FÖRSTAINSTANSRÄTTENS DOM (fjärde avdelningen)

den 4 juli 2007 *

I mål T-475/04,

**Bouygues SA,** Paris (Frankrike), och

**Bouygues Télécom SA,** Boulogne-Billancourt (Frankrike),

företrädda av advokaterna L. Vogel, J. Vogel, B. Amory, A. Verheyden, F. Sureau och D. Théophile,

sökande,

mot

**Europeiska gemenskapernas kommission,** företrädd av J.L. Buendi Sierra och C. Giolito, båda i egenskap av ombud,

svarande,

* Rättegångsspråk: franska.

med stöd av

**Republiken Frankrike,** företrädd av G. de Bergues och S. Ramet, båda i egenskap av ombud,

av

**Société française du radiotéléphone – SFR,** Paris (Frankrike), företrätt av C. Vajda, QC, och advokaten A. Vincent,

och av

**Orange France SA,** Montrouge (Frankrike), företrätt av advokaterna A. Gosset-Grainville och S. Hautbourg,

intervenienter,

angående en talan om ogiltigförklaring av kommissionens beslut av den 20 juli 2004 (Statligt stöd NN 42/2004 – Frankrike) om ändring av de avgifter som Orange och SFR skall betala för tillstånd avseende UMTS (Universal Mobile Telecommunications System),

meddelar

FÖRSTAINSTANSRÄTTEN (fjärde avdelningen)

sammansatt av ordföranden H. Legal samt domarna I. Wiszniewska-Białecka och E. Moavero Milanesi,

justitiesekreterare: E. Coulon,

efter det skriftliga förfarandet och förhandlingen den 14 mars 2007,

följande

**Dom**

**Tillämpliga bestämmelser**

1 I artikel 87.1 EG föreskrivs följande:

”Om inte annat föreskrivs i detta fördrag, är stöd som ges av en medlemsstat eller med hjälp av statliga medel, av vilket slag det än är, som snedvrider eller hotar att snedvrida konkurrensen genom att gynna vissa företag eller viss produktion, oförenligt med den gemensamma marknaden i den utsträckning det påverkar handeln mellan medlemsstaterna.”

2 Tillämplig sekundärrätt utgjordes vid tidpunkten för de faktiska omständigheterna av Europaparlamentets och rådets direktiv 97/13/EG av den 10 april 1997 om gemensamma ramar för allmän auktorisation och individuella tillstånd på teletjänstområdet (EGT L 117, s. 15) och Europaparlamentets och rådets beslut nr 128/1999/EG av den 14 december 1998 om samordnat införande av ett system för mobil och trådlös telekommunikation (UMTS) av tredje generationen inom gemenskapen (EGT L 17, 1999, s. 1).

3 I artikel 3.3 i direktiv 97/13 föreskrivs följande:

”… Medlemsstaterna får utfärda ett individuellt tillstånd endast om innehavaren får tillgång till knappa fysiska eller andra resurser eller omfattas av särskilda skyldigheter eller åtnjuter särskilda rättigheter …”

4 I artikel 8.4 i direktiv 97/13 föreskrivs följande:

”Medlemsstaterna får, när det är sakligt motiverat, i rimlig omfattning ändra de villkor som är knutna till individuella tillstånd. Om de har för avsikt att göra detta skall de på lämpligt sätt meddela sin avsikt och ge de berörda parterna tillfälle att yttra sig om de föreslagna ändringarna.”

5 I artikel 9.2 i direktiv 97/13 föreskrivs följande:

”Om en medlemsstat har för avsikt att bevilja individuella tillstånd

— skall den bevilja individuella tillstånd genom öppna, icke-diskriminerande och genomblickbara förfaranden och i detta syfte behandla alla sökande lika, utom när det finns sakliga skäl för olika behandling …”

6 I artikel 10.3 och 10.4 i direktiv 97/13 föreskrivs följande:

”3. Medlemsstaterna skall bevilja dessa individuella tillstånd på grundval av urvalskriterier som skall vara objektiva, icke-diskriminerande, specificerade, genomblickbara och proportionerliga. Vid varje sådant urval skall vederbörlig vikt läggas vid behovet av att underlätta utvecklingen av konkurrens och ge användarna så stort utbyte som möjligt.

Medlemsstaterna skall säkerställa att information om dessa kriterier offentliggörs i förväg på lämpligt sätt så att den är lätt tillgänglig. En hänvisning till offentliggörandet av denna information skall göras i den berörda medlemsstatens nationella officiella tidning.

4. Om en medlemsstat, på eget initiativ eller på begäran av ett företag, antingen vid tidpunkten för detta direktivs ikraftträdande eller vid en senare tidpunkt, finner att antalet individuella tillstånd kan ökas, skall den offentliggöra detta och uppmana till ytterligare tillståndsansökningar.”

7 I artikel 11.2 i direktiv 97/13 föreskrivs följande:

”… [M]edlemsstaterna [får], när det gäller användning av knappa resurser, tillåta sina nationella regleringsmyndigheter att införa avgifter som avspeglar behovet av att säkerställa ett optimalt utnyttjande av dessa resurser. Avgifterna skall vara icke-diskriminerande och särskild hänsyn skall tas till behovet av att främja utvecklingen av innovativa tjänster och konkurrens.”

8 I artikel 1 i beslut nr 128/1999 anges att syftet med detta beslut ”… skall vara att underlätta snabbt och samordnat införande av kompatibla UMTS-nät och UMTS-tjänster i gemenskapen …”. I artikel 3.1 i samma beslut anges följande:

”Medlemsstaterna skall vidta alla nödvändiga åtgärder för att, i enlighet med artikel 1 i direktiv 97/13/EG, möjliggöra ett samordnat och gradvist införande av UMTS-tjänsterna på sitt område senast den 1 januari 2002 …”

9 I artikel L. 33-1 i den franska lagen om post och telekommunikationer (code des postes et télécommunications), enligt den lydelse som var i kraft vid tidpunkten för omständigheterna i målet, föreskrevs följande:

”I — För att upprätta och driva allmänt tillgängliga telenät krävs tillstånd från ministern med ansvar för telekommunikationer.

Detta tillstånd kan endast vägras om det krävs med hänsyn till allmän ordning, allmän säkerhet eller för försvarsändamål, eller till följd av tekniska begränsningar

som hänger samman med tillgången på frekvenser, eller när den som ansöker om tillstånd inte har ekonomisk eller teknisk kapacitet att varaktigt uppfylla de skyldigheter som gäller vid utövandet av den verksamhet som tillståndet avser, eller har varit föremål för en av de sanktioner som anges i artiklarna L. 36-11, L. 39, L. 39-1, L. 39-2 och L. 39-4.

För tillståndet gäller bestämmelser i en kravspecifikation avseende

…

h) användningen av tilldelade frekvenser och de avgifter som skall betalas härför och för kostnaderna för drift och kontroll av dessa frekvenser.

…

Ett tillstånd gäller i 15 år.

…

V — Antalet tillstånd kan vara begränsat som följd av tekniska begränsningar som rör tillgången på frekvenser.

I sådant fall skall ministern med ansvar för telekommunikationer på förslag från Autorité de régulation des télécommunications (myndigheten för reglering på telekommunikationsområdet) offentliggöra villkoren och de närmare bestämmelserna för tilldelning av tillstånd.

Tilldelningen av frekvenser skall i samtliga fall göra det möjligt att säkerställa en effektiv konkurrens.”

## Bakgrund till tvisten

10 Enligt den franska lagen nr 96-659 av den 26 juli 1996 om reglering av telekommunikationer (loi de réglementation des télécommunications) (JORF av den 27 juli 1996, s. 11384), i dess lydelse vid tidpunkten för omständigheterna i målet, skedde upprättande och drift av allmänt tillgängliga telenät efter förslag från den nyligen härför inrättade myndigheten Autorité de régulation des télécommunications (nedan kallad ART), vilken prövade ansökningar om tillstånd som därefter utfärdades av ministern med ansvar för industri, post och telekommunikationer.

11 Den franska regeringen meddelade den 6 juni 2000 sin avsikt att tilldela fyra tillstånd för införandet av system för mobil och trådlös telekommunikation (UMTS, Universal Mobile Telecommunications System) av tredje generationen. I enlighet med de bestämmelser som då var i kraft offentliggjorde ministern med ansvar för industri, post och telekommunikationer ART:s beslut nr 00-835 av den 28 juli 2000 i JORF av den 18 augusti 2000. I detta beslut föreslog ART de villkor och närmare bestämmelser som skulle gälla för tilldelning av tillstånd för införande av mobiltelesystem av tredje generationen i Frankrike (moderlandet), vilket inledde förfarandet för ingivande av tillståndsansökningar. Det framgår av bilagorna till detta offentliggörande att tilldelningen av tillstånd, som medförde att ett begränsat antal operatörer erhöll en fördel i form av tillgång till den allmänna egendom som frekvensområden utgör, skedde mot betalning av en avgift uppgående till totalt 32,5 miljarder franska franc (FRF) (4 954 593 000 euro) som skulle erläggas under tillståndets giltighetstid, vilken hade fastställts till 15 år. Det framgick vidare att den sista dagen för att inkomma med ansökan om tillstånd hade fastställts till den 31 januari 2001, och att de sökande kunde återkalla sina ansökningar fram till den 31 maj 2001.

12 ART tillkännagav den 31 januari 2001 i ett pressmeddelande att endast två ansökningar hade inkommit, varav den ena från Société française du radiotéléphone – SFR (nedan kallat SFR) och den andra från France Télécom mobiles (som några månader senare blev Orange France, nedan kallat Orange), och att den ansåg att en kompletterande inbjudan till ansökan om tillstånd var nödvändig för att säkerställa en verklig konkurrens.

13 Mot bakgrund härav påpekade den verkställande direktören för France Télécom respektive Vivendi Universal (till vilket SFR är dotterbolag) för finans- och ekonomiministern och statssekreteraren med ansvar för industrin att de var skyldiga att, när de beslutade om villkoren för tilldelning av framtida tillstånd, iaktta principen om att operatörerna skall behandlas lika i fråga om allmänna pålagor (likhetsprincipen) och principen om en effektiv konkurrens mellan operatörerna.

14 Genom två likalydande skrivelser av den 22 februari 2001 svarade finans- och ekonomiministern och statssekreteraren med ansvar för industrin direktörerna för de aktuella företagen att regeringen delade deras syn beträffande de två principer som skulle iakttas (principen om att operatörerna skall behandlas lika i fråga om allmänna pålagor och principen om en effektiv konkurrens mellan operatörerna) och att ”de närmare bestämmelserna för den kompletterande inbjudan till ansökan om tillstånd som [skulle komma att] föreslås av ART och regeringen [garanterade] att de operatörer som slutligen tilldelades ett tillstånd [skulle] behandlas rättvist”.

