 En premier lieu, s'agissant des financements ad hoc que constitueraient les financements d'appoint, ceux provenant du FOR et du CoBo, les parties requérantes allèguent qu'ils font partie du système de financement régulier des radiodiffuseurs de service public. En effet, les financements ad hoc auraient la même source que les financements annuels réguliers, à savoir le budget des médias, mis en place avant 1958, et seraient soumis aux mêmes règles financières dont les principes sont antérieurs à 1958. Les financements ad hoc n'auraient fait l'objet d'aucune modification substantielle dès lors qu'ils continuent de provenir de l'Algemene Omroep Reserve (réserve pour la radiodiffusion, ci-après l'« AOR »).

162 Les parties requérantes invoquent l'arrêt de la Cour du 9 août 1994, *Namur-Les assurances du crédit* (C-44/93, Rec. p. I-3829). Il en résulte, selon elles, que la réalisation d'activités nouvelles par une entreprise qui reçoit un financement au titre d'un système existant doit encore être considérée comme une aide existante et le fait de conférer un nouveau fondement juridique à un financement ne suffit pas pour considérer que la mesure en cause constitue une aide nouvelle. Il ressortirait de la jurisprudence que la manière par laquelle les fonds sont mis à disposition ne serait pas décisive pour qualifier une aide d'aide nouvelle ou d'aide existante.

163 L'appréciation selon laquelle les financements ad hoc se distingueraient des financements annuels réguliers en raison du fait qu'ils reposeraient sur une base juridique différente serait matériellement inexacte.

164 En deuxième lieu, les parties requérantes font valoir que la Commission a qualifié à tort d'aide nouvelle la mesure prévoyant le reversement d'une partie des réserves de programmes des radiodiffuseurs de service public au profit du PO. Le Royaume des Pays-Bas ajoute que la Commission n'a pas suffisamment motivé cette qualification.

165 Selon les parties requérantes, ce transfert de réserves au PO est, par nature, une aide existante dans la mesure où ces réserves proviennent de la mise à disposition de fonds publics dans le cadre du financement annuel régulier. La Commission n'aurait pas établi que lesdites réserves proviennent de financements ad hoc.

166 Par ailleurs, la NOS allègue que le transfert des réserves en cause a été approuvé lors d'une réunion du 28 juin 2005 entre ses représentants et le membre de la Commission chargé des questions de concurrence.

- 167 Le Royaume des Pays-Bas soutient, quant à lui, que le transfert des réserves de programmes au PO est une conséquence de la mesure utile proposée par la Commission dans le cadre de la procédure sur les aides existantes. Il serait dès lors inacceptable qu'une telle mesure puisse donner naissance à une nouvelle mesure d'aide dont la Commission pourrait ensuite demander la récupération.
- 168 En troisième lieu, la NOS prétend que la fourniture de services techniques aux radiodiffuseurs de service public par la NOB ne constitue pas une aide d'État et que, en tout état de cause, elle n'est pas nouvelle. Cette fourniture de services techniques par la NOB ne serait pas gratuite.
- 169 La Commission souligne, tout d'abord, que seule la question de savoir si les financements provenant du FOR et le transfert de réserves de programmes au PO constituent des aides nouvelles présente un intérêt pour le litige. Elle conteste, ensuite, l'argumentation des parties requérantes visant à étayer la qualification d'aide existante des financements ad hoc.

#### Appréciation du Tribunal

- 170 À titre liminaire, il convient de déclarer inopérants les arguments des parties requérantes visant à faire valoir que les financements provenant des fonds d'appoint et du CoBo ne constituent pas des aides nouvelles. En effet, il ressort de leurs conclusions (voir points 18 et 20 ci-dessus) et, s'agissant de la NOS, des précisions qu'elle a apportées à cet égard à l'audience (voir point 66 ci-dessus), que les parties requérantes ont limité l'objet de leur recours à l'annulation de l'article 1<sup>er</sup>, paragraphes 1 et 2, de la décision attaquée. Ces arguments relatifs aux financements provenant des fonds d'appoint et du CoBo sont, dès lors, sans influence sur l'issue du litige qui ne porte que sur les financements ad hoc perçus par la NOS dans ses fonctions de PO et dont la récupération est demandée, à savoir les financements provenant du FOR et le transfert des réserves des radiodiffuseurs de service public (voir tableau 4 au considérant 152 de la décision attaquée, considérants 154, 178 et 179 de la décision attaquée, et article 1<sup>er</sup>, paragraphe 2, de la décision attaquée). Concernant le caractère inopérant de l'argumentation des parties requérantes relative aux services techniques gratuits fournis par la NOB, il y a lieu de renvoyer au point 135 ci-dessus.
- 171 S'agissant, en premier lieu, de la motivation de la décision attaquée quant à la qualification d'aides nouvelles, la Commission a décrit, dans le point 2.3 de la décision attaquée, les différentes sources de financement des radiodiffuseurs de service public, dont les financements annuels et les financements ad hoc, y compris ceux provenant du FOR. Dans le point 2.4 de la décision attaquée, la Commission a également détaillé les réserves des différents radiodiffuseurs et a exposé, au considérant 49 de la décision attaquée que, en 2005, le PO avait décidé qu'une partie des réserves de programmes lui serait transférée par les radiodiffuseurs, qui seraient néanmoins autorisés à en garder une partie. La Commission a ajouté que les radiodiffuseurs publics avaient transféré un montant de 42,457 millions d'euros au PO.
- 172 La qualification des financements ad hoc en tant qu'aides nouvelles fait l'objet du point 7 de la décision attaquée (considérants 106 à 111 de la décision attaquée). La Commission y a fait la distinction entre les financements annuels effectués sur la base de l'article 110 de la Mediawet, lesquels constituent une aide existante, et les financements ad hoc.
- 173 Au considérant 109 de la décision attaquée, la Commission a exposé, en les détaillant, cinq éléments qui distinguent les financements ad hoc des financements annuels réguliers et qui militent contre leur qualification d'aide existante :
- la base juridique des financements ad hoc aurait été établie après l'entrée en vigueur du traité CE, à savoir, pour ceux pertinents dans le cadre du présent litige, en 1998 pour la possibilité de financement ad hoc du FOR aux radiodiffuseurs ;
  - les versements n'auraient été effectués qu'à partir de 1994, ceux en provenance du FOR ne l'ayant été qu'à compter de 1999 ;

- les financements ad hoc ne seraient pas des financements auxquels les radiodiffuseurs de service public ont droit, leur versement ne serait pas automatique ;
- les modalités de transfert auraient été définies dans les protocoles de transfert établis en 1999 et en 2002 ;
- le financement serait accordé pour des besoins précis, notamment pour aider les radiodiffuseurs à produire de meilleurs programmes, à absorber les fluctuations des recettes publicitaires, à compléter l'augmentation du prix des droits du sport et à encourager les coproductions entre les radiodiffuseurs belges et allemands.

