FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT V. TRSTENJAK

fremsat den 8. oktober 2008 [1]

Indhold

I — Retsforskrifter . . . . . I - 2670

II — Sagens baggrund . . . . . I - 2673

A — Tildeling af UMTS-licenser . . . . . I - 2673

B — Proceduren for Kommissionen og den omtvistede beslutning . . . . . I - 2674

III — Retsforhandlingerne for Retten og den appellerede dom . . . . . I - 2675

IV — Påstande i sagen for Domstolen . . . . . I - 2676

V — Appellen og parternes argumenter . . . . . I - 2678

A — Det første anbringende . . . . . I - 2678

B — Det andet anbringende . . . . . I - 2678

C — Det tredje anbringende . . . . . I - 2679

1. Det første led . . . . . I - 2680

2. Det andet led . . . . . I - 2681

3. Det tredje led . . . . . I - 2681

D — Det fjerde anbringende . . . . . I - 2682

1. Det første led . . . . . I - 2682

2. Det andet led . . . . . I - 2683

3. Det tredje led . . . . . I - 2684

VI — Retlig vurdering . . . . . I - 2686

1 — Originalsprog: fransk.

A — Det tredje og det fjerde anbringende . . . . . I - 2686

1. Indholdet af skrivelsen af 22. februar 2001 (det tredje anbringendes tredje led) . . . . . I - 2687

2. Det delvise afkald på fordringen på Orange og SFR og undtagelsen begrundet i opbygningen af systemet (det fjerde anbringendes første led) I - 2689

a) Anvendeligheden af retsgrundlaget for undtagelsen begrundet i systemets art og opbygning i den foreliggende sag . . . . . I - 2690

b) Anvendelse af en undtagelse begrundet i arten og opbygningen af de fællesskabsretlige rammebestemmelser . . . . . I - 2692

c) Status . . . . . I - 2694

3. Fordringens usikre karakter (det tredje anbringendes andet led) . . . . . I - 2694

4. Den tidsmæssigt selektive fordel (det fjerde anbringendes andet led) . . . . I - 2696

a) Begrebet fordel som omhandlet i artikel 87, stk. 1, EF . . . . . I - 2697

b) Det på undtagelsen begrundet i de fællesskabsretlige rammers art og opbygning støttede argument . . . . . I - 2699

i) Uundgåeligheden af den tidligere tildeling af licens til Orange og SFR I - 2700

ii) Uundgåeligheden af anvendelsen af de samme betingelser på Orange, SFR og Bouygues Télécom den 3. december 2002 . . . . . I - 2701

c) Status . . . . . I - 2704

5. Princippet om forbud mod forskelsbehandling (det fjerde anbringendes tredje led) . . . . . I - 2704

6. Ensartet procedure (det tredje anbringendes første led) . . . . . I - 2707

7. Status . . . . . I - 2708

B — Det andet anbringende . . . . . I - 2708

C — Det første anbringende . . . . . I - 2713

D — Status . . . . . I - 2715

VII — Sagens omkostninger . . . . . I - 2715

VIII — Forslag til afgørelse . . . . . I - 2715

1. Bouygues SA og Bouygues Télécom SA (herefter »appellanterne«) har i appelskriftet nedlagt påstand om ophævelse af dommen af 4. juli 2007, Bouygues og Bouygues Télécom mod Kommissionen (sag T-475/04, herefter »den appellerede dom«) [2], hvorved De Europæiske Fællesskabers Ret i Første Instans ikke gav dem medhold i det søgsmål, de havde anlagt med påstand om annullation af Kommissionens beslutning af 20. juli 2004 (statsstøtte NN 42/2004 — Frankrig [3], herefter »den omtvistede beslutning«) om ændring med tilbagevirkende kraft af Oranges og SFR's skyldige afgifter for UMTS-licenser (Universal Mobile Telecommunications System).

I — Retsforskrifter

2. 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.«

3. Artikel 88, stk. 3, EF bestemmer:

»Kommissionen skal underrettes så betids om enhver påtænkt indførelse eller ændring af støtteforanstaltninger, at den kan fremsætte sine bemærkninger hertil. Er Kommissionen af den opfattelse, at det påtænkte er uforeneligt med fællesmarkedet i henhold til artikel 87, iværksætter den uopholdeligt den i stk. 2 fastsatte fremgangsmåde. Den pågældende medlemsstat må ikke gennemføre de påtænkte foranstaltninger, før den nævnte fremgangsmåde har ført til endelig beslutning.«

4. De fællesskabsretlige rammer for brugen af radiofrekvenser til udbud af UMTS-tjenester var på det pågældende tidspunkt Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 97/13/EF af 10. april 1997 om ensartede principper for generelle tilladelser og individuelle tilladelser for teletjenester [4] 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 [5].

2 — Sml. II, s. 2097.
3 — EFT 2005 C 275, s. 3

4 — EFT L 117, s. 15.
5 — EFT 1999 L 17, s. 1.

5. Artikel 3, stk. 3, i direktiv 97/13 bestemmer:

»Medlemsstaterne sikrer, at teletjenester og/eller telenet kan udbydes enten uden tilladelser eller på grundlag af generelle tilladelser, om nødvendigt suppleret med rettigheder og forpligtelser, der kræver, at der tages individuel stilling til ansøgninger og udstedes en eller flere individuelle tilladelser. 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, jf. bestemmelserne i afdeling III.«

6. Artikel 8, stk. 4, i direktiv 97/13 er affattet således:

»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.«

7. Artikel 9, stk. 2, i direktiv 97/13 bestemmer:

»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 […].«

8. Artikel 10, stk. 1, 3 og 4, i direktiv 97/13 bestemmer:

»1. Medlemsstater må kun begrænse antallet af individuelle tilladelser inden for en teletjenestekategori samt for etablering og/eller drift af teleinfrastruktur, hvis dette er nødvendigt for at sikre effektiv anvendelse af radiofrekvenser eller i den tid, der er nødvendig for at kunne stille et tilstrækkeligt antal numre til rådighed i overensstemmelse med EF-retten.

[…]

for at støtte udviklingen af nyskabende tjenester og konkurrence.«

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. […]

10. 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:

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.«

»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 11, stk. 2, i direktiv 97/13 foreskriver:

»[…] [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

11. Derefter henvises der til bestemmelserne i direktiv 97/13 og beslutning nr. 128/1999, ovenfor nævnt som »de fællesskabsretlige rammer«.

II — Sagens baggrund

A — *Tildeling af UMTS-licenser*

12. Ved en beslutning af 28. juli 2000 indledte de franske myndigheder et udbud vedrørende fire UMTS-licenser. Licensperioden var på 15 år. Afgiften for en licens var et samlet, kumuleret beløb på 4,95 mia. EUR. De fire licenser skulle tildeles på grundlag af en »sammenlignende« udvælgelsesprocedure. Denne metode gav de franske myndigheder mulighed for blandt de operatører, der havde erklæret sig rede til at betale 4,95 mia. EUR, at vælge dem, der havde indgået de vigtigste forpligtelser med hensyn til en række kriterier såsom styrke og hurtighed af nettets drift, de leverede teletjenesters kvalitet og aktioner med henblik på miljøbevarelse.

13. Fristen for indgivelse af bud var fastsat til den 31. januar 2001, og tilbudsgiverne kunne trække deres bud tilbage indtil den 31. maj 2001. Den 31. januar 2001 var der blot 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«). De øvrige operatører havde givet afkald på at indgive bud, navnlig på grund af den høje afgift.

14. Som følge heraf oplyste Autorité de Régulation des Télécommunications (den franske pendant til IT- og Telestyrelsen, herefter »ART«) i en pressemeddelelse den 31. januar 2001 (dvs. fristdagen for indgivelse af bud), at det var nødvendigt at foretage et supplerende udbud for at sikre egentlig konkurrence, som omhandlet i både Fællesskabets og de franske bestemmelser, og for at nå målet om tildeling af fire licenser.