15 De två första tillstånden tilldelades i juli år 2001 utan att invänta den kompletterande inbjudan till ansökan om tillstånd (nedan även kallad det kompletterande ansökningsförfarandet). Genom två beslut av den 18 juli 2001 (som offentliggjordes i JORF den 21 augusti 2001) beviljade statssekreteraren med ansvar för industrin (som då även var ansvarig för telekommunikationer) Orange och SFR tillstånd att upprätta och driva ett allmänt tillgängligt radiobaserat nät av tredje generationen enligt UMTS-standard och att tillhandahålla teletjänster till allmänheten. Det beviljade tillståndet gällde i 15 år. I de kravspecifikationer som hade fogats till dessa beslut angavs bland annat de avgifter som skulle betalas för tillhandahållande och drift av de aktuella UMTS-frekvenserna. Enligt artikel 36 i budgetlagen för år 2001 (loi de finances

pour l'année 2001) uppgick dessa avgifter till ett belopp av 4 954 593 000 euro (32 502 000 000 franska franc), (budgetlagen (loi de finances public), offentliggjord i JORF den 31 december 2000). Det framgår av artikel 36 i denna lag att den första delen förföll till betalning den 31 september 2001 och att den sista delen förföll till betalning den 30 juni 2016.

16 Det kompletterande ansökningsförfarandet, vars syfte var att tilldela de två återstående tillstånden, inleddes i och med att ministern med ansvar för telekommunikationer offentliggjorde ART:s beslut nr 01-1202 av den 14 december 2001, varvid ART föreslog nämnda minister vilka villkor och närmare bestämmelser som skulle gälla för tilldelning av tillstånd för införande av mobiltelesystem av tredje generationen i Frankrike (den europeiska delen). ART anförde i beslutet bland annat att ”villkoren för [det andra] ansökningsförfarandet [skulle vara] i det närmaste desamma som hade gällt vid det första förfarandet och syft[ade] till att säkerställa särskilt iakttagandet av principen om att operatörerna skall behandlas lika (likhetsprincipen)”. ART förordade också en ändring av tillståndsinnehavarnas avgifter och en förlängning av tillståndens giltighetstid.

17 De ekonomiska tillståndsvillkoren ändrades i enlighet härmed genom artikel 33 i budgetlagen för år 2002 (offentliggjord i JORF den 28 december 2001). Genom nämnda artikel 33 ändrades artikel 36 i 2001 års budgetlag, vilken har nämnts i punkt 15 ovan, för att se till att den avgift som skulle betalas för den förmån som tillgång till allmänt tillgängliga frekvensutrymmen utgör skulle fördelas på en första del på 619 209 795,27 euro, som skulle betalas den 30 september det år som tillståndet utfärdades, eller vid tidpunkten för utfärdandet om detta skedde efter den 30 september, och en andra del som varje år skulle betalas före den 30 juni för frekvensanvändningen det året, vilken beräknades på grundval av en viss procentandel av den omsättning som dessa frekvenser gav upphov till.

18 Ministern med ansvar för telekommunikationer offentliggjorde den 29 december 2001 i JORF ett meddelande om betalning av avgifter för användning av de frekvenser som tillståndsinnehavarna hade tilldelats, vari de nya ekonomiska villkoren enligt budgetlagen angavs.

19 Den sista dagen för att inkomma med ansökan, det vill säga den 16 maj 2002, hade endast en ansökan, från bolaget Bouygues Télécom (nedan kallat Bouygues Télécom), som är dotterbolag i Bouygueskoncernen, inkommit. ART inledde då sin handläggning efter vilken Bouygues Télécom beviljades det tredje tillståndet (se punkt 21 nedan). Det fjärde tillståndet har inte kunnat utfärdas i avsaknad av sökande.

20 Parallellt härmed, den 4 oktober 2002, ingav Bouygues och Bouygues Télécom ett klagomål till kommissionen, varvid dessa påtalade ett antal stödåtgärder som enligt deras uppfattning hade vidtagits av de franska myndigheterna till fördel för France Télécom, däribland ändringen av de avgifter som Orange och SFR skall betala, vilken regeringen hade tillkännagett när budgetlagen för år 2002 debatterades.

21 Genom beslut av den 3 december 2002 (offentliggjort i JORF den 12 december 2002, s. 20490), beviljade den biträdande industriministern Bouygues Télécom tillstånd att upprätta och använda ett allmänt tillgängligt radiobaserat nät av tredje generationen enligt UMTS-standard och att tillhandahålla teletjänster till allmänheten. För tillståndet, som är giltigt i 20 år, gäller de ekonomiska villkor som har angetts i punkterna 17 och 18 ovan i fråga om avgifter för tillhandahållande och drift av de aktuella frekvenserna.

22 Genom två beslut av den 3 december 2002 (likaledes offentliggjorda i JORF den 12 december 2002), avseende Orange respektive SFR, ändrade den biträdande industriministern besluten av den 18 juli 2001, som har nämnts i punkt 15 ovan, och de till dessa beslut fogade kravspecifikationerna. Detta gjordes särskilt i syfte att utsträcka tillståndets giltighetstid till 20 år och ersätta de befintliga bestämmelserna om avgifter för tillhandahållande och drift av frekvenser med samma bestämmelser som gällde för Bouygues Télécom, det vill säga de ändrade ekonomiska villkor som har angetts i punkt 17 ovan, vilka således innebar väsentligen lägre avgifter än enligt de villkor som ursprungligen föreskrevs i besluten av den 18 juli 2001 (se punkt 15 ovan).

23 Kommissionen underrättade den 31 januari 2003 Republiken Frankrike om sitt beslut att inleda förfarandet enligt artikel 88.2 EG avseende två stödåtgärder som avsåg dels den inkomstskatteordning som var tillämplig på France Télécom, dels de finansiella åtgärder som denna stat vidtagit till stöd för detta företag (EGT C 57, s. 5). Dessa åtgärder förekom bland de åtgärder som hade påtalats genom sökandenas klagomål som har nämnts i punkt 20 ovan. De hade också den 13 mars 2001 utgjort föremål för ett klagomål ingivet av en sammanslutning av franska regionala och lokala myndigheter.

24 I skrivelse av den 12 november 2003 anmodade sökandena, i överensstämmelse med artikel 232 EG, kommissionen att inleda det förfarande som föreskrivs i artikel 88.2 EG avseende den anmärkning som rörde ändringen av de avgifter som skulle betalas för att tilldelas UMTS-tillstånd, vilken också hade påtalats i deras klagomål. Kommissionen skickade den 11 december 2003 en bekräftelse på att den mottagit skrivelsen.

25 Genom ansökan, som inkom till förstainstansrättens kansli den 21 februari 2004, väckte sökandena talan med stöd av artikel 232 EG (mål T-81/04).

26 Kommissionen antog den 20 juli 2004 beslutet ”Statligt stöd NN 42/2004 – Frankrike” (nedan kallat det angripna beslutet), vilket delgavs Republiken Frankrike, avseende ändringen av de avgifter som Orange och SFR skall betala för UMTS-tillstånd. Denna ändring fanns med bland de åtgärder som hade påtalats i det klagomål som sökandena gav in den 4 oktober 2002. Kommissionen anförde i detta beslut, som utgör föremålet för förevarande talan, att den inte hade några anmärkningar mot den åtgärd som utgjorde föremålet för klagomålet, det vill säga den aktuella avgiftsändringen. Som skäl härför angav kommissionen att denna åtgärd inte i någon del utgjorde statligt stöd i den mening som avses i artikel 87.1 EG.

27 Kommissionen ansåg inledningsvis att den franska regeringen med hänsyn till den begränsade gemenskapsrättsliga regleringen på detta område kunde fastställa

villkoren för tilldelning av UMTS-tillstånd, förutsatt att denna skedde genom ett öppet, icke-diskriminerande och genomblickbart förfarande, och fastställa en lämplig avgift för att uppnå de mål som fastställts i överensstämmelse med denna reglering, eftersom den aktuella avgiftsändringen var förenlig med det angivna målet att tilldela största möjliga antal tillstånd (skälen 20–24 i det angripna beslutet).

28 Kommissionen ansåg att den påtalade åtgärden, såvitt avser anpassningen av tillståndsvillkoren för de tre aktuella operatörerna (som tar sig uttryck i en sänkning av avgifterna för Orange och SFR), följde implicit av de ursprungliga villkoren. Då Orange och SFR kunde återkalla sina ansökningar var möjligheten att införa strängare villkor för dessa bolag nämligen endast teoretisk (skäl 27 i det angripna beslutet).

29 Kommissionen ansåg vidare att de franska myndigheterna enbart hade iakttagit en gemenskapsrättslig skyldighet enligt direktiv 97/13, det vill säga att tillämpa icke-diskriminerande villkor (skäl 28 i det angripna beslutet).

30 Kommissionen ansåg därutöver att gemenskapsrätten inte innebär ett krav på att de avgifter som skall betalas för UMTS-tillstånd skall fastställas till en nivå som svarar mot deras påstådda marknadsvärde, att medlemsstaterna när de fastställer dessa avgifter agerar i sin egenskap av reglerande organ och att beviljandet av tillstånd inte kan likställas med en marknadstransaktion. När det gäller frågan huruvida ändringen av avgiften innebar en selektiv fördel, ansåg kommissionen att de franska myndigheterna hade tillämpat samma villkor på operatörerna, som erhöll samma tillstånd, till vilket samma kravspecifikation hörde, efter två förfaranden som utgjorde en helhet, och att det inte har förekommit någon diskriminering enbart som följd av att vissa operatörer erhöll sina tillstånd ett år tidigare (skälen 29–33 i det angripna beslutet). Kommissionen anförde vidare att i det nya avgiftssystemet ersattes en hög avgift som

uppgick till ett fastställt belopp av en sänkt sådan avgift jämte en årlig skatt som står i proportion till omsättningen, vilket gör det möjligt att beakta att operatörernas situation ser olika ut över tid (skäl 34 i det angripna beslutet).

31 Kommissionen gjorde bedömningen att de franska myndigheterna inte hade gett Orange och SFR någon fördel, utan har iakttagit de krav som gemenskapsrätten ställer på en opartisk och icke-diskriminerande behandling av operatörerna (skäl 35 i det angripna beslutet).

32 I beslut av den 14 februari 2005 i mål T-81/04, Bouygues och Bouygues Télécom mot kommissionen (ej publicerat i rättsfallssamlingen), slog förstainstansrätten fast att det saknades anledning att pröva yrkandet om fastställelse av att kommissionen underlåtit att vidta åtgärder med anledning av anmärkningen i sökandenas klagomål avseende ändringen av de avgifter som skall betalas för att tilldelas UMTS-tillstånd, och avvisade andrahandsyrkandet om ogiltigförklaring av beslutet i kommissionens skrivelse av den 11 december 2003, vilken har nämnts i punkt 24 ovan.

**Förfarandet och parternas yrkanden**

33 Sökandena har, genom ansökan som inkom till förstainstansrättens kansli den 24 november 2004, väckt förevarande talan med stöd av artikel 230 EG.

34 Republiken Frankrike, Orange och SFR har genom tre beslut av ordföranden på fjärde avdelningen av den 9 juni 2005 tillåtits att intervenera i förfarandet till stöd för kommissionens yrkanden.

35 Parterna har den 20 februari 2007 efterkommit förstainstansrättens begäran av den 12 februari 2007 att inkomma med en kopia av det klagomål som sökandena gav in till kommissionen den 4 oktober 2002.