- 174 Par ailleurs, dans le cadre de son appréciation de la compensation reçue par les différents radiodiffuseurs de service public (point 8.4.1 de la décision attaquée), la Commission a exposé que quatorze d'entre eux avaient bénéficié de compensations excessives au cours de la période allant de 1994 à 2005 et que celles-ci avaient généré un montant de 32 millions de bénéficiaires qui avaient généralement été transférés à leurs réserves de programmes. Au considérant 146 de la décision attaquée, la Commission a réitéré que la compensation excessive avait en général alimenté les réserves de programmes et a ajouté que, en 2005, il avait été décidé pour la première fois que les réserves détenues par les différents radiodiffuseurs dépassant 5 à 10 % de leur budget annuel devaient être transférées au PO. Elle a ajouté que ce transfert était également considéré comme faisant partie des financements ad hoc et qu'il était pris en considération dans l'appréciation de la proportionnalité de la compensation.
- 175 Force est dès lors de constater que, contrairement à ce qu'allègue la NOS, la décision attaquée contient une motivation détaillée de la qualification d'aides nouvelles des financements ad hoc, qui, conformément à la jurisprudence, fait apparaître, de façon claire et non équivoque, le raisonnement de l'institution, auteur de l'acte, de manière à permettre aux intéressés de connaître les justifications de la mesure prise et au Tribunal d'exercer son contrôle.
- 176 S'agissant, en second lieu, de l'erreur d'appréciation qu'aurait commise la Commission en qualifiant les financements ad hoc d'aides nouvelles, il résulte de l'article 1<sup>er</sup> du règlement n° 659/1999 que la qualification d'aide existante s'applique à toute aide existant avant l'entrée en vigueur du traité CE dans l'État membre concerné et à toute aide autorisée par la Commission ou le Conseil et que doit être considérée comme aide nouvelle toute modification d'une aide existante.
- 177 Selon ce texte non équivoque, ce n'est pas « toute aide existante modifiée » qui doit être considérée comme une aide nouvelle, mais c'est seulement la modification en tant que telle qui est susceptible d'être qualifiée d'aide nouvelle. C'est donc seulement dans l'hypothèse où la modification affecte le régime initial dans sa substance même que ce régime se trouve transformé en un régime d'aides nouveau. Or, il ne saurait être question d'une telle modification substantielle lorsque l'élément nouveau est clairement détachable du régime initial (arrêt du Tribunal du 30 avril 2002, *Government of Gibraltar/Commission*, T-195/01 et T-207/01, Rec. p. II-2309, points 109 et 111).
- 178 Si l'article 88, paragraphe 3, CE assimile les modifications des aides existantes à des aides nouvelles, c'est dans le but d'éviter que les États puissent contourner l'obligation de notifier ces dernières en arrivant au même résultat par le biais d'une extension de la portée d'un régime qui est déjà entré en vigueur (voir, en ce sens, arrêt de la Cour du 9 octobre 1984, *Heineken Brouwerijen*, 91/83 et 127/83, Rec. p. 3435, point 17).
- 179 En l'espèce, il est constant que seuls les financements ad hoc, y compris le transfert de réserves au PO en 2005, sont qualifiés d'aides nouvelles dans la décision attaquée (considéranants 111 et 146 de la décision attaquée). La Commission expose au considérant 8 de la décision attaquée que les financements annuels et le fonds de promotion (Stifo) sont examinés dans une procédure distincte sur les aides existantes. Le régime initial d'aides existantes n'est dès lors pas concerné par la décision attaquée.

- 180 C'est par référence aux dispositions qui la prévoient, à leurs modalités et à leurs limites qu'une aide peut être qualifiée de nouveauté ou de modification du régime existant (voir, en ce sens, arrêt *Namur-Les assurances du crédit*, point 162 supra, point 28).
- 181 La NOS invoque précisément la jurisprudence issue de l'arrêt *Namur-Les assurances du crédit*, point 162 supra, pour alléguer que, quand bien même ils pourraient être fondés, aucun des éléments mis en avant par la Commission au considérant 109 de la décision attaquée (voir point 173 ci-dessus) ne serait décisif.
- 182 Certes, certains éléments des financements ad hoc se rapprochent à certains égards de mécanismes ayant existé dans le passé ou de ceux de certains financements annuels. Il n'en reste pas moins que, pris ensemble, les éléments qui caractérisent les financements ad hoc établissent leur caractère d'aide nouvelle détachable du régime mis en place en 1958. Cela exclut leur rattachement à une aide existante, le contexte de la présente espèce ne pouvant être comparé à celui de l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt *Namur-Les assurances du crédit*, point 162 supra.
- 183 En effet, les parties requérantes n'ont produit aucun élément de nature à remettre en cause les affirmations de la Commission selon lesquelles la base juridique des financements ad hoc a été établie après l'entrée en vigueur du traité CE et les versements, à caractère non régulier et automatique, mais répondant au contraire à des besoins précis, n'ont été effectués qu'à compter de 1999 pour ce qui concerne le cas d'espèce.
- 184 En ce qui concerne le FOR, s'il est vrai que les parties requérantes prétendent que ces financements continuent à relever du budget général des médias, elles ne contestent pas que ce n'est qu'en 1997 que le FOR a été créé. Les articles 106a et 170c de la *Mediawet*, qui concernent le FOR, sont entrés en vigueur en 1998. Quand bien même un projet de loi aurait prévu la création du FOR en 1953, il n'en demeure pas moins que ce projet de loi n'a pas été adopté.
- 185 Par ailleurs, quant aux allégations des parties requérantes, selon lesquelles des versements semblables à ceux effectués sur cette base étaient déjà réalisés au titre de l'AOR depuis de nombreuses années, force est de constater qu'elles n'établissent en rien le caractère erroné de l'affirmation de la Commission, au considérant 109, deuxième tiret, de la décision attaquée, selon laquelle notamment les versements du FOR ont débuté en 1999 ni celle, au considérant 146 de la décision attaquée, selon laquelle le transfert dans certaines conditions au PO d'une partie des réserves détenues par les radiodiffuseurs a été décidé en 2005.
- 186 Plus précisément en ce qui concerne le transfert d'excédent de réserves d'un montant de 42,457 millions d'euros au PO, il ressort clairement de la décision attaquée que la Commission a considéré qu'il s'agissait d'une aide nouvelle au PO, décidée pour la première fois en 2005 et fondée sur l'article 109a de la *Mediawet*, qui oblige les radiodiffuseurs de service public dont les réserves excèdent un maximum fixé à reverser la différence au PO, et non d'un financement annuel au sens des articles 101 et 110 de la *Mediawet*.
- 187 Or, force est de constater que ce transfert de réserves des radiodiffuseurs de service public est effectivement intervenu pour la première fois en 2005, à la suite de la décision des autorités néerlandaises d'autoriser chaque radiodiffuseur de service public à constituer une réserve propre s'élevant au maximum à 5 à 10 % de son budget annuel. Ce transfert s'appuyait sur l'article 109a de la *Mediawet*, lequel a été intégré dans cette législation postérieurement à l'entrée en vigueur du traité. Ce transfert ne fait donc nullement partie du financement annuel au sens des articles 101 et 110 de la *Mediawet* régissant l'aide existante. Par ailleurs, il ressort de l'annexe à la lettre des autorités néerlandaises du 1<sup>er</sup> septembre 2005 que la nécessité d'opérer un tel transfert est apparue du fait que le budget ordinaire était insuffisant pour réaliser les ambitions en matière de programmation sur les supports principaux, de sorte que ce transfert répondait également à des besoins précis (voir également points 182 et 183 ci-dessus). En application de l'article 1<sup>er</sup> du règlement n° 659/1999 et de la jurisprudence citée aux points 177 et 180 ci-dessus, ce transfert, qui a réduit la compensation globale dont bénéficient les différents radiodiffuseurs de service public tout en renforçant la compensation excessive

reçue par le PO, doit donc être qualifiée d'aide nouvelle au PO, venant s'ajouter à l'aide existante déjà perçue par celui-ci. À défaut d'une telle qualification, comme le révèle le cas d'espèce, il suffirait à un État membre de procéder à de tels transferts pour s'exonérer au moins en partie d'une obligation de restitution fondée.

