DOMSTOLENS DOM (Første Afdeling)

2. april 2009*

I sag C-431/07 P,

angående appel i henhold til artikel 56 i statutten for Domstolen, iværksat den 18. september 2007,

Bouygues SA, Paris (Frankrig),

Bouygues Télécom SA, Boulogne-Billanourt (Frankrig),

ved avocats F. Sureau, D. Théophile, S. Perrotet, A. Bénabent, J. Vogel og L. Vogel,

appellanter,

* Processprog: fransk.

de øvrige parter i appelsagen:

Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber ved C. Giolito, som befuldmægtiget, og med valgt adresse i Luxembourg,

sagsøgt i første instans,

Den Franske Republik ved G. de Bergues samt ved O. Christmann og A.-L. Vendrolini, som befuldmægtigede,

Orange France SA ved avocats S. Hautbourg, S. Quesson og L. Olza Moreno,

Société française du radiotéléphone — SFR ved avocat A. Vincent og ved C. Vajda, QC,

intervenienter i første instans,

har

DOMSTOLEN (Første Afdeling)

sammensat af afdelingsformanden, P. Jann, og dommerne M. Ilešič, A. Tizzano (refererende dommer), A. Borg Barthet og J.-J. Kasel,

generaladvokat: V. Trstenjak
justitssekretær: kontorchef M.-A. Gaudissart,

på grundlag af den skriftlige forhandling og efter retsmødet den 11. september 2008,

og efter at generaladvokaten har fremsat forslag til afgørelse i retsmødet den 8. oktober 2008,

afsagt følgende

Dom

1 Ved deres appelskrift har Bouygues Télécom SA (herefter »Bouygues Télécom«) og Bouygues SA nedlagt påstand om ophævelse af dom afsagt af De Europæiske Fællesskabers Ret i Første Instans den 4. juli 2007, Bouygues og Bouygues Télécom mod Kommissionen (sag T-475/04, Sml. II, s. 2097, herefter »den appellerede dom«), hvorved de ikke fik medhold i deres påstand om annullation af Kommissionens beslutning af 20. juli 2004, hvori det fastslås, at den afgift, som Orange og SFR skal betale for UMTS-licenser (Universal Mobile Telecommunication System), ændres (statsstøtte NN 42/2004 — Frankrig) (herefter »den anfægtede beslutning«).

De relevante fællesskabsregler

2 Følgende var fastsat i artikel 8, stk. 4, i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 97/13/EF af 10. april 1997 om ensartede principper for generelle tilladelser og

individuelle tilladelser for teletjenester (EFT L 117, s. 15), der gjaldt på tidspunktet for sagens faktiske omstændigheder:

»Medlemsstaterne kan i objektivt begrundede tilfælde og i et rimeligt omfang ændre de vilkår, der er knyttet til en individuel tilladelse. I den forbindelse tilkendegiver medlemsstaterne deres hensigt passende tid i forvejen, så interesserede parter kan udtale sig om de foreslåede ændringer.«

3 Samme direktivs artikel 9, stk. 2, første led, var affattet som følger:

»Når en medlemsstat har til hensigt at udstede en individuel tilladelse, skal den:

— udstede den individuelle tilladelse ved en åben, ikke-diskriminerende, gennemsigtig procedure og med henblik herpå lade samme procedure være gældende for alle ansøgere, medmindre der er en objektiv begrundelse for at skelne.«

4 Følgende var fastsat i nævnte direktivs artikel 10, stk. 3, første afsnit:

»Medlemsstaterne udsteder sådanne individuelle tilladelser på grundlag af udvælgelseskriterier, som er objektive, ikke-diskriminerende, detaljerede, gennemsigtige og forholdsmæssigt afpassede. Ved udvælgelsen tages der behørigt hensyn til, at konkurrencen skal kunne udvikle sig frit, og at brugerne skal have størst mulig fordel af tjenesterne.«

5 Følgende var fastsat i artikel 11 i direktiv 97/13:

»1. Medlemsstaterne sikrer, at eventuelle gebyrer, som virksomhederne afkræves som led i tilladelsesprocedurerne, kun har til formål at dække administrationsomkostningerne i forbindelse med udstedelsen, forvaltningen, kontrollen og håndhævelsen af den gældende ordning for individuelle tilladelser. Gebyret for en individuel tilladelse skal stå i rimeligt forhold til det ydede arbejde, og der skal på hensigtsmæssig vis offentliggøres tilstrækkeligt detaljerede og let tilgængelige oplysninger herom.

2. Uanset stk. 1 kan medlemsstaterne, hvis der kun er knappe ressourcer, tillade, at den nationale tilsynsmyndighed pålægger yderligere afgifter for at sikre, at sådanne ressourcer udnyttes optimalt. Disse afgifter skal være ikke-diskriminerende og navnlig tage hensyn til behovet for at støtte udviklingen af nyskabende tjenester og konkurrence.«

6 Det fremgår af artikel 1 i Europa-Parlamentets og Rådets beslutning nr. 128/1999/EF af 14. december 1998 om koordineret indførelse af et mobilt og trådløst kommunikationssystem (UMTS) af tredje generation i Det Europæiske Fællesskab (EFT 1999 L 17, s. 1), der gjaldt på tidspunktet for sagens faktiske omstændigheder, at bestemmelsen tilsigtede »[…] at fremme en hurtig, koordineret og kommerciel indførelse af kompatible UMTS-net og -tjenester i Fællesskabet […]«.

7 I samme beslutnings artikel 3, stk. 1, var følgende fastsat:

»Medlemsstaterne træffer alle de foranstaltninger, som er nødvendige for i overensstemmelse med artikel 1 i direktiv 97/13/EF at muliggøre en koordineret og gradvis indførelse af UMTS-tjenester på deres område senest den 1. januar 2002 […]«

Tvistens baggrund

8 Den 28. juli 2000 indledte den franske minister for industri, post og telekommunikation et udbud med henblik på tildeling af fire licenser til etablering af mobile- og trådløse UMTS-kommunikationssystemer i det franske hovedland. Fristen for indgivelse af bud var fastsat til den 31. januar 2001, og buddene kunne trækkes tilbage indtil den 31. maj 2001.

9 Da der kun var blevet indgivet to bud, nemlig dem fra Société française du radiotéléphone — SFR (herefter »SFR«) og selskabet France Télécom mobiles, der nogle måneder senere blev til selskabet Orange France SA (herefter »Orange«), blev et nyt udbud af de franske myndigheder anset for nødvendigt for at sikre egentlig konkurrence.

10 Ved to skrivelser af 22. februar 2001, der var enslydende affattet, forsikrede økonomi- og finansministeren og statssekretæren under industriministeriet ledelserne i SFR og Orange om, at »fremgangsmåden ved supplerende udbud […] [ville] sikre en rimelig behandling af de erhvervsdrivende, der i sidste ende [ville] blive tildelt en licens«.

11 Uden at afvente iværksættelsen af det supplerende udbud blev de to første UMTS-licenser tildelt SFR og Orange ved to anordninger af 18. juli 2001. Disse to licenser blev tildelt mod betaling af afgifter svarende til et samlet beløb på 4 954 593 000 EUR til betaling i rater, hvoraf den første forfaldt til betaling den 31. september 2001, og den sidste forfalder den 30. juni 2016.

12 Efter iværksættelsen af det supplerende udbud blev den tredje UMTS-licens tildelt Bouygues Télécom den 3. december 2002. Da der ikke forelå andre bud, blev den fjerde licens ikke tildelt.

13 Den tredje licens blev tildelt mod betaling af afgifter, der bestod af en fast del på 619 209 795,27 EUR, der skulle betales den 30. september i det år, hvor licensen blev tildelt, eller på tidspunktet for tildelingen, hvis denne dato faldt efter den 30. september, og en variabel del, der betales årligt inden den 30. juni hvert år, for brug af frekvenser i det foregående år og som beregnes som en procentdel af den omsætning, der opnås ved brug af disse frekvenser.

14 Endvidere foretog industriministeriet ved to anordninger af 3. december 2002 (JORF af 12.12.2002, s. 20498 og s. 20499) vedrørende henholdsvis SFR og Orange ændring af bl.a. bestemmelserne om afgifterne for tilrådighedsstillelse og drift af frekvenser, idet der blev fastsat bestemmelser, der var identiske med dem, der fandt anvendelse på Bouygues Télécom, som gengivet i denne doms foregående præmis.

15 Den 31. januar 2003 indledte Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber efter en klage fra appellanterne over en række støtteforanstaltninger, som de franske myndigheder havde vedtaget til fordel for France Télécom, undersøgelsesproceduren i henhold til artikel 88, stk. 2, EF i forhold til visse af disse foranstaltninger, hvoriblandt ikke var foranstaltningen vedrørende tilpasning af SFR's og Oranges skyldige afgifter til dem, der var fastsat for Bouygues Télécom.

16 Ved den anfægtede beslutning besluttede Kommissionen på grundlag af bestemmelserne i artikel 88 EF ikke at gøre indsigelse mod nævnte foranstaltning vedrørende tilpasning af nævnte afgifter med den begrundelse, at den ikke indeholdt støtteelementer i henhold til artikel 87, stk. 1, EF.

17 Ved stævning indleveret til Rettens Justitskontor den 24. november 2004 anlagde appellanterne søgsmål med påstand om annullation af den anfægtede beslutning.

