RETTENS DOM (Fjerde Afdeling)

4. juli 2007 *

I sag T-475/04,

Bouygues SA, Paris (Frankrig),

Bouygues Télécom SA, Boulogne-Billancourt (Frankrig),

ved avocats L. Vogel, J. Vogel, B. Amory, A. Verheyden, F. Sureau og D. Théophile,

sagsøgere,

mod

Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber ved J.L. Buendia Sierra og C. Giolito, som befuldmægtigede,

sagsøgt,

* Processprog: fransk.

støttet af

Den Franske Republik ved G. de Bergues og S. Ramet, som befuldmægtigede,

af

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

og af

Orange Frankrig SA, Montrouge (Frankrig), ved avocats A. Gosset-Grainville og S. Hautbourg,

intervenienter,

har

angående en påstand om annullation af Kommissionens beslutning af 20. juli 2004 (statsstøtte NN 42/2004 — Frankrig), hvori det fastslås, at den afgift, som Orange og SFR skal betale for UMTS-licenser (Universal Mobile Telecommunication System), ændres,

DE EUROPÆISKE FÆLLESSKABERS RET
I FØRSTE INSTANS (Fjerde Afdeling)

sammensat af afdelingsformanden, H. Legal, og dommerne I. Wiszniewska-Białecka og E. Moavero Milanesi,

justitssekretær: E. Coulon,

på grundlag af den skriftlige forhandling og efter retsmødet den 14. marts 2007,

afsagt følgende

Dom

Retsforskrifter

1 Artikel 87, stk. 1, EF bestemmer følgende:

»Bortset fra de i denne traktat hjemlede undtagelser er statsstøtte eller støtte, som ydes ved hjælp af statsmidler under enhver tænkelig form, og som fordrejer eller truer med at fordreje konkurrencevilkårene ved at begunstige visse virksomheder eller visse produktioner, uforenelig med fællesmarkedet, i det omfang den påvirker samhandelen mellem medlemsstaterne.«

2 De afledte retsforskrifter, som gjaldt på tidspunktet for sagens faktiske omstændigheder var 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) og 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).

3 Artikel 3, stk. 3, i direktiv 97/13 bestemte følgende:

»[…] Medlemsstaterne må kun udstede en individuel tilladelse, hvis tilladelsens indehaver får adgang til knappe fysiske ressourcer eller lignende eller skal opfylde særlige forpligtelser eller kan udnytte særlige rettigheder […]«

4 Artikel 8, stk. 4, i direktiv 97/13 bestemte:

»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.«

5 Artikel 9, stk. 2, i direktiv 97/13 bestemte:

»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 […]«

6 Artikel 10, stk. 3 og 4, bestemte:

»3. 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.

Medlemsstaterne sikrer, at der på hensigtsmæssig vis forud offentliggøres oplysninger om sådanne kriterier, så det er let at få adgang til oplysningerne. Der henvises i medlemsstatens lovtidende til, hvor oplysningerne er offentliggjort.

4. Hvis en medlemsstat på egen foranledning eller efter opfordring fra en virksomhed finder, at antallet af individuelle tilladelser kan sættes op, når dette direktiv træder i kraft eller senere, offentliggør den denne oplysning og opfordrer til, at der indsendes ansøgninger om yderligere licenser.«

7 Artikel 11, stk. 2, i direktiv 97/13 bestemte:

»[…] [M]edlemsstaterne [kan], 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.«

8 I beslutning nr. 128/1999, som i henhold til sin artikel 1 sigter til »at fremme en hurtig, koordineret og kommerciel indførelse af kompatible UMTS-net og -tjenester i Fællesskabet […]«, bestemmes følgende i artikel 3, stk. 1:

»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 […]«

9 Artikel L. 33-1 i den franske lov om post og telekommunikation bestemte på tidspunktet for de faktiske omstændigheder i sagen følgende:

»I — Den minister, der har telekommunikation under sit resortområde, giver tilladelse til etablering og drift af net, der er åbne for offentligheden.

Denne tilladelse kan kun afslås af hensynet til den offentlige orden, til forsvaret eller til den offentlige sikkerhed, som følge af tekniske belastninger forbundet med

disponibiliteten af frekvenser, eller når ansøgeren ikke har den tekniske eller den økonomiske evne til på bæredygtig vis at imødegå de forpligtelser, der affødes af betingelserne for udøvelsen af dens virksomhed, eller når ansøgeren er omfattet af en undtagelse nævnt i artikel L. 36-11, L. 39, L. 39-1, L. 39-2 eller L. 39-4.

Tilladelsen er omfattet af bestemmelser, der er indeholdt i en udbudsbekendtgørelse og vedrører:

[…]

h) Benyttelsen af de tildelte frekvenser, de afgifter, der er skyldige i den forbindelse, samt udgifterne til driften og kontrollen heraf.

[…]

Tilladelsen gælder 15 år.

[…]

V — Antallet af tilladelser kan begrænses som følge af tekniske belastninger forbundet med disponibiliteten af frekvenser.

I dette tilfælde offentliggør den minister, der har telekommunikation under sit resortområde, efter forslag fra l'Autorité de Régulation des Télécommunications reglerne og betingelserne for at få tildelt en tilladelse.

Frekvenstildelingen skal sikre betingelserne for en effektiv konkurrence.«

Sagens baggrund

10 Etableringen og driften af offentligt tilgængelige net blev på tidspunktet for sagens omstændigheder i Frankrig i henhold til loi nº 96-659 de réglementation des télécommunications af 26. juli 1996 (den franske lov om regulering af telekommunikationsområdet, jf. JORF af 27.7.1996, s. 11384) iværksat efter forslag fra den nyoprettede Autorité de Régulation des Télécommunications (den franske pendant til IT- og Telestyrelsen, herefter »ART«), som behandlede anmodningerne om tilladelse, hvilken efterfølgende blev givet af ministeren for industri, post og telekommunikation.

11 Efter at den franske regering den 6. juni 2000 meddelte, at den påtænkte at tildele fire licenser til at indføre et mobilt og trådløst kommunikationssystem (UMTS, Universal Mobile Telecommunications System) af tredje generation, offentliggjorde ministeren for industri, post og telekommunikation i henhold til den dagældende lovgivning ART's beslutning nr. 00-835 af 28. juli 2000 i JORF af 18. august 2000, hvorved ART foreslog ministeren regler og betingelser for tildeling af tilladelser til i den kontinentale del af Frankrig at indføre et mobilsystem af tredje generation, hvorved udbuddet blev indledt. Det fremgår af bilagene til denne offentliggørelse, at tildelingen af tilladelser, hvorved et begrænset antal udbydere fik en fordel i form af adgang til offentlige radiobølger, medførte en samlet, kumuleret afgift på 32,5 mia. FRF (4 954 593 000 EUR), som skulle betales over licensperioden på 15 år. Endvidere var fristen for indgivelse af bud fastsat til den 31. januar 2001. Tilbudsgiverne kunne trække deres bud tilbage indtil den 31. maj 2001.

12 ART oplyste i en pressemeddelelse den 31. januar 2001, at der blot var indgivet to bud, nemlig fra Société Française du Radiotéléphone — SFR (herefter »SFR«) og France Télécom Mobiles (som nogle måneder senere blev til selskabet Orange France, herefter »Orange«), og at ART fandt, at det var nødvendigt at foretage et supplerende udbud for at sikre egentlig konkurrence.

13 Direktørerne for henholdsvis France Télécom og Vivendi Universal (SFR's moderselskab) henvendte sig til den franske økonomi- og finansminister og departementschefen for det franske industriministerium og henledte på baggrund af disse oplysninger deres opmærksomhed på, at de skulle overholde lighedsprincippet i forbindelse med almennyttige opgaver og princippet om den effektive konkurrence mellem erhvervsdrivende, når de fastsatte betingelserne for fremtidige licenser.

14 Økonomi- og finansministeren og departementschefen for Industriministeriet besvarede de pågældende virksomheders direktører ved to enslydende skrivelser af 22. februar 2001 og anførte, at regeringen delte det dobbelte formål (princippet om lighed for offentlige hverv og princippet om effektiv konkurrence mellem de erhvervsdrivende) med dem, og at »bestemmelserne for det supplerende udbud, som ART og regeringen ville offentliggøre, ville sikre ligebehandling af de operatører, der i sidste ende ville få tildelt en licens«.

15 De to første licenser blev tildelt i juli 2001, inden det supplerende udbud blev offentliggjort. Departementschefen for Industriministeriet[, som på dette tidspunkt ligeledes var ansvarlig for telekommunikation,] gav ved to anordninger af 18. juli 2001 (offentliggjort i JORF den 21.8.2001) Orange og SFR tilladelser til efter UMTS-reglerne at oprette og udnytte et offentligt tilgængeligt radioelektrisk net af tredje generation og levere telefontjenester til offentligheden. Tilladelserne gjaldt 15 år. Det blev i udbudsbetingelserne vedføjet anordningerne navnlig bestemt, at afgiften

for tilrådighedsstillelsen og driften af UMTS-frekvenserne i henhold til bestemmelserne i artikel 36 i den franske finanslov for 2001 blev opgjort til 4 954 593 000 EUR (32 502 000 000 FRF) (finansloven offentliggjort i JORF den 31.12.2000). Det følger af denne lovs artikel 36, at den første forfaldsdag var fastsat til den 31. september 2001 og den sidste til den 30. juni 2016.

16 Det supplerende udbud, hvis formål var at kunne tildele to uudnyttede licenser, blev iværksat ved den telekommunikationsansvarlige ministers offentliggørelse af ART's beslutning nr. 01-1202 af 14. december 2001 om forslag til regler og betingelser for tildeling af tilladelser til i den kontinentale del af Frankrig at indføre et mobilsystem af tredje generation. ART angav heri navnlig, at »betingelserne for [denne anden] procedure [var] en fortsættelse af det første udbuds betingelser og særligt [skulle] sikre, at lighedsprincippet blev overholdt mellem de erhvervsdrivende«. ART anbefalede ligeledes, at man tilpassede den økonomiske byrde, der påhvilede licenshaverne, og forlængede varigheden heraf.