- 188 Dès lors, dans la mesure où, sans contester l'existence, dans ce cadre, d'une aide d'État au PO, les parties requérantes invoquent l'éventuelle présence d'une partie d'aide existante dans les réserves des radiodiffuseurs de service public au stade précédent, leurs arguments sont inopérants (voir également point 239 ci-après). En effet, même à supposer cet élément avéré, l'ensemble de l'aide versée au PO n'en serait pas moins nouvelle.
- 189 En tout état de cause, les parties requérantes n'apportent aucun élément précis, chiffré ou autre, à l'appui de leurs allégations de la présence d'une partie d'aide existante dans les réserves des radiodiffuseurs de service public.
- 190 La Commission a exposé, au considérant 141 de la décision attaquée, que quatorze radiodiffuseurs de service public avaient bénéficié de compensations excessives ayant généré un montant de 32 millions de bénéfices, qui avaient généralement été transférés à leurs réserves de programmes. La Commission allègue, sans être contredite par les parties requérantes, que la surcompensation dont bénéficie chaque radiodiffuseur a été calculée selon la même méthode que celle exposée dans la décision attaquée pour la NOS dans ses fonctions de PO. À cet égard, il ressort de la lettre adressée par la Commission, le 22 décembre 2005, aux autorités néerlandaises, et notamment du tableau joint en annexe I, que la Commission leur a effectivement demandé de fournir les coûts et revenus par radiodiffuseur pour la période allant de 1994 à 2005 en distinguant les coûts nets des activités de service public, les financements annuels ordinaires, l'excédent ou le déficit éventuel, et, séparément, les différents financements ad hoc, afin de pouvoir finalement calculer la surcompensation éventuelle. Comme pour le PO, la Commission a donc été en mesure de calculer, à partir des chiffres fournis par les autorités néerlandaises le 3 février 2006, la surcompensation dont bénéficient les différents radiodiffuseurs de service public due aux financements ad hoc et ayant alimenté leurs réserves de programmes. Or, les requérantes se bornent à affirmer de manière tout à fait générale, et en alléguant l'absence complète d'aides nouvelles, que la demande de remboursement recouvre pour partie des sommes versées au titre des aides existantes, ce qui ne peut suffire à établir leur thèse.
- 191 À cet égard, il convient d'ajouter que, si, au considérant 153 de la décision attaquée, la Commission a évalué la compensation excessive reçue par le PO pour la période allant de 1994 à 2005 à un montant de 98,365 millions d'euros et l'a considérée comme une aide incompatible avec le marché commun, au considérant 154 de la décision attaquée, elle a limité la récupération à un montant de 76,327 millions d'euros qui correspond aux seuls financements ad hoc, « qui n'ont pas été reçus dans le cadre des aides existantes ».
- 192 Il ne s'agit clairement pas d'une erreur de calcul, ainsi que le prétend la NOS. Cela répond au contraire au souci exprimé par la NOS, à savoir ne pas incorporer des surcompensations résultant d'aides existantes dans la somme à récupérer. La Commission a précisément entendu limiter la récupération aux aides nouvelles représentées par les financements ad hoc, à savoir les versements du FOR et le transfert en 2005 au PO du montant de 42,457 millions d'euros des réserves des radiodiffuseurs. En effet, il ressort du tableau 4 figurant au considérant 152 de la décision attaquée que le montant, arrondi, de 98,4 millions d'euros comprend, outre 76,3 millions d'euros de financements ad hoc, une surcompensation d'un montant de 20,7 millions d'euros reçue par le PO résultant de la différence entre ses financements annuels et ses besoins en financement public. Cette surcompensation n'est pas visée par l'obligation de récupération établie par la décision attaquée.
- 193 Par ailleurs, pour autant que le Royaume des Pays-Bas avance que le transfert des réserves des radiodiffuseurs de service public au PO constitue la mise en œuvre d'une demande de la Commission dans le cadre de la procédure relative aux aides existantes, il y a lieu de rejeter cet argument comme non fondé.

- 194 En effet, premièrement, le Royaume des Pays-Bas n'apporte aucun élément de preuve à cet égard.
- 195 Deuxièmement, comme il a été relevé ci-dessus (voir point 187), il ressort de l'annexe à la lettre des autorités néerlandaises à la Commission du 1<sup>er</sup> septembre 2005 que la mesure de transfert desdites réserves se justifiait par le fait que le budget normal de l'enseignement, de la culture et des sciences était insuffisant pour réaliser les ambitions en matière de programmation sur les supports principaux. Cette motivation est sans rapport avec la procédure sur les aides existantes.
- 196 Troisièmement, le PO ne constitue pas une autorité étatique de sorte que le transfert desdites réserves à son profit n'équivaut pas à une récupération par l'État de ces sommes. C'est, dès lors, à bon droit que la Commission conteste en tout état de cause que ledit transfert puisse répondre à sa demande dans le cadre de la procédure sur les aides existantes. À cet égard, à la supposer avérée, l'éventuelle réaction positive du membre de la Commission chargé des questions de concurrence à l'égard d'un futur transfert desdites réserves lors de l'entretien – informel selon la Commission – du 28 juin 2005 avec la NOS a pu concerner un transfert de celles-ci à l'État néerlandais. La NOS n'établit pas l'approbation par la Commission d'un tel transfert au PO.
- 197 Par ailleurs, s'il est vrai que les autorités néerlandaises ont pu indiquer que leur objectif était de transférer l'excédent de réserves à l'AOR, laquelle est une réserve qui appartient à l'État et fait partie du budget des médias, il ressort de la note en bas de page n° 62 au considérant 149 de la décision attaquée que les autorités néerlandaises se sont engagées, par une lettre du 4 mai 2006, à introduire cette règle dans la loi de finances de 2006, afin de garantir son application jusqu'à l'adoption de la Mediawet de 2007. Le Royaume des Pays-Bas n'a produit aucun élément de nature à démontrer que cette règle était déjà applicable lors de l'adoption de la décision attaquée.
- 198 Il y a, dès lors, lieu de rejeter le deuxième moyen du Royaume des Pays-Bas et le premier moyen de la NOS, tirés de la qualification erronée d'aides nouvelles des financements ad hoc.