Den appellerede dom

18 Til støtte for annullationssøgsmålet gjorde appellanterne bl.a. to anbringender gældende, hvorefter Kommissionen for det første havde tilsidesat artikel 87, stk. 1, EF, eftersom ændringen af Oranges og SFR's skyldige afgifter ifølge appellanterne udgjorde statsstøtte i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i denne bestemmelse, og for det andet havde tilsidesat artikel 88, stk. 2, EF, idet den, for så vidt som sagen rejste alvorlige vanskeligheder, burde have indledt den formelle procedure, der er fastsat i artikel 88 EF.

19 Retten behandlede disse to anbringender under ét, idet den udelukkende traf afgørelse om, hvorvidt der forelå alvorlige vanskeligheder. I den appellerede doms præmis 93 fastslog den, at såfremt der forelå sådanne vanskeligheder, ville beslutningen nemlig alene af denne årsag kunne annulleres, fordi der ikke er foretaget den kontradiktoriske og uddybende undersøgelse, der er fastsat i EF-traktaten, uanset om det var godtgjort, at Kommissionens grundlæggende vurderinger var behæftet med retlige eller faktiske fejl.

20 Inden for rammerne af denne gennemgang, der er gengivet i den appellerede doms præmis 95-126, forkastede Retten for det første de argumenter, der havde til formål at godtgøre, at der forelå en tidsmæssig selektiv fordel for Orange og SFR som følge af den faktiske omstændighed, at de to første UMTS-licenser var blevet tildelt de to selskaber, inden Bouygues Télécom opnåede tildeling af den tredje licens. Retten lagde endvidere i samme doms præmis 126 til grund, at en sådan vurdering ikke udgjorde en alvorlig vanskelighed.

21 I den henseende konstaterede Retten for det første i den appellerede doms præmis 100 og 106, at de nævnte licenser havde økonomisk værdi, og at det følgelig måtte tilstås appellanterne, at de franske myndigheder ved at reducere Oranges og SFR's skyldige afgifter havde givet afkald på betydelige statsmidler.

22 Imidlertid bemærkede Retten derefter i den appellerede doms præmis 107, at de fordringer på Orange og SFR, som den franske stat havde givet afkald på, ikke var sikre. »Disse to operatører kunne nemlig som led i proceduren forbundet med det første udbud trække deres bud tilbage indtil den 31. maj 2001, såfremt de ikke var blevet forsikret om, at de ville modtage samme behandling som de andre operatører, […] [og det] var herefter endvidere stadig muligt for de nævnte operatører at give afkald på deres licens og dermed at ophøre med at betale afgiften, navnlig hvis de følte sig forskelsbehandlet i forhold til Bouygues Télécom.«

23 Retten konstaterede endvidere i den appellerede doms præmis 111, at det omhandlede afkald på fordringer ikke kunne kvalificeres som statsstøtte på grund af de særlige kendetegn ved de fællesskabsretlige bestemmelser om telekommunikation i forhold til de almindelige bestemmelser om statsstøtte.

24 Endelig fastslog Retten i den appellerede doms præmis 113 og 116, at hvis der var en objektiv forskel mellem på den ene side, Oranges og SFR's situation og på den anden side Bouygues Télécoms situation hvad angår det tidspunkt, hvor selskaberne fik tildelt deres respektive licenser, medførte problemerne forbundet med UMTS-teknologien og de økonomiske omkostninger ved at udvikle den, at det ikke var muligt for de første licenstagere at komme ind på markedet, og dermed i praksis at udnytte den fordel, som den tidligere tildeling af licenserne kunne have givet dem.

25 Under alle omstændigheder konkluderede Retten i den appellerede doms præmis 123, at »den fordel, der potentielt er indrømmet Orange og SFR, [var] den eneste måde, hvorpå man kunne undgå i strid med direktiv 97/13 at vedtage en foranstaltning, der ville have udgjort forskelsbehandling af disse to operatører i betragtning af de betydelige forskelle mellem de to på hinanden følgende afgiftsordninger, som de nationale myndigheder indførte, skønt der […] på tidspunktet for den omtvistede ændring som følge af Oranges og SFR's forsinkelse i deres UMTS-tjenester ikke eksisterede operatører på markedet, samt at kendetegnene for de tre konkurrerende operatørers licenser er ens«.

26 For det andet forkastede Retten i den appellerede doms præmis 127-156 appellanternes antagelser, hvorefter ændringen af afgifterne udgjorde en tilsidesættelse af princippet om forbud mod forskelsbehandling, og den lagde til grund, at bedømmelsen vedrørende iagttagelse af dette princip ikke udgjorde en alvorlig vanskelighed, der gjorde det nødvendigt at indlede undersøgelsesproceduren i henhold til artikel 88 EF.

27 For det første har Retten i den appellerede doms præmis 134 og 136 fastslået, at proceduren for tildeling af UMTS-licenserne på trods af den måde, hvorpå den materielt blev organiseret, var en procedure, der alene havde til formål at tildele fire licenser, og at princippet om forbud mod forskelsbehandling følgelig skulle finde anvendelse ved en samlet bedømmelse af de to på hinanden følgende udbud.

28 For det andet lagde Retten i den appellerede doms præmis 148 til grund, at eftersom indholdet af de tre licenser var enslydende, og ingen operatør var trængt ind på markedet på det tidspunkt, hvor ændringen af Oranges og SFR's skyldige afgifter fandt sted, havde den anvendte løsning, der bestod i en ændring af disse afgifter med tilbagevirkende kraft, gjort det muligt for de franske myndigheder ikke blot at sikre ligebehandlingsprincippet i forholdet mellem de tre berørte operatører, men også at undgå forsinkelser i lanceringen af UMTS-tjenester i henhold til direktiv 97/13.

29 Retten fastslog ligeledes for det tredje i den appellerede doms præmis 157 og 158, at hverken sagens kompleksitet eller varigheden af proceduren for Kommissionen var af en sådan karakter, at det heraf kunne udledes, at gennemgangen af foranstaltningen vedrørende tilpasning af afgifter frembød alvorlige vanskeligheder.

30 På grundlag af disse betragtninger frifandt Retten Kommissionen.

Parternes påstande

31 Appellanterne har nedlagt følgende påstande for Domstolen:

— Den appellerede dom ophæves, og sagen hjemvises til Retten til fornyet behandling i overensstemmelse med det retlige standpunkt, som Domstolen lægger til grund.

— Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber tilpligtes at betale sagens omkostninger.

32 Kommissionen, Den Franske Republik, Orange og SFR har nedlagt påstand om, at appellen forkastes, og at appellanterne tilpligtes at betale sagens omkostninger.

Begæringen om genåbning af den mundtlige behandling

33 Ved processkrift indleveret til Justitskontoret den 17. november 2008, fremsatte appellanterne begæring om genåbning af den mundtlige forhandling i henhold til artikel 61 i Domstolens procesreglement.

34 Appellanterne gør til støtte for begæringen gældende, at visse punkter, som generaladvokaten har rejst i forslaget til afgørelse, er nye og sandsynligvis vil påvirke Domstolens afgørelse.

35 Det bemærkes herved, at Domstolen i medfør af procesreglementets artikel 61 ex officio eller efter forslag fra generaladvokaten eller på parternes begæring kan træffe bestemmelse om genåbning af den mundtlige forhandling, såfremt den finder, at sagen er utilstrækkeligt oplyst, eller at sagen skal afgøres på grundlag af et argument, som ikke har været drøftet af parterne (jf. kendelse af 4.2.2000, sag C-17/98, Emesa Sugar, Sml. I, s. 665, præmis 18, samt dom af 29.4.2004, sag C-181/02 P, Kommissionen mod Kvaerner Warnow Werft, Sml. I, s. 5703, præmis 25, og af 26.6.2008, sag C-284/06, Burda, Sml. I, s. 4571, præmis 37).

36 I den foreliggende sag finder Domstolen imidlertid, efter at have hørt generaladvokaten, at den er i besiddelse af alle de nødvendige oplysninger til at træffe afgørelse vedrørende den af appellanterne iværksatte appel, og at disse forhold har været genstand for forhandlinger for den. Derfor bør begæringen om genåbning af den mundtlige forhandling forkastes.

Om appellen

37 Appellanterne har til støtte for deres appel fremført fire anbringender vedrørende henholdsvis en tilsidesættelse af begrundelsespligten, urigtig retsanvendelse med hensyn til fravær af alvorlige vanskeligheder, urigtig retlig kvalificering af de faktiske omstændigheder og endelig flere tilfælde af urigtig retsanvendelse ved anvendelsen af artikel 87 EF.

Det første anbringende vedrørende tilsidesættelse af begrundelsespligten med hensyn til anvendelsen af undtagelsen vedrørende ordningens karakter eller opbygning

Parternes argumenter

38 Med det første anbringende kritiserer appellanterne Retten for ikke at have givet en tilstrækkelig begrundelse i forbindelse med den i den foreliggende sag foretagne anvendelse af undtagelsen vedrørende ordningens karakter eller opbygning i dens egenskab af undtagelse til princippet, hvorefter differentieret behandling til fordel for en eller flere virksomheder nødvendigvis udgør en selektiv fordel. Nærmere bestemt indeholder den appellerede dom ikke en tilstrækkeligt udtrykkelig begrundelse vedrørende hverken indholdet af denne undtagelse eller årsagssammenhængen mellem den og afkaldet på betydelige statsmidler.