36 Parterna utvecklade sin talan och svarade på förstainstansrättens frågor vid förhandlingen den 14 mars 2007.

37 Bouygues och Bouygues Télécom har yrkat att förstainstansrätten skall

— ogiltigförklara det angripna beslutet,

— förplikta svaranden och intervenienterna att solidariskt ersätta rättegångskostnaderna.

38 Kommissionen har yrkat att förstainstansrätten skall

— ogilla talan, och

— förplikta sökandena att ersätta rättegångskostnaderna.

39 Republiken Frankrike har yrkat att förstainstansrätten skall

— ogilla talan, och

— förplikta sökandena att ersätta rättegångskostnaderna.

40 Orange har yrkat att förstainstansrätten skall

— ogilla talan, och

— förplikta sökandena att ersätta rättegångskostnaderna.

41 SFR har yrkat att förstainstansrätten skall

— ogilla talan, och

— förplikta sökandena att ersätta rättegångskostnaderna.

**Rättslig bedömning**

42 Sökandena har åberopat tre olika grunder. De har för det första gjort gällande att det angripna beslutet är otillräckligt motiverat. De har för det andra gjort gällande att kommissionen har åsidosatt artikel 87.1 EG, eftersom ändringen av de avgifter som Orange och SFR skall betala utgör ett statligt stöd i den mening som avses i

denna bestämmelse. Sökandena har för det tredje och alternativt gjort gällande att det angripna beslutet innebär ett åsidosättande av artikel 88.2 EG, eftersom kommissionen, då ärendet reste frågor av betydande svårighet, borde ha inlett det formella förfarandet.

43 Först skall den formella grund som avser otillräcklig motivering prövas, och därefter skall de materiella grunder som avser åsidosättande av artiklarna 87.1 EG och 88.2 EG prövas tillsammans.

*Den första grunden: Huruvida det angripna beslutet var otillräckligt motiverat*

Parternas argument

44 Sökandena har gjort gällande att det angripna beslutet är otillräckligt motiverat, eftersom det för det första inte gör det möjligt för dem att förstå logiken i kommissionens resonemang avseende på vilket sätt den möjlighet som Orange och SFR hade att återkalla sina ansökningar gjorde det svårt för de franska myndigheterna att införa strängare villkor. De anser för det andra att de konkurrerande operatörernas dröjsmål inte utgör en sådan omständighet som gör att man kan slå fast att de inte haft någon fördel som har kunnat påverka konkurrensen. De anser för det tredje att kommissionen i det angripna beslutet inte har prövat de anmärkningar som sökandena framfört i sitt klagomål, utan har inskränkt sig till att anföra att klagandena grundat sig på ett felaktigt antagande, det vill säga att avgiften skall svara mot tillståndets marknadsvärde. De anser för det fjärde att den otillräckliga motiveringen av beslutet likaledes följer av den bristande omsorg som kommissionen visade prov på vid behandlingen av sökandenas klagomål.

45 Kommissionen har gjort gällande att det angripna beslutet är tillräckligt motiverat och att sökandenas anmärkningar har sin grund i att de inte godtar kommissionens bedömning i sak. När det för det första gäller sambandet mellan möjligheten för Orange och SFR att återkalla sina ansökningar och ändringen av avgifterna är det enligt kommissionen uppenbart att det finns ett sådant samband med hänsyn till situationen inom den aktuella sektorn. Kommissionen har för det andra, med avseende på dess påstått otillräckliga motivering av att konkurrensen inte har påverkats, anmärkt att avsaknaden av en sådan påverkan inte utgör ett av skälen till det angripna beslutet. Kommissionen har för det tredje gjort gällande att den på ett tillräckligt uttryckligt sätt har prövat de anmärkningar som angetts i sökandenas klagomål. Kommissionen har för det fjärde framhållit att sökandenas klagomål avsåg elva åtgärder, och gjort gällande att anklagelserna om passivitet eller bristande omsorg saknar grund, och att dessa anmärkningar dessutom omfattas av den tredje grunden.

Förstainstansrättens bedömning

46 Sökandena har för det första i huvudsak gjort gällande att det angripna beslutet inte innehåller en tydlig motivering till varför kommissionen ansåg att den möjlighet som Orange och SFR antas ha haft att återkalla sina ansökningar om de inte från de nationella myndigheterna genom skrivelser av den 22 februari 2001, som nämnts i punkt 14 ovan, hade fått en försäkran att alla operatörer skulle behandlas lika, gjorde det omöjligt för de franska myndigheterna att ålägga Orange och SFR strängare ekonomiska villkor.

47 I det angripna beslutet anmärkte kommissionen att ART den 31 januari 2001 hade förordat att ett kompletterande ansökningsförfarande skulle inledas. Detta skulle ta hänsyn till kravet på lika villkor, särskilt beträffande de ekonomiska villkoren (skäl 9 i det angripna beslutet). I beslutet anförde kommissionen (skälen 10–12 i det angripna beslutet) att Orange och SFR kunde återkalla sina ansökningar fram till den 31 maj 2001 och att den franska regeringen stod inför följande alternativ: Om den å ena sidan inte försäkrade de två operatörerna att de skulle ges samma behandling vid

händelse av en sänkning av avgiften i det nya ansökningsförfarandet, löpte den risken att dessa två skulle återkalla sina ansökningar. Om den å andra sidan lämnade operatörerna en sådan försäkran, skulle de vidhålla sina ansökningar. Kommissionen har tillagt att de franska myndigheterna för att slutföra förfarandet så snabbt som möjligt, i enlighet med de krav som följer av gemenskapsrätten, valde det andra alternativet.

48 Det följer av det anförda att kommissionen tydligt och utförligt har redogjort för vilka alternativ den anser att de franska myndigheterna stod inför och därvid framhållit risken för att de två enda operatörer som hade ansökt om att tilldelas ett UMTS-tillstånd skulle ha återkallat sina ansökningar om dessa myndigheter hade behållit strängare ekonomiska villkor än dem som gällde för andra potentiella sökande. Talan kan därför inte bifallas såvitt avser den första anmärkningen.

49 Sökandena har för det andra gjort gällande att de två konkurrerande operatörernas dröjsmål inte utgör en sådan omständighet som gör att man kan slå fast att de inte haft någon fördel som har kunnat påverka konkurrensen.

50 Förstainstansrätten anser att denna kritik inte rör det angripna beslutets motivering, utan huruvida beslutet var välgrundat i sak. Bedömningen härav skall därför äga rum inom ramen för prövningen i sak av det angripna beslutets lagenlighet.

51 Sökandena har för det tredje gjort gällande att kommissionen inte har prövat de i klagomålet åberopade anmärkningar som avser avståendet från en fordran, vilket utgör en form av statligt stöd, som de nationella myndigheterna påstås ha gjort, och den tidsmässiga fördel som Orange och SFR påstås ha haft.

52 Kommissionen har i det angripna beslutet inte prövat om den första anmärkningen avseende att de franska myndigheterna har avstått från en fordran och har avslagit klagomålet såvitt avser den andra anmärkningen avseende att Orange och SFR haft en tidsmässig fördel. Motiveringen härtill var dels att klagandenas argumentation vilade på ett felaktigt antagande enligt vilket avgiften skulle svara mot tillståndets marknadsvärde, som enligt deras uppfattning är högre som följd av den aktuella tidsmässiga fördelen (skäl 29 i det angripna beslutet), dels att förekomsten av en sådan tidsmässig fördel inte hade visats (skäl 34 i det angripna beslutet).

53 Förstainstansrätten erinrar om att kommissionen i ett beslut genom vilket den slår fast att en åtgärd som är föremål för ett klagomål inte utgör ett statligt stöd, visserligen är skyldig att i tillräcklig mån upplysa klaganden om skälen till att den anser att de faktiska och rättsliga omständigheter som åberopats i klagomålet inte räckte för att bevisa förekomsten av ett statligt stöd. Kommissionen är emellertid inte skyldig att ta ställning till omständigheter som uppenbarligen är irrelevanta, saknar verkan eller är av underordnad betydelse (domstolens dom av den 2 april 1998 i mål C-367/95 P, kommissionen mot Sytraval och Brink's France, REG 1998, s. I-1719, punkt 64).

54 Av fast rättspraxis framgår vidare att det inte krävs att alla relevanta faktiska och rättsliga omständigheter anges i motiveringen till en rättsakt, eftersom denna skall bedömas utifrån sammanhanget och samtliga rättsliga bestämmelser på det ifrågavarande området (se domen i det ovannämnda målet kommissionen mot Sytraval och Brink's France, punkt 63, och där angiven rättspraxis). Ett beslut att avslå ett klagomål avseende statligt stöd med motiveringen att den ifrågasatta åtgärden vidtogs för att genomföra ett direktiv och inte som ett försök att bevilja stöd, är tillräckligt motiverat (se, för ett liknande resonemang, förstainstansrättens dom av den 5 april 2006 i mål T-351/02, Deutsche Bahn mot kommissionen, REG 2006, s. II-1047, punkt 120).

55 Det skall anmärkas att den anmärkning, enligt vilken staten påstås ha avstått från en fordran, som syftar till att bevisa att det har skett en överföring av statliga medel i den mening som avses i artikel 87.1 EG, och som kommissionen inte tog ställning till i det angripna beslutet, är verkningslös, eftersom kommissionen i det nämnda beslutet slog fast att det inte förelåg statligt stöd med motiveringen att den ifrågasatta åtgärden inte har gett Orange och SFR någon fördel. Eftersom kommissionen slog

fast att det inte förelåg stöd i den mening som avses i artikel 87.1 på den grunden att ett av de kumulativa rekvisiten för begreppet statligt stöd enligt denna bestämmelse inte förelåg, var kommissionen inte skyldig att motivera sitt avslag av sökandenas klagomål med avseende på de andra rekvisiten för detta begrepp. Anmärkningen var under alla omständigheter av underordnad betydelse i den mening som avses i ovan angiven rättspraxis, eftersom de nationella myndigheterna för att motivera åtgärden hade åberopat skäl som enligt kommissionens uppfattning var av större vikt, nämligen iakttagandet av skyldigheterna enligt direktivet, särskilt iakttagandet av icke-diskrimineringsprincipen. Kommissionen kan under dessa omständigheter inte anklagas för att inte ha behandlat denna anmärkning, som är både verkningslös och av underordnad betydelse.

56 Kommissionen har vidare i det angripna beslutet underkänt det argument som rör förekomsten av en tidsmässig fördel av två skäl. Institutionen bedömde att det byggde på ett felaktigt antagande från klagandena, nämligen att avgiften skulle svara mot tillståndets marknadsvärde och att tillstånd som erhållits tidigare hade ett högre marknadsvärde. Vid sin prövning av de faktiska omständigheterna fann kommissionen att den påstådda tidsmässiga fördelen var mindre än vad som påståtts eller inte ens förelåg, eftersom Orange och SFR varit försenade med utbyggnaden av sina UMTS-nät, och Bouygues Télécom, som kunde dra fördel av denna försening, därmed inte hade lidit skada av den påstådda tidsmässiga fördelen. Kommissionen har lagt till att det nya avgiftssystemet gjorde det möjligt att ta hänsyn till att operatörernas situation skilde sig åt av tidsmässiga skäl (*ratione temporis*).