*Sur l'application erronée de l'article 86, paragraphe 2, CE et les erreurs commises dans le calcul de la surcompensation alléguée, ainsi que sur un défaut de motivation à cet égard*

- 199 Le troisième moyen soulevé par le Royaume des Pays-Bas, à titre subsidiaire, est divisé en trois branches. Dans une première branche, le Royaume des Pays-Bas fait valoir que la Commission a conclu à tort à l'existence d'une surcompensation alors même qu'elle n'a constaté aucune distorsion effective de concurrence. Dans une deuxième branche, il soutient que la Commission a commis une erreur d'appréciation et a manqué à son obligation de motivation en ne recherchant pas si une partie des aides déclarées incompatibles avec le marché commun, pour un montant de 33,870 millions d'euros, pouvait effectivement servir à surcompenser le PO. Dans une troisième branche, il prétend que la Commission aurait dû appliquer au montant transféré au PO la marge de tolérance de 10 % qu'elle a appliquée aux radiodiffuseurs de service public.
- 200 Dans son troisième moyen, la NOS soutient, en substance, que la Commission a conclu à tort à l'existence d'un lien entre les financements ad hoc et la surcompensation dont elle ordonne la récupération. La Commission aurait également insuffisamment motivé la décision attaquée à cet égard et mal interprété les articles 86 CE à 88 CE. Dans son cinquième moyen, la NOS allègue que la Commission a appliqué de manière erronée l'article 86, paragraphe 2, CE et n'a pas motivé à suffisance la décision attaquée en ne procédant pas à l'examen, dans le cadre du contrôle de proportionnalité, de la relation entre l'existence prétendue d'une surcompensation et l'absence de distorsion de concurrence.
- 201 Il convient d'examiner, en premier lieu, la violation de l'article 86, paragraphe 2, CE, relativement à l'appréciation de la proportionnalité, en deuxième lieu, l'absence de lien entre les financements ad hoc et la surcompensation alléguée ainsi que les coûts à prendre en compte dans le calcul de celle-ci, en troisième lieu, la prise en compte erronée des montants provenant

du FOR dans le calcul de la surcompensation reçue par le PO et, en quatrième lieu, l'absence de prise en considération, dans le calcul du montant à recouvrer lié au transfert de réserves de programmes, de la marge de tolérance de 10 % autorisée par la Commission.

Sur la violation de l'article 86, paragraphe 2, CE relativement à l'appréciation de la proportionnalité

– Arguments des parties

- 202 Le Royaume des Pays-Bas soutient, en substance, que la Commission a violé l'article 86, paragraphe 2, CE, et l'article 87, paragraphe 1, CE, en concluant, de façon contradictoire, au non-respect du principe de proportionnalité alors même qu'elle n'a identifié aucune pratique anticoncurrentielle. Ce serait donc à tort que la Commission ordonne la récupération des montants visés dans la décision attaquée en l'absence de toute distorsion de concurrence. Le Royaume des Pays-Bas renvoie à cet égard au paragraphe 58 de la communication sur la radiodiffusion. Il précise, enfin, qu'il ne prétend pas que la Commission aurait dû apporter une preuve spécifique d'un comportement anticoncurrentiel, mais qu'il relève qu'elle a elle-même constaté que les mesures examinées n'avaient pas entraîné de comportement anticoncurrentiel.
- 203 La NOS allègue quant à elle, en premier lieu, que la Commission a appliqué de manière erronée l'article 86, paragraphe 2, CE et n'a pas motivé à suffisance la décision attaquée en ne procédant pas à l'examen, dans le cadre de son contrôle de la proportionnalité, de la relation entre l'existence prétendue d'une surcompensation et l'absence de distorsion de concurrence. À cet égard, la NOS réfute l'affirmation de la Commission selon laquelle ce moyen serait identique à la troisième branche de son quatrième moyen. En effet, la NOS affirme que, tandis que, dans le cadre de la troisième branche de son quatrième moyen, elle invoque l'absence, en l'espèce, d'une distorsion de concurrence qui est une condition nécessaire pour qualifier une mesure d'aide, elle soutient, dans le cadre du présent moyen, que la Commission aurait dû examiner le fait qu'il n'existe pas de distorsion de concurrence au regard du fait que la NOS est chargée d'une mission de service public.
- 204 D'une part, selon la NOS, la Commission aurait dû tenir compte du fait que le retard dans l'utilisation des financements reçus, pour certaines périodes, se justifie en raison du caractère limité de la zone linguistique néerlandophone.
- 205 À cet égard, la NOS conteste avoir reçu pour la période considérée des financements supérieurs à ses coûts nets de service public. Elle fait valoir qu'il est fréquent que des productions télévisuelles commandées ne soient disponibles et livrées que l'année suivante. Dès lors, l'affirmation de la Commission selon laquelle elle prend en considération ce facteur dans la règle des 10 % de leur budget annuel que les radiodiffuseurs de service public peuvent conserver en réserve n'est pas convaincante, car elle devrait tenir compte de l'ensemble des circonstances pertinentes de l'espèce. Parmi ces circonstances, la NOS soutient que le caractère limité de la zone linguistique néerlandaise constitue souvent une contrainte importante pour trouver, dans un bref délai, de bons producteurs ou acteurs et implique des retards.
- 206 D'autre part, la NOS allègue que la Commission aurait dû prendre en considération le fait que la surcompensation allait disparaître dans un avenir proche. Notamment, les réserves transférées par les radiodiffuseurs de service public au PO devaient être dès 2006 ou, au plus tard en 2007, intégralement employées.
- 207 Enfin, la NOS considère que l'argument de la Commission selon lequel elle est tenue d'adopter la décision attaquée sur la base des éléments existants à cette date est non fondé dans la mesure où, en l'espèce, toutes les réserves constituées par les différents radiodiffuseurs au cours de l'année 2006, avec un dépassement en 2007, ont intégralement été consacrées à l'accomplissement de la mission de service public.