17 De økonomiske betingelser, der gjaldt for tilladelserne, blev derfor ændret ved artikel 33 i den franske finanslov for 2002 (offentliggjort i JORF den 28.12.2001), hvorved artikel 36 i finansloven af 2001, nævnt i præmis 15 ovenfor, blev ændret, hvorefter den skyldige afgift for fortjenesten udledt af optagelsen af offentlige radiobølger skulle fordeles på en første del, som udgjorde 619 209 795,27 EUR og skulle betales den 30. eptember i året for tildelingen af tilladelsen eller på datoen for tildelingen, dersom tilladelsen var givet senere end den 30. september, og en anden del, som årligt skulle betales før den 30. juni i det indeværende år for anvendelsen af frekvenserne dette år og blev beregnet som en procentdel af omsætningen som følge af disse frekvenser.

18 Ministeren, der var ansvarlig for telekommunikation, offentliggjorde i JORF af 29. december 2001 en meddelelse om betalingen af afgifter for anvendelsen af frekvenser, der er tildelt licenshaverne, hvori de nye økonomiske betingelser i henhold til finansloven blev gentaget.

19 Den 16. maj 2002, fristdagen for indgivelse af bud, var der kun indgivet et bud, nemlig fra selskabet Bouygues Télécom (herefter »Bouygues Télécom«), datterselskab til Bouygues-koncernen. ART indledte sagsbehandlingen, der førte til, at Bouygues Télécom fik tildelt den tredje licens (jf. præmis 21 nedenfor). Den fjerde licens kunne ikke tildeles, idet der ikke var nogen kandidater.

20 Bouygues og Bouygues Télécom har efterfølgende klaget til Kommissionen over en række foranstaltninger, som de franske myndigheder har truffet til fordel for France Télécom, herunder den ændring af Oranges og SFR's skyldige afgifter, som den franske regering meddelte under forhandlingerne af finansloven for 2002.

21 Ministeren med ansvar for industri gav ved anordning af 3. december 2002 (offentliggjort i JORF af 12.12.2002, s. 20490) Bouygues Télécom tilladelse til efter UMTS-reglerne at oprette og udnytte et offentligt tilgængeligt radioelektrisk net af tredje generation og levere telefontjenester til offentligheden. Tilladelsen, som gælder 20 år, er underlagt de samme økonomiske betingelser vedrørende afgifter for tilrådighedsstillelse og drift af frekvenser som de betingelser, der er omtalt i præmis 17 og 18 ovenfor.

22 Endvidere har den ansvarlige minister for industri ved to andre anordninger af 3. december 2002 (offentliggjort i JORF af 12.12.2002) vedrørende henholdsvis Orange og SFR ændret de i præmis 15 ovenfor nævnte anordninger af 18. juli 2001 og de tilhørende udbudsbetingelser for særligt at udvide varigheden til 20 år og for at ændre bestemmelserne om afgifter for tilrådighedsstillelse og drift af frekvenser til de for Bouygues Télécom gældende bestemmelser, dvs. de ændrede økonomiske betingelser omtalt i præmis 17 ovenfor, som derfor er klart lavere end de oprindelige betingelser, der var fastsat ved anordningerne af 18. juli 2001 (jf. præmis 15 ovenfor).

23 Den 31. januar 2003 meddelte Kommissionen Den Franske Republik sin beslutning om at indlede proceduren i henhold til artikel 88, stk. 2, EF i forhold til to støtteforanstaltninger vedrørende henholdsvis en erhvervsskatteordning for France Télécom og statens finansielle foranstaltninger til støtte for denne virksomhed (EUT C 57, s. 5). Disse foranstaltninger var omfattet af sagsøgernes klage nævnt i præmis 20 ovenfor. De var den 13. marts 2001 ligeledes genstand for en klage fra en sammenslutning af institutioner på fransk territorium.

24 Sagsøgerne har ved skrivelse af 12. november 2003 i henhold til artikel 232 EF opfordret Kommissionen til at indlede en procedure i henhold til artikel 88, stk. 2, EF vedrørende det punkt om ændringen af de skyldige afgifter for tildelingen af UMTS-licenserne, der ligeledes fremgik af selskabernes klage. Kommissionen har den 11. december 2003 tilsendt dem en foreløbig skrivelse.

25 Ved stævning indleveret til Rettens Justitskontor den 21. februar 2004 anlagde sagsøgerne et søgsmål i henhold til artikel 232 EF (sag T-81/04).

26 Kommissionen vedtog den 20. juli 2004 beslutningen »statsstøtte nr. 42/2004 — Frankrig« (herefter »den anfægtede beslutning«), som blev meddelt Den Franske Republik, om ændringen af de afgifter, Orange og SFR skyldte for tildelingen af UMTS-licenserne, og som var blandt de foranstaltninger, der blev anmeldt ved sagsøgernes klage af 4. oktober 2002. Kommissionen har i den beslutning, der ligger til grund for dette søgsmål, angivet, at den havde besluttet ikke at fremsætte indsigelser mod den foranstaltning om ændring af de pågældende afgifter, der var genstand for klagen, eftersom denne foranstaltning ikke indeholdt støtteelementer i henhold til artikel 87, stk. 1, EF.

27 Indledningsvis har Kommissionen fastslået, at den franske regering henset til, at de fællesskabsretlige regler var begrænsede, kunne fastsætte betingelserne for

tildelingen af UMTS-licenser under forudsætning af, at udbuddet var åbent, uden forskelsbehandling og gennemsigtigt, samt at den franske regering kunne fastsætte afgiften til et passende niveau for at nå de mål, der fulgte af disse regler, eftersom ændringen af den pågældende afgift forfulgte det oplyste formål om at tildele flest muligt licenser (betragtning 20-24 til den anfægtede beslutning).

28 Kommissionen har ved undersøgelsen af den kritiserede foranstaltning for det første fastslået, at sidestillingen af betingelserne for de tre berørte operatørers licenser (som består i en nedsættelse af afgifterne til fordel for Orange og SFR) fulgte implicit af de oprindeligt aftalte betingelser, eftersom det var teoretisk at pålægge Orange og SFR strengere betingelser, idet de kunne trække sig tilbage (betragtning 27 til den anfægtede beslutning).

29 For det andet har Kommissionen fastslået, at de franske myndigheder alene har opfyldt en forpligtelse i henhold til fællesskabsretten som fastsat i direktiv 97/13, nemlig at anvende betingelser, der ikke medfører forskelsbehandling (betragtning 28 til den anfægtede beslutning).

30 For det tredje har Kommissionen fastslået, at det i henhold til fællesskabsretten ikke kræves, at de skyldige afgifter for UMTS-licenserne fastsættes til en påstået markedsværdi, som medlemsstaterne foretager ved udøvelsen af deres reguleringsopgaver, og at licenstildelingen ikke kan sammenlignes med en markedstransaktion. Kommissionen har ved undersøgelsen af, om afgiften udgør en selektiv fordel, fastslået, at de franske myndigheder anvendte de samme betingelser, selv for så vidt angår udbudsbetingelserne, på de operatører, der fik den samme licens efter afslutningen af de to procedurer, der befandt sig i forlængelse af hinanden, samt at der ikke var foretaget forskelsbehandling, blot fordi visse operatører fik tildelt deres licenser et år tidligere (betragtning 29-33 til den anfægtede beslutning). Kommissionen har endvidere

anført, at den nye takstordning, som afløste en fast høj afgift med en lavere fast afgift kombineret med en årlig takst i forhold til omsætningen, gav mulighed for at tage hensyn til operatørernes forskellige tidsmæssige situationer (betragtning 34 til den anfægtede beslutning).

31 Kommissionen har fastslået, at de franske myndigheder ikke gav Orange og SFR en fordel, men opfyldte kravene i henhold til fællesskabsretten vedrørende en objektiv behandling uden forskelsbehandling af de erhvervsdrivende (betragtning 35 til den anfægtede beslutning).

32 Ved kendelse af 14. februar 2005 i sagen Bouygues og Bouygues Télécom mod Kommissionen (sag T-81/04, ikke trykt i Samling af Afgørelser) fastslog Retten, at det var ufornødent at træffe afgørelse vedrørende påstandene om, at Kommissionen har undladt at tage stilling til det punkt, der fremgår af sagsøgernes klage om ændring af den skyldige afgift for UMTS-licenser. De subsidiære påstande om annullation af beslutningen, der fremgår af Kommissionens skrivelse af 11. december 2003, jf. præmis 24 ovenfor, blev afvist.

Retsforhandlingerne for Retten og parternes påstande

33 Ved stævning registreret på Rettens Justitskontor den 24. november 2004 har sagsøgerne i henhold til artikel 230 EF anlagt denne sag.

34 Ved tre kendelser afsagt af formanden for Fjerde Afdeling den 9. juni 2005 har Den Franske Republik, Orange og SFR fået tilladelse til at intervenere til støtte for Kommissionens påstande.

35 Parterne har på Rettens opfordring af 12. februar 2007 den 20. februar 2007 fremlagt en kopi af den klage, de havde indgivet til Kommissionen den 4. oktober 2002.

36 Parterne afgav mundtlige indlæg og besvarede Rettens spørgsmål i retsmødet den 14. marts 2007.

37 Bouygues og Bouygues Télécom har nedlagt følgende påstande:

— Den anfægtede beslutning annulleres.

— Kommissionen og intervenienterne tilpligtes at betale sagens omkostninger in solidum.

38 Kommissionen har nedlagt følgende påstande:

— Frifindelse.

— Sagsøgerne tilpligtes at betale sagens omkostninger.

39 Den Franske Republik har nedlagt følgende påstande:

— Kommissionen frifindes.

— Sagsøgerne tilpligtes at betale sagens omkostninger.

40 Orange har nedlagt følgende påstande:

— Kommissionen frifindes.

— Sagsøgerne tilpligtes at betale sagens omkostninger.

41 SFR har nedlagt følgende påstande:

— Kommissionen frifindes.

— Sagsøgerne tilpligtes at betale sagens omkostninger.

Retlige bemærkninger

42 Sagsøgerne har fremsat tre slags anbringender. For det første har de gjort gældende, at den anfægtede beslutning er behæftet med en manglende begrundelse. For det andet har de gjort gældende, at Kommissionen har fejlfortolket artikel 87, stk. 1, EF, eftersom ændringen af Oranges og SFR's skyldige afgifter udgjorde statsstøtte i den

forstand, hvori udtrykket er anvendt i denne bestemmelse. For det tredje og subsidiært har sagsøgerne gjort gældende, at den anfægtede beslutning er behæftet med en fejlfortolkning af artikel 88, stk. 2, EF, eftersom Kommissionen, idet sagen rejste alvorlige vanskeligheder, skulle have indledt den formelle procedure.