57 Det kan således inte göras gällande att det angripna beslutet inte är motiverat i fråga om den påstådda tidsmässiga fördelen. Av beslutet framgår tvärtom att en sådan fördel inte anses föreligga av två skäl, varav det första rör begreppet som sådant och det andra rör de faktiska omständigheterna. Huruvida kommissionens bedömning av förekomsten av en tidsmässig fördel var välgrundad faller, såsom det har erinrats om i punkt 50 ovan, utanför prövningen av rättsaktens motivering. Denna fråga skall således undersökas vid prövningen av de skäl som kommissionen har anfört till stöd för sin bedömning att den aktuella åtgärden inte utgör statligt stöd, i samband med prövningen i sak av det angripna beslutets lagenlighet i materiellt hänseende.

58 Sökandena har för det fjärde gjort gällande att den otillräckliga motiveringen av det angripna beslutet skall bedömas mot bakgrund av den bristande omsorg som kommissionen visat prov på vid behandlingen av deras klagomål.

59 Eftersom det angripna beslutet är tillräckligt motiverat kan talan inte bifallas såvitt avser denna anmärkning, som är verkningslös. I den utsträckning som den påstådda bristen på omsorg kan hänföras till den anmärkning som avser åsidosättande av artikel 88.2 EG skall den prövas inom denna ram.

60 Av det anförda följer att talan inte kan bifallas såvitt avser den första grunden, avseende motiveringen av det angripna beslutet.

*Den andre och den tredje grunden: Huruvida artiklarna 87.1 EG och 88.2 EG har åsidosatts*

Parternas argument

61 Sökandena har gjort gällande att ändringen av de avgifter som Orange och SFR skall betala för sina UMTS-tillstånd utgör ett statligt stöd i den mening som avses i artikel 87.1 EG.

62 För det första anser sökandena att det har skett en överföring av statliga medel, eftersom de franska myndigheterna har avstått från att indriva en exigibel fordran.

63 För det andra anser sökandena att ändringen innebar att de berörda parterna fick en selektiv fördel.

64 Enligt sökandena kan ändringen inte motiveras med hänvisning till icke-diskrimineringsprincipen, vilket kommissionen har anfört i det angripna beslutet, eftersom direktiv 97/13 inte innebär att villkoren för att tilldelas tillstånd måste vara identiska och då två separata ansökningsförfaranden anordnades.

65 De har vidare gjort gällande att denna ändring var diskriminerande mot Bouygues Télécom vars situation skiljer sig från situationen för Orange och SFR.

66 Denna selektiva fördel har enligt sökandena därtill getts utan motprestation. De anser att den franska regeringen har avstått från en exigibel fordran trots att de två operatörerna hade möjlighet att betala den ursprungliga avgiften, som utgjorde en normal utgift för dem och ett skäligt pris som svarade mot tillståndens marknadsvärde. Risken för att operatörerna skulle återkalla sina ansökningar vid oförändrad avgift byggde enbart på ett hypotetiskt resonemang. Denna stat har vidare enligt sökandenas uppfattning gett Orange och SFR en tidsmässig fördel, eftersom andra konkurrenter också skulle ha ansökt om tillstånd såvida den avgift som togs ut efter ändringen hade gällt från början. Genom att Orange och SFR fick sina tillstånd 18 månader före Bouygues Télécom gavs dessa bolag möjlighet att välja de mest fördelaktiga frekvensutrymmena, lägga beslag på de bästa platserna, dra nytta av att de skapat en image som innovativa operatörer till nackdel för Bouygues Télécom, och erövra marknadsandelar utan att vara utsatta för verklig konkurrens. Den omständigheten att samtliga operatörer varit försenade med lanseringen av UMTS föranleder inte någon annan bedömning. Enligt sökandena har de franska myndigheterna dessutom i skrivelse av den 22 februari 2001 garanterat Orange och SFR att de skulle tilldelas varsitt tillstånd och åtnjuta de mer fördelaktiga villkoren enligt det kompletterande ansökningsförfarandet, utan att behöva ansöka på nytt.

67 För det tredje har sökandena gjort gällande att avgiftsändringen påverkade konkurrensen, och att en potentiell påverkan av konkurrensen räcker enligt rättspraxis.

Påverkan är emellertid verklig, eftersom Orange och SFR har haft möjlighet att göra investeringar genom att använda medel som skulle ha gått till att betala avgifterna. Enligt sökandena har de två operatörerna därför penetrerat UMTS-marknaden på ett tydligt sätt och på ett tidigt stadium.

68 Sökandena har i sin replik särskilt invänt mot den argumentation som kommissionen har utvecklat i sitt svaromål, enligt vilken den franska regeringen har utövat sina statliga befogenheter av hänsyn till allmänintresset, vilket skulle utesluta förekomsten av en selektiv fördel och således av statligt stöd. De har anfört att när staten tilldelar tillstånd utövar den en ekonomisk verksamhet i syfte att få intäkter från användningen av allmänt tillgängliga frekvensutrymmen. De har vidare anfört att staten, även vid utövandet av sina statliga befogenheter, måste iaktta konkurrensreglerna, och slutligen att den aktuella avgiftsändringen inte är berättigad med hänsyn till systemets art och struktur i den mening som avses i rättspraxis.

69 Sökandena har, i sin argumentation som rör frågan huruvida icke-diskrimineringsprincipen har åsidosatts och beviljande av UMTS-tillstånd utgör en ekonomisk verksamhet, gjort gällande att direktiv 97/13 uppställer principen om att ändring inte får ske i de urvalskriterier eller villkor för tilldelning som har angetts i ett givet förfarande, och att det inte är tillåtet enligt direktivet att ändra villkoren i ett givet förfarande trots att detta fortfarande inte har avslutats, vilket i det aktuella fallet framgår av de franska myndigheternas skrivelse av den 22 februari 2001. Sökandena har också åberopat de principer och bestämmelser som gäller på området offentlig upphandling och tillståndsgivning, det vill säga principen om insyn och likabehandling, som är tillämplig på jämförande anbudsförfaranden, och principen om att urvalskriterier och villkor för tillstånd inte får ändras medan ett förfarande pågår.

70 Sökandena har dessutom gjort gällande att kommissionen var skyldig att inleda förfarandet enligt artikel 88.2 EG, eftersom ärendet var förenat med allvarliga bedömningssvårigheter, vilket kommissionen har medgett.

71 Kommissionen har för det första, såvitt avser begreppen fördel och statliga medel, gjort gällande att sökanden har gjort en felaktig tolkning av de tillämpliga bestämmelserna. Dessa bygger på en marknadsregleringslogik med krav på en objektiv, icke-diskriminerande och genomblickbar behandling vid tilldelning av tillstånd där hänsyn tas till behovet av att ge användarna så stort utbyte som möjligt, säkerställa ett optimalt utnyttjande av knappa resurser och underlätta utvecklingen av konkurrens. Den anser att de franska myndigheterna har utövat sina statliga befogenheter inte i syfte att få så stora intäkter som möjligt, utan för att säkerställa utvecklingen av en sund konkurrens på lika villkor.

72 Enligt kommissionens uppfattning är ändringen av de avgifter som Orange och SFR skall betala helt förenlig med direktiv 97/13 och beslut nr 128/1999, eftersom direktivet innebär ett krav på att alla företag som erhåller tillstånd skall behandlas lika. När de franska myndigheterna ändrade avgifterna genom att tillämpa samma villkor för samtliga tillstånd har de således inte gett en selektiv fördel till Orange och SFR, utan har vidtagit åtgärder som är förenliga med regleringssystemets art och struktur. I avsaknad av en selektiv fördel för dessa bolag utgör en förlust av statliga medel inte statligt stöd.

73 Kommissionen har gjort gällande att det i direktiv 97/13 föreskrivs en möjlighet att ändra tillståndsvillkoren och att utöka antalet tillstånd, och att direktiven om offentlig upphandling som sökandena har åberopat inte är tillämpliga i det aktuella fallet.

74 Kommissionen har likaledes gjort gällande att ändringen av de omtvistade avgifterna inte har gett Orange och SFR någon tidsmässig fördel. Kommissionen anser att förekomsten av en sådan fördel inte på något sätt är uppenbar, eftersom det saknas belägg för att de frekvensutrymmen som de två första operatörerna tilldelats var bättre. Det så kallade beslagtagandet av de bästa platserna av Orange och SFR har däremot gjort det möjligt för Bouygues Télécom att sänka sina kostnader genom att inte behöva genomföra ingående studier i denna fråga. Vidare lanserade Orange och

SFR, även om de fick sina tillstånd i juli 2001, inte sina UMTS-tjänster förrän ungefär två år efter att Bouygues Télécom fick sitt tillstånd, varför sistnämnda bolag har kunnat dra fördel av denna försening. Slutligen kan den påstådda skadan på Bouygues Télécoms anseende, som enligt sökanden uppkom som följd av att bolaget inte deltog i det första ansökningsförfarandet, inte tillskrivas de franska myndigheterna, utan var en följd av strategiska val som det berörda bolaget gjort.

75 Även om det förutsätts att det förelåg en viss skenbar fördel, anser kommissionen att denna i vart fall har utjämnats på två olika sätt. Dels möjliggör den årliga skatt i proportion till omsättningen som föreskrivs enligt den nya metoden för att beräkna avgifterna precis att hänsyn tas till att operatörernas situation ser olika ut över tiden. Dels var en eventuell fördel inte en följd av ett beslut av de nationella myndigheterna, utan av den klara risk som Orange och SFR tagit i samband med det första ansökningsförfarandet, då det saknades skäl att anta att avgifterna skulle komma att ändras.

76 När det för det andra gäller sökandenas påstående att den åtgärd som de franska myndigheterna vidtagit påverkade konkurrensen, föranleder den inte någon annan bedömning av kommissionen, eftersom de åtgärder som vidtas för att reglera ett verksamhetsområde just har som uttalat syfte att påverka konkurrensen och den ifrågasatta åtgärden i det aktuella fallet har haft positiva effekter i detta avseende.

77 När det gäller de allvarliga bedömningssvårigheter som enligt sökandena motiverade inledandet av det formella förfarandet har kommissionen anfört att det inte är den anmärkning som utgör föremål för förevarande mål som var förenad med sådana svårigheter, utan enbart vissa andra åtgärder som nämnts i klagomålet, vilka föranledde kommissionen att inleda förfarandet enligt artikel 88.2 EG.

78 Republiken Frankrike har anfört att den behöriga myndigheten (ART) vid beviljandet av ett UMTS-tillstånd agerar i sin roll som marknadsreglerare på marknaden

för telekommunikationer och inte som en ekonomisk aktör, varför den avgift som tas ut för tillståndet inte utgör ett pris. Den har gjort gällande att ändringen av de avgifter som Orange och SFR skall betala har genomförts i överensstämmelse med icke-diskrimineringsprincipen i direktiv 97/13 i syfte att säkerställa att alla operatörer behandlas lika, och att den var motiverad med hänsyn till systemets art och struktur. I de franska myndigheternas skrivelser av den 22 februari 2001 preciserades endast att likhetsprincipen skulle iakttas i fråga om operatörer. Syftet med de två ansökningsförfaranden som följde på varandra, varav det senare kompletterade det förra, var att tilldela likvärdiga tillstånd. Orange och SFR kunde återkalla sina ansökningar och därefter avstå från sina tillstånd, och anordnandet av ett nytt anbudsförfarande skulle således ha fördröjt kommersialiseringen av UMTS-tjänsterna med följden att fristerna enligt direktiv 97/13 inte kunnat iakttas.