15. Orange og SFR 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.

16. Økonomi- og finansministeren samt departementschefen for industriministeriet svarede SFR og Orange 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 ville sikre ligebehandling af alle de operatører, der i sidste ende ville få tildelt en licens.

17. Den 31. maj 2001 meddelte ART, at Orange og SFR havde indgivet bud i det første udbud. ART foreslog regeringen at iværksætte det supplerende udbud senest i første halvår af 2002 og præciserede, at det supplerende udbud skulle tage hensyn til kravet om lige betingelser, navnlig økonomiske, for alle operatørerne.

18. Den 18. juli 2001 blev de to første licenser tildelt SFR og Orange. Disse to licenser blev tildelt på det første udbuds betingelser [6].

19. Den 14. december 2001 blev det andet udbud iværksat. ART angav heri, 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 ændrede licensbetingelserne for kandidaterne til det første udbud.

20. Den 16. maj 2002, fristdagen for indgivelse af bud til det supplerende udbud, havde kun Bouygues Télécom indgivet bud. Den 27. september 2002 besluttede ART at tildele Bouygues Télécom den tredje licens. Den fjerde UMTS-licens kunne ikke tildeles, idet der ikke var nogen kandidater.

21. Den tredje UMTS-licens blev tildelt Bouygues Télécom ved anordninger af 3. december 2002, og betingelserne for Oranges og SFR's licenser blev tilpasset efter betingelserne for den licens, der var tildelt Bouygues Télécom (herefter »den omtvistede ændring«). Alle licenserne havde således en varighed på 20 år og en afgift, der var fordelt på en første del på 619 mio. EUR, der skulle betales ved tildelingen af licensen, og en anden del, der skulle betales årligt for anvendelsen af frekvenserne det pågældende år og blev beregnet som en procentdel af omsætningen som følge af disse frekvenser [7].

B — *Proceduren for Kommissionen og den omtvistede beslutning*

22. Den 4. oktober 2002 modtog Kommissionen en klage fra appellanterne over den omtvistede ændring. Appellanterne hævdede i klagen, at den omtvistede ændring udgjorde statsstøtte som omhandlet i artikel 87 EF. Klagen var én blandt flere klager fra appellanterne over den franske stats foranstaltninger vedrørende France Télécom.

6 — Jf. punkt 12 i dette forslag til afgørelse.

7 — For andre ændringer af betingelserne af teknisk karakter, jf. punkt 17 i den omtvistede beslutning.

23. Den 31. januar 2003 indledte Kommissionen den formelle undersøgelsesprocedure [8] vedrørende nogle af foranstaltningerne. Den omtvistede ændring var ikke blandt disse foranstaltninger. Den 12. november 2003 opfordrede appellanterne Kommissionen til at tage stilling til deres klage om den omtvistede ændring. Ved stævning indleveret til Retten den 21. februar 2004 anlagde appellanterne et søgsmål med påstand om, at Retten fastslog, at Kommissionen havde undladt at træffe afgørelse om klagen. Ved kendelse af 14. februar 2005 [9] afviste Retten søgsmålet.

24. I den omtvistede beslutning angav Kommissionen, at den havde besluttet ikke at fremsætte indsigelser mod den omtvistede ændring i overensstemmelse med artikel 88, stk. 3, EF. Den lagde til grund for denne beslutning, at den omtvistede ændring ikke udgjorde statsstøtte i henhold til artikel 87, stk. 1, EF.

III — Retsforhandlingerne for Retten og den appellerede dom

25. Den 24. november 2004 anlagde appellanterne sag ved Retten med påstand om annullation af den omtvistede beslutning. Den Franske Republik, Orange og SFR fik tilladelse til at intervenere til støtte for Kommissionens påstande.

26. Til støtte for deres søgsmål gjorde appellanterne bl.a. to anbringender gældende. For det første, at den omtvistede ændring udgjorde statsstøtte i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i artikel 87, stk. 1, EF, og for det andet, at Kommissionen, da sagen rejste alvorlige vanskeligheder, skulle have indledt den formelle procedure i henhold til artikel 88, stk. 2, EF.

27. Ved den appellerede dom af 4. juli 2007 frifandt Retten Kommissionen.

28. Retten bekræftede Kommissionens påstand om, at der ikke forelå en selektiv fordel med følgende begrundelse.

29. For det første undersøgte Retten, om de franske myndigheders foranstaltninger havde bibragt Orange og SFR en selektiv fordel [10]. Retten undersøgte først, om den franske stats delvise afkald på fordringen mod Orange og SFR havde udgjort en selektiv fordel [11]. Retten

8 — Procedure omhandlet i artikel 88, stk. 2, EF.

9 — Kendelse af 14.2.2005, sag T-81/04, Bouygues og Bouygues Télécom mod Kommissionen.

10 — Jf den appellerede doms præmis 95-126.

11 — Jf den appellerede doms præmis 106-112.

besvarede dette punkt benægtende, fordi den pågældende fordring ikke var sikker [12], og fordi det delvise afkald uundgåeligt skyldtes systemets karakter og opbygning [13].

30. Dernæst undersøgte Retten, om den tidligere tildeling af licenser til Orange og SFR havde udgjort en selektiv fordel [14]. Retten besvarede igen spørgsmålet benægtende på grund af Oranges og SFR's manglende konkurrencemæssige fordel i forhold til Bouygues Télécom [15] og nødvendigheden af at undgå forskelsbehandling mellem på den ene side Orange og SFR og på den anden side Bouygues Télécom, hvilket ville have været i strid med direktiv 97/13 [16].

31. For det andet undersøgte Retten appellanternes klagepunkt om, at de franske myndigheder ikke have overholdt princippet om forbud mod forskelsbehandling [17]. Retten forkastede dette klagepunkt [18].

32. Med hensyn til klagepunktet vedrørende proceduren, hvorefter Kommissionen skulle have indledt en formel undersøgelsesprocedure, fandt Retten ikke, at sagen havde frembudt alvorlige vanskeligheder, og at det derfor ikke var nødvendigt at indlede den formelle undersøgelsesprocedure [19].

IV — Påstande i sagen for Domstolen

33. Appellanterne har nedlagt følgende påstande:

— Den appellerede dom ophæves.

— Subsidiært hjemvises sagen til Retten med henblik på fornyet behandling, hvorunder der tages hensyn til de af Domstolen fremsatte retlige bemærkninger.

— Kommissionen tilpligtes at betale samtlige sagens omkostninger.

12 — Jf. den appellerede doms præmis 107.
13 — Jf. den appellerede doms præmis 108-112.
14 — Jf. den appellerede doms præmis 113-125.
15 — Jf. den appellerede doms præmis 115-122.
16 — Jf. den appellerede doms præmis 123-125.
17 — Jf. den appellerede doms præmis 127-154.
18 — Jf. den appellerede doms præmis 155.
19 — Jf. den appellerede doms præmis 86-93, 126 og 155-160.

34. Kommissionen har nedlagt følgende påstande:

— Appellen afvises delvis fra realitetsbehandling og forkastes delvis som ugrundet.

— Appellanterne tilpligtes at betale samtlige sagens omkostninger.

35. Den Franske Republik har nedlagt følgende påstande:

— Appellen forkastes.

— Appellanterne tilpligtes at betale sagens omkostninger.

36. Orange har nedlagt følgende påstande:

— Appellen forkastes i sin helhed.

— Appellanterne tilpligtes at betale samtlige sagens omkostninger.

37. SFR har nedlagt følgende påstande:

— Appellen forkastes i sin helhed.

— Appellanterne tilpligtes at betale samtlige sagens omkostninger.

38. Efter afslutningen af den skriftlige forhandling har der været afholdt et retsmøde den 11. september 2008, hvor appellanterne, Kommissionen, Den Franske Republik, Orange og SFR afgav mundtlige indlæg. Under retsmødet supplerede appellanterne, Kommissionen, Den Franske Republik, Orange og SFR deres skriftlige indlæg.