43 Først skal anbringendet om en manglende begrundelse undersøges, og derefter skal realitetsanbringenderne om fejlfortolkning af artikel 87, stk. 1, EF og artikel 88, stk. 2, EF undersøges sammen.

Det første anbringende om den anfægtede beslutnings manglende begrundelse

Parternes argumenter

44 Sagsøgerne har gjort gældende, at den anfægtede beslutning for det første ikke er tilstrækkeligt begrundet, fordi begrundelsen ikke gav dem mulighed for at forstå sammenhængen i Kommissionens argumentation om forbindelsen mellem den mulighed, som Orange og SFR havde for at tilbagekalde deres bud, og de franske myndigheders vanskeligheder ved at pålægge dem strengere betingelser. For det andet var to konkurrerende operatørers forsinkelse ikke en gyldig grund til at fastslå, at der ikke forelå en fordel, der kunne påvirke konkurrencen. For det tredje behandledes de punkter ikke i den anfægtede beslutning, som sagsøgerne havde fremsat i deres klage, idet det i beslutningen alene blev angivet, at sagsøgerne havde lagt urigtige forudsætninger til grund, nemlig at afgiften skulle svare til licensens markedsværdi. For det fjerde fremgår beslutningens manglende begrundelse ligeledes af, at Kommissionen har behandlet sagsøgernes klage med manglende omhu.

45 Kommissionen har gjort gældende, at den anfægtede beslutning er tilstrækkeligt begrundet, og at sagsøgernes klagepunkter beror på deres grundlæggende uenighed i begrundelsen for denne beslutning. For det første er forbindelsen mellem den mulighed, som Orange og SFR havde for at tilbagekalde deres bud, og ændringen af afgifterne åbenlys, når der tages hensyn til de reelle forhold i den pågældende sektor. For det andet har Kommissionen vedrørende den påståede manglende begrundelse for, at konkurrencen ikke blev påvirket, anført, at den anfægtede beslutning ikke var støttet herpå. For det tredje har Kommissionen anført, at den har foretaget en tilstrækkelig behandling af de punkter, der var omfattet af sagsøgernes klage. For det fjerde har Kommissionen under henvisning til, at sagsøgernes klage vedrørte 11 foranstaltninger, anført, at beskyldningerne om langsom behandling eller manglende omhu er ugrundede, og at disse klagepunkter endvidere henhører under det tredje anbringende.

Rettens bemærkninger

46 For det første har sagsøgerne nærmere bestemt gjort gældende, at den anfægtede beslutning ikke indeholder en klar begrundelse vedrørende den af Kommissionen fastslåede forbindelse mellem på den ene side Oranges og SFR's mulighed for at tilbagekalde deres bud, såfremt de ikke fra de nationale myndigheder modtog en forsikring som ved skrivelserne af 22. februar 2001, nævnt i præmis 14 ovenfor, om, at alle operatørerne ville blive behandlet lige, og på den anden side de franske myndigheders påståede manglende mulighed for at pålægge Orange og SFR strengere økonomiske betingelser.

47 Kommissionen fastslår i den anfægtede beslutning, at ART den 31. januar 2001 havde anbefalet, at der blev afholdt et supplerende udbud, hvorved der skulle tages hensyn til kravet om ensartede betingelser, navnlig økonomiske (betragtning 9 til den anfægtede beslutning). Kommissionen anfører (betragtning 10-12 til den anfægtede beslutning), at Orange og SFR indtil den 31. maj 2001 kunne tilbagekalde deres bud, og at den franske regering havde følgende muligheder: såfremt man ikke forsikrede de to selskaber om, at de ville modtage ligebehandling, hvis et nyt udbud skulle

omhandle en lavere pris, ville man risikere, at disse trak deres bud tilbage, hvorimod de to operatører ville forblive, hvis man forsikrede dem om ligebehandling. Kommissionen tilføjer, at de franske myndigheder for at fremme proceduren hurtigst muligt i overensstemmelse med deres europæiske forpligtelser valgte den anden løsning.

48 Det følger heraf, at Kommissionen klart og udførligt har beskrevet omstændighederne ved de muligheder, som de franske myndigheder efter dennes opfattelse rådede over, idet Kommissionen har redegjort for de franske myndigheders risiko for, at de to eneste operatører, der kunne få tildelt en UMTS-licens, ville trække deres bud tilbage, såfremt de fortsat var underlagt strengere økonomiske betingelser end andre potentielle kandidater. Sagsøgernes første klagepunkt kan derfor ikke tages til følge.

49 For det andet har sagsøgerne gjort gældende, at de to konkurrerende operatørers forsinkelse ikke er en gyldig grund til at fastslå, at der ikke forelå en fordel, der kunne påvirke konkurrencen.

50 Det skal fastslås, at en sådan kritik ikke vedrører den anfægtede beslutnings begrundelse, men rigtigheden heraf. Dette punkt skal derfor undersøges under vurderingen af, om den anfægtede beslutning er lovlig.

51 For det tredje har sagsøgerne foreholdt Kommissionen, at den ikke har besvaret de punkter i deres klage, der dels vedrører afkaldet på en fordring, hvilket udgør statsstøtte, dels den tidsmæssige fordel, Orange og SFR profiterede af.

52 Kommissionen har i den anfægtede beslutning ikke behandlet det første klagepunkt vedrørende afkaldet på en fordring og har afvist det andet om den tidsmæssige fordel dels, fordi klagernes argumentation var støttet på en urigtig forudsætning om, at afgiften skulle svare til licensens markedsværdi, der ville være højere henset til den pågældende tidsmæssige fordel (betragtning 29 til den anfægtede beslutning), dels, fordi det ikke var godtgjort, at der forelå en sådan fordel (betragtning 34 til den anfægtede beslutning).

53 Hvad angår en beslutning om at afslutte en indledende procedure, hvori det fastslås, at der ikke som anført af en klager foreligger en statsstøtte, bemærkes, at selv om Kommissionen er forpligtet til på tilstrækkeligt uddybende måde at give den interesserede meddelelse om grundene til, at de i klagen nævnte faktiske og retlige omstændigheder ikke har været tilstrækkelige til, at det kan anses for godtgjort, at der foreligger en statsstøtte, er den dog ikke forpligtet til at tage stilling til forhold, der er åbenbart uvedkommende, uden betydning eller klart af underordnet relevans (Domstolens dom af 2.4.1998, sag C-367/95 P, Kommissionen mod Sytraval og Brink's France, Sml. I, s. 1719, præmis 64).

54 I henhold til fast retspraksis kræves det ikke, at der i begrundelsen redegøres udførligt for alle relevante faktiske og retlige forhold, eftersom begrundelsen skal vurderes i forhold til den sammenhæng, hvori den indgår, samt under hensyn til alle de retsregler, som gælder på det pågældende område (jf. dommen i sagen Kommissionen mod Sytraval og Brink's France, præmis 63 og den deri nævnte retspraksis). Endvidere er en beslutning om afvisning af en klage vedrørende statsstøtte tilstrækkeligt begrundet, når den kritiserede foranstaltning er en gennemførelse af et direktiv, og ikke et forsøg på at yde en støtte (jf. i denne retning Rettens dom af 5.4.2006, sag T-351/02, Deutsche Bahn mod Kommissionen, Sml. II, s. 1047, præmis 120).

55 For det første bemærkes, at det klagepunkt vedrørende statens afkald på en fordring, som skulle godtgøre, at der er sket en overførsel af statsmidler i henhold til artikel 87, stk. 1, EF, og som Kommissionen ikke har behandlet i den anfægtede beslutning, er ugrundet, eftersom Kommissionen i den nævnte beslutning har fastslået, at der ikke foreligger statsstøtte, da den kritiserede foranstaltning ikke har bibragt Orange og SFR en fordel. Kommissionen har fastslået, at der ikke foreligger støtteelementer

i henhold til artikel 87, stk. 1, EF, eftersom den, da et af disse, kumulative elementer, der i medfør af denne bestemmelse udgør begrebet statsstøtte, ikke forelå, ikke var forpligtet til at begrunde sin afvisning af sagsøgernes klage i forhold til andre elementer, der kendetegnede dette begreb. Klagepunktet var i henhold til den nævnte retspraksis under alle omstændigheder sekundært, idet der efter Kommissionens opfattelse var fremført afgørende grunde, der kunne berettige foranstaltningen, nemlig overholdelsen af kravene i henhold til direktivet og særligt overholdelsen af princippet om forbud mod forskelsbehandling. Institutionen kan under disse omstændigheder ikke foreholdes, at den ikke besvarede dette klagepunkt, som dels var irrelevant, dels af sekundær betydning.

56 For det andet har Kommissionen i den anfægtede beslutning af to årsager afvist argumentet om, at der forelå en tidsmæssig fordel. Institutionen har vurderet, at argumentet var støttet på urigtige forudsætninger, nemlig at afgiften skulle svare til licensens markedsværdi, og at den tildelte licens' værdi snarere var højere. Endvidere har Kommissionen fastslået, at vurderingen af de faktiske omstændigheder gjorde denne påståede tidsmæssige fordel relativ, dvs. udelukkede den, eftersom Orange og SFR var forsinkede i iværksættelsen af deres UMTS-net, og Bouygues Télécom, som kunne have draget fordel af en sådan forsinkelse, derfor ikke havde lidt et tab som følge af den påståede tidsmæssige fordel. Kommissionen har tilføjet, at den nye afgiftsordning gav mulighed for at tage hensyn til operatørernes forskellige tidsmæssige situation.

57 Det kan således ikke med føje gøres gældende, at den anfægtede beslutning ikke var begrundet for så vidt angår den påståede tidsmæssige fordel, som Kommissionen af to årsager afviser, for det første ud fra begrebet og for det andet ud fra omstændighederne. Begrundelsen for Kommissionens vurderinger af, om der forelå en tidsmæssig fordel, hører, som bemærket i præmis 50 ovenfor, ikke under prøvelsen af aktens begrundelse og skal derfor undersøges som led i legalitetskontrollen af den anfægtede beslutning i forbindelse med de årsager, der er fremført for at afvise, at foranstaltningen havde karakter af statsstøtte.