79 Republiken Frankrike har gjort gällande att ändringen av de avgifter som Orange och SFR skall betala inte har gett någon fördel till dessa operatörer, eftersom deras möjlighet till tidigare inträde på marknaden för UMTS-tjänster var en följd av att de tilldelats sina tillstånd vid det första ansökningsförfarandet och inte som följd av nämnda ändring. Bouygues Télécom, som hade valt att inte delta i det första förfarandet, har vidare varit i stånd att utjämna den fördel som konkurrenterna påstås ha haft. Sökandena har i detta avseende inte visat att de tilldelade frekvensutrymmena inte var likvärdiga. Vidare hade Bouygues Télécom, som redan förfogade över de platser som behövdes för utbyggnad av UMTS, kunnat dra fördel av den försening som drabbat Orange och SFR, om bolaget inte hade fattat det strategiska beslutet att satsa på ett alternativ till UMTS.

80 Orange har gjort gällande att avgiftsändringen inte var av selektiv beskaffenhet. De franska myndigheterna var, för att iaktta icke-diskrimineringsprincipen enligt direktiv 97/13, skyldiga att anpassa villkoren i det första ansökningsförfarandet efter villkoren i det kompletterande förfarandet, eftersom Orange, SFR och Bouygues Télécom befann sig i jämförbara situationer såsom operatörer som önskade erhålla identiska tillstånd. Enligt Orange agerade dessa myndigheter i sin roll som marknadsreglerare på den framväxande UMTS-marknaden, i syfte att möjliggöra utvecklingen av full konkurrens på denna marknad i överensstämmelse med målen i direktiv 97/13.

81 Avgiftsändringen har inte gett Orange och SFR någon fördel. Orange har gjort gällande att bolaget hade kunnat återkalla sin ansökan fram till den 31 maj 2001 men avstod härifrån, eftersom bolaget hade garanterats att de franska myndigheterna skulle iaktta likhetsprincipen. Den påstådda tidsmässiga fördelen har inte visats, eftersom Orange och SFR lanserade sina UMTS-tjänster mer än två år efter att Bouygues Télécom erhöll sitt tillstånd. Bouygues Télécom, som hade valt att inte satsa på UMTS, var dessutom i stånd att positionera sig på marknaden nästan samtidigt som sina konkurrenter.

82 SFR har gjort gällande att de franska myndigheternas val att inte ogiltigförklara det första ansökningsförfarandet, utan i stället anordna ett andra förfarande möjliggjorde för samtliga berörda operatörer att ansöka om tillstånd och för Bouygues Télécom att erhålla ett tillstånd mot betalning av en för bolaget godtagbar avgift. Eftersom det dessutom endast var tre operatörer totalt som var och en ansökte om ett av fyra tillstånd, var de säkra på att erhålla ett tillstånd. Enligt SFR har Orange och SFR inte haft någon fördel. Bouygues Télécom har tvärtom dragit fördel av sin senare ansökan särskilt med hänsyn till den tekniska utvecklingen.

83 Enligt SFR saknade de franska myndigheterna vidare en oåterkallelig rätt till den del av fordran som de har avstått ifrån. Orange och SFR hade kunnat återkalla sina ansökningar fram till den 31 maj 2001 och kunde därefter när som helst välja att avstå från att nyttja tillståndet att använda ett allmänt tillgängligt frekvensutrymme och upphöra med att betala den motsvarande avgiften. Slutligen, om de franska myndigheterna hade behållit de avgifter som Orange och SFR ursprungligen skulle betala, som var åtta gånger högre än Bouygues Télécoms avgift, skulle denna operatör ha fått en selektiv fördel.

Förstainstansrättens bedömning

84 Tvisten rör frågan huruvida de franska myndigheterna, genom att ändra de avgifter som Orange och SFR skall betala för sina UMTS-tillstånd, har gett dessa två

operatörer en fördel som utgör ett statligt stöd i den mening som avses i artikel 87.1 EG. I det angripna beslutet slog kommissionen fast att Orange och SFR inte hade getts någon fördel som följd av den aktuella ändringen. Kommissionen slog vidare fast att den ifrågasatta åtgärden inte utgjorde stöd i den mening som avses i artikel 87.1 EG, eftersom ett av de kumulativa rekvisiten för begreppet statligt stöd i den mening som avses i denna bestämmelse således inte var uppfyllt.

85 Sökandena har i huvudsak gjort gällande argument av två olika slag. De har för det första gjort gällande att den ifrågasatta åtgärden medför en selektiv fördel, särskilt av tidsmässig beskaffenhet, som har utgetts utan motprestation, eftersom de franska myndigheterna har avstått från att ta ut vad som för Orange och SFR utgjorde en normal utgift som svarade mot tillståndens marknadsvärde. Sökandena har för det andra gjort gällande att den omtvistade avgiftsändringen inte kan motiveras med hänvisning till icke-diskrimineringsprincipen, eftersom den tvärtom var diskriminerande mot Bouygues Télécom.

86 Sökandena har i processuellt hänseende också gjort gällande att deras ingivna klagomål föranledde allvarliga bedömningssvårigheter för kommissionen och att institutionen därför, efter en första granskning, skulle ha inlett förfarandet enligt artikel 88.3 EG. Enligt denna bestämmelse skall kommissionen, om den anser att en plan på att vidta stödåtgärder inte är förenlig med den gemensamma marknaden enligt artikel 87 EG, utan dröjsmål inleda förfarandet enligt artikel 88.2 EG.

87 Vad gäller förfarandet enligt artikel 88 EG, skall det göras åtskillnad mellan å ena sidan den inledande fasen av granskning av stöden, vilken anges i artikel 88.3 EG och som enbart syftar till att göra det möjligt för kommissionen att bilda sig en första uppfattning om huruvida stödåtgärden helt eller delvis är förenlig med den gemensamma marknaden, och å andra sidan den formella granskningsfas som avses i artikel 88.2 EG. Denna granskningsfas syftar till att göra det möjligt för kommissionen att få kunskap om samtliga omständigheter i ärendet (domstolens dom av den 19 maj 1993 i mål C-198/91, Cook mot kommissionen, REG 1993, s. I-2487, punkt 22, svensk specialutgåva, volym 14, s. I-201, och av den 15 juni 1993 i mål C-225/91,

Matra mot kommissionen, REG 1993, s. I-3203, punkt 16, svensk specialutgåva, volym 14, s. I-213, samt domen i det ovannämnda målet kommissionen mot Sytraval och Brink's France, punkt 38).

88 Den inledande granskningsfas som införts genom artikel 88.3 EG har endast till syfte att ge kommissionen tillräckligt med betänketid och tid att undersöka ärendet för att den skall kunna bilda sig en första uppfattning avseende de anmälda stödåtgärderna och på detta sätt, utan att det krävs en fördjupad granskning, kunna dra slutsatsen att åtgärderna är förenliga med fördraget eller, tvärtom, att de är sådana att tveksamheter föreligger därom (domstolens dom av den 15 februari 2001 i mål C-99/98, Österrike mot kommissionen, REG 2001, s. I-1101, punkterna 53 och 54).

89 Den formella granskningsfasen som föreskrivs i artikel 88.2 EG, med hjälp av vilken kommissionen skapar sig en komplett bild av omständigheterna i ärendet innan den fattar ett beslut, är nödvändig så snart som kommissionen stöter på allvarliga svårigheter vid bedömningen av om ett stöd är förenligt med den gemensamma marknaden (domen i det ovannämnda målet Matra mot kommissionen, punkt 33).

90 Kommissionen kan således fatta beslut om att inte invända mot stöd efter den preliminära granskningsfasen enligt artikel 88.3 EG endast om det efter denna granskning står klart att det planerade stödet i fråga är förenligt med fördraget.

91 Om däremot denna preliminära granskning leder kommissionen till den motsatta slutsatsen, eller omöjliggör för kommissionen att övervinna alla svårigheter som är förenade med bedömningen av om det ifrågavarande stödet är förenligt med den gemensamma marknaden, är kommissionen skyldig att inhämta alla erforderliga yttranden och för detta ändamål inleda det formella förfarandet enligt artikel 88.2 EG

(domstolens dom av den 20 mars 1984 i mål 84/82, Tyskland mot kommissionen, REG 1984, s. 1451, punkt 13, svensk specialutgåva, volym 7, s. 565, och domarna i de ovannämnda målen Cook mot kommissionen, punkt 29, Matra mot kommissionen, punkt 33, och kommissionen mot Sytraval och Brink's France, punkt 39).

92 Eftersom kommissionen har antagit det angripna beslutet utan att inleda den formella granskningsfasen, kan antagandet av detta beslut endast vara lagenligt om den preliminära granskningen av det av klagandena ingivna klagomålet inte var förenad med allvarliga bedömningssvårigheter.

93 Det skall därför prövas om de argument som sökandena har framfört mot det angripna beslutet innebär att det har förelegat allvarliga bedömningssvårigheter. Om sådana svårigheter förelåg, skulle nämligen beslutet kunna ogiltigförklaras redan på denna grund, som följd av kommissionens underlåtenhet att göra en kontradiktorisk och fördjupad granskning i enlighet med fördraget, även om det inte kan slås fast att den i sak gjort sig skyldig till felaktig rättstillämpning eller gjort en felaktig bedömning av de faktiska omständigheterna.

94 Det skall därför först prövas huruvida det förelegat en tidsmässig fördel som utgör ett statligt stöd och därefter huruvida icke-diskrimineringsprincipen har åsidosatts.

— Huruvida det har förelegat en selektiv fördel

95 I det angripna beslutet ansåg kommissionen ”att det inte [var] bevisat att det förhållandet att Orange och SFR erhållit sina UMTS-tillstånd tidigare gett dem någon fördel som kan antas ha påverkat konkurrensen, eftersom samtliga operatörer har varit försenade med utbyggnaden av UMTS-nätet” och att ”det nya avgiftssystemet avseende tillstånden … [kunde] anses på ett mer ändamålsenligt sätt ta hänsyn till

att operatörernas situation skilde sig av tidsmässiga skäl (*ratione temporis*) i det specifika sammanhang som avser tilldelning av tillstånd i Frankrike” (skäl 34 i det angripna beslutet).

96 För att visa att ändringen av UMTS-avgifterna var av selektiv beskaffenhet, har sökandena anfört att denna har gett Orange och SFR en tidsmässig fördel som följd av att deras tillstånd utfärdades tidigare, vilket var till nackdel för Bouygues Télécom. Detta bolag har betalat samma pris för ett tillstånd som gällde från ett senare datum än konkurrenternas tillstånd, vilket enligt sökandenas uppfattning innebär att denna operatör varit utsatt för diskriminering.