39 Appellanterne har fremført forskellige mulige forhold, som ifølge dem kunne berettige henvisningen til ordningens karakter eller opbygning i denne sag, nemlig de særlige kendetegn ved de fællesskabsretlige bestemmelser om telekommunikation i forhold til de almindelige bestemmelser om statsstøtte, nødvendigheden af at iagttage lanceringsdatoen den 1. januar 2002, der er fastsat i artikel 3, stk. 1, i beslutning nr. 128/1999, eller endog efterspørgslen efter fire operatører med henblik på at sikre en tilstrækkelig grad af konkurrence. Ikke desto mindre er det appellanternes opfattelse, at ingen af disse mulige forhold kan være afgørende eller under nogen omstændigheder er tilstrækkeligt begrundede af Retten.

40 Derimod er det Kommissionens, Den Franske Republiks, Oranges og SFR's opfattelse, at den appellerede dom giver en tilstrækkelig begrundelse på dette punkt, idet der i vidt omfang er henvist til den retlige ramme og den relevante retspraksis ved vurderingen af den nævnte undtagelse.

41 For så vidt angår de af appellanterne påberåbte mulige forhold har Kommissionen og SFR gjort gældende, at bedømmelsen heraf indgår i vurderingen af, hvorvidt dommen er velbegrundet, og om begrundelsespligten er blevet tilsidesat. Den Franske Republik har i denne henseende gjort gældende, at disse mulige forhold i modsætning til, hvad appellanterne hævder, er helt sammenhængende og komplementære. SFR har tilføjet,

at det første anbringende under alle omstændigheder bør afvises, da appellanterne i realiteten anfægter den af Retten foretagne bedømmelse af de faktiske omstændigheder.

Domstolens bemærkninger

42 Det skal indledningsvis bemærkes, at den begrundelsespligt, der påhviler Retten i medfør af artikel 36 og artikel 53, stk. 1, i statutten for Domstolen, ikke pålægger den at foretage en udtømmende gennemgang af hvert enkelt af de argumenter, der er fremført af parterne i sagen. Begrundelsen kan således fremgå indirekte, forudsat at de berørte får kendskab til begrundelsen for, at de pågældende foranstaltninger er truffet, og at Domstolen råder over de til udøvelse af sin prøvelsesret nødvendige oplysninger (dom af 18.5.2006, sag C-397/03 P, Archer Daniels Midland og Archer Daniels Midland Ingredients mod Kommissionen, Sml. I, s. 4429, præmis 60, og af 8.2.2007, sag C-3/06/ P, Groupe Danone mod Kommissionen, Sml. I, s. 1331, præmis 46).

43 Det bemærkes, at Retten i den foreliggende sag har angivet grundene til, at den fandt, at det omhandlede afkald på fordringer ikke falder ind under begrebet statsstøtte, der er uforenelig med fællesskabsretten, på grund af den telekommunikationsretlige ordnings opbygning.

44 Retten har bl.a. i den appellerede doms præmis 108-110 givet en fyldig redegørelse for kendetegnene ved de fællesskabsretlige rammer for telekommunikationstjenester, der følger af direktiv 97/13 og beslutning nr. 128/1999. Den har særligt fastslået, at det i henhold til disse rammer kræves, at medlemsstaterne, selv om de frit kan vælge proceduren for tildeling af UMTS-licenser, er forpligtede til at overholde ligebehandlingsprincippet i forhold til operatørerne under hensyn til det tidspunkt, hvor hver af de berørte operatører indtræder på markedet.

45 Endvidere er nævnte direktivs artikel 11, stk. 2, ifølge den appellerede doms præmis 109 allerede i fællesskabsretspraksis blevet fortolket således, at bestemmelsen indeholder et krav om, at de afgifter, der er pålagt forskellige operatører, skal være ens i økonomisk henseende.

46 Det følger heraf, at de franske myndigheder under de i den foreliggende sag givne omstændigheder ifølge Retten ikke havde andet valg end at nedsætte Oranges og SFR's skyldige afgifter og dermed at give afkald på de omhandlede fordringer, således at dette beløb kom til at svare til det for Bouygues Télécom skyldige beløb.

47 Det fremgår derfor klart af nævnte præmis 108-110, at de omstændigheder, der i denne sag begrunder anvendelsen af undtagelsen vedrørende ordningens karakter eller opbygning, dvs. forpligtelsen for de nationale myndigheder til at overholde de krav om ligebehandling, der særligt er fastsat i de fællesskabsretlige bestemmelser om telekommunikation, er blevet klart angivet af Retten.

48 Endvidere følger de øvrige muligheder, som appellanterne har fremført, af en urigtig udlægning af den appellerede dom.

49 I modsætning til, hvad appellanterne har gjort gældende, har Retten på ingen måde anset behovet for at iagttage datoen den 1. januar 2002, der er fastsat i artikel 3, stk. 1, i beslutning nr. 128/1999, som den dato, hvor UMTS skulle være indført på medlemsstaternes område, som kendetegnende for ordningen. Retten har i realiteten kun taget denne omstændighed i betragtning — i den appellerede doms præmis 141 — med henblik på at foretage bedømmelse af grundene til, at de franske myndigheder har besluttet ikke at gentage hele udbudsproceduren fra begyndelsen.

50 For det andet fremgår det udtrykkeligt af den appellerede doms præmis 11 og 138, at nødvendigheden af »at vælge et tilstrækkeligt antal operatører, for at konkurrencen kunne sikres effektivt i denne sektor« ikke blev taget i betragtning af Retten som kendetegnende for ordningen, men udelukkende som grundlag for den konklusion, at det første udbud ikke havde givet et tilfredsstillende resultat, henset til nødvendigheden af at sikre konkurrence i sektoren, og at andre operatører følgelig måtte efterspørges.

51 Det er endelig vedrørende den appellerede doms utilstrækkelige begrundelse angående årsagssammenhængen mellem ordningens karakter og opgivelsen af fordringerne på Orange og SFR tilstrækkeligt at bemærke, at Retten i nævnte doms præmis 123 har anført grundene til, at den konkluderede, at der forelå en sådan sammenhæng, idet den fastslog, at eftersom de tre UMTS-licensers kendetegn var identiske, ville en opretholdelse af det oprindelige afgiftsbeløb for Orange og SFR nødvendigvis til skade for sidstnævnte selskaber indebære en tilsidesættelse af forpligtelser, der i fællesskabsretten vedrørende telekommunikation særligt er fastsat på området for ligebehandling.

52 I lyset af ovenstående betragtninger må det konkluderes, at begrundelsen i den appellerede dom i fornødent omfang gør det muligt at forstå grundene til, at Retten fastslog, at nedsættelsen af Oranges og SFR's skyldige afgifter og den deraf følgende opgivelse af fordringerne på disse selskaber som følge af ordningens opbygning ikke kunne betragtes som statsstøtte.

53 Det første anbringende må derfor forkastes som ubegrundet.

Det andet anbringende vedrørende urigtig retsanvendelse med hensyn til fravær af alvorlige vanskeligheder

Parternes argumenter

54 Med det andet anbringende har appellanterne gjort gældende, at Retten har forvekslet bedømmelsen af, om der foreligger alvorlige vanskeligheder, med vurderingen af, hvorvidt den anfægtede beslutning er velbegrundet. Særlig begrænsede Retten sig ved konklusionen, hvorefter Kommissionen ikke var forpligtet til at indlede proceduren for en nærmere undersøgelse, til blot formelt at tilføje, efter gennemgangen af betydningen af hvert af de af parterne påberåbte argumenter, at en sådan undersøgelse ikke kunne udgøre en alvorlig vanskelighed.

55 I virkeligheden blev forekomsten af alvorlige vanskeligheder bekræftet af den faktiske omstændighed, at Retten i den appellerede dom satte sin egen bedømmelse i stedet for Kommissionens vedrørende flere komplicerede spørgsmål, idet den foretog en delvis underkendelse af den i den anfægtede beslutning indeholdte gennemgang.

56 Kommissionen har bestridt, at dette anbringende kan antages til realitetsbehandling, idet det ikke var rejst i første instans. Den Franske Republik har gjort gældende, at appellanterne for Retten kun subsidiært gjorde nødvendigheden af at indlede den formelle undersøgelsesprocedure i henhold til artikel 88 EF gældende.

57 Med hensyn til realiteten har Kommissionen, Den Franske Republik, SFR og Orange gjort gældende, at den fremgangsmåde, som Retten fulgte, var korrekt i retlig forstand og ikke indebar nogen sammenblanding. Endvidere foretog Retten ifølge Orange netop den form for analyse, som ifølge appellanterne er påkrævet. Kommissionen har tilføjet, at de faktorer, som Retten støttede sig på, er de samme som dem, hvorpå den anfægtede beslutning hviler. Denne omstændighed godtgør, at disse faktorer var tilstrækkelige til at behandle de spørgsmål, som appellanterne har henvist til.