58 For det fjerde har sagsøgerne gjort gældende, at den anfægtede beslutnings manglende begrundelse er forbundet med, at Kommissionen har behandlet deres klage med manglende omhu.

59 Eftersom den anfægtede beslutning er tilstrækkeligt begrundet, er dette klagepunkt uden virkning. For så vidt som den foreholdte manglende omhu har forbindelse med klagepunktet om fejlfortolkning af artikel 88, stk. 2, EF, vil dette argument blive vurderet som led heri.

60 Det følger heraf, at det første anbringende vedrørende den anfægtede beslutnings begrundelse ikke kan tages til følge.

Det andet og tredje anbringende om fejlfortolkning af henholdsvis artikel 87, stk. 1, EF og artikel 88, stk. 2, EF

Parternes argumenter

61 Sagsøgerne har gjort gældende, at ændringen af Oranges og SFR's skyldige afgifter for UMTS-licenserne udgør statsstøtte i henhold til artikel 87, stk. 1, EF.

62 De har anført, at der er sket en overførsel af statsmidler, idet de franske myndigheder har givet afkald på at opkræve en eksigibel fordring.

63 De har endvidere anført, at ændringen udgør en selektiv fordel for de interesserede.

64 For det første var ændringen ikke berettiget i medfør af princippet om forbud mod forskelsbehandling som anført i den anfægtede beslutning, eftersom direktiv 97/13 ikke kræver, at der fastsættes ens betingelser for tildelingen af licenserne, og der er afholdt to forskellige procedurer for udbud i konkurrence.

65 For det andet udgør denne ændring derimod forskelsbehandling af Bouygues Télécom, som befandt sig i en anden situation end Orange og SFR.

66 For det tredje er denne selektive fordel blevet ydet uden modydelse. Den franske regering har givet afkald på en eksigibel fordring, skønt de to operatører havde midlerne til at betale det oprindeligt fastsatte afgiftsbeløb, idet afgifterne for disse operatører udgjorde en normal byrde og en rimelig pris, der svarede til licensernes markedsværdi. Det var rent teoretisk, at de ville tilbagekalde deres bud, såfremt dette beløb blev opretholdt. Endvidere har staten givet Orange og SFR en tidsmæssig fordel, da det fremgik, at andre konkurrenter ville have fremsat bud, såfremt afgiften oprindeligt havde været fastsat til den af ændringen følgende. Det forhold, at Orange og SFR fik tildelt licenserne halvandet år tidligere end Bouygues Télécom, gav dem mulighed for at vælge de bedste frekvensblokke, at udøve forkøbsret på de bedste sites, at få gavn af et image som en nyskabende operatør til skade for Bouygues Télécom og at erobre markedsandele uden at være udsat for egentlig konkurrence. Den omstændighed, at alle operatørerne blev forsinkede i lanceringen af UMTS, påvirker ikke dette. Endvidere forsikrede de franske myndigheder ved skrivelser af 22. februar 2001 Orange og SFR om, at de ville få tildelt en licens, og at de ville blive indrømmet det supplerende udbuds bedre betingelser, uden at de behøvede afgive et nyt bud.

67 Endvidere har sagsøgerne anført, at afgiftsændringen påvirkede konkurrencen, idet det i henhold til retspraksis er tilstrækkeligt, at der er en potentiel påvirkning. Påvirk-

ningen er reel, eftersom Orange og SFR havde mulighed for at investere de beløb, som de ville have anvendt til at betale afgifterne. De to operatører er således sikkert og tidligt trængt ind på UMTS-markedet.

68 Sagsøgerne har i deres replik især anfægtet den argumentation, som Kommissionen har fremført i sit svarskrift, hvorefter den franske regering har handlet som led i gennemførelsen af de statslige opgaver under hensyn til overvejelser af almen interesse, hvilket udelukker, at der foreligger en selektiv fordel og dermed statsstøtte. Sagsøgerne har for det første anført, at staten, når den tildeler licenser, udøver økonomisk virksomhed, hvorved den tilsigter at opnå fortjeneste ved anvendelsen af offentlige radiobølger. For det andet har de anført, at staten selv ved udførelsen af statslige opgaver skal overholde konkurrencereglerne, og for det tredje, at den pågældende afgiftsændring ikke var berettiget i henhold til retspraksis ud fra ordningens karakter eller opbygning.

69 Sagsøgerne har i deres argumentation for, at princippet om forbud mod forskelsbehandling var tilsidesat, og for at tildelingen af UMTS-licenserne var økonomisk virksomhed, anført, at direktiv 97/13 opstiller princippet om, at der ikke må ændres på de udvælgelseskriterier og de tildelingsbetingelser, der er fastsat i en given procedure, og at direktivet ikke tillader, at betingelserne i et udbud ændres, når proceduren endnu ikke er afsluttet, hvilket dog skete i denne sag ved de franske myndigheders skrivelser af 22. februar 2001. Sagsøgerne har ligeledes påberåbt sig de principper og regler, som finder anvendelse for offentlige kontrakter og koncessioner, nemlig gennemsigtighedsprincippet og ligebehandlingsprincippet, der gælder i procedurerne for udbud, samt princippet om, at der ikke må ændres på udvælgelseskriterierne og tildelingsbetingelserne i disse procedurer.

70 Sagsøgerne har desuden anført, at Kommissionen var forpligtet til at indlede proceduren i henhold til artikel 88, stk. 2, EF, idet sagen, hvilket Kommissionen har erkendt, frembød alvorlige vanskeligheder.

71 Kommissionen har først gjort gældende, at sagsøgerne, hvad angår begreberne selektiv fordel og statsmidler, har anlagt en urigtig fortolkning af de gældende retsregler. Den retlige ramme følger af en opbygning af markedsreguleringen, som kræver, at der ved tildelingen af licenser foretages en behandling, der er objektiv, uden forskel og gennemsigtig, idet der tages hensyn til, at det er nødvendigt at give brugerne størst mulige fordele, at sikre en optimal anvendelse af knappe ressourcer og at lette udviklingen af konkurrencen. De franske myndigheder handlede som led i udøvelsen af deres statslige opgaver, idet de ikke søgte at skabe størst mulig fortjeneste, men derimod ville sikre udviklingen af en fornuftig og retfærdig konkurrence.

72 Ændringen af afgifterne for Orange og SFR er helt i overensstemmelse med direktiv 97/13 og beslutning nr. 128/1999, idet direktivet krævede, at alle virksomheder, der fik tildelt en licens, skulle behandles lige. Da de franske myndigheder ensrettede betingelserne for alle licenserne, indrømmede de ikke Orange og SFR en selektiv fordel, men vedtog derimod foranstaltninger i overensstemmelse med reguleringsordningens karakter og opbygning. Da der ikke foreligger en selektiv fordel, udgør et tab af statsmidler ikke statsstøtte.

73 Kommissionen har anført, at direktiv 97/13 giver mulighed for at ændre licensbetingelserne og forhøje antallet af licenser, samt at de direktiver om offentlige udbud, som sagsøgerne har påberåbt sig, ikke finder anvendelse i denne sag.

74 Kommissionen har ligeledes anført, at ændringen af de omstridte afgifter ikke har givet Orange og SFR en tidsmæssig fordel. For det første har den understreget, at det langt fra er klart, at den påståede fordel reelt foreligger, eftersom intet viser, at de frekvensblokke, som de to første operatører har fået tildelt, skulle være bedre. Oranges og SFR's såkaldte udøvelse af forkøbsret på de bedste sites gav derimod Bouygues Télécom mulighed for at foretage indgående studier på dette område.

Selv om Orange og SFR fik tildelt deres licenser i juli 2001, lancerede de først deres tjenester omkring to år efter, at Bouygues Télécom havde fået sin licens, hvilket er en forsinkelse, som Bouygues Télécom kunne have udnyttet. Endelig kan den negative virkning på Bouygues Télécoms image, der angiveligt skulle følge af, at selskabet ikke deltog i det første udbud, ikke tilregnes de franske myndigheder, men derimod selskabets egne strategiske valg.

75 Såfremt det antages, at der foreligger en sådan åbenbar fordel, kompenseres der rigeligt herfor i to forbindelser. Den årlige afgift, der i henhold til de nye regler for beregningen af afgiften er tilpasset omsætningen, giver netop mulighed for, at der tages hensyn til operatørernes forskellige tidsmæssige situation. Endvidere vil enhver eventuel fordel ikke være skabt af de nationale myndigheders beslutning, men af den risiko, som Orange og SFR påtog sig ved det første udbud, idet det på daværende tidspunkt navnlig ikke var muligt at forudse den senere afgiftsændring.

76 Kommissionen har anført, at den omstændighed, at den af de franske myndigheder vedtagne foranstaltning påvirkede konkurrencen, på ingen måde har haft indflydelse på dens vurdering, eftersom foranstaltninger til regulering af en økonomisk sektor netop havde det erklærede formål at påvirke konkurrencen, og eftersom den omstridte foranstaltning i denne sag havde haft positiv virkning i den henseende.

77 Kommissionen har, hvad angår de alvorlige vanskeligheder, som skulle berettige til at indlede den formelle procedure, anført, at det ikke var klagepunktet i denne sag, der frembød disse vanskeligheder, men derimod andre foranstaltninger nævnt i klagen, der førte den til at indlede proceduren i henhold til artikel 88, stk. 2, EF.

78 Den Franske Republik har anført, at den kompetente myndighed (ART) ikke udøver økonomisk virksomhed, når den tildeler en UMTS-licens, men derimod udøver sin

virksomhed med regulering af telekommunikationsmarkedet, eftersom den afgift, der opkræves herved, ikke udgør en pris. Den Franske Republik har understreget, at ændringen af Oranges og SFR's afgifter blev gennemført i overensstemmelse med princippet om forbud mod forskelsbehandling, der er fastsat i direktiv 97/13, for at sikre, at alle erhvervsdrivende blev behandlet lige, samt at ændringen var berettiget ud fra ordningens karakter og opbygning. De franske myndigheders skrivelser af 22. februar 2001 præciserer blot, at princippet om lighed mellem operatørerne ville blive overholdt. De to fortløbende udbud, hvor det ene supplerede det andet, havde til formål at tildele enslydende licenser, idet det blev præciseret, at Orange og SFR kunne trække deres bud tilbage og herefter give afkald på deres licenser, ligesom iværksættelsen af et nyt udbud dermed ville have forsinket markedsføringen af UMTS-tjenesterne, hvorved fristerne i direktiv 97/13 ikke var blevet overholdt.