97 Sökandena har i detta avseende bestritt att den omtvistade ändringen är motiverad med hänsyn till avgiftssystemets art och struktur, vilket skulle innebära att den inte skall betecknas som statligt stöd (domstolens dom av den 2 juli 1974 i mål 173/73, Italien mot kommissionen, REG 1974, s. 709, punkt 33; svensk specialutgåva, volym 2, s. 321, av den 26 september 2002 i mål C-351/98, Spanien mot kommissionen, REG 2002, s. I-8031, punkt 42, och av den 14 april 2005 i de förenade målen C-128/03 och C-129/03, AEM och AEM Torino, REG 2005, s. I-2861, punkt 39). Enligt deras uppfattning utgör tilldelning av tillstånd för mobiltelefoni inte en enbart reglerande verksamhet, utan en ekonomisk verksamhet.

98 Sökandena har i detta avseende gjort gällande att UMTS-tillstånden har ett marknadsvärde och att de nationella myndigheterna, när de tilldelar tillstånden, agerar som en ekonomisk aktör som strävar efter att ta ut ett så högt pris som möjligt för att få intäkter från driften av det allmänt tillgängliga frekvensutrymmet. De har tillagt att Orange och SFR hade godtagit att betala detta pris för rätten att använda det allmänt tillgängliga frekvensutrymmet. De nationella myndigheterna har följaktligen, genom att väsentligt sänka den ursprungligen fastställda avgiften, avstått från en betydande andel av den fordran som de hade mot de två aktuella operatörerna och därmed överfört statliga medel till dessa.

99 Det framgår av handlingarna i målet att avgiften ursprungligen hade fastställts till 4 954 593 000 euro och att denna skulle betalas i form av avbetalningar under tillståndets giltighetstid. Av handlingarna framgår vidare att avgiften efter den omtvistade ändringen omfattar en första del på 619 209 795,27 euro, som skulle betalas den 30 september det år som tillståndet utfärdades, eller vid tidpunkten för utfärdandet om detta skedde efter den 30 september, och en andra del som varje år skulle betalas före den 30 juni för användningen av frekvenserna det året, vilken beräknades på grundval av en viss procentandel av den omsättning som dessa frekvenser gav upphov till (se punkterna 11 och 17 ovan). En sådan ändring innebär åtminstone potentiellt en förlust av statliga medel som de nationella myndigheterna i det aktuella fallet har samtyckt till.

100 Det framgår av domstolens dom av den 22 maj 2003 i mål C-462/99, Connect Austria (REG 2003, s. I-5197), punkt 93, vilket rörde avgifter som togs ut av operatörer som var verksamma på olika marknader för mobiltelefonitjänster, att tillstånden har ett ekonomiskt värde.

101 På samma sätt har UMTS-tillstånd, som ger rätt att utöva ekonomisk verksamhet i form av tillhandahållande av mobiltelefonitjänster i det allmänt tillgängliga frekvensutrymmet och således kan anses som bäraren av en rätt att ta i besittning och använda motsvarande allmän egendom, ett ekonomiskt värde som den som förvaltar detta utrymme skall ta hänsyn till vid fastställandet av den avgift som de aktuella operatörerna skall betala för sådana tillstånd.

102 I det mål som gav upphov till domen av den 12 december 2000 i mål T-128/98, Aéroports de Paris mot kommissionen (REG 2000, s. II-3929), punkterna 120 och 121, rörde det sig om tillhandahållande av flygplatsanläggningar till flygbolag och olika tjänsteleverantörer, och de avgifter som sökanden i det målet hade fastställt för dessa tjänster, i egenskap av förvaltare av offentliga flygplatsanläggningar, ansåg förstainstansrätten att omständigheten att offentlig egendom omfattas av särskilda polisrättsliga bestämmelser i nationell rätt inte utgör hinder för att bedriva ekonomisk verksamhet på offentlig egendom. Förstainstansrätten ansåg vidare att det förhållandet

att Aéroports de Paris ställde flyplatsanläggningarna till förfogande innefattade tillhandahållande av tjänster av ekonomisk natur på offentlig egendom, vilket utgjorde en del av Aéroports de Paris ekonomiska verksamhet.

103 Domstolen slog efter att förstainstansrättens dom överklagats fast att tillhandahållandet av flygplatsanläggningar till flygbolag och olika leverantörer, för vilket det utgår en avgift som Aéroports de Paris ensidigt har bestämt, måste anses utgöra en verksamhet som är av ekonomisk natur (domstolens dom av den 24 oktober 2002 i mål C-82/01 P, Aéroports de Paris mot kommissionen, REG 2002, s. I-9297, punkt 78).

104 Myndighetsutövning utesluter således inte att hänsyn tas till uppgifter av ekonomiskt slag i samband med förvaltningen av en knapp offentlig egendom såsom radiofrekvenser som utgör en del av det allmänna frekvensutrymmet till vilket en rätt till tillgång och nyttjande kan upplåtas. Medlemsstaterna har således på samma gång rollen som lagstiftare på telekommunikationsområdet och rollen som förvaltare av den offentliga egendom som frekvensutrymmena utgör.

105 I detta avseende är det argument som kommissionen har anfört vid förhandlingen, enligt vilket det saknas ett marknadsvärde för de aktuella tillgångarna — eftersom det inte finns någon motsvarande egendom som förvaltas av privata subjekt — inte tillräckligt för att man skall kunna utesluta att sådana tillgångar kan utgöra statliga medel.

106 Även om det skulle medges att de nationella myndigheterna, med hänsyn till tillståndens ekonomiska värde, i det aktuella fallet har avstått från statliga medel i en betydande omfattning, skall även andra omständigheter beaktas vid bedömningen av den aktuella fordran. Vidare utgör en sådan förlust av statliga medel inte med nödvändighet statligt stöd till följd av systemets art och struktur.

107 När det gäller den fordran som staten haft mot Orange och SFR och som denna har avstått från, var den, i motsats till vad sökandena har gjort gällande, inte säker. I samband med det första anbudsförfarandet hade dessa två operatörer kunnat återkalla sina ansökningar ända fram till den 31 maj 2001 om de inte försäkrats om att de skulle behandlas på samma sätt som de andra operatörerna (se skrivelserna av den 22 februari 2001 som har nämnts i punkt 14 ovan), och de hade under hela den tid som löpte därefter möjlighet att avsäga sig tillståndet, och således att upphöra med att betala avgiften, särskilt om de ansåg sig vara föremål för en särbehandling i förhållande till Bouygues Télécom.

108 Vidare bygger gemenskapsreglerna för telekommunikationstjänster, såsom de följer av direktiv 97/13 och beslut nr 128/1999, på likabehandling av operatörer vid tilldelning av tillstånd och vid fastställande av eventuella avgifter, och låter medlemsstaterna bestämma över förfarandet för tilldelning av tillstånd, förutsatt att principerna om fri konkurrens och likabehandling iakttas. Även om medlemsstaterna således kan använda sig av offentlig budgivning, kan de även såsom i det aktuella fallet välja att använda ett jämförande urvalsförfarande. Det väsentliga är att operatörerna behandlas lika, särskilt i fråga om avgifterna.

109 Domstolen har i detta sammanhang tolkat artikel 11.2 i direktiv 97/13 avseende avgifter i domen i det ovannämnda målet Connect Austria, punkt 90, och därvid framhållit att avgifter som olika operatörer åläggs i ekonomiskt hänseende skall vara lika stora. Domstolen har vidare anfört att eftersom det krävs komplicerade ekonomiska bedömningar för att fastställa avgiftsbeloppen, kan det inte krävas att de nationella myndigheterna därvid skall beakta strikta kriterier så länge de håller sig inom de gränser som följer av gemenskapsrätten. Domstolen har därefter preciserat att den nationella domstolen skall kontrollera de berörda licensernas ekonomiska värde med beaktande av bland annat vilken betydelse de olika tilldelade frekvensspektrumen har, av tidpunkten för tillträdet till marknaden för var och en av de berörda operatörerna och betydelsen av att kunna erbjuda kompletta mobiltelefonisystem (punkterna 92 och 93).

110 Således gäller, även om den rätt att använda frekvensutrymmet som getts till operatörerna har ett ekonomiskt värde, att det belopp som skall betalas i avgift endast utgör statligt stöd om – såvida allt annat är lika – det finns en skillnad mellan det pris som var och en av de berörda operatörerna betalar. Det skall därvid erinras om att det enligt domstolen är tidpunkten för tillträdet till marknaden för var och en av de berörda operatörerna som skall beaktas (domen i det ovannämnda målet Connect Austria, punkt 93). Om de nationella myndigheterna däremot med allmän verkan beslutar att alla tillstånd skall tilldelas gratis, vid en offentlig auktion eller på grundval av en enhetlig taxa föreligger däremot inte något stöd, eftersom dessa villkor tillämpas på samma sätt gentemot samtliga berörda parter.

111 Följaktligen räcker inte den omständigheten att staten har avstått från medel och att detta medförde en förmån för de operatörer vars avgift har sänkts för att slå fast förekomsten av statligt stöd som inte är förenligt med den gemensamma marknaden, med hänsyn till de särdrag som gemenskapsrätten på området telekommunikationer företer jämfört med den allmänna gemenskapsrätten på området statligt stöd. Det avstående från en fordran som har gjorts i det aktuella fallet var nämligen en ofrånkomlig följd av systemets struktur. Därtill kommer, som har anförts i punkt 107 ovan, att nämnda fordran inte var säker.

112 Den omständigheten, som det inte är nödvändigt för förstainstansrätten att bedöma sannolikheten av, att Orange och SFR hade kunnat betala de ursprungliga avgifterna, eller att de till och med ansåg att dessa avgifter motsvarade det korrekta priset för tillstånden, saknar således betydelse, med hänsyn till systemets art och struktur enligt direktiv 97/13 och beslut nr 128/1999.

113 Förstainstansrätten delar emellertid sökandenas uppfattning att det föreligger en objektiv skillnad mellan situationen för Orange och SFR och Bouygues Télécoms situation när det gäller den tidpunkt vid vilken de tilldelades sina respektive tillstånd. Orange och SFR tilldelades sina tillstånd genom två beslut av den 18 juli 2001 medan Bouygues Télécom tilldelades sitt tillstånd genom ett beslut av den 3 december 2002. Sökandenas argument, enligt vilket det förhållandet att de ett och ett halvt år äldre

tillstånd som Orange och SFR erhållit har gett dessa bolag, som är konkurrenter till Bouygues Télécom, en fördel, saknar vid en första anblick inte betydelse.

114 En fördel kan nämligen lika gärna vara en följd av att ett lägre pris fastställs för en tillgång med samma värde, som av att samma pris fastställs för en tillgång med ett lägre värde.

115 Det framgår emellertid att denna potentiella fördel i det aktuella fallet inte har gynnat de berörda operatörerna.

116 Av handlingarna i målet framgår följande: Orange och SFR har haft problem avseende UMTS-tekniken och en föga fördelaktig ekonomisk situation för att utveckla denna teknik. Lanseringen av deras tjänster drog därför ut på tiden och ägde rum först i mitten av år 2004 såvitt avser SFR och i slutet av samma år såvitt avser Orange. Lanseringen skedde således mer än två år efter att Bouygues Télécom fått sitt tillstånd. Det skall därför konstateras att Bouygues Télécoms konkurrenter i praktiken inte har kunnat utnyttja den tidsmässiga fördel som deras äldre tillstånd innebär för att lansera sina UMTS-tjänster innan Bouygues Télécom erhöll tillstånd och därmed kunde lansera sina egna tjänster. Det dröjsmål som Orange och SFR drabbats av har således neutraliserat den tidsmässiga fördel som dessa två operatörer haft.