- 208 En deuxième lieu, la NOS soutient que la Commission a, aux considérants 116 à 121 de la décision attaquée, violé l'article 86, paragraphe 2, CE dans la mesure où il ne lui appartient pas de déterminer le contenu de la mission de service public ni de vérifier l'existence d'erreurs manifestes dans la description faite de cette mission par le droit national. À cet égard, la NOS conteste l'appréciation de la Commission, au considérant 121 de la décision attaquée, selon laquelle la diffusion des programmes sportifs doit être limitée à 10 % du total des programmes diffusés.
- 209 En troisième lieu, la NOS conteste la conclusion figurant à l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 1, de la décision attaquée selon laquelle l'aide serait incompatible avec le marché commun alors même que la Commission n'a pas examiné si cette aide ne se justifiait pas au regard de l'article 87, paragraphes 2 et 3, CE, compte tenu du caractère limité de la zone linguistique néerlandophone.
- 210 La Commission conteste l'argumentation des parties requérantes.
- Appréciation du Tribunal
- 211 À titre liminaire, pour autant que les parties requérantes invoquent l'absence de distorsion de concurrence aux fins de l'application de l'article 87 CE au motif que, à l'issue de son examen de la compatibilité de l'aide au regard de l'article 86, paragraphe 2, CE (point 8 de la décision attaquée), et plus précisément de la proportionnalité de l'aide, la Commission a conclu que la procédure en cause n'avait pas permis d'identifier des pratiques anticoncurrentielles, il y a lieu de renvoyer aux points 114 à 124 ci-dessus. Il en ressort, d'une part, que la Commission a correctement établi et motivé l'existence d'un risque de distorsion de la concurrence aux fins de la qualification d'aide d'État des financements ad hoc au sens de l'article 87 CE. D'autre part, la constatation de l'existence d'un risque de distorsion de concurrence aux fins de la qualification d'aide d'État n'est pas contradictoire avec le fait que la Commission n'a pas identifié de pratiques anticoncurrentielles précises dans le cadre de l'examen de la proportionnalité de la compensation (voir points 121 à 124 ci-dessus).
- 212 S'agissant de la recherche de l'existence de pratiques anticoncurrentielles dans le cadre de l'examen de la proportionnalité de la compensation, la Commission expose, aux considérants 124 à 126 de la décision attaquée, en renvoyant à la communication sur la radiodiffusion, qu'il s'agit du second élément de la double appréciation de la proportionnalité à laquelle elle doit procéder.
- 213 À cet égard, il ressort notamment du considérant 126 de la décision attaquée ce qui suit :
- « D'autre part, la Commission doit examiner toutes les informations dont elle dispose, indiquant que les radiodiffuseurs publics ont faussé la concurrence sur les marchés commerciaux au-delà de ce qui est nécessaire à l'accomplissement de leur mission de service public. Par exemple, dans la mesure où l'aide d'État couvrira une baisse des recettes, un radiodiffuseur de service [public] pourrait être tenté de faire baisser les prix de la publicité ou d'autres activités ne relevant pas du service public, de façon à réduire les recettes de ses concurrents. Une telle pratique nécessiterait un financement public complémentaire pour compenser les pertes de revenus des activités commerciales et trahirait donc la présence d'une compensation excessive des obligations de service public. »
- 214 Après avoir examiné le premier critère de son appréciation de la proportionnalité dans ce cadre précis, à savoir le niveau de la compensation perçue par rapport au coût net de la mission de service public et la constatation d'une compensation excessive reçue par le PO (considérant 154 de la décision attaquée), la Commission a donc procédé à l'examen du comportement anticoncurrentiel des radiodiffuseurs de service public (point 8.5 de la décision attaquée) par rapport à certaines possibilités de distorsion identifiées dans la décision d'ouverture. Les domaines concernés sont la transmission par le câble, le marché de la publicité et les droits de retransmission des rencontres de football. À l'issue de son examen de ces domaines limités, la Commission a conclu que la procédure en cause n'avait pas permis d'identifier des pratiques anticoncurrentielles précises et a ajouté que la question de savoir si le système offre en tant

que tel des garanties suffisantes pour empêcher d'éventuels comportements anticoncurrentiels ferait l'objet de la procédure E-5/2005 relative aux aides existantes.

- 215 La Commission a donc également fourni à cet égard, dans la décision attaquée, une motivation conforme à la jurisprudence (voir point 80 ci-dessus).
- 216 Conformément aux paragraphes 57 et 58 de la communication sur la radiodiffusion, la Commission est partie à juste titre, dans le cadre de l'examen du premier critère, du principe que le financement par l'État était nécessaire à l'accomplissement de la mission de service public des radiodiffuseurs de service public. Elle a vérifié, dans ce cadre, si le critère de proportionnalité entre les financements provenant de l'État et les coûts nets induits par la mission de service public était respecté. Ensuite, dans le cadre de l'examen distinct du second critère, elle a recherché par ailleurs l'existence éventuelle de distorsions de concurrence non nécessaires à l'accomplissement de la mission de service public des radiodiffuseurs de service public.
- 217 Toutefois, les conclusions de l'examen de ce second critère distinct ne sauraient annihiler ou remettre en cause les constatations de la Commission dans le cadre de l'appréciation différente du premier critère. Il n'en reste pas moins que les coûts nets de la mission de service public du PO ont été surcompensés, ainsi qu'il résulte du tableau 4 figurant au considérant 152 de la décision attaquée.
- 218 Il y a donc lieu de rejeter les griefs des parties requérantes à cet égard.
- 219 S'agissant de l'argument de la NOS tiré du caractère limité de la zone linguistique néerlandophone, force est de constater qu'il ne saurait remettre en cause la constatation de la Commission relative au caractère non proportionné du financement public dans la mesure où il excède les coûts nets du service public.
- 220 S'agissant de l'argument tiré d'une utilisation prétendue de l'aide conformément à son objectif, cette circonstance, à la supposer avérée, ne fait pas davantage disparaître la surcompensation constatée. Même autorisé par le ministre compétent, le financement ad hoc peut être excessif par rapport aux coûts de la mission de service public et entraîner ainsi une distorsion de concurrence par rapport aux radiodiffuseurs commerciaux.
- 221 S'agissant de l'argument tiré d'une éventuelle future disparition rapide des réserves en cause, contrairement aux allégations de la NOS, la Commission ne pouvait pas en tenir compte dans la décision attaquée. En effet, selon une jurisprudence constante, la légalité d'une décision en matière d'aide d'État doit être appréciée en fonction des éléments d'informations dont la Commission disposait au moment où elle l'a arrêtée [arrêt de la Cour du 14 septembre 2004, Espagne/Commission, C-276/02, Rec. p. I-8091, point 31, et arrêt du Tribunal du 31 mai 2006, Kuwait Petroleum (Nederland)/Commission, T-354/99, Rec. p. II-1475, point 65].
- 222 À cet égard, il y a cependant lieu d'observer que, dans son mémoire en défense, la Commission n'exclut pas que les faits intervenus en 2006 puissent jouer un rôle dans la concertation menée avec le Royaume des Pays-Bas dans le cadre de l'article 10 CE concernant l'exécution de la décision attaquée.
- 223 S'agissant de l'absence de compétence de la Commission pour contrôler d'éventuelles erreurs manifestes d'appréciation commises par un État membre dans la définition de son service public de radiodiffusion, il convient de rappeler que, comme l'expose la Commission au paragraphe 22 de sa communication du 20 septembre 2000 sur les services d'intérêt général en Europe [COM (2000) 580 final], les États membres disposent d'un large pouvoir d'appréciation quant à la définition de ce qu'ils considèrent comme des services d'intérêt économique général. Partant, la définition de ces services par un État membre ne peut être remise en question par la Commission qu'en cas d'erreur manifeste (voir arrêt du Tribunal du 15 juin 2005, Olsen/Commission, T-17/02, Rec. p. II-2031, point 216, et la jurisprudence citée).

224 Ce principe est repris au paragraphe 36 de la communication sur la radiodiffusion. Il en ressort que, en ce qui concerne la définition du service public dans le secteur de la radiodiffusion, s'il est vrai qu'il n'appartient pas à la Commission de décider si un programme doit être diffusé en tant que service d'intérêt économique général ni de remettre en cause la nature ou la qualité d'un produit donné, elle doit, en tant que gardienne du traité, pouvoir intervenir en cas d'erreur manifeste.