58 Med hensyn til den angivelige underkendelse af Kommissionens gennemgang har Den Franske Republik anført, at Retten ikke satte sin egen bedømmelse i stedet for Kommissionens, da den appellerede dom i vid udstrækning er støttet på analysen i den anfægtede beslutning. Hertil kommer, at Kommissionen, SFR og Orange er af den opfattelse, at Rettens forskellige vurderinger blot havde til formål at tage stilling til de argumenter, som appellanterne fremførte i forbindelse med deres søgsmål. SFR har nærmere tilføjet, at Retten ikke kunne undersøge spørgsmålet om fraværet af alvorlige vanskeligheder uden at foretage en mere indgående gennemgang af de faktorer, som forelå for Kommissionen. Ifølge sidstnævnte bør dette argument under alle omstændigheder ikke blot afvises, eftersom det omhandler en vurdering af de faktiske omstændigheder, men det kan end ikke på grundlag heraf fastslås, hvorledes den af Retten foretagne vurdering, der var forskellig fra Kommissionens, ville kunne påvirke spørgsmålet om forekomsten af alvorlige vanskeligheder eller om den appellerede doms gyldighed.

Domstolens bemærkninger

59 Det skal indledningsvis bemærkes, at dette anbringende i modsætning til, hvad Kommissionen har gjort gældende, ikke udgør en anfægtelse af den anfægtede beslutnings gyldighed, men en kritik af Retten for at have foretaget urigtig retsanvendelse i forbindelse med gennemgangen af denne beslutning med henblik på at kontrollere, om der forelå alvorlige vanskeligheder.

60 Det følger heraf, at det andet anbringende kan antages til realitetsbehandling.

61 For så vidt angår spørgsmålet om, hvorvidt dette anbringende er velbegrundet, bemærkes, at det følger af fast retspraksis, at proceduren i henhold til artikel 88, stk. 2, EF er uundværlig, når Kommissionen støder på alvorlige vanskeligheder ved undersøgelsen af, om en støtte er forenelig med fællesmarkedet. Kommissionen kan derfor kun begrænse sig til den indledende undersøgelsesfase i medfør af artikel 88, stk. 3, EF i forbindelse med en godkendelse af en støtte, såfremt den efter en første undersøgelse kan nå til den opfattelse, at støtten er forenelig med fællesmarkedet. Hvis Kommissionen på grundlag af denne første undersøgelse imidlertid når til den modsatte opfattelse eller ikke har kunnet overvinde alle vanskelighederne ved bedømmelsen af, om støtten er forenelig med fællesmarkedet, skal den indhente alle

de nødvendige udtalelser og med henblik herpå indlede proceduren efter artikel 88, stk. 2, EF (jf. bl.a. dom af 19.5.1993, sag C-198/91, Cook mod Kommissionen, Sml. I, s. 2487, præmis 29, af 2.4.1998, sag C-367/95 P, Kommissionen mod Sytraval og Brink's France, Sml. I, s. 1719, præmis 39, og af 17.7.2008, sag C-521/06 P, Athinaïki Techniki mod Kommissionen, Sml. I, s. 5829, præmis 34).

62 Således som det fremgår af selve overskriften til den berørte del af den appellerede dom, der vedrører »[d]et andet og tredje anbringende om fejlfortolkning af henholdsvis artikel 87, stk. 1, EF og artikel 88, stk. 2, EF«, har Retten i den appellerede doms præmis 95-160 gennemgået det andet anbringende til støtte for søgsmålet vedrørende tilsidesættelse af artikel 87, stk. 1, EF angående fortolkningen af begrebet selektiv fordel og princippet om forbud mod forskelsbehandling sammen med det tredje anbringende vedrørende tilsidesættelse af artikel 88, stk. 2, EF for så vidt angår Kommissionens undladelse af at indlede den formelle undersøgelsesfase, selv om gennemgangen af foranstaltningen vedrørende tilpasning af afgifterne frembød alvorlige vanskeligheder.

63 Denne fremgangsmåde berettiges af den omstændighed, at begrebet alvorlig vanskelighed, således som generaladvokaten har bemærket i punkt 208 og 214 i forslaget til afgørelse, har en objektiv karakterer, hvis eksistens skal undersøges med udgangspunkt ikke blot i omstændighederne ved vedtagelsen af den anfægtede retsakt, men ligeledes i de vurderinger, som Kommissionen har lagt til grund (jf. i denne henseende dommen i sagen Cook mod Kommissionen, præmis 30 og 31).

64 Retten foretog netop en sådan undersøgelse, da den analyserede grundene til, at Kommissionen havde lagt til grund, at foranstaltningen vedrørende tilpasning af afgifterne ikke udgjorde en selektiv fordel og at den derfor ikke var i strid med princippet om forbud mod forskelsbehandling.

65 Retten foretog således ikke urigtig retsanvendelse, da den gennemgik Kommissionens vurderinger med henblik på at vurdere, om de var blevet foretaget på grundlag af tilstrækkelige oplysninger, som gjorde det muligt at udelukke forekomsten af nogen alvorlig vanskelighed.

66 For fuldstændighedens skyld bemærkes, at appellanterne selv i deres appelskrift har anerkendt, at det var med rette, at Retten i den appellerede doms præmis 93 udledte af retspraksis, at det skulle »undersøges, om sagsøgernes argumenter mod den anfægtede beslutning frembød alvorlige vanskeligheder. Såfremt der forelå sådanne vanskeligheder, kan beslutningen nemlig alene af denne årsag annulleres, fordi der ikke er foretaget den kontradiktoriske og uddybende undersøgelse, der er fastsat i traktaten, uanset om det var godtgjort, at Kommissionens grundlæggende vurderinger var behæftet med retlige eller faktiske fejl«.

67 Under alle omstændigheder krævede den samlede behandling af de to anbringender, at Retten ikke begrænsede sig til udelukkende at vurdere, om der forelå alvorlige vanskeligheder, men også forholdt sig til de argumenter, som appellanterne havde gjort gældende under deres andet anbringende til støtte for annullationspåstanden vedrørende spørgsmålet, om Kommissionens bedømmelse var velbegrundet.

68 Det skal i den henseende konstateres, at den substitution af begrundelser, som appellanterne hævder, at Retten foretog, i virkeligheden blot udgjorde en besvarelse af appellanternes argumenter.

69 For det første er appellanternes argumentation, hvorefter Retten satte sin egen bedømmelse i stedet for begrundelsen i den anfægtede beslutning, da den i den appellerede doms præmis 105, 109 og 110 lagde til grund, at UMTS-tjenesterne havde en markedsværdi, således ubegrundet.

70 Således som det fremgår af ovennævnte præmis 105, og som generaladvokaten har bemærket i punkt 222 i forslaget til afgørelse, fremsatte Kommissionen kun under den mundtlige forhandling for Retten det modsatte argument, nemlig at sådanne ydelser ikke havde nogen økonomisk værdi, mens den anfægtede beslutning var støttet på andre betragtninger. På den baggrund kan Retten ikke have foretaget nogen substitution af begrundelser i den henseende.

71 Det samme er, for det andet, tilfældet med hensyn til antagelsen, hvorefter Retten satte sin egen bedømmelse i stedet for begrundelsen for den anfægtede beslutning, da den i den appellerede doms præmis 113-121 lagde til grund, at Orange og SFR havde haft en potentiel tidsmæssig fordel, eftersom de fik tildelt deres licenser tidligere.

72 Selv hvis Retten som svar på et af appellanternes argumenter nåede til en konklusion, der var forskellig fra den, som Kommissionen havde lagt til grund i den anfægtede beslutning, ændrer det ikke ved den omstændighed, at Retten i den appellerede doms præmis 123-125, subsidiært og uden at foretage substitution af de af Kommissionen anførte grunde, har bekræftet Kommissionens begrundelse, hvorefter fraværet af en selektiv fordel var en følge af anvendelsen af de fællesskabsretlige rammer for telekommunikationstjenester.

73 For det tredje kan Domstolen heller ikke godtage appellanternes argumentation, hvorefter det gøres gældende, at Retten satte sin egen bedømmelse i stedet for Kommissionens, da den i den appellerede doms præmis 131 og 132 lagde til grund, at Orange og SFR på den ene side og Bouygues Télécom på den anden side ikke befandt sig i en sammenlignelig situation, idet sidstnævnte virksomhed løb en risiko for ikke at kunne iværksætte eller kun med forsinkelse at kunne iværksætte sine UMTS-tjenester.

74 Det skal i denne henseende konstateres, at den anfægtede beslutning ikke udelukkede enhver form for forskelsbehandling, fordi de tre operatører var i en tilsvarende situation, men som følge af anvendelsen af de fællesskabsretlige rammer for

telekommunikationstjenester, der nødvendiggjorde den af de franske myndigheder vedtagne løsning. Følgelig var spørgsmålet om, hvorvidt der for disse operatører forelå en tilsvarende situation med hensyn til de risici, som de løb, ikke en omstændighed, der kunne have indvirkning på Kommissionens standpunkt.

75 For det fjerde og sidste er antagelsen, hvorefter Retten satte sin egen bedømmelse i stedet for Kommissionens, da den i den appellerede doms præmis 137-153 gennemgik de forskellige muligheder, der stod åbne for de franske myndigheder, og deres betydning for ligebehandlingen af tilslagsmodtagerne, ubegrundet.

76 I virkeligheden havde Kommissionen, som generaladvokaten har bemærket i punkt 225 i forslaget til afgørelse, taget hensyn til disse muligheder, og Retten har derfor ikke har erstattet Kommissionens begrundelse med sin egen.