V — Appellen og parternes argumenter

39. Appellanterne har til støtte for deres appel påberåbt sig fire anbringender.

A — *Det første anbringende*

40. Med det første anbringende har appellanterne gjort gældende, at Retten har tilsidesat sin begrundelsespligt.

41. Appellanterne mener ikke, at Retten har begrundet dommen tilstrækkeligt med hensyn til undtagelsen begrundet i systemets art og opbygning. Den har ikke forklaret, hvad systemets art og opbygning bestod i, idet dens beskrivelse af systemet ikke var tilstrækkelig detaljeret og var selvmodsigende. Med hensyn til årsagsforbindelsen havde Retten ikke forklaret, hvorfor systemets art og opbygning dels havde gjort afkaldet på fordringen på Orange og SFR uundgåelig, dels havde gjort den tidligere tildeling af licenser til disse virksomheder nødvendig.

42. Kommissionen, den franske regering, Orange og SFR har gjort gældende, at Retten ikke har tilsidesat begrundelsespligten.

43. Retten har begrundet tilstrækkeligt, hvori systemets opbygning bestod samt årsagsforbindelsen mellem systemets opbygning og dels afkaldet på fordringen, dels den tidligere tildeling af licenser til Orange og SFR.

B — *Det andet anbringende*

44. Med det andet anbringende har appellanterne gjort gældende, at Retten har sammenblandet vurderingen af, om der foreligger en alvorlig vanskelighed, og vurderingen af den omtvistede beslutnings berettigelse. For at godtgøre, at Kommissionen ikke var forpligtet til at indlede den formelle undersøgelsesprocedure, havde Retten begrænset sig til, efter undersøgelsen af berettigelsen af hvert af parternes argumenter, formelt at tilføje, at en sådan undersøgelse ikke udgjorde en alvorlig vanskelighed.

45. Ifølge appellanterne var tilstedeværelsen af alvorlige vanskeligheder bekræftet ved, at Retten i den appellerede dom havde ladet sit eget skøn træde i stedet for Kommissionens vedrørende flere komplicerede spørgsmål, under delvis tilsidesættelse af den i den omtvistede beslutning indeholdte analyse.

46. Kommissionen, den franske regering, Orange og SFR har gjort gældende, at Retten ikke har begået fejl vedrørende vurderingen af alvorlige vanskeligheder.

47. Kommissionen og den franske regering har for det første bemærket, at den af Retten fulgte fremgangsmåde var i overensstemmelse med rækkefølgen af appellanternes fremstilling af anbringenderne i de i stævningen ved Retten nedlagte påstande. Kommissionen har heraf udledt, at argumentet om den påståede metodeomvending bør afvises fra realitetsbehandling.

48. For så vidt angår sagens realitet har Kommissionen anført, at den af Retten fulgte fremgangsmåde ikke er selvmodsigende og ikke skyldtes en sammenblanding. Retten havde anvendt fast retspraksis, ifølge hvilken en beslutning, hvis der foreligger en alvorlig vanskelighed, kan annulleres alene med denne begrundelse, selv om det ikke er godtgjort, at Kommissionens vurdering af indholdet er retligt eller faktisk fejlagtig. Orange og SFR har anført, at Retten har sondret mellem de processuelle rettigheder og den omtvistede beslutnings berettigelse, og at Retten ikke mente, at vurderingen af indholdet frembød alvorlige vanskeligheder.

49. For så vidt angår argumenterne om, at Retten har ladet sit skøn træde i stedet for Kommissionens, har Kommissionen for det første gjort gældende, at appellanterne henviste til hovedsageligt faktiske spørgsmål, der således ikke kunne realitetsbehandles i forbindelse med en appel. Endelig finder Kommissionen, den franske regering, Orange og SFR ikke, at Retten har ladet sin vurdering træde i stedet for Kommissionens. SFR og Orange mener, at Rettens forskellige vurderinger kun havde til formål at reagere på appellanternes argumenter i deres søgsmål. Ifølge Kommissionen har en sådan erstatning under alle omstændigheder ikke nogen følger for tilstedeværelsen af alvorlige vanskeligheder og dommens gyldighed.

C — *Det tredje anbringende*

50. Med det tredje anbringende har appellanterne gjort gældende, at Retten har begået fejl ved den retlige kvalifikation af de faktiske omstændigheder. Dette anbringende er inddelt i tre led. Det første omhandler Rettens retlige kvalifikation med hensyn til ensartetheden af procedurerne for udstedelse af UMTS-licenser, det andet led den såkaldt usikre karakter af de fordringer, staten har givet afkald på, og det tredje led affattelsen af ministerens skrivelse af 22. februar 2001.

1. Det første led

51. I det tredje anbringendes første led har appellanterne gjort gældende, at Retten har begået en fejl ved den retlige kvalifikation af de faktiske omstændigheder, idet den hævdede, at de to på hinanden følgende udbud kun havde udgjort en og samme procedure med henblik på princippet om forbud mod forskelsbehandling, og at det i medfør af princippet om ligebehandling var påkrævet at sidestille Oranges og SFR's skyldige afgifter med Bouygues Télécoms afgifter.

52. Appellanterne mener, at artikel 11 i direktiv 97/13 kun forpligter til at argumentere med hensyn til de materielle bestemmelser om tilrettelæggelse af udbud. I denne forbindelse henviser de til forskellene mellem de to udbud med hensyn til de økonomiske betingelser for tilbudsgiverne på det pågældende tidspunkt.

53. Kommissionen, den franske regering, Orange og SFR har foreslået, at dette led forkastes.

54. Kommissionen mener ikke, at kvalifikationen af de to udbud som en enkelt procedure eller to særskilte procedurer påvirker den konklusion, at de tre tilbudsgivere havde været i en ensartet situation på tidspunktet for tildelingen af licenserne. Retten har baseret sin begrundelse på en sammenligning af den faktiske situation, som Orange, SFR og Bouygues Télécom befandt sig i. Dette led er derfor overflødigt og påvirker ikke Rettens begrundelse. Endvidere har Retten kun overtaget en konstatering, som er foretaget af de franske myndigheder. Ifølge Kommissionen og Orange kan denne faktiske konstatering ikke behandles i forbindelse med en appel.

55. Kommissionen og den franske regering finder, at de to udbud skal vurderes samlet, navnlig på grund af det andet udbuds supplerende karakter og dets forlængelse af det første. Den franske regering og Orange mener ikke, at artikel 11 i direktiv 97/13 støtter appellanternes argumenter.

56. SFR mener, at Retten har vurderet ligebehandlingen retfærdigt ved at lægge til grund, at UMTS-markedet er under udvikling, og fastslå, at ingen af operatørerne havde fået adgang til markedet. Endelig har Kommissionen bemærket, at hvis man starter forfra, vil de samme operatører få tildelt licenser på de samme betingelser.

2. Det andet led

57. I det tredje anbringendes andet led har appellanterne gjort gældende, at Retten har begået en fejl ved den retlige kvalifikation af de faktiske omstændigheder ved at kvalificere den franske stats fordringer på Orange og SFR som usikre.

58. Appellanterne har gjort gældende at, idet ændringen af betingelserne for Oranges og SFR's licenser fandt sted den 3. december 2002, havde Orange og SFR ikke længere haft mulighed for at trække deres bud tilbage på dette tidspunkt. Appellanterne mener ikke, at den franske stats fordringer på Orange og SFR kunne kvalificeres som usikre på disse betingelser.

59. Kommissionen, den franske regering, Orange og SFR finder, at fordringerne var usikre. De mener, at de franske myndigheder med garantiskrivelserne om ligebehandling af 22. februar 2001 havde givet afkald på fordringerne på et tidspunkt, hvor Orange og SFR stadig kunne have trukket deres bud tilbage. I mangel af disse garantiskrivelser om ligebehandling ville Orange og SFR formodentlig have trukket deres bud tilbage.

60. Kommissionen, den franske regering og Orange finder, at det under alle omstændigheder drejer sig om en overflødig begrundelse. Da Retten først og fremmest byggede på uundgåeligheden af at give afkald på fordringen på grund af systemets art og opbygning, ville en eventuel ændring af argumentet om, at fordringerne havde været usikre, derfor efter deres mening ikke påvirke Rettens konklusion om, at der ikke forelå en selektiv fordel.