225 La Commission a donc agi dans les limites de ses compétences en l'espèce.

226 S'agissant de l'absence d'examen par la Commission de l'applicabilité des dérogations prévues par l'article 87, paragraphes 2 et 3, CE, il suffit de relever que, d'une part, la NOS n'indique pas avoir allégué, au cours de la procédure administrative devant la Commission, que les financements ad hoc pouvaient bénéficier desdites dérogations et qu'elle ne conteste pas l'affirmation de la Commission selon laquelle, dans sa lettre du 30 avril 2004, le Royaume des Pays-Bas a uniquement fait valoir que, en admettant que les financements ad hoc constituent des aides d'État, leur compatibilité avec le marché commun découlait de l'article 86, paragraphe 2, CE. D'autre part, force est de constater que la NOS n'avance, devant le Tribunal, aucun argument de nature à établir que la taille géographique de la zone linguistique néerlandophone aurait pu justifier, d'une quelconque manière, que la Commission se trouve dans l'obligation, compte tenu de son devoir de bonne administration, d'examiner d'office si les financements ad hoc pouvaient se justifier au regard de l'article 87, paragraphes 2 et 3, CE.

227 Aucun des arguments avancés par les parties requérantes n'étant fondé, la première branche du troisième moyen avancé par le Royaume des Pays-Bas et le cinquième moyen soulevé par la NOS, visant la violation de l'article 86, paragraphe 2, CE, relativement à l'appréciation de la proportionnalité, doivent donc être rejetés.

Sur l'absence de lien entre les financements ad hoc et la surcompensation alléguée ainsi que sur les coûts à prendre en compte dans le calcul de celle-ci

– Arguments des parties

228 La NOS soutient, en substance, que la Commission a conclu à tort à l'existence d'un lien entre les financements ad hoc et la surcompensation dont elle ordonne la récupération. La Commission aurait également insuffisamment motivé la décision attaquée à cet égard et mal interprété les articles 86 CE à 88 CE.

229 En premier lieu, la NOS fait valoir que la Commission n'a pas établi dans quelle mesure les financements ad hoc avaient participé à la constitution de réserves qui seraient à l'origine de la surcompensation. Il serait tout à fait possible que les réserves aient été constituées au moyen de financements autres que les financements ad hoc, notamment d'une aide existante. Elles ne perdraient pas cette qualification en raison de leur reversement au PO, qui ne pourrait les répartir à nouveau que sur la base de l'article 109a, paragraphe 1, de la Mediawet. Par ailleurs, le transfert des réserves de programmes au PO ne ferait pas partie des financements ad hoc visés aux considérants 37 à 45 de la décision attaquée.

230 En second lieu, la NOS conteste l'appréciation de la Commission, aux considérants 129 et suivants de la décision attaquée, selon laquelle les revenus nets des activités autres que celles liées à l'accomplissement de leur mission de service public devaient être pris en compte pour le calcul du montant des réserves dans la mesure où les règles posées par la directive 80/723/CEE de la Commission, du 25 juin 1980, relative à la transparence des relations financières entre les États membres et les entreprises publiques (JO L 195, p. 35), n'auraient pas été respectées. À cet égard, la Commission aurait dû soumettre la comptabilité des radiodiffuseurs de service public à un examen complémentaire sans prendre en compte le montant des revenus des activités commerciales des radiodiffuseurs de service public.

231 Tout d'abord, il serait erroné de considérer que les différents radiodiffuseurs de service public ont utilisé des méthodes de calcul divergentes en ce qui concerne les coûts et les bénéfices liés à leur mission de service public.

- 232 Ensuite, la NOS allègue que les experts-comptables des radiodiffuseurs de service public veillent au calcul exact des coûts et le Commissariat voor der Media (commissariat pour les médias) au respect d'un emploi justifié des crédits.
- 233 En outre, les activités de service public et les activités commerciales feraient l'objet de comptabilités séparées et de systèmes de gestion différents, conformément au Handboek Financiële Verantwoording (guide concernant la responsabilité financière) et aux lignes directrices du Commissariat voor der Media. À cet égard, la NOS soutient que ce guide, repris dans la législation néerlandaise, s'applique de manière contraignante aux radiodiffuseurs de service public. Or, les rapports financiers établis par chaque radiodiffuseur de service public indiqueraient les méthodes comptables utilisées pour imputer les coûts aux différentes activités qu'ils mènent.
- 234 Par ailleurs, l'appréciation de la Commission à cet égard violerait l'article 87, paragraphe 1, CE dans la mesure où les revenus provenant d'activités commerciales ne constituent pas des ressources publiques.
- 235 De surcroît, la NOS fait valoir, en réponse aux affirmations de la Commission, que le fait que la directive 80/723 ait été transposée tardivement par le Royaume des Pays-Bas ne saurait lui être reproché dans la mesure où les destinataires des directives sont les États membres. Ladite directive n'imposerait, en tout état de cause, pas une méthode comptable unique. À supposer même que la directive 80/723 n'ait pas été transposée correctement, il n'en demeurerait pas moins qu'il revenait à la Commission de procéder à un examen approfondi des coûts des radiodiffuseurs de service public.
- 236 Enfin, la Commission aurait, à tort, « amalgamé » dans la décision attaquée les financements ad hoc aux autres financements pour constater l'existence d'une surcompensation alors même que les financements autres que les financements ad hoc constituent des aides existantes.
- 237 La Commission conteste l'argumentation de la NOS à cet égard.
- Appréciation du Tribunal
- 238 S'agissant du premier grief de la NOS, évoqué au point 229 ci-dessus, il résulte de la décision attaquée (voir, notamment, points 81 à 89 ci-dessus) que, premièrement, les financements ad hoc des radiodiffuseurs de service public ont généré une compensation excessive s'agissant de ceux-ci, qui a, de manière générale, alimenté leurs réserves, deuxièmement, ces réserves, pour la partie supérieure à 10 % de leur budget annuel, ont été transférées au PO pour la première fois en 2005, et, troisièmement, ce transfert a dès lors produit à son tour une surcompensation s'agissant du PO. Contrairement à ce qu'allègue la NOS, la Commission a donc clairement établi, dans la décision attaquée, un lien entre l'octroi des financements ad hoc aux radiodiffuseurs de service public et la surcompensation dont bénéficie le PO en raison du transfert à celui-ci des réserves de ces entreprises liées à ces financements.
- 239 Par ailleurs, pour autant que la NOS fait valoir que la Commission n'a pas établi que les réserves des radiodiffuseurs de service public transférées au PO avaient été constituées au moyen de financements ad hoc et non de financements annuels réguliers, il a déjà été constaté au point 188 ci-dessus qu'un tel argument doit être rejeté comme étant inopérant dans la mesure où la provenance desdites réserves est sans influence sur l'appréciation selon laquelle c'est cette mesure même de transfert des réserves des radiodiffuseurs de service public au PO qui constitue à l'égard de ce dernier une aide nouvelle venant s'ajouter à une aide existante. Dès lors, la réponse à la question de savoir si les réserves des radiodiffuseurs de service public étaient constituées à partir de sommes provenant d'aides nouvelles ou d'aides existantes est sans influence sur le fait que la Commission a établi que le transfert même des réserves constituait pour le PO une aide nouvelle.
- 240 En outre, la Commission a établi à bon droit que les aides existantes avaient déjà surcompensé les besoins du service public. Les parties requérantes n'ont pas apporté d'éléments invalidant

cette analyse. Dès lors, les montants portés en réserve correspondaient nécessairement à une surcompensation. Le transfert ultérieur de ces réserves n'a pas modifié leur nature. Il existe donc bien un lien entre le financement ad hoc mentionné et la surcompensation.