117 Även om sökandena vidare har gjort gällande att Orange och SFR till följd av sina äldre tillstånd har kunnat välja ut de frekvensutrymmen som är fördelaktigast och haft möjlighet att upprätta nät utan avbrott, att utvidga det tillåtna området och minska risken för störningar samt underlätta överenskommelser med operatörer över gränserna, har de inte kunnat belägga dessa påståenden med fakta.

118 Sökandena har likaledes gjort gällande att Orange och SFR har haft möjlighet att lägga beslag på de bästa platserna, dra nytta av att de skapat en image som innovativa operatörer till nackdel för Bouygues Télécom och erövra marknadsandelar utan att vara utsatta för verklig konkurrens.

119 När det för det första gäller det påstådda beslagtagandet av platser, har sökandena gjort gällande att Orange och SFR, när Bouygues Télécom fick sina bygglov, redan hade ett stort antal sådana tillstånd, vilka var koncentrerade till de största franska städerna. Även om det antas att dessa uppgifter är riktiga skall det framhållas att det mellan dessa operatörer och Bouygues Télécom förelåg tydliga skillnader när det gäller val av ekonomisk och affärsmässig strategi samt tekniska lösningar, och således när det gäller tillvägagångssättet för att inträda på marknaden, varför det framstår som svårt att av dessa uppgifter dra några slutsatser när det gäller deras potentiella inverkan på konkurrensen. Sökandena har under alla omständigheter inte visat att de bästa platserna redan hade beslagtagits när Bouygues Télécom fick sitt tillstånd. Inte heller har sökandena visat att de saknade möjlighet att erhålla bygglov eller att de som följd härav har haft särskilda problem när det gäller valet av de platser som var nödvändiga för att kunna tillhandahålla sina tjänster.

120 När det för det andra gäller det argument som sökandena har anfört, enligt vilket det förhållandet att deras konkurrenter erhöll sina tillstånd tidigare än Bouygues Télécom skulle ha kunnat skada bolagets anseende, skall det konstateras att någon sådan effekt inte har visats. Intervenienterna har vidare framhållit utan att sökandena har invänt häremot att Bouygues Télécom har valt att satsa på en annan teknik än UMTS under den första tiden och har skjutit upp lanseringen av bolagets UMTS-tjänster i avvaktan på en förbättrad version av detta system. Vid sådana skillnader i de strategiska val som operatörerna har gjort kan det datum då tillstånden utfärdades inte påverka de aktuella företagens anseende på ett märkbart sätt.

121 Även om sökanden för det tredje har gjort gällande att Orange och SFR har kunnat erövra marknadsandelar utan att vara utsatta för någon verklig konkurrens har de

inte åberopat något som stödjer detta påstående. Sökandenas argument är för övrigt inte övertygande med hänsyn till Bouygues Télécoms särskilda strategi på UMTS-marknaden. Sökandena har inte bestritt att de haft en annan strategi än de andra två operatörer som berörs av förevarande mål.

122 Det framgår därför att kommissionen, vid tidpunkten för det angripna beslutet, kunde slå fast att Orange och SFR i praktiken inte hade gynnats av den tidsmässiga fördel som deras äldre tillstånd innebar. Kommissionen har därför haft fog för att slå fast att Orange och SFR inte de facto haft någon konkurrensmässig fördel gentemot Bouygues Télécom.

123 Under alla omständigheter var den potentiella fördel som Orange och SFR gavs det enda sättet att undgå antagandet av en åtgärd som, med hänsyn till den tydliga skillnaden mellan de två avgiftssystemen som de nationella myndigheterna inrättat efter varandra, hade inneburit ett åsidosättande av direktiv 97/13 och att dessa två operatörer hade diskriminerats, trots att, såsom redan har konstaterats, ingen operatör fanns på marknaden vid tidpunkten för den omtvistade ändringen som följd av det dröjsmål som drabbat Orange och SFR med avseende på utbyggnaden av deras UMTS-tjänster, och trots att de tre operatörerna hade identiska tillstånd.

124 Sökandena har i fråga om sistnämnda punkt inte visat att de UMTS-tillstånd som utfärdats till de tre operatörerna uppvisade några skillnader, och det har tidigare slagits fast att det förhållandet att Orange och SFR beviljades sina tillstånd innan Bouygues Télécom i det aktuella fallet inte innebar någon nackdel för detta bolag.

125 Såsom kommissionen med stöd av intervenienterna har gjort gällande var de beviljade frekvensutrymmena likvärdiga, vilket framgår av det meddelande, ingett av sökandena, om formerna och villkoren för tilldelning av tillstånden att införa

UMTS i den europeiska delen av Frankrike, vilket har fogats till ART:s beslut av den 28 juli 2000. Det har inte heller bestritts att den utrustning som är tillgänglig kan användas på samtliga frekvensområden. Vad sökandena har åberopat om att Orange och SFR har haft möjlighet att använda samma frekvensområden som deras utländska dotterbolag saknar vidare betydelse, eftersom Bouygues Télécom inte har något sådant dotterbolag.

126 Av det anförda framgår att den påstådda tidsmässiga fördelen inte har visats och att bedömningen av denna fråga inte är förenad med betydande svårigheter som innebar att kommissionen var skyldig att inleda det formella förfarandet för granskning av den anmälda stödåtgärden.

— Icke-diskrimineringsprincipen

127 I det angripna beslutet slog kommissionen fast att åtgärden att likställa de omtvistade avgifterna innebär att ”de franska myndigheterna har begränsat sig till att följa artikel 11.2 i direktiv 97/13 som kräver att avgifterna skall vara icke-diskriminerande” och att de ”begränsat sig till att fullgöra en skyldighet som följer av gemenskapsrätten” (skäl 28 i det angripna beslutet), det vill säga iakttagandet av icke-diskrimineringsprincipen.

128 Sökandena anser att de franska myndigheterna för att säkerställa en icke-diskriminerande behandling av operatörerna borde ha behållit de villkor, särskilt såvitt avser avgifterna, på grundval av vilka Orange och SFR beviljats sina respektive tillstånd, eftersom de två anbudsförfaranden som följde efter varandra utgjorde två åtskilda förfaranden. De har i detta avseende åberopat de bestämmelser som gäller

på området för offentlig upphandling, särskilt principen om att urvalskriterierna och tilldelningsvillkoren inte får ändras, och har gjort gällande att de nationella myndigheterna borde ha upphävt det första förfarandet och gjort om urvalsförfarandet om de ansåg att det var omöjligt att behålla de villkor som redan gällde för de operatörer som valts ut efter det första förfarandet.

129 Det framgår av fast rättspraxis att en diskriminering föreligger när skilda regler tillämpas på lika situationer eller när samma regel tillämpas på olika situationer (se bland annat domstolens dom av den 14 februari 1995 i mål C-279/93, Schumacker, REG 1995, s. I-225, punkt 30, och av den 13 februari 1996 i mål C-342/93, Gillespie m.fl., REG 1996, s. I-475, punkt 16).

130 Det framgår av handlingarna i målet att Orange, SFR och Bouygues Télécom efter de två förfaranden som beskrivits i punkterna 11 och 22 ovan tilldelades sina respektive tillstånd genom beslut av den 18 juli 2001 (för de två förstnämnda) och genom ett beslut av den 3 december 2002 (för den sistnämnda).

131 Bouygues Télécom riskerade till skillnad från sina konkurrenter Orange och SFR – då bolaget till följd av avgiftens storlek inte deltog i det första anbudsförfarandet – att inte kunna lansera eller att först efter dröjsmål kunna lansera sina UMTS-tjänster. Denna risk kunde innebära en konkurrensmässig nackdel för bolaget i förhållande till de två andra operatörerna.

132 Denna objektiva skillnad följer av att Orange och SFR deltog i det första anbudsförfarandet och Bouygues Télécom deltog i det andra och skall jämföras med de identiska villkor som dessa tre operatörer slutligen fick. Det angripna beslutet innebär således att två företag, som inte har tagit samma risk som Bouygues Télécom genom att de

direkt deltog i ett förfarande, ges de mer fördelaktiga villkor som sistnämnda bolag beviljades inom ramen för ett förfarande i vilket de inte har deltagit.

133 Huruvida Bouygues Télécom därmed har diskriminerats skall därför prövas med beaktande av de förfaranden som iakttagits och de skyldigheter som i det aktuella fallet åvilade de nationella myndigheterna.

134 Förfarandet för tilldelning av UMTS-tillstånd, som inleddes i juli 2002 av de franska myndigheterna, utgjorde, trots formerna för dess anordnande, i realiteten ett enda förfarande som syftade till att tilldela fyra tillstånd för att införa UMTS-systemet i Frankrike (se punkt 11 ovan). Det är den delvis fruktlösa första anbudsinfordran som föranledde en kompletterande anbudsinfordran sex månader efter att de två första tillstånden beviljades (se punkterna 15 och 16 ovan) i syfte att säkerställa en effektiv konkurrens på en framväxande marknad och att göra det möjligt att tilldela de två andra tillstånden. De två anbudsinfordringarna var på ett formellt plan identiska vad gäller deras utformning och genomförande (offentliggörande, datum …).

135 Sökandenas argument avseende de förfarandebestämmelser som gäller vid offentliga upphandlingar och tillståndsgivning, vilka inte är tillämpliga i det aktuella fallet, skall därför lämnas utan avseende såsom irrelevant. Principen att urvalskriterierna eller villkoren för tilldelning inte får ändras förekommer varken i direktiv 97/13 eller i någon annan tillämplig gemenskapsbestämmelse. I artikel 8.4 i direktiv 97/13 föreskrivs tvärtom att medlemsstaterna, när det är sakligt motiverat, i rimlig omfattning får ändra de villkor som är knutna till individuella tillstånd.

136 I ett sammanhang där endast ett urvalsförfarande äger rum, även om det är uppdelat i olika faser såsom i det aktuella fallet, skall således icke-diskrimineringsprincipen tillämpas på så sätt att de två anbudsinfordringarna betraktas som en helhet.

137 Mot denna bakgrund konstaterar förstainstansrätten att kravet på likabehandling av de tre berörda operatörerna inte skulle ha tillgodosetts i större utsträckning genom en annan lösning än den som valts av de nationella myndigheterna.

138 Under omständigheterna i det aktuella fallet förfogade de nationella myndigheterna över tre möjligheter efter att ha konstaterat att den första anbudsinfordran inte gjort det möjligt att välja ut ett tillräckligt antal operatörer för att säkerställa en effektiv konkurrens inom denna sektor.

139 Enligt det första alternativet hade dessa myndigheter kunnat förklara att den första anbudsinfordran inte lett till något godtagbart resultat och därefter gjort om hela förfarandet från början och beslutat att avgiften skulle uppgå till samma belopp som den ändrade avgiften.