61. Orange har tilføjet, at med hensyn til tilladelser i forbindelse med almennyttige opgaver var der også mulighed for tilbagekaldelse efter den 31. maj 2001, eftersom licenshaverne til enhver tid kunne give afkald på deres licens og følgelig ophøre med at betale afgiften.

3. Det tredje led

62. Med det tredje anbringendes tredje led har appellanterne gjort gældende, at Retten har begået en fejl ved den retlige kvalifikation af de faktiske omstændigheder ved at konstatere, at de franske myndigheder i skrivelsen af 22. februar 2001 havde garanteret ligebehandling af Orange og SFR. Appellanterne har gjort gældende, at de franske myndigheder havde garanteret retfærdig behandling og ikke ligebehandling. Disse to begreber har forskellig betydning. Mens ligebehandling byder identisk behandling, ville en retfærdig behandling i det foreliggende tilfælde have påbudt en forskydning mellem betingelserne for de licenser, der på den ene side tildeltes Orange og SFR og på den anden side Bouygues Télécom.

63. Kommissionen, den franske regering, Orange og SFR er af den opfattelse, at appellanterne rent faktisk ikke har gjort gældende, at der er begået en fejl ved den retlige kvalifikation af de faktiske omstændigheder, men derimod en fejl i form af urigtig gengivelse af de faktiske omstændigheder. De mener ikke, at Retten har foretaget en urigtig gengivelse af skrivelserne af 22. februar 2001. Kommissionen har præciseret, at udtrykkene retfærdig behandling og ligebehandling er anvendt som synonymer i den appellerede dom. Da Kommissionen ligeledes havde benyttet disse udtryk som synonymer, mener den, at dette led må afvises fra realitetsbehandling, idet appellanterne skulle have fremført dette anbringende allerede i første instans.

D — *Det fjerde anbringende*

64. Appellens fjerde anbringende vedrører tilsidesættelse af artikel 87 EF. Anbringendet er inddelt i tre led. Det første led vedrører anvendelsen af undtagelsen begrundet i arten og opbygningen af systemet, det andet led anfægter vurderingen af, om der foreligger en fordel, og det tredje led vedrører anvendelsen af princippet om forbud mod forskelsbehandling.

1. Det første led

65. I det fjerde anbringendes første led har appellanterne gjort gældende, at undtagelsen begrundet i opbygningen af systemet indebærer, at sondringen er en naturlig følge af det system, den indgår i. Det var ikke tilfældet i den foreliggende sag. Den løsning, som de franske myndigheder valgte, var ikke uundgåelig. Ifølge appellanterne skyldtes opbygningen af det pågældende system, at der søgtes fire operatører på betingelser, der kunne sikre overholdelsen af lighedsprincippet. Dette gjorde, at der skulle foretages et valg mellem at gentage tildelingsproceduren fra starten med de samme betingelser for alle ansøgerne eller to på hinanden følgende udbud på forskellige betingelser.

66. De franske myndigheders valg om at iværksætte to på hinanden følgende udbud og indføre økonomisk lighed mellem de to udbuds ansøgere var ikke uundgåeligt. Dette valg havde i øvrigt givet Orange og SFR en selektiv fordel, navnlig at de fik tildelt licenserne først og en garanti for at blive valgt som tilbudsgivere. Endelig skulle undtagelsen begrundet i opbygningen af systemet så vidt muligt opnås ved foranstaltninger af generel karakter. Den af de franske myndigheder foretrukne løsning var imidlertid ikke en foranstaltning af generel karakter.

67. Kommissionen, den franske regering, Orange og SFR har anført, at opbygningen af det pågældende system forudsatte, at de forskellige kriterier i de fællesskabsretlige rammebestemmelser om tildeling af UMTS-licenser anvendtes, bl.a. skabelse af et konkurrencepræget marked og overholdelse af fristen pr. 1. januar 2002.

68. Den af appellanterne foreslåede løsning bestående i at gentage tildelingsproceduren fra starten kunne ikke sikre anvendelsen af disse kriterier. For det første havde denne løsning ikke gjort det muligt at overholde fristen pr. 1. januar 2002. For det andet ville en gentagelse af hele tildelingsproceduren have indebåret en risiko for, at ansøgerne i det første udbud havde ændret strategi og ikke havde afgivet bud. Hvorledes det end forholder sig, ville en løsning med en gentagelse fra starten ikke have været forskellig i forhold til den anvendte løsning, eftersom de eneste ansøgere ville have været Orange, SFR og Bouygues Télécom, og betingelserne for de licenser, der blev tildelt ved en procedure, der blev gentaget fra starten, havde været identiske med de betingelser, som tilbudsgiverne i sidste instans har opnået. Den anden løsning, der foreslås af appellanterne, nemlig iværksættelse af to forskellige udbud, men med forskellige betingelser, ville ikke have overholdt lighedsprincippet.

69. Ifølge Kommissionen skyldtes den garanti, som Orange og SFR havde fået om at blive udvalgt som tilbudsgivere, at Bouygues Télécom havde besluttet ikke at afgive bud i forbindelse med det første udbud. Endelig havde målene med de fællesskabsretlige rammebestemmelser om tildeling af UMTS-licenser ikke kunnet nås ved foranstaltninger af generel karakter.

70. Ifølge Orange kan dette led ikke realitetsbehandles, for så vidt som det har til formål at opnå en ny vurdering af de i første instans påberåbte anbringender.

2. Det andet led

71. Med det fjerde anbringendes andet led har appellanterne gjort gældende, at Retten har foretaget urigtig retsanvendelse i forbindelse med anvendelsen af artikel 87 EF vedrørende vurderingen af, at der ikke forelå en tidsmæssig fordel på grund af den tidligere tildeling af licenser til Orange og SFR. Ifølge appellanterne kunne Retten ikke først konstatere tilstedeværelsen af en potentiel tidsmæssig fordel for Orange og SFR på grund af den tidligere tildeling af licenser og dernæst konkludere, at der ikke forelå statsstøtte på grundlag af det argument, at Orange og SFR ikke i praksis havde fået gavn af denne fordel.

72. Appellanterne har i denne sammenhæng for det første gjort gældende, at tilstedeværelsen af en potentiel fordel er en tilstrækkelig betingelse for at konstatere, at der foreligger støtte. Da begrebet støtte er et objektivt begreb, skulle Retten i sin vurdering ikke have taget hensyn til de subjektive elementer i forbindelse med operatørernes adfærd på markedet eller støttens reelle indvirkning på markedet. At Oranges og SFR's økonomiske situation som modtagere af fordelen ikke havde ændret sig, var ikke relevant for at konstatere, om der forelå støtte. Retten skulle kun have taget hensyn til, at Orange og SFR havde fået gavn af en reel og umiddelbar fordel på grund af den tidligere tildeling af licenserne.

73. Retten havde i øvrigt vendt bevisbyrden om ved at kræve, at appellanterne fremførte bevis for følgerne af den faktiske fordel. Når det var konstateret, at der forelå en tidsmæssig fordel, påhvilede det modtagerne af denne fordel at bevise, at den ikke var udmøntet i en faktisk fortjeneste.

74. Retten havde endelig foretaget urigtig retsanvendelse ved at tage hensyn til, at der ikke var nogen operatører på markedet, idet artikel 87 EF fandt anvendelse i en potentiel konkurrencesituation.

75. Kommissionen, den franske regering, Orange og SFR har gjort gældende, at Retten ikke har begået en fejl. Appellanterne har sammenblandet analysen vedrørende tilstedeværelsen af en selektiv fordel og analysen af kriteriet om, at konkurrencen skades. Fordelen skulle være reel. Den franske regering mener, at Kommissionen kunne tage hensyn til udviklingen efter tidspunktet for den undersøgte foranstaltning.