- 241 Il y a donc lieu de rejeter le premier grief de la NOS.
- 242 Concernant le second grief de la NOS selon lequel, en substance, la Commission aurait commis une erreur en prenant en considération tous les revenus nets des activités commerciales de la NOS pour établir l'existence d'une surcompensation, il convient de relever que la Commission a indiqué, aux considérants 127 à 131 de la décision attaquée, que ce choix résultait, d'une part, du fait que les comptes des radiodiffuseurs de service public ne permettent pas d'imputer correctement les charges provenant des activités de service public et celles des activités commerciales. Cela serait contraire aux dispositions de la directive 80/723 applicable en l'espèce et que le Royaume des Pays-Bas a mise en œuvre par l'adoption, en 2001, d'un décret spécial qui oblige les radiodiffuseurs publics à tenir des comptes séparés pour toutes les activités annexes et associatives. D'autre part, la Commission a relevé, dans la décision attaquée, que tous les profits des radiodiffuseurs de service public, y compris ceux provenant des activités commerciales, devaient être utilisés, en vertu de la Mediawet, à des fins de service public.
- 243 Sans apprécier la réalité et l'impact d'une éventuelle mise en œuvre incorrecte de la directive 80/723, alléguée par la Commission, force est de constater que, selon la législation néerlandaise, tous les revenus des radiodiffuseurs de service public, y compris ceux provenant d'activités commerciales, devaient être affectés par les radiodiffuseurs de service public à l'accomplissement des missions de service public. La NOS le reconnaît dans ses écritures en affirmant que l'emploi par elle-même ou par les autres radiodiffuseurs des sommes non encore dépensées pour un autre objectif serait par définition impossible. Ces revenus devaient, par conséquent, être pris en considération dans le cadre de l'examen d'une éventuelle surcompensation.
- 244 La Commission n'a, dès lors, commis aucune erreur en prenant en considération les revenus nets des activités commerciales des acteurs du système de radiodiffusion publique néerlandais dans le cadre de son calcul de la surcompensation de leur mission de service public.
- 245 Dans ces conditions, il y a lieu de rejeter comme inopérants les arguments de la NOS selon lesquels ses comptes seraient conformes à la législation néerlandaise applicable et auraient été contrôlés par des experts-comptables, l'autorité des médias se serait assurée de l'emploi justifié des ressources octroyées et la directive 80/723 n'aurait été transposée qu'en 2001 au Royaume des Pays-Bas.
- 246 Force est par ailleurs de constater que les parties requérantes ont déclaré à l'audience ne pas contester les chiffres concernant le PO figurant dans le tableau 4 au considérant 152 de la décision attaquée. Elles n'ont apporté aucun élément de nature à remettre en cause le total des coûts nets des activités publiques, du résultat net des activités commerciales, des besoins en financement public et des financements annuels, chiffres à partir desquels la Commission a établi, sur la base des seuls financements annuels, une surcompensation, s'agissant du PO, d'un montant de 20,7 millions d'euros, à laquelle sont venus s'ajouter les financements ad hoc dont la récupération est demandée.
- 247 Il y a donc lieu de rejeter également le second grief invoqué par la NOS dans le cadre de son troisième moyen.
- Sur la prise en compte des montants provenant du FOR dans le calcul de la surcompensation s'agissant du PO, dont la récupération a été ordonnée, et sur un défaut de motivation à cet égard

– Arguments des parties

- 248 Le Royaume des Pays-Bas allègue, en substance, que la Commission a commis une erreur manifeste d'appréciation et a manqué à son obligation de motivation en considérant que le transfert au PO du montant de 33, 870 millions d'euros provenant du FOR faisait partie de la surcompensation sans rechercher si et de quelle manière le PO avait utilisé ce montant. Or, selon lui, si la Commission avait procédé à cet examen, elle aurait constaté que le PO a, au cours de la période allant de 1999 à 2005, dépensé la totalité des sommes provenant du FOR qui lui avaient été versées, de telle sorte que, en 2005, le PO ne disposait plus d'aucune somme provenant du FOR pouvant être recouvrée.
- 249 Le Royaume des Pays-Bas fait valoir que, contrairement à ce qu'affirme la Commission, celle-ci avait connaissance, à la date de la décision attaquée, du fait que le montant du FOR serait nul à la fin de l'année 2006, dans la mesure où, dans la lettre qu'il lui a adressée le 3 février 2006, il l'avait informée que le FOR ne contenait plus que le montant de 8,8 millions d'euros à la fin de l'année 2005 et plus rien à la fin de l'année 2006. De plus, la Commission aurait pu poursuivre son enquête pendant six mois afin de prendre en compte tous les éléments pertinents.
- 250 La NOS avance, quant à elle, que la Commission n'a pas invoqué, dans la décision attaquée, une quelconque négligence dans l'emploi des financements provenant du FOR d'un montant de 33,8 millions d'euros que la NOS a reçus, alors même que ces sommes ont été dépensées dans le cadre d'activités, notamment d'investissements dans les médias numériques, de politique de responsabilité, de promotion satellite et radio, et conformément aux protocoles de transfert.
- 251 La Commission conteste l'argumentation des parties requérantes.
- Appréciation du Tribunal
- 252 S'agissant du défaut allégué de motivation, il y a lieu de relever que les financements provenant du FOR sont décrits dans le point 2.3.3 de la décision attaquée, relatif aux financements ad hoc, et évalués ensuite par la Commission au regard des règles en matière d'aides d'État (voir points 83 à 85 ci-dessus).
- 253 À l'issue de cet examen, les financements provenant du FOR ont été mentionnés, dans la décision attaquée, parmi les financements ad hoc constituant une aide d'État au sens de l'article 87, paragraphe 1, CE (considérant 105 de la décision attaquée), et plus précisément une aide d'État nouvelle (considérant 111 de la décision attaquée).
- 254 Enfin, dans la décision attaquée, les financements provenant du FOR sont entrés en ligne de compte dans l'appréciation de la proportionnalité du financement public et notamment dans le calcul de la compensation excessive dont bénéficie le PO (voir tableau 4 au considérant 152 de la décision attaquée et considérant 154 de la décision attaquée).
- 255 La Commission a donc, dans la décision attaquée, motivé, conformément à la jurisprudence (voir point 80 ci-dessus), son raisonnement et ses conclusions relatives aux financements provenant du FOR.
- 256 S'agissant de l'affectation des financements provenant du FOR, dès lors que la Commission a établi, dans la décision attaquée, la compensation excessive, reçue par le PO, par rapport à ses besoins en financement public (voir tableau 4 au considérant 152 de la décision attaquée) en raison des financements ad hoc en cause, elle ne saurait être tenue de rechercher quelle utilisation le PO en aurait faite. En effet, quand bien même les financements provenant du FOR auraient été dûment utilisés, ils n'en contribueraient pas moins à la compensation excessive, reçue par le PO, par rapport à ses besoins en financement public dont le montant n'a pas été contesté.
- 257 S'agissant de l'affectation totale alléguée des financements provenant du FOR en 2006, selon une jurisprudence constante rappelée au point 221 ci-dessus, la légalité d'une décision en matière d'aide d'État doit être appréciée en fonction des éléments d'informations dont la

Commission disposait au moment où elle l'a arrêtée. Or, la décision attaquée couvre la période allant de 1994 à 2005, dernière année pour laquelle la Commission disposait de chiffres définitifs (considérant 10 de la décision attaquée). Dès lors, par surcroît et en tout état de cause, cela justifie que la Commission n'ait pas pris en compte les données de l'année 2006.