77 Det skal på den baggrund konstateres, at selv om Retten ved gennemgangen af visse af de af appellanterne under sagens behandling for Retten fremførte argumenter er nået til konklusioner, der er forskellige fra dem, som Kommissionen var nået frem til i den anfægtede beslutning, kan ingen af Rettens vurderinger føre til den konklusion, at Kommissionens konklusioner ikke var velbegrundede, eller at der forelå alvorlige vanskeligheder.

78 Det andet anbringende, som appellanterne har fremført til støtte for appellen, bør derfor forkastes som ubegrundet.

Det fjerde anbringende vedrørende urigtig anvendelse af artikel 87 EF

79 Det fjerde anbringende, der skal behandles inden det tredje, er opdelt i tre led.

Det fjerde anbringendes første og andet led

— Parternes argumenter

80 Appellanterne hævder med dette anbringendes første led, at Retten har foretaget urigtig retsanvendelse, da den lagde til grund, at undtagelsen vedrørende ordningens opbygning i denne sag uomgængeligt medførte, at den franske stat måtte opgive sine fordringer på Orange og SFR. Da ordningens opbygning nødvendiggør, at det størst mulige antal operatører efterspørges, havde de franske myndigheder i virkeligheden kunnet gentage proceduren fra begyndelsen eller, som det var tilfældet, foretage et fornyet udbud.

81 I sidstnævnte tilfælde burde disse myndigheder imidlertid have anvendt forskellige økonomiske vilkår. I modsætning til, hvad Retten fastslog, ville sådanne vilkår ikke have givet anledning til nogen form for forskelsbehandling, da de virksomheder, der oprindeligt blev tildelt licenser, ikke var i samme situation som dem, der ville være blevet valgt efter et fornyet udbud, eftersom disse tilslagsmodtagere for det første var sikre på at kunne bevare deres UMTS-licens, hvilket ikke ville kunne ændres af, at nye bydende kom til, og for det andet var i besiddelse af en tidligere rettighed, der i sig selv udgjorde en åbenbar fordel.

82 Ifølge Orange og SFR bør dette led i det fjerde anbringende afvises, for så vidt som det herved tilsigtes at opnå en fornyet bedømmelse af anbringender, der er blevet gjort gældende for Retten.

83 Kommissionen, Den Franske Republik, SFR og Orange gør under alle omstændigheder gældende, at Retten undersøgte andre muligheder, som kunne have været overvejet af de franske myndigheder, og vedrørende nødvendigheden af at iagttage ikke blot principperne om ligebehandling og fri konkurrence, men også fristen den 1. januar 2002, der er fastsat i artikel 3, stk. 1, i beslutning nr. 128/1999, konkluderede, at den mulighed, der i sidste ende blev valgt af de franske myndigheder, var den eneste, som kunne sikre iagttagelse af disse principper, og at den dermed blev »uomgængeligt nødvendig«.

84 Med det fjerde anbringendes andet led har appellanterne bemærket, at Retten i flere tilfælde har foretaget urigtig retsanvendelse, da den lagde til grund, at der ikke forelå nogen selektiv fordel for Orange og SFR.

— Domstolens bemærkninger

85 Det bemærkes indledningsvis, at de to argumenter, som appellanterne har gjort gældende til støtte for deres antagelse om, at fastsættelsen af en UMTS-afgift for Orange og SFR svarende til et andet beløb end dem, der afkræves Bouygues Télécom, ikke indebærer forskelsbehandling af de to førstnævnte tilslagsmodtagere, bør forkastes.

86 Det fremgår af artikel 225 EF, af artikel 58, stk. 1, i statutten for Domstolen og af artikel 112, stk. 1, litra c), i Domstolens procesreglement, at et appelskrift præcist skal angive, hvilke elementer der anfægtes i den dom, som påstås ophævet, samt de retlige

argumenter, der særligt støtter denne påstand (kendelse af 11.11.2003, sag C-488/01 P, Martinez mod Parlamentet, Sml. I, s. 13355, præmis 40, og dom af 11.9.2007 sag C-227/04 P, Lindorfer mod Rådet, Sml. I, s. 6767, præmis 45 og den deri nævnte retspraksis).

87 Til støtte for det første af disse to argumenter, hvorefter Orange og SFR var sikre på at beholde deres licenser, hvilket ikke ville kunne ændres af, at nye bydende kom til, har appellanterne ikke hævdet, at der er foretaget urigtig retsanvendelse for så vidt angår den del af begrundelsen for den appellerede dom, særligt præmis 144 heri, hvorved Retten lagde til grund, at de tre operatører befandt sig i indbyrdes tilsvarende situationer.

88 Med hensyn til det andet af disse argumenter, hvorefter SFR og Orange opnåede en fordel ved at have fået tildelt deres licenser tidligere, skal det ligeledes konstateres, at appellanterne ikke har fremsat noget argument, der kan ændre på Rettens vurdering i denne henseende, der navnlig er indeholdt i den appellerede doms præmis 115-122.

89 For så vidt angår de andre argumenter, der er blevet gjort gældende inden for rammerne af det andet anbringende, skal det bemærkes, at de i modsætning til, hvad Orange og SFR har hævdet, ikke er begrænsede til at udgøre en gentagelse af de anbringender, der blev gjort gældende i første instans, men i virkeligheden vedrører en væsentlig del af begrundelsen for den appellerede dom, især præmis 108-111, hvorfor de bør antages til realitetsbehandling.

90 Med hensyn til spørgsmålet om, hvorvidt disse argumenter er velbegrundede, skal det bemærkes, at Retten i den appellerede doms præmis 108 har konstateret, at direktiv 97/13 og beslutning nr. 128/1999 overlader medlemsstaterne et skøn med hensyn for valget af procedure for tildeling af licenser, når principperne om fri konkurrence og ligebehandling overholdes.

91 Retten har på grundlag af denne konstatering, uden at dette er blevet anfægtet af appellanterne, udledt, at medlemsstaterne kan vælge en sammenlignende udvælgelsesprocedure, idet det væsentlige er, at operatørerne har fået samme behandling, især med hensyn til afgifter.

92 I den foreliggende sag besluttede de franske myndigheder i forbindelse med udøvelsen af dette skøn at tildele UMTS-licenser ved netop en sammenlignende udvælgelsesprocedure. Som Retten har anført i den appellerede doms præmis 12, er det kun fordi det første udbud delvis mislykkedes, hvorfor de ikke var i stand til at tildele et tilstrækkeligt stort antal licenser til at sikre en egentlig konkurrence på markedet for telekommunikationstjenester, at det var nødvendigt for disse myndigheder at efterspørge andre tilslagsmodtagere.

93 I en sådan situation havde de nævnte myndigheder, således som appellanterne selv medgiver, tre muligheder, nemlig at gentage proceduren fra begyndelsen, iværksætte et supplerende udbud uden med tilbagevirkende kraft at ændre størrelsen af Oranges og SFR's skyldige afgift, eller endelig at iværksætte et sådant udbud tilknyttet en ændring af nævnte afgifter med tilbagevirkende kraft.

94 Således som Retten har bemærket i den appellerede doms præmis 141, ville muligheden for at afholde et nyt udbud fra begyndelsen under de i sagen foreliggende omstændigheder indebære, at det ikke ville være muligt at iagttage datoen den 1. januar 2002, der i artikel 3, stk. 1, i beslutning nr. 128/1999 er fastsat som fristen for, hvornår direktiv 97/13 skulle være gennemført af medlemsstaterne med hensyn til en koordineret og gradvis indførelse af UMTS-tjenester på deres område. På samme måde ville muligheden for af Orange og SFR at kræve betaling af langt større afgifter end dem, som krævedes af Bouygues Télécom, selv om ingen af de tre operatører på grund af forhold, som de ikke selv alene havde rådighed over, endnu var indtrådt på markedet, og licenserne var kendetegnet ved at have de samme egenskaber, have udgjort forskelsbehandling af Orange og SFR, således som Retten med rette har bemærket i den appellerede doms præmis 144 og 145.

95 Med andre ord ville anvendelsen af en af disse to muligheder ikke have gjort det muligt for de franske myndigheder at opfylde de fællesskabsretlige krav.

96 Under disse omstændigheder og inden for rammerne af den mulighed, som de franske myndigheder i sidste ende valgte, var det omhandlede afkald på fordringer som følge af tilpasningen med tilbagevirkende kraft af Oranges og SFR's skyldige UMTS-afgifter til dem, som var pålagt Bouygues Télécom, uundgåeligt.

97 For det første kunne kun denne mulighed på tidspunktet for de faktiske omstændigheder mindske risikoen for en forsinket lancering af UMTS-tjenester, idet den gjorde det muligt at sikre, at i det mindste to licenser var blevet tildelt på den i artikel 3, stk. 1, i beslutning nr. 128/1999 fastsatte dato. For det andet udelukkede denne mulighed også, at de tre operatører blev udsat for forskelsbehandling, da selve formålet med afgiftstilpasningen var at tage hensyn til den omstændighed, at ingen af de tre operatører på tidspunktet for tildeling af licensen til Bouygues Télécom som følge af forhold, som de ikke havde rådighed over, endnu var indtrådt på markedet, således at de som følge af denne omstændighed befandt sig i sammenlignelige situationer.