76. Kommissionen, den franske regering, Orange og SFR mener ikke, at Retten har foretaget en urigtig retsanvendelse ved at vurdere, at de to operatører ikke havde haft gavn af den tidligere tildeling af licenserne, fordi de ikke havde været til stede på markedet. Ifølge Kommissionen og Orange fastslog Retten med føje, at på grund af UMTS-teknologiens forsinkelse havde den tidligere tildeling af licenser ikke udgjort en teknologisk fordel. Orange og SFR har anført, at Retten afgørende havde fastslået, at i den foreliggende sag havde den potentielle fordel ikke været til gavn for Orange og SFR.

77. Kommissionen har tilføjet, at argumentet støttet på en fejl vedrørende konkurrencebegrebet var irrelevant, idet appellanterne havde sammenblandet problemet med definition af markedet og problemet med adgang til markedet. Markedsadgangen var det kriterium, der skulle tages hensyn til i forbindelse med den foreliggende sag.

78. For så vidt angår omvendingen af bevisbyrden mener Kommissionen, at Retten kun teoretisk havde konstateret, at der forelå en faktisk fordel, og at det derfor påhvilede appellanterne at bevise, at der forelå en fordel. Ifølge Kommissionen, den franske regering og Orange påhvilede det ophavsmanden til et søgsmål til prøvelse af en kommissionsbeslutning at påvise, at Kommissionens konstatering ikke er gyldig.

3. Det tredje led

79. Med det fjerde anbringendes tredje led har appellanterne gjort gældende, at Retten har foretaget en urigtig retsanvendelse i forbindelse med anvendelsen af princippet

om forbud mod forskelsbehandling. De har anført, at da Orange og SFR på den ene side og Bouygues Télécom på den anden side ikke var i den samme situation, havde de franske myndigheders identiske behandling af dem tilsidesat princippet om forbud mod forskelsbehandling.

80. Appellanterne har i denne forbindelse henvist til princippet om, at der ikke må ændres på tildelingskriterierne, hvilket ikke tillader en ændring af afgiftsbeløbet. Overholdelsen af de i direktiv 97/13 foreskrevne mål er i øvrigt ikke anført blandt de afvigelser, der er udtømmende opregnet i artikel 87, stk. 2, EF.

81. Appellanterne har tilføjet, at de franske myndigheder havde haft tilstrækkelig tid til at gentage proceduren fra starten før fristens udløb den 1. januar 2002.

82. Ifølge Kommissionen, den franske regering, Orange og SFR havde Retten ikke foretaget en urigtig retsanvendelse i forbindelse med princippet om forbud mod forskelsbehandling.

83. Orange har anført, at dette led i anbringendet ikke kan antages til realitetsbehandling, fordi appellanterne begrænsede sig til at gentage de samme argumenter som i første instans.

84. Kommissionen og Orange har gjort gældende, at de tre indehavere af UMTS-licenser reelt havde befundet sig i samme situation, idet Orange og SFR ikke havde haft økonomisk gavn af den tidligere tildeling af licenser. Den franske regering og SFR mener, at ved en fælles udvælgelsesprocedure, skønt den gennemføres i flere faser, skal princippet om forbud mod forskelsbehandling anvendes således, at de to udbud betragtes samlet.

85. Ifølge Kommissionen finder de processuelle regler for offentlige kontrakter eller offentlige tjenesteydelseskoncessioner ikke anvendelse. Kommissionen har påpeget, at med hensyn til lovligheden af ændringen af betingelserne for de licenser, der blev tildelt ved det første udbud, er princippet om, at der ikke må ændres på tildelingskriterierne, hverken anført i direktiv 97/13 eller i nogen anden gældende fællesskabsretlig bestemmelse. Under alle omstændigheder kan et sådant princip ifølge Orange ikke rejse tvivl om overholdelsen af princippet om forbud mod forskelsbehandling. Ifølge Kommissionen, SFR og Orange er muligheden for at ændre tildelingsbetingelserne udtrykkeligt foreskrevet i direktiv 97/13.

86. Kommissionen har endelig anført, at når staten handler som en regulerende faktor på markedet, fører det forhold, at en statslig foranstaltning forbedrer situationen for en

virksomhed, ikke automatisk til, at der foreligger statsstøtte. I så fald skal det for det første undersøges, om en virksomhed har en fordel, og for det andet, om de to virksomheders situation er sammenlignelig på grundlag af de mål, der forfølges med den pågældende foranstaltning.

87. Med hensyn til argumentet baseret på artikel 87, stk. 2, EF har Kommissionen og Orange understreget, at appellanterne sammenblander eksistensen af støtte og en støttes forenelighed med fællesmarkedet.

88. Den franske regering finder angående argumentet om, at myndighederne havde haft tilstrækkelig tid til at gentage hele proceduren fra starten før fristens udløb den 1. januar 2002, at det drejer sig om en vurdering af faktiske omstændigheder, som ikke kan realitetsbehandles i forbindelse med en appel. Hvordan det end forholder sig, havde myndighederne ikke haft den nødvendige tid til at gentage hele proceduren fra starten.

VI — Retlig vurdering

89. Med det tredje og det fjerde anbringende drager appellanterne Rettens konklusion om, at der ikke foreligger statsstøtte, i tvivl. Jeg skal først behandle disse anbringender (A), dernæst det andet anbringende om tilstedeværelsen af alvorlige vanskeligheder (B) og endelig det første anbringende om fejlagtig begrundelse (C).

A — *Det tredje og det fjerde anbringende*

90. Med det tredje og det fjerde anbringende rejser appellanterne tvivl om Rettens konklusion vedrørende manglende statsstøtteelementer i den omtvistede ændring. Jeg bemærker, at appellanterne i det tredje og det fjerde anbringende har inddelt deres argumenter på grundlag af de typer fejl, de har gjort gældende, og ikke har fulgt Rettens begrundelse. Efter min mening letter en undersøgelse af det tredje og det fjerde anbringendes forskellige led, som følger rækkefølgen i den appellerede doms begrundelse [20], undersøgelsen af disse anbringenders berettigelse.

91. Jeg undersøger først det tredje anbringendes tredje led, som vedrører et element i sagens faktiske omstændigheder, nemlig en faktisk vurdering af skrivelsen fra de franske myndigheder af 22. februar 2001 (1).

92. Dernæst undersøger jeg de led, der er rettet mod den del af dommen, hvori Retten

20 — Jf. beskrivelsen i punkt 27-32 i dette forslag til afgørelse.

har fastslået, at den franske stats delvise afkald på fordringen på SFR og Orange ikke udgør en selektiv fordel [21], altså første led i det fjerde anbringende om argumentet begrundet i opbygningen af systemet (2) og det andet led i det tredje anbringende om argumentet baseret på fordringens usikre karakter (3).

93. Dernæst vurderer jeg det fjerde anbringendes andet led, som vedrører Rettens konklusion om, at den tidsmæssige potentielle fordel som følge af den tidligere tildeling af licenser ikke udgør en selektiv fordel (4).

94. Endelig undersøger jeg de led, der vedrører den del af Rettens appellerede dom, der omhandler princippet om forbud mod forskelsbehandling, dvs. det tredje anbringendes første led (5) og det fjerde anbringendes tredje led (6).

1. Indholdet af skrivelsen af 22. februar 2001 (det tredje anbringendes tredje led)

95. Det tredje anbringendes tredje led vedrører den appellerede doms præmis 107, hvori Retten har fastslået, at de franske myndigheder i skrivelserne af 22. februar 2001 har givet ansøgerne i det første udbud, Orange og SFR, forsikring om, at de ville modtage samme behandling som ansøgerne i det andet udbud.

96. Efter appellanternes mening udgjorde denne konstatering en urigtig gengivelse af indholdet af skrivelserne af 22. februar 2001. Disse skrivelser indeholdt en garanti om »retfærdig« behandling mellem ansøgerne i det første udbud og det supplerende udbud. Retten havde imidlertid vurderet indholdet af skrivelserne som en garanti for »samme« behandling af de to grupper ansøgere.