258 La deuxième branche du troisième moyen invoqué par le Royaume des Pays-Bas et l'argument soulevé par la NOS à cet égard dans le cadre de son troisième moyen ne sont donc pas fondés.

Sur l'absence de prise en considération, dans le calcul du montant à recouvrer lié au transfert de réserves de programmes, de la marge de tolérance de 10 % autorisée par la Commission

– Arguments des parties

259 Le Royaume des Pays-Bas fait valoir, en substance, que, conformément à sa pratique décisionnelle et à la communication sur la radiodiffusion qui la lie, la Commission aurait dû appliquer une marge de tolérance de 10 % au transfert au PO des excédents des réserves de programmes au lieu de prendre en considération la totalité des montants mis en réserve.

260 Le Royaume des Pays-Bas affirme avoir informé la Commission de cette question en temps opportun, à savoir dans son courrier du 1<sup>er</sup> septembre 2005. Il souligne que, si le législateur néerlandais avait autorisé pour certaines associations de radiodiffuseurs publics la constitution de réserves à hauteur non pas de 5 % seulement, mais de 10 %, le montant transféré au PO aurait été inférieur.

261 En réponse à l'affirmation de la Commission selon laquelle les autorités néerlandaises avaient connaissance du fait qu'elle autorisait une marge de tolérance de 10 % du montant des réserves, le Royaume des Pays-Bas indique que, si la décision 2005/217/CE de la Commission, du 19 mai 2004, concernant les mesures prises par le Danemark en faveur de TV2/Danmark (JO 2006, L 85, p. 1), reconnaît le principe selon lequel les réserves peuvent être conservées et reportées d'une année sur l'autre, elle ne mentionne aucun pourcentage précis. De plus, la décision 2005/842 serait intervenue après le transfert au PO.

262 Le Royaume des Pays-Bas fait, par ailleurs, observer que le transfert d'une partie des réserves supérieure à la marge de tolérance de 10 % imposée par la Commission a été fixé par le PO en application de l'article 109a, paragraphe 1, de la Mediawet et non par une décision des autorités néerlandaises.

263 La Commission conteste l'argumentation du Royaume des Pays-Bas.

– Appréciation du Tribunal

264 Pour autant que le Royaume des Pays-Bas reproche à la Commission de tenir compte du montant total du transfert de réserves au PO et de ne pas prendre en considération la marge de tolérance de 10 % qu'elle admet au niveau des réserves des radiodiffuseurs, force est de constater que, ainsi qu'il le reconnaît dans ses écritures et qu'il ressort clairement de la décision attaquée (voir, notamment, considérants 49, 146 et 149), la Commission a pris en compte le montant transféré par les radiodiffuseurs de service public au PO en application de la législation néerlandaise. Le Royaume des Pays-Bas semble donc reprocher à la Commission de ne pas avoir appliqué un pourcentage de 10 % que le PO lui-même n'a pas employé, alors même que tant celui-ci que les autorités néerlandaises connaissaient ce plafond.

265 En tout état de cause et, donc, quoiqu'il en soit de la date d'entrée en vigueur de la décision 2005/842, ce transfert de réserves au PO s'est effectivement élevé, sans que cela soit contesté, à un montant de 42,457 millions d'euros et, selon la Commission, fait partie, pour ce montant, de la surcompensation dont bénéficie le PO. La Commission a, à bon droit, effectué l'analyse de la surcompensation reçue par le PO sur la base des données disponibles. Il ne saurait lui être reproché de ne pas avoir calculé la surcompensation reçue par le PO en tenant compte du

fait que, sur la base de la marge de tolérance de 10 % qu'elle admet qui aurait pu être appliquée aux réserves des radiodiffuseurs de service public, la surcompensation aurait pu être moindre. Il n'incombait pas à la Commission de prendre en compte la marge de tolérance de 10 % de réserves qu'auraient éventuellement pu conserver les radiodiffuseurs, alors même qu'ils ne l'ont pas conservée, de sorte que la surcompensation reçue par le PO a été plus élevée.

- 266 À titre subsidiaire, il convient de souligner qu'il ressort des considérants 147 à 149 de la décision attaquée que le principe du report d'un certain pourcentage de compensation excessive annuelle à l'année suivante, tel qu'admis par la Commission, s'applique, dans des conditions précises, au sein du budget de chaque radiodiffuseur de service public d'une année à l'autre, afin de faire face aux fluctuations des coûts de la radiodiffusion publique. Il serait contraire à sa finalité de considérer cette tolérance comme une règle générale devant s'appliquer lors d'un transfert desdites réserves des radiodiffuseurs de service public à un autre organisme. Comme cela ressort du considérant 113 de la décision 2005/217 et comme le confirme la décision 2005/842, cette règle ne vise pas à exonérer l'État membre de son obligation de restitution en permanence. Selon l'article 6, deuxième alinéa, de cette décision, lorsqu'elle ne dépasse pas 10 % du montant de la compensation annuelle, la surcompensation peut être reportée sur la période suivante et déduite du montant de la compensation due pour cette période. Au surplus, dans sa requête, le Royaume des Pays-Bas avance que, jusqu'à cette limite de 10 %, les réserves peuvent être conservées et reportées sur l'année suivante. Cela ne correspond pas au cas d'espèce, puisque la somme en cause n'a précisément pas été reportée, mais transférée à un autre organe.
- 267 La troisième branche du troisième moyen soulevé par le Royaume des Pays-Bas n'étant, par conséquent, pas fondée, il y a lieu, dès lors, de la rejeter.
- 268 Aucun des moyens invoqués par les parties requérantes n'étant fondé, il y a lieu de rejeter, dans leur ensemble, le recours du Royaume des Pays-Bas dans l'affaire T-231/06 et le recours de la NOS dans l'affaire T-237/06.

### **Sur les dépens**

- 269 Aux termes de l'article 87, paragraphe 2, du règlement de procédure, toute partie qui succombe est condamnée aux dépens, s'il est conclu en ce sens. Les parties requérantes ayant succombé, il y a lieu de les condamner aux dépens, conformément aux conclusions de la Commission.

Par ces motifs,

LE TRIBUNAL (première chambre élargie)

déclare et arrête :

- 1) Les recours sont rejetés.
- 2) Dans l'affaire T-231/06, le Royaume des Pays-Bas est condamné aux dépens.
- 3) Dans l'affaire T-237/06, la Nederlandse Omroep Stichting (NOS) est condamnée aux dépens.