79 Den Franske Republik har anført, at ændringen af Oranges og SFR's afgifter ikke har givet disse operatører en fordel, eftersom deres mulighed for at få tidligere adgang til markedet for UMTS-tjenester ikke skyldtes den nævnte ændring, men at de fik tildelt deres licenser ved afslutningen af det første udbud. Bouygues Télécom, som havde valgt ikke at deltage i den første procedure, havde desuden mulighed for at kompensere for sine konkurrenters påståede fordel. Sagsøgerne har herved ikke godtgjort, at de tildelte frekvensblokke ikke havde samme værdi, og Bouygues Télécom, der allerede besad de nødvendige sites for iværksættelsen af UMTS, kunne have opnået en fortjeneste ved, at Orange og SFR blev forsinkede, såfremt selskabet ikke strategisk havde valgt en alternativ løsning til UMTS.

80 Orange har anført, at afgiftsændringen ikke var selektiv. De franske myndigheder var forpligtet til at indrette betingelserne i det første udbud efter betingelser i den supplerende procedure for at overholde princippet om forbud mod forskelsbehandling i henhold til direktiv 97/13, eftersom Orange, SFR og Bouygues Télécom befandt sig i sammenlignelige situationer som operatører, der ønskede at få tildelt identiske licenser. Myndighederne handlede for at regulere UMTS-markedet og havde til hensigt at skabe et marked i åben konkurrence i overensstemmelse med målsætningerne i direktiv 97/13.

81 Afgiftsændringen skabte ikke en fordel for Orange og SFR. Orange har anført, at selskabet kunne trække sit bud tilbage indtil den 31. maj 2001, og at det afstod herfra, fordi det var blevet garanteret, at de franske myndigheder ville overholde lighedsprincippet. Den påståede tidsmæssige fordel er ikke bevist, eftersom Orange og SFR lancerede deres UMTS-tjenester mere end to år efter, at Bouygues Télécom fik sin licens. Endvidere var Bouygues Télécom, som ikke havde budt på UMTS, i stand til at indrette sig på markedet næsten samtidig med sine konkurrenter.

82 SFR har anført, at de franske myndigheders løsning med ikke at annullere det første udbud, men afholde et andet udbud, gav alle interesserede operatører mulighed for at byde og Bouygues Télécom mulighed for at få tildelt en licens med en afgift, der var tilfredsstillende for dette selskab. Endvidere var de sikre på at få tildelt en licens, eftersom kun tre operatører havde afgivet bud på de fire licenser. Orange og SFR profiterede ikke af nogen fordel. Tværtimod var Bouygues Télécom navnlig henset til den teknologiske udvikling begunstiget ved sit senere bud.

83 Endvidere var de franske myndigheder ikke uigenkaldeligt i besiddelse af den del af fordringen, som de gav afkald på. Orange og SFR kunne trække deres bud tilbage indtil den 31. maj 2001 og kunne stadigvæk give afkald på tilladelsen til at benytte offentlig ejendom og ophøre med at betale den tilhørende afgift. Endvidere ville Bouygues Télécom have været begunstiget af en selektiv fordel, såfremt de franske myndigheder havde opretholdt de oprindelige afgifter, som Orange og SFR blev opkrævet, og som var næsten otte gange højere end det beløb, Bouygues Télécom skulle betale.

Rettens bemærkninger

84 Tvisten rejser spøgsmålet, om de franske myndigheder ved at ændre den afgift, som Orange og SFR skulle betale for UMTS-licenserne, har givet disse to operatører en

fordel, der udgør statsstøtte i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i artikel 87, stk. 1, EF. Kommissionen fastslog nemlig i den anfægtede beslutning, at den pågældende ændring ikke medførte en fordel for Orange og SFR, og eftersom en af de kumulative betingelser for begrebet statsstøtte i henhold til artikel 87, stk. 1, EF derfor ikke var opfyldt, indeholdt den omstridte foranstaltning ikke et støtteelement i henhold til denne bestemmelse.

85 Sagsøgerne har nærmere bestemt påberåbt sig to grupper af argumenter. De har anført, at den omstridte foranstaltning medfører en selektiv fordel navnlig af tidsmæssig karakter, som er tildelt uden modydelse, eftersom de franske myndigheder har givet afkald på at opkræve, hvad der for Orange og SFR var en normal afgift, som svarede til licensernes markedsværdi. Endvidere har sagsøgerne anført, at den anfægtede afgiftsændring ikke kunne begrundes med princippet om forbud mod forskelsbehandling, eftersom ændringen snarere udgjorde forskelsbehandling af Bouygues Télécom.

86 Sagsøgerne har ud fra et processuelt synspunkt ligeledes anført, at den klage, de havde indgivet til Kommissionen, frembød alvorlige vanskeligheder, og at institutionen derfor efter den første undersøgelse skulle have indledt proceduren i henhold til artikel 88, stk. 3, EF, hvorefter denne institution uopholdeligt skal iværksætte den i artikel 88, stk. 2, EF fastsatte fremgangsmåde, såfremt den er af den opfattelse, at den påtænkte støtte er uforenelig med fællesmarkedet i henhold til artikel 87 EF.

87 I forbindelse med proceduren fastsat i artikel 88 EF skal der sondres mellem på den ene side den indledende fase af undersøgelsen af støtteforanstaltninger i medfør af artikel 88, stk. 3, EF — der alene har til formål at gøre det muligt for Kommissionen at danne sig en første opfattelse af, om den pågældende støtte er delvis eller fuldt ud forenelig med fællesmarkedet — og på den anden side den formelle undersøgelsesfase i henhold til artikel 88, stk. 2, EF, som skal give Kommissionen mulighed for at opnå fuldstændige oplysninger om alle sagens momenter (Domstolens dom af

19.5.1993, sag C-198/91, Cook mod Kommissionen, Sml. I, s. 2487, præmis 22, af 15.6.1993, sag C-225/91, Matra mod Kommissionen, Sml. I, s. 3203, præmis 16, og dommen i sagen Kommissionen mod Sytraval og Brink's France, præmis 38).

88 Den foreløbige undersøgelsesfase, der er indført ved artikel 88, stk. 3, EF, har alene til formål at give Kommissionen tilstrækkelig tid til at overveje og undersøge, således at den kan danne sig en første opfattelse af de anmeldte støtteprojekter, som gør det muligt uden en nærmere undersøgelse at konkludere, at de er forenelige med traktaten, eller tværtimod fastslå, at deres indhold giver anledning til tvivl herom (Domstolens dom af 15.2.2001, sag C-99/98, Østrig mod Kommissionen, Sml. I, s. 1101, præmis 53 og 54).

89 Den formelle undersøgelsesfase fastsat i artikel 88, stk. 2, EF, som gør det muligt for Kommissionen at skaffe sig fuld klarhed over samtlige sagens faktiske omstændigheder, før den træffer beslutning, er uundværlig, når Kommissionen støder på alvorlige vanskeligheder ved undersøgelsen af, om en påtænkt støtte er forenelig med fællesmarkedet (Domstolens dom i sagen Matra mod Kommissionen, præmis 33).

90 Kommissionen kan derfor kun begrænse sig til en foreløbig undersøgelsesfase som fastsat i artikel 88, stk. 3, EF, hvis den træffer beslutning om ikke at fremsætte indsigelser mod en støtte, såfremt den efter denne undersøgelse kan nå til den opfattelse, at den påtænkte støtte er forenelig med traktaten.

91 Hvis Kommissionen derimod på grundlag af denne første undersøgelse 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 den formelle undersøgelsesprocedure efter artikel 88, stk. 2, EF (Domstolens dom af 20.3.1984, sag 84/82,

Tyskland mod Kommissionen, Sml. s. 1451, præmis 13, dommen i sagen Cook mod Kommissionen, præmis 29, i sagen Matra mod Kommissionen, præmis 33, og i sagen Kommissionen mod Sytraval og Brink's France, præmis 39).

92 Eftersom den anfægtede beslutning er blevet truffet, uden at der er indledt en formel undersøgelsesfase, kunne Kommissionen kun vedtage beslutningen lovligt, dersom den af klagerne indgivne klage ikke frembød alvorlige vanskeligheder.

93 Det skal derfor 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.

94 Det skal herefter undersøges, om den påståede tilstedeværelse af en tidsmæssig fordel udgør statsstøtte, og om princippet om forbud mod forskelsbehandling er overholdt.

— Tilstedeværelsen af en selektiv fordel

95 Kommissionen har i den anfægtede beslutning fastslået, »at der, når der tages hensyn til, at alle operatørerne blev forsinkede i iværksættelsen af UMTS-nettet, ikke var beviser for, at Orange og SFR ved at opnå en UMTS-licens tidligere fik tildelt en fordel, som kunne påvirke konkurrencen«, samt at »den nye takstordning, [kunne] anses for at være bedre egnet til at tage hensyn til operatørernes forskellige tids-

mæssige situationer i den konkrete forbindelse med tildeling af licenser i Frankrig« (betragtning 34 til den anfægtede beslutning).

96 Sagsøgerne har for at godtgøre, at ændringen af UMTS-afgifterne er selektiv, fremført, at ændringen medførte en tidsmæssig fordel for Orange og SFR, fordi disse havde fået tildelt deres licenser tidligere end Bouygues Télécom til skade for dette selskab, som betalte det samme for en licens, der først fik virkning efter konkurrenternes, hvilket skulle udgøre forskelsbehandling af denne operatør.

97 Sagsøgerne har herved bestridt, at den omstridte ændring kan undersøges som en foranstaltning, der er berettiget ud fra ordningens karakter og opbygning, hvorved den ikke ville kunne betegnes som statsstøtte (Domstolens dom af 2.7.1974, sag 173/73, Italien mod Kommissionen, Sml. s. 709, præmis 33, af 26.9.2002, sag C-351/98, Spanien mod Kommissionen, Sml. I, s. 8031, præmis 42, og af 14.4.2005, forenede sager C-128/03 og C-129/03, AEM og AEM Torino, Sml. I, s. 2861, præmis 39). Det er deres opfattelse, at tildelingen af mobiltelefonilicenser ikke kun var lovgivningsvirksomhed, men udgjorde økonomisk virksomhed.