97. For det første bemærker jeg, at appellanterne — i modsætning til det tredje anbringendes overskrift — ikke har gjort en fejl ved den retlige kvalifikation af de faktiske omstændigheder gældende. En fejl ved retlig kvalifikation af de faktiske omstændigheder består i en fejl ved anvendelsen af en bestemmelse på fakta [22].

21 — Jf. den appellerede doms præmis 95-126.

22 — Jf. punkt 3 i generaladvokat Van Gervens forslag til afgørelse fremsat den 26.6.1991 i sag C-145/90 P, Costacurta mod Kommissionen (dom af 21.11.1991, Sml. I, s. 5449), og K. Lenaerts, D. Arts, og I Maselis: *Procedural Law of the European Union,* 2. udg., London, 2006, s. 457, punkt 16-007.

98. Hvad appellanterne imidlertid har gjort gældende, er en fejl fra Rettens side med hensyn til vurderingen af indholdet af skrivelserne af 22. februar 2001. Det drejer sig derfor om en fejl vedrørende Rettens vurdering af de faktiske omstændigheder og ikke om en fejl ved den retlige kvalifikation af de faktiske omstændigheder. I forbindelse med en appel, der er begrænset til retsspørgsmål, kan appellanterne ikke drage Rettens vurdering af de faktiske omstændigheder i tvivl, medmindre de gør gældende, at Retten åbenbart har foretaget en urigtig gengivelse af de faktiske omstændigheder [23]. Appellanternes påstand om, at skrivelserne af 22. februar 2001 faktisk havde et andet indhold end det af Retten anførte, udgør et sådant anbringende.

99. En fejl, som kunne være blevet, men ikke blev, kritiseret i første instans, må afvises fra påkendelse i forbindelse med en appel [24]. Da appellanterne imidlertid ikke synes at konstatere en fejl, der allerede var begået af Kommissionen og gentaget af Retten, men i stedet en fejl, der var begået af Retten alene, finder jeg ikke, at dette anbringende må afvises fra påkendelse.

100. Efter min mening kan dette led således antages til realitetsbehandling.

101. Dette led er imidlertid grundløst. I modsætning til appellanternes anbringender har Retten ikke konstateret, at de franske myndigheder havde forsikret ansøgerne i forbindelse med det første udbud om, at de ville blive omfattet af den »samme« behandling som ansøgerne i forbindelse med det andet udbud.

102. Retten, der har nævnt »ligebehandling« i den appellerede doms præmis 107, henviste til den appellerede doms præmis 14, hvori den beskrev indholdet af skrivelserne af 22. februar 2001. Som anført af Retten i den appellerede doms præmis 14, havde de franske myndigheder i disse skrivelser garanteret ligebehandling af ansøgerne i det første udbud og ansøgerne i det andet udbud samt overholdelse af princippet om lighed for offentlige hverv og princippet om effektiv konkurrence mellem de erhvervsdrivende [25]. Da de franske myndigheder synes at have anvendt begreberne »égalitaire« og »équitable« [lige og retfærdig] som synonymer i disse skrivelser, udgør det forhold, at Retten har anvendt begrebet »retfærdig behandling« til at beskrive indholdet af skrivelserne, ikke en urigtig gengivelse af de faktiske omstændigheder.

103. Appellanterne har ikke fremført andre argumenter for deres påstand om, at Retten har foretaget en urigtig gengivelse af indholdet af skrivelserne af 22. februar 2001 ved at fortolke dem som en forsikring om samme behandling. Jeg foreslår derfor at

23 — Domstolens dom af 1.6.1994, sag C-136/92 P, Kommissionen mod Brazzelli Lualdi m.fl., Sml. I, s. 1981, præmis 49, af 2.3.1994, sag C-53/92 P, Hilti mod Kommissionen, Sml. I, s. 667, præmis 42, og K. Lenaerts, D. Arts, og I. Maselis, op. cit., jf. fodnote 22 ovenfor, s. 455, punkt 16-005.

24 — K. Lenaerts, D. Arts og I Maselis, op. cit., jf. fodnote 22 ovenfor, s. 457, punkt 16-006.

25 — Jf. den appellerede doms præmis 14.

forkaste det tredje anbringendes tredje led som ugrundet.

105. Ifølge appellanterne har Retten ikke i tilstrækkelig grad forklaret, hvorfor afkaldet skyldtes de fællesskabsretlige rammer.

2. Det delvise afkald på fordringen på Orange og SFR og undtagelsen begrundet i opbygningen af systemet (det fjerde anbringendes første led)

104. Til støtte for, at den franske stats delvise afkald på fordringen på Orange og SFR ikke havde udgjort en selektiv fordel, støttede Retten sig på en undtagelse begrundet i systemets karakter og opbygning [26]. Retten anførte bl.a., at de fællesskabsretlige rammer var støttet på, at operatørerne behandledes lige ved såvel licenstildelingen som ved fastsættelsen af eventuelle afgifter, og at medlemsstaterne kunne frit vælge proceduren for licenstildelingen, når blot principperne om fri konkurrence og ligebehandling overholdtes [27]. Dernæst bemærkede Retten, at der ved anvendelsen af begrebet ikke-diskriminerende afgifter i artikel 11, stk. 2, i direktiv 97/13 skal tages hensyn til det tidspunkt, hvor hver enkelt af de berørte operatører fik adgang til markedet [28]. Endelig anførte Retten, at der ikke foreligger et støtteelement, hvis vilkårene for tildelingen af licenserne finder ensartet anvendelse på hver af de omhandlede operatører [29]. Retten konkluderede, at den omstændighed, at staten har givet afkald på midler, og at der derved har kunnet opstå en fordel for dem, der profiterede af en afgiftsnedsættelse, ikke var tilstrækkelig til at fastslå, at der forelå en statsstøtte, idet afkaldet på fordringen var uundgåelig [30].

106. Jeg bemærker for det første, at i den del af dommen, som det her omhandlede led vedrører [31], har Retten (kun) undersøgt spørgsmålet, om den franske stats delvise afkald på fordringen på Orange og SFR skulle anses for en selektiv fordel. Dens konklusion om uundgåeligheden som følge af arten og opbygningen af systemet i den appellerede doms præmis 111 begrænsede sig således til uundgåeligheden af det delvise afkald på fordringen på Orange og SFR [32]. Det er derfor kun berettigelsen af Rettens begrundelse med hensyn til uundgåeligheden af det delvise afkald begrundet i undtagelsen med hensyn til arten og opbygningen af systemet, der skal undersøges.

107. Retten har støttet sin konklusion på undtagelsen begrundet i systemets art og opbygning. Anvendelsen af denne undtagelse,

26 — Jf. den appellerede doms præmis 108-112.
27 — Jf. den appellerede doms præmis 108.
28 — Jf. den appellerede doms præmis 109 og 110.
29 — Jf. den appellerede doms præmis 110.
30 — Jf. den appellerede doms præmis 111.

31 — Jf. den appellerede doms præmis 108-111.
32 — Konklusionen vedrørte ikke uundgåeligheden af de øvrige fordele, der var gjort gældende af appellanterne, såsom den hævdede tidsmæssige fordel som følge af den tidligere tildeling af licenser eller den hævdede fordel i form af en sikret udvælgelse.

som er udviklet og anvendt på området for nationale byrdeordninger, fortjener i den foreliggende sag nogle overvejelser over retsgrundlaget for en sådan undtagelse (a). Dernæst skal jeg undersøge Rettens anvendelse af undtagelsen (b).

a) Anvendeligheden af retsgrundlaget for undtagelsen begrundet i systemets art og opbygning i den foreliggende sag

108. Før Retten baserede sin konklusion om en manglende selektiv fordel på undtagelsen begrundet i systemets karakter og opbygning, henviste den til dommen i sagen Italien mod Kommissionen [33] og i sagen Spanien mod Kommissionen [34] samt AEM og AEM Torino-dommen [35]. Som det fremgår af disse domme, er undtagelsen begrundet i systemets art og opbygning udviklet i retspraksis på området nationale offentlige byrdeordninger [36]. Ifølge denne retspraksis udgør en forskellig behandling af virksomhederne ikke en selektiv fordel som omhandlet i artikel 87, stk. 1, EF, hvis forskellen skyldes arten og opbygningen af nationale offentlige byrdeordninger [37], eller med andre ord, hvis forskellen er begrundet i den nationale offentlige byrdeordnings logik. [38].