98 Det følger heraf, at Retten under disse omstændigheder ikke foretog urigtig retsanvendelse, da den fastslog, at de fællesskabsretlige rammer for telekommunikationstjenester og navnlig princippet om forbud mod forskelsbehandling krævede, at de franske myndigheder skulle tilpasse Oranges og SFR's skyldige afgifter med dem, der skulle betales af Bouygues Télécom.

99 Følgelig bør det fastslås, at det fjerde anbringendes første led delvis bør afvises og delvis bør forkastes som ubegrundet.

100 Da dette første led skal forkastes, følger det heraf, at det fjerde anbringendes andet led skal erklæres uvirksomt.

101 Der skal henvises til Domstolens faste praksis, hvorefter alle betingelserne i artikel 87, stk. 1, EF skal være opfyldt, for at der kan være tale om støtte (jf. dom af 15.7.2004, sag C-345/02, Pearle m.fl., Sml. I, s. 7139, præmis 32 og den deri nævnte retspraksis).

102 Artikel 87, stk. 1, EF opstiller fire kumulative betingelser. For det første skal der være tale om statsstøtte eller støtte, som ydes ved hjælp af statsmidler. For det andet skal denne støtte kunne påvirke samhandelen mellem medlemsstater. For det tredje skal den give modtageren en fordel. For det fjerde skal den fordreje eller true med at fordreje konkurrencevilkårene (dommen i sagen Pearle m.fl., præmis 33 og den deri nævnte retspraksis).

103 Som det fremgår af gennemgangen af det fjerde anbringendes første led, foretog Retten ikke urigtig retsanvendelse, da den i den appellerede doms præmis 111 fastslog, at afkaldet på statsmidler ikke var tilstrækkeligt til at fastslå, at der forelå statsstøtte, for så vidt som afkaldet på fordringen på Orange og SFR var uundgåelig som følge af ordningens opbygning.

104 Det følger heraf, at den første af de i denne doms præmis 102 nævnte betingelser, der skal være opfyldt for, at det kan lægges til grund, at der foreligger statsstøtte, i det foreliggende tilfælde ikke er opfyldt.

105 Derfor kan det fjerde anbringendes andet led vedrørende forekomsten af en fordel for Orange og SFR under ingen omstændigheder påvirke gyldigheden af Rettens konklusion, hvorefter der i denne sag ikke foreligger statsstøtte.

Det fjerde anbringendes tredje led

— Parternes argumenter

106 Med det fjerde anbringendes tredje led har appellanterne gjort gældende, at Retten har foretaget urigtig retsanvendelse i forbindelse med anvendelsen af princippet om forbud mod forskelsbehandling.

107 De har for det første gjort gældende, at Orange og SFR på den ene side og Bouygues Télécom på den anden side ikke var i samme situation på det tidspunkt, hvor afgifterne blev tilpasset, eftersom UMTS-licenserne blev tildelt til udøvelse af virksomhed på forskellige tidspunkter. Endvidere ville ændring af kriterierne for tildeling af licenser have været umulig i retlig forstand både på grund af både princippet om, at sådanne kriterier ikke må ændres inden for rammerne af en udbudsprocedure, og direktiv 97/13. Endelig optræder iagttagelse af de mål, der er fastsat i fællesskabsdirektiver, bl.a. direktiv 97/13, ikke i den udtømmende angivelse af undtagelser, der er fastsat i artikel 87, stk. 2, EF.

108 Ifølge Orange og Kommissionen befandt de tre virksomheder, som var blevet tildelt UMTS-licenser, sig derimod faktisk i samme situation, idet Orange og SFR ikke havde draget nogen materiel fordel af licenserne. Under disse omstændigheder ville princippet om forbud mod forskelsbehandling uundgåeligt have krævet tilpasning af afgifterne med tilbagevirkende kraft. Under alle omstændigheder har Orange bestridt, at dette led i det fjerde anbringende kan antages til realitetsbehandling, idet iværksættelsen af princippet om forbud mod forskelsbehandling allerede er blevet anfægtet for Retten på grundlag af de samme argumenter.

109 Med hensyn til spørgsmålet om, hvorvidt det er lovligt at ændre kriterierne for tildeling af licenser, har Kommissionen for det første bemærket, at Retten har konstateret, at nævnte princip om, at kriterierne ikke må ændres, hverken fremgår af direktiv 97/13 eller af nogen anden fællesskabsretlig bestemmelse, der finder anvendelse. Under alle omstændigheder kan et sådant princip ifølge Orange ikke ændre ved pligten til at iagttage princippet om forbud mod forskelsbehandling. For det andet er muligheden for

ændring af betingelserne for tildeling af licenser ifølge Kommissionen, SFR og Orange udtrykkeligt fastsat i direktiv 97/13. Den Franske Republik har i denne forbindelse gjort gældende, at en sådan ændring ikke blot var mulig, men endog et krav i henhold til nævnte direktivs artikel 11, stk. 2, hvori det er fastsat, at afgifter skal være ikke-diskriminerende.

110 Endelig gør Kommissionen, Den Franske Republik, SFR og Orange gældende, at Retten ikke lagde til grund, at direktiv 97/13 udgjorde en undtagelse i tillæg til dem, der allerede er fastsat i artikel 87, stk. 2, EF, til det forbud mod støtte, som er uforenelig med fællesmarkedet, der er fastsat i artikel 87, stk. 1, EF. Derimod henviste Retten udelukkende til dette direktiv som det retlige grundlag for, at det ikke var muligt at kvalificere foranstaltningen vedrørende afgiftstilpasning som statsstøtte.

— Domstolens bemærkninger

111 Hvad for det første angår appellanternes argument, hvorefter Retten med urette lagde til grund, at Orange og SFR på den ene side og Bouygues Télécom på den anden side befandt sig i samme situation, kan dette argument i modsætning til, hvad Orange har gjort gældende, antages til realitetsbehandling.

112 Det bemærkes i denne henseende, at retsspørgsmål, som Retten har behandlet, kan diskuteres på ny under en appelsag, såfremt appellanten bestrider Rettens fortolkning eller anvendelse af fællesskabsretten (jf. dom af 13.7.2000, sag C-210/98 P, Salzgitter mod Kommissionen, Sml. I, s. 5843, præmis 43). Hvis en appellant således ikke kunne basere sin appel på anbringender og argumenter, som allerede havde været fremført for Retten, ville appelproceduren nemlig blive berøvet en del af sin mening (jf. dom af 6.3.2003, sag C-41/00 P, Interporc mod Kommissionen, Sml. I, s. 2125, præmis 17, og kendelsen i sagen Martinez mod Parlamentet, præmis 39).

113 Argumentet om, at de tre operatørers situation var identisk, opfylder disse kriterier, idet det tilsigter at bestride den af Retten foretagne gennemgang heraf i forhold til princippet om forbud mod forskelsbehandling.

114 Vedrørende realiteten bemærkes, at det, således som appellanterne med rette har anført, følger af fast retspraksis, at forskelsbehandling kun kan bestå i, at der på sammenlignelige situationer anvendes forskellige bestemmelser, eller at der anvendes samme bestemmelser på forskellige situationer (jf. dom af 14.2.1995, sag C-279/93, Schumacker, Sml. I, s. 225, præmis 30, og af 18.12.2007, sag C-341/05, Laval un Partneri, Sml. I, s. 11767, præmis 115).

115 I det foreliggende tilfælde kunne det på grundlag af den omstændighed, at UMTS-licenserne blev tildelt Orange og SFR på et tidligere tidspunkt, kun anses for berettiget eller påkrævet, at afgifterne for disse selskaber blev fastsat til et beløb, der var større end det beløb, som Bouygues Télécom skulle betale, hvis den økonomiske værdi af disse licenser som følge af denne tidligere tildeling kunne betragtes som større end værdien af den licens, der blev tildelt sidstnævnte selskab.

116 Det er imidlertid klart, at dette ikke er tilfældet i den foreliggende sag.

117 Retten fastslog i præmis 116 i den appellerede dom, at Orange og SFR ikke var i stand til at bruge de licenser, som var blevet tildelt dem.

118 Selv om en licens, således som Retten med rette har bemærket i den appellerede doms præmis 100 og 110, ganske vist har en økonomisk værdi, afhænger denne værdi af tidspunktet for hver enkelt operatørs indtræden på markedet (jf. ligeledes dom af 22.5.2003, sag C-462/99, Connect Austria, Sml. I, s. 5197, præmis 93).

119 Den økonomiske værdi af en licens stammer med andre ord især fra muligheden for licenshaveren til at gøre brug af de rettigheder, der er knyttet til licensen, hvilket i denne sag vil sige muligheden for at benytte offentlige radiobølger til at udnytte UMTS-teknologien.

120 Det er, således som Retten har fastslået i den appellerede doms præmis 116, uden at dette er blevet bestridt af appellanterne inden for rammerne af denne appel, ubestridt, at Orange og SFR på det tidspunkt, hvor licensen blev tildelt Bouygues Télécom, den 3. december 2002, endnu ikke havde været i stand til at lancere deres UMTS-tjenester og dermed til at udnytte deres licenser på grund af forhold, som de ikke selv havde rådighed over, nemlig problemerne forbundet med UMTS-teknologien og de økonomiske omkostninger ved at udvikle den. Derfor ville den økonomiske værdi af de til Orange og SFR tildelte licenser ikke udelukkende som følge af, at de var tildelt tidligere, være større end værdien af den til Bouygues Télécom tildelte licens.