98 Sagsøgerne har herved anført, at UMTS-licenserne har en markedsværdi, og at de nationale myndigheder, når de tildeler licenserne, handler som en erhvervsdrivende, der ønsker at opnå den bedste pris herfor med henblik på at prissætte driften af de offentlige radiobølger. Sagsøgerne har tilføjet, at Orange og SFR havde accepteret denne pris mod til gengæld at opnå brugsret til dette offentlige net. De nationale myndigheder har derfor ved at foretage en betydelig nedsættelse af den oprindeligt fastsatte afgift, hvorved de har givet afkald på en væsentlig del af den fordring, de havde i forhold til de to pågældende operatører, overført statsmidler til fordel for disse.

99 Det følger af sagens akter, at den oprindelige afgift var fastsat til 4 954 593 000 EUR, og at dette beløb skulle opkræves i rater i løbet af licensens varighed, samt at afgiften, således som den fremstår efter den omstridte ændring, herefter omfatter en første del, som udgjorde 619 209 795,27 EUR og skulle betales den 30. september i året for tildelingen af tilladelsen eller på datoen for tildelingen, dersom tilladelsen var givet senere end den 30. september, og en anden del, som årligt skulle betales før den 30. juni i det indeværende år for anvendelsen af frekvenserne dette år og blev beregnet som en procentdel af omsætningen som følge af disse frekvenser (præmis 11 og 17 ovenfor). En sådan ændring medfører, i hvert fald potentielt, et tab af statsmidler, som de nationale myndigheder i denne sag har tilladt.

100 Det følger af Domstolens dom af 22. maj 2003, Connect Austria (sag C-462/99, Sml. I, s. 5197, præmis 93), som vedrørte afgifter pålagt en erhvervsdrivende, der virkede på forskellige markeder for mobiltelekommunikationstjenester, at licenserne har en økonomisk værdi.

101 På samme måde har UMTS-licenserne, som tillader, at der udøves økonomisk virksomhed med levering af tjenesteydelser med mobiltelefoni på radiobølgenettet, og som må vurderes som dokumenter om optagelse eller benyttelse af det tilsvarende offentlige net, en økonomisk værdi, som ejeren af dette net skal tage hensyn til, når de afgifter, som de pågældende operatører skal betale, fastsættes.

102 I den tvist, der lå til grund for dommen i sagen Aéroports de Paris mod Kommissionen (dom af 12.12.2000, sag T-128/98, Sml. II, s. 3929, præmis 120 og 121), hvorunder der var rejst tvivl om tilrådighedsstillelsen af lufthavnsanlæg for luftfartsselskaber og tjenesteydere og om de afgifter, som sagsøgeren, der drev det offentlige lufthavnsområde, herved havde fastsat, fastslog Retten, at den omstændighed, at der i national ret er en særlig politiordning for statens ejendom, ikke er uforenelig med, at der på offentlig ejendom drives erhvervsmæssig virksomhed, samt at den omstæn-

dighed, at Aéroports de Paris stiller anlæg i lufthavnene til rådighed, medvirkede til, at der på offentlig ejendom kunne præsteres erhvervsmæssige ydelser, og bidrog til dens erhvervsmæssige virksomhed.

103 Domstolen fastslog, forelagt appellen af denne dom, at tilrådighedsstillelsen af lufthavnsanlæg for luftfartsselskaber og forskellige tjenesteydere mod betaling af en afgift, som Aéroports de Paris frit fastsætter, skulle betragtes som erhvervsmæssig virksomhed (Domstolens dom af 24.10.2002, sag C-82/01 P, Aéroports de Paris mod Kommissionen, Sml. I, s. 9297, præmis 78).

104 Udøvelsen af lovgivende virksomhed udelukker således ikke, at der tages hensyn til økonomiske fakta som led i formueforvaltning af en knap offentlig ressource som radiofrekvenser, der udgør de offentlige radiobølger, hvortil der kan gives ret til adgang eller til anvendelse. Medlemsstaterne skal således både regulere telekommunikationen og forvalte den offentlige formue, som radiobølgerne udgør.

105 De argumenter, som Kommissionen har fremsat under retsmødet, hvorefter de pågældende formuegoder ikke har en markedsværdi, eftersom de ikke har et modstykke blandt private forvaltere, er derfor ikke tilstrækkeligt til at udelukke, at sådanne formuegoder kan udgøre statsmidler.

106 Selv om det, når der tages hensyn til licensernes økonomiske værdi, må tilstås sagsøgerne, at de nationale myndigheder i denne sag har givet afkald på betydelige statsmidler, må denne konklusion imidlertid vurderes i forhold til den pågældende fordring, ligesom dette tab ikke nødvendigvis udgør statsstøtte som følge af ordningens karakter og opbygning.

107 Hvad angår statens fordring på Orange og SFR, som den har givet afkald på, er denne fordring i modsætning til, hvad sagsøgerne har anført, ikke sikker. 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 (jf. skrivelserne af 22.2.2001, nævnt i præmis 14 ovenfor). 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.

108 Endvidere er de fællesskabsretlige rammer for telekommunikationstjenester, som fastsat ved direktiv 97/13 og beslutning nr. 128/1999, støttet på, at operatørerne behandles lige ved såvel licenstildelingen som ved fastsættelsen af eventuelle afgifter, og medlemsstaterne kan frit vælge proceduren for licenstildelingen, når blot principperne om fri konkurrence og ligebehandling overholdes. Medlemsstaterne kan således benytte sig af offentlige udbud eller som i denne sag vælge en sammenlignende udvælgelsesprocedure, eftersom det vigtigste er, at operatørerne behandles lige, navnlig hvad angår afgifterne.

109 Domstolen har, forelagt et spørgsmål om fortolkning af artikel 11, stk. 2, i direktiv 97/13 vedrørende afgifter, i Connect Austria-dommen (præmis 90) understreget, at de afgifter, der er pålagt forskellige operatører skal være økonomisk ens. Endvidere har Domstolen, efter at den har bemærket, at fastsættelsen af afgiftsbeløbet forudsætter komplekse vurderinger af økonomisk art, og at de nationale myndigheder følgelig ikke er forpligtet til at overholde strenge kriterier, når de blot holder sig inden for de grænser, som fællesskabsretten har afstukket, præciseret, at den forelæggende ret skulle undersøge den økonomiske værdi af de omhandlede licenser, idet den navnlig skulle tage hensyn til størrelsen af de forskellige tildelte frekvensblokke, til det tidspunkt, hvor hver enkelt af de berørte operatører fik adgang til markedet, og til betydningen af at kunne tilbyde et komplet udbud af mobilkommunikationssystemer (præmis 92 og 93).

110 Uanset om brugsretten til radiobølgerne, som operatørerne er indrømmet, har en økonomisk værdi, kan den skyldige afgift følgelig kun udgøre statsstøtte, såfremt der uanset alt andet er en forskel på den pris, hver af de berørte operatører har betalt, hvorved bemærkes, at der ifølge Domstolen skal tages hensyn til det tidspunkt, hvor hver enkelt af de berørte operatører fik adgang til markedet (Connect Austria-dommen, præmis 93). Der foreligger derimod ikke et støtteelement, hvis de nationale myndigheder generelt beslutter, at licenserne tildeles uden vederlag, ved offentlige udbud eller på grundlag af en enslydende sats, eftersom disse bestemmelser finder ensartet anvendelse på hver af de omhandlede operatører.

111 Under 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, der er fremhævet i præmis 107 ovenfor, at den nævnte fordring ikke var sikker.

112 Følgelig er den omstændighed, hvorefter Retten ikke behøvede at vurdere, om det var sandsynligt, at Orange og SFR kunne betale de oprindelige afgifter, dvs. om selskaberne fandt, at disse afgifter svarede til en rimelig pris for disse licenser, irrelevant, når der tages hensyn til karakteren og opbygningen af det system, der følger af direktiv 97/13 og beslutning nr. 128/1999.

113 Det må imidlertid i overensstemmelse med sagsøgernes opfattelse fastslås, at der er en objektiv forskel mellem Oranges og SFR's situation og Bouygues Télécoms situation, hvad angår det tidspunkt, hvor selskaberne fik tildelt deres respektive licenser. Det står fast, at Orange og SFR begge fik tildelt deres licenser i medfør af to anordninger af 18. juli 2001, og at Bouygues Télécom fik tildelt sin licens i medfør af anordning af 3. december 2002. Sagsøgernes argument om, at det kunne give Orange og

SFR en fordel i forhold til Bouygues Télécom, at de fik tildelt deres licenser halvandet år tidligere, er umiddelbart ikke uden relevans.

114 En fordel kan nemlig lige så godt følge af en lavere pris for et formuegode af samme værdi som af en identisk pris for et formuegode af lavere værdi.

115 Det står imidlertid klart, at den potentielle fordel i denne sag ikke har bibragt de pågældende en fordel.

116 Det fremgår af sagens akter, at Orange og SFR stillet over for problemerne forbundet med UMTS-teknologien og de økonomiske omkostninger ved at udvikle den blev forsinket i lanceringen af deres tjenester, som SFR først kunne foretage i midten af 2004 og Orange i slutningen af 2004, hvilket vil sige mere end to år efter, at Bouygues Télécom havde opnået sin egen licens. Det skal fastslås, at Bouygues Télécoms konkurrenter i praksis ikke har kunnet opnå en fortjeneste ved den tidsmæssige fordel, som deres tidligere tildeling af licenserne til at lancere deres UMTS-tjenester udgjorde, før Bouygues Télécom ved tildelingen af sin licens fik mulighed for at lancere sine egne tjenester. Oranges og SFR's forsinkelse har således udlignet disse to operatørers tidsmæssige fordel.

117 Sagsøgerne har anført, at Orange og SFR som følge af, at de fik tildelt deres licenser tidligere, har kunnet vælge de mest fordelagtige frekvensblokke, skabe net uden afbrydelser, udvide det tilladte område og formindske risikoen for støj samt lette aftaler mellem operatører over grænserne, men har ikke fremlagt faktiske elementer, der kan godtgøre disse påstande.