109. Set fra et dogmatisk synspunkt kan denne undtagelse sidestilles med spørgsmålet, om denne forskellige behandling udgør en specifik fordel [39]. En anden fortolkning kvalificerer undtagelsen begrundet i systemets art og opbygning som en anvendelse af en »rule of reason« på området for nationale offentlige byrdeordninger [40].

110. Uafhængigt af den dogmatiske kategorisering bemærker jeg, at det afgørende spørgsmål for anvendelsen af undtagelsen begrundet i systemets art og opbygning er, om den pågældende forskellige behandling skyldes den nationale byrdeordnings logik. Anvendelsen af denne undtagelse i det foreliggende tilfælde, hvor det hverken drejer sig om forskellig behandling som følge af en byrdeordnings logik eller en forskel, som følger af et nationalt system, er således langt fra indlysende.

33 — Dom af 2.7.1974, sag 173/73, Italien mod Kommissionen, Sml. s. 709, præmis 33.

34 — Dom af 26.9.2002, sag C-351/98, Spanien mod Kommissionen, Sml. I, s. 8031, præmis 42.

35 — Dom af 14.4.2005, forenede sager C-128/03 og C-129/03, AEM og AEM Torino, Sml. I, s. 2861, præmis 39.

36 — Domstolen har fastslået tilstedeværelsen af denne undtagelse for første gang i sagen Italien mod Kommissionen, nævnt ovenfor i fodnote 333, præmis 33.

37 — Dommen i sagen Italien mod Kommissionen, nævnt ovenfor i fodnote 333, præmis 33, samt dom af 5.10.1999, sag C-251/97, Frankrig mod Kommissionen, Sml. I, s. 6639, præmis 36, og af 17.6.1999, sag C-75/97, Belgien mod Kommissionen, Sml. I, s. 3671, præmis 33.

38 — Rettens dom af 6.3.2002, forenede sager T-92/00 og T-103/00, Diputación Foral de Ávala mod Kommissionen, Sml. II, s. 1385, præmis 60.

39 — Jf. bl.a. dom af 10.1.2006, sag C-222/04, Cassa di Risparmio di Firenze m.fl., Sml. I, s. 289, præmis 137 og 138, af 15.12.2005, sag C-148/04, Unicredito Italiano, Sml. I, s. 11137, præmis 51, af 22.6.2006, forenede sager C-182/03 og C-217/03, Belgien og Forum 187 mod Kommissionen, Sml. I, s. 5479, præmis 119, og af 15.12.2005, sag C-66/02, Italien mod Kommissionen, Sml. I, s. 10901, præmis 94-102. Det skal imidlertid bemærkes, at i visse domme undersøges en foranstaltnings selektive karakter og undtagelsen begrundet i systemets art og opbygning særskilt, jf. Domstolens dom af 22.11.2001, sag C-53/00, Ferring, Sml. I, s. 9067, præmis 17 og 18, og Rettens dom af 10.4.2008, sag T-233/04, Nederlandene mod Kommissionen, Sml. II, s. 591, præmis 97-99, samt punkt 315-319 i generaladvokat Légers forslag til afgørelse af 9.2.2006 i sagen Belgien og Forum 187 mod Kommissionen.

40 — Jf. Heidenhain: *Handbuch des Europäischen Beihilfenrecht*, München, 2003, s. 163.

111. Det er korrekt, at Domstolen i AEM og AEM Torino-dommen fastslog, at logikken i en national byrdeordning kan påvirkes af fællesskabsretlige regler. I den omhandlede dom accepterede den, at en differentiering i den nationale byrdeordning, som tilsigtede at udligne en fordel, der var skabt for visse virksomheder ved gennemførelsen af et direktiv, skyldtes den nationale byrdeordnings art og opbygning [41]. Selv under hensyntagen til dette aspekt ved AEM og AEM Torino-dommen finder jeg imidlertid ikke, at undtagelsen begrundet i byrdeordningens art og opbygning som fastsat i retspraksis kan anvendes direkte i det foreliggende tilfælde.

112. På baggrund af de konkrete omstændigheder i den foreliggende sag ser jeg heller ikke nødvendigheden af at foretage en analog anvendelse af denne undtagelse.

113. Ifølge Domstolens praksis omhandler artikel 87, stk. 1, EF beslutninger fra medlemsstaterne, hvorved disse med henblik på gennemførelsen af deres egne økonomiske og sociale mål, ensidigt og selvstændigt stiller økonomiske midler til rådighed for virksomheder eller andre retssubjekter eller giver dem fordele, der skal begunstige virkeliggørelsen af de ønskede økonomiske eller sociale mål [42].

114. Da artikel 87, stk. 1, EF ikke finder anvendelse på fællesskabslovgivers foranstaltninger [43], følger det, at for at kvalificere fordele som støtte i medfør af artikel 87, stk. 1, EF skal de navnlig kunne tilregnes staten [44]. En medlemsstats foranstaltning, som er pålagt af fællesskabsretten, kan således ikke anses for statsstøtte ifølge artikel 87, stk. 1, EF. Dermed bliver en retsakt fra fællesskabslovgiver rent faktisk omfattet af artikel 87, stk. 1, EF [45].

115. Ifølge artikel 10 EF er medlemsstaterne forpligtet til at gennemføre de fællesskabsretlige regler. Nærmere bestemt foreskriver artikel 249, stk. 3, EF, at et direktiv med hensyn til det tilsigtede mål er bindende for enhver medlemsstat, som det rettes til, og artikel 249, stk. 4, EF bestemmer, at en beslutning er bindende i alle enkeltheder for dem, den angiver at være rettet til.

116. Det skal derfor undersøges, om de franske myndigheder ved delvis at give afkald på fordringen på Orange og SFR kun har opfyldt deres forpligtelser i medfør af de fællesskabsretlige rammer og dermed artikel 10 EF og artikel 249, stk. 3 og 4,

41 — Jf. præmis 39-43 i AEM og AEM Torino-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 35.

42 — Domstolens dom af 27.3.1980, sag 61/79, Denkavit italiana, Sml. s. 1205, præmis 31, og Rettens dom af 5.4.2006, sag T-351/02, Deutsche Bahn mod Kommissionen, Sml. II, s. 1047, præmis 100.

43 — Dom af 13.10.1982, forenede sager 213/81-215/81, Norddeutsches Vieh- und Fleischkontor Will m.fl., Sml. s. 3583, præmis 22, og Heidenhain, op. cit., jf. fodnote 40 ovenfor, s. 23.

44 — Jf. dom af 16.5.2002, sag C-482/99, Frankrig mod Kommissionen, Sml. I, s. 4397, præmis 24 og den deri nævnte retspraksis, og dommen i sagen Deutsche Bahn mod Kommissionen, nævnt ovenfor i fodnote 42, præmis 100.

45 — En sammenlignelig tilgang anvendte Retten i dommen i sagen Deutsche Bahn mod Kommissionen, nævnt ovenfor i fodnote 42, præmis 100-105.

EF. Det følger heraf, at denne foranstaltning ikke kan tilregnes den franske stat, men i realiteten følger af en retsakt fra fællesskabslovgiver og derfor ikke er omfattet af artikel 87, stk. 1, EF.

117. Som konklusion finder jeg, at selv om undtagelsen begrundet i en national offentlig byrdeordnings art og opbygning ikke finder anvendelse i den foreliggende sag, kan en undtagelse begrundet i uundgåeligheden af en national foranstaltning, som skyldes arten og opbygningen af de fællesskabsretlige rammer, finde anvendelse i den foreliggende sag. Det skal derfor, som Retten har gjort, undersøges, om det delvise afkald uundgåeligt fulgte af de fællesskabsretlige rammer i den foreliggende sag.

b) Anvendelse af en undtagelse begrundet i arten og opbygningen af de fællesskabsretlige rammebestemmelser

118. Appellanterne har gjort gældende, at Retten ikke har forklaret, hvorfor det delvise afkald på fordringen på Orange og SFR var uundgåeligt.