121 Endvidere forkastede Retten i den appellerede doms præmis 119-121 også appellanternes argument, hvorefter den tidligere tildeling af licenser til Orange og SFR havde givet dem fordele med hensyn til forkøbsret på sites, image og opnåelse af markedsandele, uden at appellanterne har anfægtet denne bedømmelse inden for rammerne af denne appel.

122 Den omstændighed, at licenserne blev tildelt de tre berørte aktører på forskellige datoer, kan ikke føre til den konklusion, at disse operatører på det tidspunkt, hvor licensen blev tildelt Bouygues Télécom, befandt sig i forskellige situationer med hensyn til formålet med direktiv 97/13, dvs. at sikre, at operatørerne får adgang til UMTS-markedet på de samme betingelser.

123 Det følger heraf, at Retten ikke foretog urigtig retsanvendelse, da den fastslog, at de tre berørte operatører befandt sig i den samme situation.

124 Med hensyn til den angivelige forekomst af et princip om, at kriterierne for tildeling af licenser ikke må ændres, bør det dernæst for det første bemærkes, at Domstolen i modsætning til, hvad appellanterne har gjort gældende, i præmis 60 i sin dom af 7. december 2000, Telaustria og Telefonadress (sag C-324/98, Sml. I, s. 10745), begrænsede sig til at bekræfte, at de ordregivende myndigheder er forpligtet til at overholde princippet om forbud mod forskelsbehandling, selv når de indgår kontrakter, der er udelukket fra anvendelsesområdet for Rådets direktiv 93/38/EØF af 14. juni 1993 om samordning af fremgangsmåderne ved tilbudsgivning inden for vand- og energiforsyning samt transport og telekommunikation (EFT L 199, s. 84), uden at fastslå, at der eksisterer et sådant princip om, at der ikke må foretages ændring.

125 For det andet fremgår det, således som generaladvokaten har bemærket i punkt 192 i forslaget til afgørelse, af artikel 11, stk. 2, i direktiv 97/13, at afgifterne skal tage hensyn til behovet for at støtte udviklingen af nyskabende tjenester og konkurrence. Det er i den foreliggende sag ubestridt, at hvis de franske myndigheder ikke havde vedtaget foranstaltningen vedrørende tilpasning af UMTS-afgifterne, ville de have løbet en alvorlig risiko for, at Orange og SFR ville have trukket deres bud tilbage. Det var således netop for at sikre udviklingen af konkurrencen, at de skyldige afgifter for de første to tilslagsmodtagere blev ændret for at bringe dem i overensstemmelse med dem, der blev pålagt Bouygues Télécom.

126 Endelig er argumentet, hvorefter Retten foretog urigtig retsanvendelse, da den lagde til grund, at der ved direktiv 97/13 blev indført en undtagelse til artikel 87, stk. 1, EF, i tilslutning til dem, der er udtømmende fastsat i artikel 87, stk. 2, EF, ubegrundet.

127 Det skal, som generaladvokaten har bemærket i punkt 196 i forslaget til afgørelse, bemærkes, at artikel 87, stk. 2, EF indeholder undtagelser fra reglen om statsstøttes uforenelighed med traktaten.

128 Da Retten i lyset af bl.a. direktiv 97/13 konkluderede, at foranstaltningen vedrørende tilpasning af Oranges og SFR's skyldige afgifter til dem, der var blevet pålagt Bouygues

Télecom, ikke udgjorde statsstøtte, har den ikke kunnet udvide indholdet af artikel 87, stk. 2, EF, idet denne bestemmelse kun finder anvendelse på foranstaltninger, der netop udgør statsstøtte.

129 Eftersom ingen af det fjerde anbringendes tre led kan godtages, bør anbringendet forkastes.

Det tredje anbringende om urigtig retlig kvalificering af de faktiske omstændigheder

130 Det tredje anbringende, som appellanterne har gjort gældende, der vedrører Rettens angiveligt urigtige retlige kvalificering af de faktiske omstændigheder, er ligeledes opdelt i tre led.

131 Det bemærkes indledningsvis, at Den Franske Republik og SFR anfægter, at dette anbringende kan antages til realitetsbehandling, for så vidt som der ved hvert af anbringendets led rejses kritik af Rettens bedømmelse af de faktiske omstændigheder.

Det tredje anbringendes første led

— Parternes argumenter

132 Med det tredje anbringendes første led har appellanterne gjort gældende, at Retten, idet den kvalificerede de to på hinanden efterfølgende procedurer for udbud af UMTS-licenser som en samlet procedure, har foretaget en urigtig retlig kvalificering af de

faktiske omstændigheder. Retten burde navnlig ved anvendelsen af artikel 11 i direktiv 97/13 have begrænset sig til en gennemgang af den materielle fremgangsmåde i forbindelse med proceduren og burde således have konkluderet, at der var tale om to forskellige procedurer. Det var på grundlag af denne urigtige retsanvendelse, at Retten konkluderede, at der ikke forelå forskelsbehandling, idet den lagde til grund, at de tre tilslagsmodtagere af de nævnte licenser befandt sig i sammenlignelige situationer, selv om disse i virkeligheden var forskellige.

133 Det er Kommissionens principale og Den Franske Republiks, SFR's og Oranges subsidiære opfattelse, at det var med rette, at Retten lagde til grund, at proceduren for tildeling af UMTS-licenser i virkeligheden udgjorde en enkelt procedure. I den henseende bemærker nævnte medlemsstat, SFR og Orange, at henvisningen til artikel 11 i direktiv 97/13 ikke har betydning for den foreliggende sag.

134 Under alle omstændigheder er dette led ifølge Kommissionen uvirksomt, eftersom den omstændighed, at der var tale om en enkelt procedure, ikke var afgørende for Rettens bedømmelse af, hvorvidt ligebehandlingsprincippet var blevet iagttaget, idet Retten ikke blot tog fremgangsmåden ved udbuddets afvikling i betragtning, men også virkningerne heraf. Derudover har Kommissionen gjort gældende, at princippet om forbud mod forskelsbehandling skal anvendes ved en samlet gennemgang af de to på hinanden følgende udbud.

135 Det er SFR's opfattelse, at Retten har foretaget en korrekt fortolkning af ligebehandlingsprincippet, idet den lagde til grund, at UMTS-markedet var et nyt marked under udvikling, og at ingen af de berørte operatører var indtrådt på markedet.

136 Endelig har Kommissionen gjort gældende, at de samme operatører blev tildelt licenser under identiske betingelser inden for rammerne af en ny udbudsprocedure.

— Domstolens bemærkninger

137 Det bemærkes, at det følger af artikel 225 EF og artikel 58, stk. 1, i statutten for Domstolen, at en appel er begrænset til retsspørgsmål. Det er derfor alene Retten, der er kompetent til at fastlægge de faktiske omstændigheder i sagen, når bortses fra tilfælde, hvor den indholdsmæssige urigtighed af dens konstateringer følger af akterne i den sag, den har behandlet, og til at tage stilling til disse faktiske omstændigheder. Vurderingen af de faktiske omstændigheder udgør derfor ikke et retsspørgsmål, der som sådant er undergivet Domstolens prøvelsesret, medmindre de beviser, der er fremlagt for Retten, er gengivet urigtigt (dom af 2.3.1994, sag C-53/92 P, Hilti mod Kommissionen, Sml. I, s. 667, præmis 42, af 21.6.2001, forenede sager C-280/99 P — C-282/99 P, Moccia Irme m.fl. mod Kommissionen, Sml. I, s. 4717, præmis 78, og af 7.6.2007, sag C-362/05 P, Wunenburger mod Kommissionen, Sml. I, s. 4333, præmis 66).

138 I det foreliggende tilfælde skal det bemærkes, at Retten med henblik på at fastslå, at der forelå en enkelt procedure, i modsætning til, hvad appellanterne har gjort gældende, på ingen måde foretog anvendelse af artikel 11 i direktiv 97/13, hvilken bestemmelse endvidere ikke indeholder noget retligt kriterium til bedømmelse af, hvorvidt en udbudsprocedure vedrørende licenser udgør en enkelt procedure eller indeholder flere på hinanden følgende faser. Retten begrænsede sig i virkeligheden til i den appellerede doms præmis 11 at fastslå, at formålet med udbuddet var at tildele fire licenser og, for det andet, i samme doms præmis 12, 14 og 15, at de franske myndigheder, idet deres oprindelige målsætning om tildeling af fire licenser ikke var blevet opfyldt, arrangerede et »supplerende udbud«.

139 Det var inden for rammerne af bedømmelsen af disse omstændigheder, at Retten i den appellerede doms præmis 134 udledte, at »proceduren for tildeling af UMTS-licenserne, der blev indledt af de franske myndigheder i juli 2000, trods reglerne for dens materielle organisering reelt var en procedure«.

140 Under disse omstændigheder vedrører spørgsmålet om, hvorvidt de franske myndigheder afholdt en eller to procedurer, den bedømmelse af de faktiske omstændigheder, som Retten har foretaget, og er ikke, som appellanterne har gjort gældende, et retsspørgsmål vedrørende den retlige kvalifikation af disse faktiske omstændigheder i forhold til artikel 11 i direktiv 97/13.