118 Sagsøgerne har ligeledes anført, at Orange og SFR har kunnet udøve forkøbsret på de bedste sites, profitere af et image som en nyskabende operatør til skade for Bouygues Télécom og erobre markedsandele uden at være udsat for egentlig konkurrence.

119 For det første har sagsøgerne, hvad angår den påståede udøvelse af forkøbsret på sites, anført, at Orange og SFR allerede havde opnået et stort antal tilladelser, som var koncentreret i de største franske byer, da Bouygues Télécom fik tildelt sine sendetilladelser. Såfremt disse angivelser er korrekte, bemærkes, at det under hensyn til de betydelige forskelle mellem disse operatører og Bouygues Télécom set i forhold til de økonomiske strategier og handelsstrategierne og de teknologiske valg og dermed tilgangen til markedet forekommer vanskeligt at uddrage nyttige konklusioner heraf hvad angår den potentielle påvirkning af konkurrencen. Sagsøgerne har under alle omstændigheder hverken godtgjort, at der var udøvet forkøbsret på de bedste sites, da Bouygues Télécom fik tildelt sin licens, at selskabet ikke kunne opnå tilladelser til implantering, eller at det som følge heraf var påført særlige begrænsninger i valget af de sites, der var nødvendige for at udvikle sine tjenester.

120 For det andet må det, hvad angår argumentet om, at det kunne skade Bouygues Télécoms image, at dets konkurrenter fik tildelt deres licenser tidligere, fastslås, at en sådan virkning ikke er bevist. Endvidere har intervenienterne, uden at det er modsagt, understreget, at Bouygues Télécom først valgte at satse på en anden teknologi end UMTS og udsætte lanceringen af sine UMTS-tjenester, idet selskabet afventede en forbedret udgave af systemet. I betragtning af disse forskelle mellem operatørernes strategiske valg kan virkningen på de pågældende virksomheders image af tidspunktet for licenstildelingen ikke have skabt en væsentlig fordel i deres respektive situationer.

121 For det tredje er det ikke, som hævdet af sagsøgerne, underbygget, at Orange og SFR har kunnet vinde markedsandele uden at være udsat for egentlig konkurrence.

Sagsøgernes argument er i øvrigt ikke overbevisende, når der tages hensyn til Bouygues Télécoms konkrete strategi på UMTS-markedet, for hvilken det er ubestridt, at den adskiller sig fra strategien for de to andre operatører, der er omfattet af denne sag.

122 Det står således klart, at Kommissionen på tidspunktet for vedtagelsen af den anfægtede beslutning kunne fastslå, at Orange og SFR i praksis ikke havde opnået nogen fortjeneste af den tidsmæssige fordel, der var skabt af, at de havde fået tildelt deres licenser tidligere. Kommissionen kunne derfor fastslå, at Orange og SFR rent faktisk ikke havde haft en konkurrencemæssig fordel til skade for Bouygues Télécom.

123 Under alle omstændigheder var den fordel, der potentielt er indrømmet Orange og SFR, 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 som tidligere fastslået 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.

124 Sagsøgerne har nemlig, hvad angår dette sidste punkt, ikke godtgjort, at de UMTS-licenser, som de tre operatører har fået tildelt, udviste betydelige forskelle i deres væsentligste kendetegn, og det er ovenfor fastslået, at det i denne sag ikke havde påvirket Bouygues Télécom negativt, at Orange og SFR havde fået tildelt deres licenser tidligere.

125 Som Kommissionen, støttet af intervenienterne, har anført, er kendetegnene ved de tildelte frekvensblokke ens, hvilket fremgår af den meddelelse om regler og betingelser for tildeling af tilladelser til i den kontinentale del af Frankrig at indføre UMTS,

som er bilagt ART's beslutning af 28. juli 2000, og som sagsøgerne har tilføjet sagsakterne. Det bestrides heller ikke, at det tilgængelige udstyr virker på alle frekvensbånd. Endvidere er det ikke relevant, at Orange og SFR som anført af sagsøgerne har kunnet skabe frekvensblokke, der var identiske med deres udenlandske datterselskabers frekvensblokke, eftersom Bouygues Télécom ikke har sådanne datterselskaber.

126 Det følger heraf, at den påståede tidsmæssige fordel ikke er godtgjort, og at denne vurdering ikke frembyder en alvorlig vanskelighed, som indebar, at Kommissionen var forpligtet til at indlede den formelle undersøgelsesprocedure vedrørende den påståede støtte.

— Princippet om forbud mod forskelsbehandling

127 Kommissionen har i den anfægtede beslutning fastslået, at »de franske myndigheder [ved at sidestille de anfægtede afgifter] blot har fulgt artikel 11, stk. 2, i direktiv 97/13, hvorved det kræves, at afgifterne ikke har karakter af forskelsbehandling«, og at myndighederne »blot har opfyldt en forpligtelse i henhold til fællesskabsretten« (betragtning 28 til den anfægtede beslutning), nemlig princippet om forbud mod forskelsbehandling.

128 Det er sagsøgernes opfattelse, at de franske myndigheder for at sikre sig mod forskelsbehandling af operatørerne skulle havde opretholdt de betingelser, navnlig de satser på grundlag af hvilke Orange og SFR havde fået tildelt deres respektive licenser, eftersom de to udbud udgjorde forskellige procedurer. Sagsøgerne har herved påberåbt sig reglerne vedrørende offentlige aftaler, navnlig princippet om, at der ikke må ændres på udvælgelseskriterierne og tildelingsbetingelserne og har gjort gældende, at

de nationale myndigheder skulle have annulleret det første udbud og begyndt udvælgelsen forfra fra starten, hvis de fandt, at det var umuligt at opretholde de betingelser, som allerede var aftalt med de operatører, der først var blevet udvalgt.

129 Det følger af fast retspraksis, at en forskelsbehandling består i, at der på sammenlignelige situationer anvendes forskellige bestemmelser, eller at den samme bestemmelse anvendes på forskellige situationer (jf. dom af 14.2.1995, sag C-279/93, Schumacker, Sml. I, s. 225, præmis 30, og af 13.2.1996, sag C-342/93, Gillespie m.fl., Sml. I, s. 475, præmis 16).

130 Det følger af sagsakterne, at Orange, SFR og Bouygues Télécom ved afslutningen af de to udbudsprocedurer, der er beskrevet i præmis 11-22 ovenfor, fik tildelt deres respektive licenser. De førstnævnte fik tildelt deres licenser ved anordninger af 18. juli 2001 og den sidstnævnte ved anordning af 3. december 2002.

131 Bouygues Télécom har, da selskabet som følge af afgiftens størrelse til forskel fra sine konkurrenter, Orange og SFR, ikke afgav et bud ved det første udbud, løbet en risiko for ikke at kunne iværksætte eller kun med forsinkelse at kunne iværksætte sine UMTS-tjenester. Denne risiko har kunnet skade selskabet i forhold til disse to operatører ud fra et konkurrencemæssigt synspunkt.

132 Den objektive forskel i situationerne, der følger af, at Orange og SFR bød ved det første udbud og Bouygues Télécom ved det andet, skal sættes i forhold til de ensartede betingelser, som selskaberne endelig er blevet indrømmet. Den anfægtede beslutning begunstiger derfor de to virksomheder, som ikke løb den samme risiko

som Bouygues Télécom, idet disse straks anmodede om at blive indrømmet de fordelagtigere betingelser, som Bouygues Télécom var blevet indrømmet som led i en procedure, de to selskaber ikke havde deltaget i.

133 Den eventuelle forskelsbehandling, som Bouygues Télécom således er blevet udsat for, skal ved fastlæggelsen af de nationale myndigheders forpligtelser i denne sag undersøges i forhold til de pågældende processuelle rammer.

134 Det bemærkes, 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, der udelukkende sigtede til at tildele fire licenser til indførelsen af UMTS-systemet i Frankrig (jf. præmis 11 ovenfor). Eftersom det første udbud til dels var uden resultat, blev der mindre end seks måneder efter tildelingen af de første to licenser indledt et supplerende udbud (jf. præmis 15 og 16 ovenfor) for at sikre en effektiv konkurrence på et marked under udvikling og for at gøre det muligt at tildele yderligere to licenser, idet de to udbud blev gennemført og på det formelle plan virkede på samme vis (offentliggørelse, tidsplan …).

135 Sagsøgerens argumentation om de processuelle regler, der finder anvendelse på offentlige aftaler og koncessioner, skal herved afvises som ugrundet, idet disse regler ikke finder anvendelse i denne sag. Hvad angår det af sagsøgerne påberåbte princip om, at der ikke må ændres på udvælgelseskriterierne og tildelingsbetingelserne, fremgår dette princip hverken af direktiv 97/13 eller af en anden anvendelig bestemmelse i fællesskabsretten. Tværtimod bestemmes det i artikel 8, stk. 4, i direktiv 97/13, at medlemsstaterne i objektivt begrundede tilfælde og i et rimeligt omfang kan ændre de vilkår, der er knyttet til en individuel tilladelse.

136 Princippet om forbud mod forskelsbehandling gælder ved en fælles udvælgelsesprocedure, skønt den gennemføres i flere faser, således for udbuddene samlet set.

137 Herved ville en anden løsning end den af de nationale myndigheder trufne ikke have givet mulighed for at foretage en mere tilfredsstillende ligebehandling af de tre berørte operatører.

138 Under omstændighederne i denne sag står det nemlig klart, at de nationale myndigheder kun havde tre muligheder, efter at det første udbud ikke gav mulighed for at vælge et tilstrækkeligt antal operatører, for at konkurrencen kunne sikres effektivt i denne sektor.

139 De nationale myndigheders første mulighed var at erklære det første udbud ugyldigt og gentage hele proceduren fra starten og fastsætte afgiften i henhold til bestemmelserne i den ændrede ordning.

140 Det ses dog, at denne løsning er uden betydning for procedurens resultat, eftersom de samme operatører, nemlig Orange, SFR og Bouygues Télécom, reelt under alle omstændigheder ville være de eneste kandidater, og de til sidst ville blive tildelt licenser, der i det væsentlige svarer til dem, de rent faktisk har fået tildelt.

141 Denne mulighed ville derimod i hvert fald have medført en ulempe i forhold til de fællesskabsretlige bestemmelser om telekommunikation. Muligheden ville nemlig indebære en forsinkelse i den lancering af de pågældende tjenester, der i medfør af beslutning nr. 128/1999 var fastsat til senest den 1. januar 2002 (jf. præmis 8 ovenfor). Kommissionen har i den anfægtede beslutning fastslået, at en sådan forsinkelse måtte tilregnes de franske myndigheder direkte.