140 Denna lösning hade dock varit utan betydelse för utgången av förfarandet, eftersom samma operatörer, det vill säga Orange, SFR och Bouygues Télécom, likväl skulle ha varit de enda sökandena och de därför till slut i allt väsentligt skulle ha beviljats samma tillstånd som de de facto beviljade tillstånden.

141 Denna lösning skulle däremot ha varit förenad med i vart fall en nackdel, mot bakgrund av gemenskapsrätten på området telekommunikationer. Den skulle nämligen ha medfört ett dröjsmål med lanseringen av de aktuella tjänsterna, vilken enligt beslut nr 128/1999 skulle ske senast den 1 januari 2002 (se punkt 8 ovan). Såsom kommissionen anfört i det angripna beslutet hade detta dröjsmål direkt kunnat tillskrivas de franska myndigheterna.

142 Således hade Republiken Frankrike, även om likabehandlingsprincipen likaledes hade kunnat uppfyllas genom detta första alternativ, riskerat att fördröja genomförandet av de aktuella gemenskapsrättsliga bestämmelserna och därmed även att underlåta att uppfylla sina skyldigheter i detta avseende.

143 Enligt det andra alternativet hade de nationella myndigheterna kunnat fullfölja förfarandet och lansera den andra anbudsinfordran, men utan att – till skillnad från den lösning som valts i det aktuella fallet – anpassa de avgifter som Orange och SFR skall betala till Bouygues Télécoms avgift.

144 Orange och SFR skulle i sådant fall inte ha behandlats på samma sätt som Bouygues Télécom, vilket hade stridit mot icke-diskrimineringsprincipen med hänsyn till att tillstånden hade samma värde och att ingen annan operatör fanns på marknaden vid tidpunkten för ändringen av avgiften. En sådan lösning hade inte heller svarat mot de kriterier som skall iakttas vid fastställandet av avgifter och som domstolen har angett i domen i det ovannämnda målet Connect Austria (se punkt 109 ovan).

145 Om de franska myndigheterna hade behållit det ursprungliga avgiftssystemet för Orange och SFR, skulle kraven på icke-diskriminering och proportionalitet som uppställs i direktiv 97/13 ha riskerat att åsidosättas, till följd av den skillnad i behandling och den oproportionerligt stora skillnaden i avgifternas storlek mellan det ursprungliga systemet och det ändrade systemet. Enligt SFR:s obestridda uppgifter var nämligen avgiften enligt det förstnämnda systemet åtta gånger högre än i det sistnämnda. En sådan skillnad när det gäller avgiftsbeloppen skulle ha inneburit en diskriminering till fördel för Bouygues Télécom och till nackdel för de två andra operatörerna.

146 I ett sådant fall hade de två operatörer som valts ut från början kunnat avstå från sina tillstånd, vilket hade tvingat de franska myndigheterna att inleda en tredje anbudsinfordran, i syfte att säkerställa en effektiv konkurrens inom den berörda sektorn. Detta hade även fördröjt lanseringen av de aktuella tjänsterna i samma utsträckning.

147 Enligt det tredje alternativet hade de nationella myndigheterna kunnat inleda en andra anbudsinfordran och därvid tillämpa mer förmånliga villkor, i synnerhet ekonomiska villkor, och i efterhand ändra villkoren för de tillstånd som redan beviljats så att de överensstämde med de mer förmånliga villkoren.

148 Det är denna lösning som har valts i det aktuella fallet. Den har gjort det möjligt att säkerställa likabehandling av de tre operatörerna – vilka är de enda som har ansökt om tillstånd – i ett förfarande som skall betraktas som en helhet och som, såsom angetts ovan, kännetecknas av att likalydande villkor tillämpats och av att det avser en framväxande marknad som ingen operatör hade tillgång till vid tidpunkten för ändringen av avgiften. Det val som de nationella myndigheterna gjort har också gjort det möjligt för Republiken Frankrike att undgå dröjsmål vid införandet av de UMTS-tjänster som avses i direktiv 97/13.

149 Det skall likaledes framhållas att en anpassning av de ekonomiska villkoren för beviljande av tillstånd som inte, såsom i det aktuella fallet, hade gällt retroaktivt från och med utfärdandet av tillstånden, utan endast hade gällt från och med den omtvistade avgiftsändringen, inte skulle ha lett till något annat resultat.

150 Det framgår nämligen av handlingarna i målet att Orange och SFR den 3 december 2002, det vill säga vid tidpunkten för besluten om avgiftsändringarna, i överensstämmelse med den betalningsplan som föreskrevs i det ursprungliga beslutet hade betalat ett belopp motsvarande den första delen av avgiften enligt det ändrade beslutet, vilket skulle betalas vid tidpunkten för tillståndets utfärdande. När det gäller den andra del som skulle betalas i det ändrade beslutet, vilken var knuten till omsättningen avseende nyttjandet av frekvenserna, skulle den inte betalas förrän efter att operatörerna lanserat sina UMTS-tjänster. Orange och SFR hade inte inlett denna lansering vid det ovannämnda datumet, då beslutet att ändra deras tillstånd och beslutet att tilldela Bouygyes Télécom ett tillstånd antogs.

151 Ändringen av det beslut som gällde Orange och SFR framstår därför, under omständigheterna i det aktuella fallet, som neutral för de tre konkurrerande operatörerna. En eventuell retroaktiv verkan av den nämnda ändringen saknar betydelse i detta avseende.

152 Kommissionen har i detta sammanhang, trots att tilldelningen har skett med tillämpning av lika villkor för dem som deltog i de olika urvalsförfarandena, i det angripna beslutet kunnat anse att det nya avgiftssystemet inte var diskriminerande gentemot Bouygues Télécom.

153 Den likabehandling av operatörer som krävs enligt direktiv 97/13 medförde däremot under omständigheterna i det aktuella fallet en skyldighet att anpassa de avgifter som Orange och SFR skall betala efter Bouygues Télécoms avgift.

154 Sökandenas argument, enligt vilket ändringen är diskriminerande, eftersom Orange och SFR tack vare en större ekonomisk kapacitet än konkurrenterna kunde delta i den första anbudsinfordran och tilldelas tillstånd, föranleder inte någon annan bedömning än ovan. Den tidigare tilldelningen har nämligen de facto inte gynnat dem, och dessutom innebar kravet på likabehandling av olika operatörer en skyldighet att utjämna avgifterna.

155 Av det anförda följer att den omtvistade avgiftsändringen inte innebar att Bouygues diskriminerades och att denna bedömning inte är förenad med betydande svårigheter som gör det nödvändigt att inleda det formella granskningsförfarandet såvitt avser det påstådda stödet.

156 Under dessa omständigheter hade kommissionen fog för att slå fast, utan att anse att det förelåg betydande svårigheter, att den ifrågasatta nationella åtgärden inte utgjorde statligt stöd i den mening som avses i artikel 87.1 EG.

157 Även om kommissionen under skriftväxlingen i det ärende som gav upphov till det ovannämnda beslutet Bouygues och Bouygues Télécom mot kommissionen uppgav att ärendet var synnerligen komplicerat, avsåg detta uttalande, i motsats till vad sökandena har gjort gällande, inte den åtgärd som är aktuell i förevarande instans, utan samtliga de elva åtgärder som hade påtalats genom klagomålet. Kommissionen, som ansåg att vissa av dessa åtgärder gav upphov till betydande bedömningssvårigheter, inledde för övrigt förfarandet enligt artikel 88.2 EG den 31 januari 2003 avseende några av åtgärderna, vilket avslutades genom antagandet av två beslut av den 2 augusti 2004 avseende den inkomstskatteordning som gällde för France Télécom (C(2004) 3061) och ett aktieägartillskott som staten gett France Télécom (C(2004) 3060). Dessa två beslut är för närvarande föremål för prövning i olika mål som är anhängiga vid förstainstansrätten (Frankrike mot kommissionen, T-425/04, Frankrike mot kommissionen, T-427/04, France Télécom mot kommissionen, T-444/04, Bouygues och Bouygues Télécom mot kommissionen, T-450/04, AFORS Télécom mot kommissionen, T-456/04, och France Télécom mot kommissionen, T-17/05).

158 Även om sökandena har gjort gällande att kommissionen har tagit för lång tid på sig för att pröva den nationella åtgärden i fråga, vilken ifrågasattes i deras klagomål av den 4 oktober 2002 till vilket kommissionen tog ställning i det angripna beslutet av den 20 juli 2004, har detta påstående, som för övrigt är verkningslöst, inte bevisats. Kommissionen har nämligen rätt att ge olika prioritet åt ingivna klagomål (domstolens dom av den 4 mars 1999 i mål C-119/97 P, Ufex m.fl. mot kommissionen, REG 1999, s. I-1341, punkt 88).

159 Eftersom det ovannämnda klagomålet, som innehåller mer än 90 sidor utan att räkna de olika bilagorna, på ett allmänt sätt riktade sig mot elva åtgärder, anser förstainstansrätten att kommissionen — som inledde det förfarande som föreskrivs i artikel 88.2 EG tre och en halv månad efter ingivandet av det nämnda klagomålet, såvitt avser vissa av de däri anmälda åtgärderna, och som därefter har behandlat klagomålet i olika delar varvid den prioriterat just de åtgärder som var förenade med betydande bedömningssvårigheter — med hänsyn till sin arbetsbörda och rätten att

bestämma granskningsprioriteten har kunnat skjuta upp behandlingen av åtgärden, som enligt kommissionens uppfattning inte medförde några betydande svårigheter, utan att det kan anses att den tagit för lång tid på sig i detta avseende.

160 Mot denna bakgrund visar en frist på tio månader och 15 dagar som förflutit från det att klagomålet gavs in till antagandet av det angripna beslutet, inte att kommissionen tagit för lång tid på sig.

161 Av det anförda följer att talan skall ogillas utan att det är nödvändigt att förstainstansrätten prövar de andra kriterier som anges i artikel 87.1 EG, eftersom ett av de kumulativa villkor som krävs för att en åtgärd skall utgöra statligt stöd, inte är uppfyllt.

**Rättegångskostnader**

162 Enligt artikel 87.2 i förstainstansrättens rättegångsregler skall tappande part förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna, om detta har yrkats. Eftersom sökandena har tappat målet, skall de solidariskt bära sina rättegångskostnader och ersätta kommissionens rättegångskostnader och de rättegångskostnader som Orange och SFR, som intervenerat till stöd för kommissionen, har haft.

163 Republiken Frankrike skall i enlighet med artikel 87.4 första stycket i rättegångsreglerna bära sin rättegångskostnad.

Mot denna bakgrund beslutar

FÖRSTAINSTANSRÄTTEN (fjärde avdelningen)

följande:

**1) Talan ogillas.**

**2) Bouygues SA och Bouygues Télécom SA skall solidariskt bära sina rättegångskostnader och ersätta de rättegångskostnader som kommissionen, Orange France SA och Société française de radiotéléphone – SFR haft.**

**3) Republiken Frankrike skall bära sin rättegångskostnad.**

Legal Wiszniewska-Białecka Moavero Milanesi

Avkunnad vid offentligt sammanträde i Luxemburg den 4 juli 2007.

E. Coulon H. Legal

Justitiesekreterare Ordförande