141 Idet appellanterne ikke har gjort gældende, at Retten har foretaget en urigtig gengivelse af de faktiske omstændigheder eller de beviser, som den er blevet forelagt, skal det tredje anbringendes første led således afvises.

Det tredje anbringendes andet led

— Parternes argumenter

142 Med det tredje anbringendes andet led har appellanterne kritiseret, at Retten har foretaget en urigtig retlig kvalificering af de faktiske omstændigheder, idet den har lagt til grund, at de omhandlede fordringer, hvorpå den franske stat havde givet afkald, var usikre.

143 Appellanterne har i den henseende for det første gjort gældende, at UMTS-licenserne blev tildelt Orange og SFR ved to anordninger af 18. juli 2001, dvs. efter udløbet af fristen for, hvornår buddene kunne trækkes tilbage, der udløb den 31. maj 2001. De gør for det andet gældende, at den omstændighed, at operatørerne kunne give afkald på deres licens, ikke kan danne grundlag for en konklusion, hvorefter de omhandlede fordringer var usikre, idet en fordring i henhold til fast retspraksis kun er usikker, når dens eksistens er betinget af, at en mulig fremtidig begivenhed indtræder, eller af opfyldelsen af en opsættende betingelse.

144 Kommissionen, Den Franske Republik, SFR og Orange er derimod af den opfattelse, at nævnte fordringer var usikre.

145 De gør særligt gældende, at uden de garantier for, at Orange og SFR vil være genstand for ligebehandling, der er indeholdt i de ministerielle skrivelser af 22. februar 2001, ville de to virksomheder sandsynligvis have trukket deres ansøgninger tilbage, da fristen for udøvelsen af denne ret endnu ikke var udløbet på dette tidspunkt. Ifølge Kommissionen var disse fordringer endvidere endnu ikke forfaldne forud for tildelingen af licenserne til de nævnte selskaber ved anordningerne af 18. juli 2001.

146 Orange har tilføjet, at eftersom det drejer sig om tilladelser til at benytte offentlig ejendom, bestod tilbagetrækningsretten efter den 31. maj 2001, fordi tilslagsmodtagere kan opgive deres licenser til enhver tid og dermed ophøre med at betale de tilknyttede afgifter.

147 Ifølge Kommissionen, Den Franske Republik og Orange er dette andet led i det tredje anbringende uvirksomt, eftersom det vedrører en begrundelse, der udelukkende indgår i den appellerede dom for fuldstændighedens skyld, da Retten ligeledes havde støttet sin vurdering, hvorefter det omhandlede afkald på fordringer ikke udgjorde statsstøtte, på grunde vedrørende undtagelsen angående ordningens opbygning.

— Domstolens bemærkninger

148 Det bemærkes, at klagepunkter, som er rettet mod en overflødig præmis i en dom afsagt af Retten, ikke kan føre til dens ophævelse og derfor er uvirksomme (jf. bl.a. dom af 28.6.2005, forenede sager C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P — C-208/02 P og C-213/02 P, Dansk Rørindustri m.fl. mod Kommissionen, Sml. I, s. 5425, præmis 148 og den deri nævnte retspraksis).

149 Selv om Retten i den appellerede doms præmis 106, således som generaladvokaten har bemærket i punkt 131 i forslaget til afgørelse, har anerkendt, at de franske myndigheder i denne sag havde givet afkald på betydelige statsmidler, idet den samtidig bemærkede,

at disse midler var usikre, fastslog Retten imidlertid i samme doms præmis 111, at »[u]nder hensyn til de særlige kendetegn ved de fællesskabsretlige bestemmelser om telekommunikation i forhold til de almindelige bestemmelser om statsstøtte er den omstændighed, at staten har kunnet give afkald på midler, og at der derved har kunnet opstå en fordel for dem, der profiterede af en afgiftsnedsættelse, dermed ikke tilstrækkeligt til at fastslå, at der foreligger en statsstøtte, der er uforenelig med fællesmarkedet. Afkaldet på den i denne sag omhandlede fordring var nemlig uundgåeligt som følge af ordningens opbygning samt af den årsag, […] at den nævnte fordring ikke var sikker«.

150 Det bemærkes for det andet, at af de grunde, der er anført i nærværende doms præmis 87-95, er appellanternes anbringende angående den appellerede doms begrundelse og vedrørende den på ordningens karakter og opbygning støttede berettigelse af afkaldet på betydelige statsmidler ubegrundet.

151 Det skal på den baggrund konstateres, at selv hvis det blev lagt til grund, at et af appellanterne fremført argument, hvorefter Retten foretog urigtig retsanvendelse, da den kvalificerede de omhandlede fordringer som usikre, kunne antages til realitetsbehandling og var velbegrundet, ville en sådan urigtig retsanvendelse, såfremt den blev lagt til grund som godtgjort, under ingen omstændigheder kunne ændre på den konklusion, som Retten nåede til i den appellerede doms præmis 111.

152 Det tredje anbringendes andet led bør derfor forkastes som uvirksomt.

Det tredje anbringendes tredje led

— Parternes argumenter

153 Med det tredje anbringendes tredje led har appellanterne gjort gældende, at Retten har foretaget en urigtig gengivelse af de ministerielle skrivelser af 22. februar 2001, idet den har anført, at de vedrørte et løfte om »ligebehandling« i forhold til de andre operatører, selv om garantien i virkeligheden kun vedrørte en »rimelig behandling«. Det ministerielle tilsagn om en rimelig behandling kunne ikke udgøre et løfte om med tilbagevirkende kraft at tilpasse det afgiftsbeløb, som skyldtes af de første tilslagsmodtagere af UMTS-licenser, til afgiftsbeløbet vedrørende den senere tildelte licens. En således urigtig gengivelse af de omhandlede skrivelser medfører, at hele Rettens dom er ugyldig.

154 Ifølge Kommissionen bør dette argument afvises på grund af den faktiske omstændighed, at spørgsmålet om den semantiske ækvivalens af udtrykkene »lige« og »retfærdig« udgør et nyt argument. Orange mener også, at argumentet skal afvises med den begrundelse, at det angår en af Retten foretagen bedømmelse af de faktiske omstændigheder.

155 Under alle omstændigheder er det Kommissionens opfattelse, hvilket Orange ligeledes har bemærket subsidiært, at dette led i det tredje anbringende er uvirksomt, da de ministerielle tilsagn ikke har spillet nogen væsentlig rolle ved Rettens konstateringer og argumentation.

156 Det er subsidiært Kommissionens opfattelse, at appellanterne ikke har haft held til at gendrive Rettens konklusion om, at de to oprindelige tilslagsmodtagere i virkeligheden ikke opnåede nogen fordel. Den Franske Republik og SFR har gjort gældende, at det er udelukket, at Retten foretog en urigtig gengivelse af de nævnte skrivelsers indhold.

— Domstolens bemærkninger

157 Således som Kommissionen og Orange har gjort gældende, er dette led i det tredje anbringende ligeledes uvirksomt.

158 Det fremgår af den appellerede doms præmis 153 og 154, at Retten foretog sin vurdering af de franske myndigheders behov for at reducere SFR's og Oranges skyldige afgifter på grundlag ligebehandlingsprincippet, således som det kræves i henhold til direktiv 97/13.

159 Retten har med andre ord ikke overvejet, om foranstaltningen vedrørende tilpasning af afgifterne var påkrævet af de garantier om »ligebehandling«, som nævnte myndigheder havde afgivet i de ministerielle skrivelser af 22. februar 2001.

160 Selv hvis det lagdes til grund, at appellanternes argument, hvorefter Retten har foretaget en åbenbart urigtig gengivelse af indholdet af disse skrivelser for så vidt angår disse garantier, kunne antages til realitetsbehandling og var velbegrundet, ville en sådan urigtig gengivelse under ingen omstændigheder kunne ændre på den omstændighed, at den appellerede dom er velbegrundet.

161 I lyset af den i denne doms præmis 148 gengivne retspraksis skal dette led i det tredje anbringende derfor forkastes.

162 Da ingen af de fire anbringender, som appellanterne har påberåbt sig til støtte for appellen, kan godtages, bør appellen forkastes, idet den delvis afvises og delvis forkastes som ubegrundet.

Sagens omkostninger

163 I henhold til procesreglementets artikel 69, stk. 2, der i medfør af artikel 118 finder tilsvarende anvendelse i appelsager, pålægges det den tabende part at betale sagens omkostninger, hvis der er nedlagt påstand herom.

164 Da Kommissionen, Orange og SFR har nedlagt påstand om, at appellanterne tilpligtes at betale sagens omkostninger, og sidstnævnte har tabt sagen, bør det pålægges dem at betale sagens omkostninger ved denne instans.

165 I medfør af procesreglementets artikel 69, stk. 4, der i medfør af artikel 118 finder tilsvarende anvendelse i appelsager, bærer de medlemsstater, der er interveneret i tvisten, deres egne omkostninger. Den Franske Republik bør derfor pålægges at bære sine egne omkostninger.

På grundlag af disse præmisser udtaler og bestemmer Domstolen (Første Afdeling):

1) Appellen forkastes.

2) Bouygues SA og Bouygues Télécom SA betaler sagens omkostninger.

3) Den Franske Republik bærer sine egne omkostninger.

Underskrifter