142 Selv om der ved den første mulighed ligeledes havde kunnet opnås en ligebehandling, ville Den Franske Republik dermed have risikeret at forsinke gennemførelsen af de pågældende fællesskabsbestemmelser og således at tilsidesætte sine forpligtelser i henhold hertil.

143 De nationale myndigheders anden mulighed var at fortsætte proceduren ved at iværksætte det andet udbud, men til forskel fra den faktisk valgte løsning at undlade at sidestille Oranges og SFR's afgifter med Bouygues Télécoms afgift.

144 Orange og SFR ville i et sådant tilfælde i strid med princippet om forbud mod forskelsbehandling være blevet behandlet anderledes end Bouygues Télécom, når der tages hensyn til, at deres licenser havde samme værdi, og at ingen operatør var aktiv på markedet, da afgiften blev ændret. Endvidere ville en sådan løsning ikke have opfyldt de elementer om afgiftsfastsættelse, som Domstolen har angivet i Connect Austria-dommen (jf. præmis 109 ovenfor).

145 Såfremt de franske myndigheder havde opretholdt den oprindelige afgiftsordning for Orange og SFR, ville der være en risiko for at tilsidesætte de af direktiv 97/13 følgende krav om forbud mod forskelsbehandling og om forholdsmæssighed, eftersom behandlingen ville være ulige, og der i henhold til de ubestridte oplysninger fra SFR ville være et misforhold på omkring 1:8 mellem den oprindelige og den ændrede ordning. En sådan forskel i de skyldige afgifter ville have medført en forskelsbehandling til fordel for Bouygues Télécom og til skade for de to andre operatører.

146 Endvidere ville de to oprindeligt valgte operatører i et sådant tilfælde kunne give afkald på deres licens, hvorefter de franske myndigheder ville være forpligtet til at iværksætte et tredje udbud for at sikre en effektiv konkurrence i den pågældende sektor, hvorved lanceringen af de pågældende tjenester ville blive forsinket tilsvarende.

147 De nationale myndigheders tredje mulighed var at iværksætte et andet udbud, navnlig med lavere økonomiske betingelser, og ændre betingelserne for de tildelte licenser med tilbagevirkende kraft.

148 Den i denne sag valgte løsning gav mulighed for at sikre ligebehandlingen af de tre operatører, som var de eneste, der havde afgivet bud inden for disse samlede processuelle rammer i den tidligere bemærkede sammenhæng med enslydende licenser og et marked under udvikling, hvorpå ingen operatør på tidspunktet for ændringen af afgiften var trængt ind. Den mulighed, som de nationale myndigheder valgte, gav ligeledes Den Franske Republik mulighed for at undgå forsinkelser i iværksættelsen af UMTS-tjenester som omhandlet i direktiv 97/13.

149 Det skal ligeledes bemærkes, at det ikke ville have ført til et andet resultat, hvis en sidestilling af de økonomiske betingelser for tildeling af licenserne ikke som i den foreliggende sag var blevet foretaget med tilbagevirkende kraft fra tidspunktet for tildelingen heraf, men udelukkende fra ændringen af de omstridte afgifter.

150 Det fremgår nemlig af sagsakterne, at Orange og SFR ved vedtagelsen af ændringsanordningerne den 3. december 2002 i overensstemmelse med den oprindeligt fastsatte fordeling af betalingerne havde betalt et beløb, der i forhold til ændringen svarede til den første del af afgiften, som skulle betales ved tildelingen af licensen. Hvad angår den anden del, som var fastsat ved ændringen, og som var forbundet med omsætningen som følge af anvendelse af disse frekvenser, skulle denne først betales efter operatørernes lancering af deres UMTS-tjenester. Orange og SFR havde endnu ikke lanceret disse på ovennævnte dato for anordningerne om ændring af deres licenser og på datoen for anordningen, hvorved Bouygues Télécom blev tildelt sin licens.

151 Det står således klart, at ændringen af reglerne for Orange og SFR under sagens omstændigheder viste sig at være uden betydning for de tre konkurrerende operatører, eftersom den nævnte ændrings eventuelle tilbagevirkende kraft ikke havde nogen indflydelse i den forbindelse.

152 Kommissionen kunne derfor i den anfægtede beslutning, skønt de udvalgte i de forskellige udvælgelsesprocedurer blev indrømmet samme betingelser, i denne sammenhæng fastslå, at den nye afgiftsordning ikke udgjorde forskelsbehandling til skade for Bouygues Télécom.

153 I medfør af den ligebehandling af operatørerne, der kræves i henhold til direktiv 97/13, var det i denne sag derimod påkrævet at sidestille Oranges og SFR's skyldige afgifter med Bouygues Télécoms afgifter.

154 Sagsøgernes argument om, at ændringen udgjorde forskelsbehandling, fordi Orange og SFR takket være en større økonomisk formåen end deres konkurrenter kunne fremsætte bud ved det første udbud og få tildelt en licens, ændrer ikke ovennævnte vurderinger, eftersom den tidligere tildeling af licenserne rent faktisk ikke har givet dem en fordel, og ligebehandlingen af operatørerne gjorde det nødvendigt at sidestille afgifterne.

155 Det følger af ovenstående, at den anfægtede afgiftsændring ikke har medført forskelsbehandling til skade for Bouygues Télécom, og at denne vurdering ikke frembød en alvorlig vanskelighed, der gjorde det nødvendigt at indlede den formelle undersøgelsesprocedure vedrørende den påståede støtte.

156 Kommissionen kunne uden at fastslå, at den stod over for alvorlige vanskeligheder, derfor med føje fastslå, at den påklagede nationale foranstaltning ikke indeholdt støtteelementer i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i artikel 87, stk. 1, EF.

157 Kommissionen har i sine processkrifter i sagen, der lå til grund for kendelsen i sagen Bouygues og Bouygues Télécom mod Kommissionen, henvist til en usædvanlig mangfoldighed, men denne henvisning berørte i modsætning til, hvad sagsøgerne har gjort gældende, ikke foranstaltningen i nærværende sag, men foranstaltningerne som helhed anmeldt i klagen, hvorved der var klaget over 11 foranstaltninger. Da den fandt, at visse af foranstaltningerne frembød alvorlige vanskeligheder, indledte Kommissionen i øvrigt den 31. januar 2003 proceduren i henhold til artikel 88, stk. 2, EF for visse af disse foranstaltninger. Denne procedure blev afsluttet med vedtagelsen af to beslutninger af 2. august 2004 vedrørende henholdsvis den erhvervsskatteordning, der blev iværksat for France Télécom [K(2004) 3061], og et aktionærlån, som Frankrig ydede France Télécom [K(2004) 3060]. Disse beslutninger er genstand for verserende søgsmål for Retten (sag T-425/04, Frankrig mod Kommissionen, sag T-427/04, Frankrig mod Kommissionen, sag T-444/04, France Télécom mod Kommissionen, sag T-450/04, Bouygues og Bouygues Télécom mod Kommissionen, sag T-456/04, AFORS Télécom mod Kommissionen, og sag T-17/05, France Télécom mod Kommissionen).

158 For så vidt som sagsøgerne har gjort gældende, at Kommissionen har udvist manglende omhu ved behandlingen af den nationale foranstaltning, som de i denne sag har anfægtet ved deres klage af 4. oktober 2002, hvortil Kommissionen har taget stilling i den anfægtede beslutning af 20. juli 2004, er denne påstand, der i øvrigt er ugrundet, ikke blevet godtgjort. Kommissionen er nemlig berettiget til at prioritere de klager, den modtager, forskelligt (Domstolens dom af 4.3.1999, sag C-119/97 P, Ufex m.fl. mod Kommissionen, Sml. I, s. 1341, præmis 88).

159 Eftersom den ovennævnte klage, der omfattede næsten 90 sider uden bilag, vedrørte i alt 11 foranstaltninger, bemærkes, at Kommissionen, som for visse foranstaltninger nævnt i klagen har indledt proceduren i henhold 88, stk. 2, EF tre og en halv måned efter, at klagen blev indgivet, og som derfor delvist har prioriteret behandlingen af netop den del af klagen vedrørende de foranstaltninger, der frembød alvorlige vanskeligheder, under hensyn til dens arbejdsbyrde og til fastsættelsen af række-

følgen for de undersøgelser, den skal foretage, har kunnet udsætte behandlingen af den foranstaltning, som den fandt, ikke frembød alvorlige vanskeligheder, uden at den herved kan foreholdes manglende omhu.

160 Under disse omstændigheder udgør et tidsrum på et år, 10 måneder og 15 dage fra indgivelsen af klagen til vedtagelsen af den anfægtede beslutning ikke manglende omhu fra Kommissionens side.

161 I betragtning heraf må Kommissionen frifindes, uden at Retten skal undersøge de andre kriterier, der er fastsat i artikel 87, stk. 1, EF, eftersom en af de kumulative betingelser, der er nødvendige for at konstatere en statsstøtte, ikke er opfyldt.

Sagens omkostninger

162 I henhold til artikel 87, stk. 2, i Rettens procesreglement pålægges det den tabende part at betale sagens omkostninger, hvis der er nedlagt påstand herom. Eftersom sagsøgerne har tabt sagen, bærer de deres egne omkostninger og betaler in solidum Kommissionens omkostninger samt omkostningerne afholdt af Orange og SFR, der var indtrådt som intervenienter i sagen til støtte for Kommissionen.

163 Den Franske Republik bærer sine egne omkostninger i henhold til procesreglementets artikel 87, stk. 4, første afsnit.

På grundlag af disse præmisser

udtaler og bestemmer

RETTEN (Fjerde Afdeling)

1) Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber frifindes.

2) Bouygues SA og Bouygues Télécom SA bærer deres egne omkostninger og betaler in solidum Kommissionens omkostninger samt omkostningerne afholdt af Orange France SA og Société française du radiotéléphone — SFR.

3) Den Franske Republik bærer sine egne omkostninger.

Legal Wiszniewska-Białecka Moavero Milanesi

Afsagt i offentligt retsmøde i Luxembourg den 4. juli 2007.

E. Coulon H. Legal

Justitssekretær Afdelingsformand