119. For det første finder jeg det formålstjenligt at erindre om, at i den pågældende del af den appellerede dom har Retten kun behandlet spørgsmålet, om det delvise afkald på fordringen på Orange og SFR var uundgåeligt [46].

120. De franske myndigheder, der havde besluttet sig for en såkaldt »sammenlignende« [47] udvælgelsesprocedure, konstaterede den 31. januar 2001, at der kun var indgivet to bud i det første udbud. De konstaterede, at to operatørers tilstedeværelse på markedet ikke var tilstrækkeligt til at sikre udviklingen af en effektiv konkurrence, og at manglen på ansøgere skyldtes det høje afgiftsbeløb.

121. Henset til medlemsstaternes forpligtelse til at tildele det størst mulige antal licenser for at sikre udviklingen af konkurrence på UMTS-markedet i henhold til artikel 10, stk. 4, i direktiv 97/13, kunne de franske myndigheder ikke nøjes med at tildele to UMTS-licenser til Orange og SFR, men var forpligtet til at tiltrække andre operatører ved at tilbyde mere fordelagtige betingelser for licenserne, især hvad angår afgiftsbeløbet.

122. Stillet over for denne forpligtelse måtte de franske myndigheder undersøge, hvilken indvirkning en afgiftsnedsættelse for de frem-

46 — Jf. punkt 106 i dette forslag til afgørelse.

47 — Retten har anført, at de fællesskabsretlige rammer ikke forpligtede de franske myndigheder til at benytte sig af offentlige udbud, jf. den appellerede doms præmis 108.

tidige ansøgere ville have på betingelserne for de licenser, der var tildelt Orange og SFR. Som Retten har anført i den appellerede dom [48], var myndighederne forpligtet til at overholde princippet om forbud mod forskelsbehandling i medfør af artikel 11, stk. 2, i direktiv 97/13. De franske myndigheder var således forpligtet til delvis at give afkald på fordringen på Orange og SFR, for så vidt som dette afkald var nødvendigt for at overholde princippet om forbud mod forskelsbehandling af Orange og SFR og de fremtidige ansøgere.

123. Som Retten har fastslået, består forskelsbehandling i, at der på sammenlignelige situationer anvendes forskellige bestemmelser, eller at den samme bestemmelse anvendes på forskellige situationer [49]. Vurderingen af, om disse to situationer er sammenlignelige eller ej som omhandlet i princippet om forbud mod forskelsbehandling, afhænger navnlig af det formål, der forfølges med de pågældende fællesskabsretlige rammer [50].

124. Et vigtigt formål, der forfulgtes af de fællesskabsretlige rammer, var nødvendigheden af at fremme udviklingen af konkurrence i henhold til artikel 11, stk. 2, i direktiv 97/13. På det økonomiske område er spillet mellem konkurrence og ikke-forskelsbehandling imidlertid tæt forbundet [51].

125. En absolut forudsætning for udvikling af en effektiv konkurrence på et marked er sikring af lige konkurrencevilkår mellem de forskellige erhvervsdrivende. En ændring af betingelserne for licenserne til Orange og SFR var således pålagt ved artikel 11, stk. 2, i direktiv 97/13, for så vidt som anvendelsen af de oprindelige betingelser i forbindelse med det første udbud for licenserne til Orange og SFR ikke kunne sikre lige konkurrencevilkår mellem på den ene side Orange og SFR og på den anden side de fremtidige ansøgere.

126. Efter min opfattelse er udgangspunktet for at sikre lige konkurrencevilkår mellem de erhvervsdrivende på et marked under udvikling først og fremmest at sikre lige vilkår for alle de erhvervsdrivende. Jeg bemærker i denne forbindelse, at — som Retten har

48 — Den appellerede doms præmis 108.

49 — Den appellerede doms præmis 129.

50 — R. Herny: »Principe d'égalité et principe de non-discrimination dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes«, *LGDJ*, 2003, s. 357, anfører, at der ikke forekommer ensartethed eller særegenhed af situationer i sig selv, men at vurderingen af en situation kun kan foretages under hensyntagen til bestemmelsens genstand og formål. Jf. ligeledes dom af 13.2.2003, sag C-409/00, Spanien mod Kommissionen, Sml. I, s. 1487, præmis 47, af 8.11.2001, sag C-143/99, Adria-Wien Pipeline og Wietersdorfer & Peggauer Zementwerke, Sml. I, s. 8365, præmis 41 og 42, og af 3.3.2005, sag C-172/03, Heiser, Sml. I, s. 1627, præmis 40. Det er korrekt, at disse domme henviser til fortolkningen af artikel 87, stk. 1, EF. Jeg mener imidlertid, at man af denne retspraksis kan udlede, at vurderingen af to situationer for at fastslå, om de er sammenlignelige eller forskellige, må foretages under hensyntagen til formålet med de fællesskabsretlige rammer.

51 — R. Herny, op. cit., jf. fodnote 50 ovenfor, s. 263.

konstateret [52] — forholdet mellem det afgiftsbeløb, der krævedes af Orange og SFR i det første udbud, og det beløb, som de franske myndigheder anså for at kunne tiltrække supplerende ansøgere, var 8:1. Jeg finder det indlysende [53], at en afgiftsnedsættelse, som oprindeligt var fastsat for ansøgerne i det første udbud, var nødvendig for at sikre lige konkurrencevilkår mellem på den ene side Orange og SFR og på den anden side de fremtidige ansøgere [54].

c) Status

127. Det følger af ovenstående betragtninger, at Retten med føje i den appellerede doms præmis 111 har kunnet konstatere, at det delvise afkald på fordringen på Orange og SFR var uundgåeligt. Eftersom disse betragtninger var forholdsvis indlysende og allerede var blevet drøftet under proceduren for Kommissionen, mener jeg ikke, at Retten har undladt at forklare, hvorfor afkaldet på fordringen på Orange og SFR var uundgåeligt.

128. Jeg foreslår derfor at forkaste det fjerde anbringendes første led, med erstatning af Rettens begrundelse vedrørende retsgrundlaget for undtagelsen begrundet i systemets art og opbygning.

3. Fordringens usikre karakter (det tredje anbringendes andet led)

129. Retten har i den appellerede doms præmis 107 konstateret, at statens fordring ikke var sikker, da ansøgerne stadig havde mulighed for at trække deres bud tilbage indtil den 31. maj 2001 og efterfølgende at give afkald på deres licens og dermed ophøre med at betale afgiften.

130. Appellanterne har bestridt denne vurdering. Ifølge dem havde den franske stat givet delvis afkald på fordringen på Orange og SFR den 3. december 2002. På dette tidspunkt havde Orange og SFR ikke længere kunnet trække deres bud tilbage.

131. Efter min mening er dette led irrelevant. Et led er irrelevant, hvis det ikke kan rejse tvivl om den anfægtede konklusion [55]. Retten har støttet sin vurdering af, at det delvise afkald

52 — Den appellerede doms præmis 145.

53 — Appellanterne synes i øvrigt ikke i deres appelskrift at rejse tvivl om det princip, hvorefter de franske myndigheder delvis har kunnet give afkald på fordringen på Orange og SFR. Ifølge appellanterne havde en af de muligheder, de franske myndigheder havde haft, været at gentage hele proceduren fra starten, hvilket ville have ført til de samme betingelser for alle de tilbudsgivere, der deltog i gentagelsen af proceduren. Hvad appellanterne derimod har kritiseret, er, at de franske myndigheders fremgangsmåde gav Orange og SFR en fordel i form af tidligere tildeling af licenser og en garanti for at blive udvalgt.

54 — Som jeg har nævnt ovenfor, jf. punkt 106 og 119 i dette forslag til afgørelse, begrænser denne undersøgelse sig til spørgsmålet, om det delvise afkald på fordringen på Orange og SFR var uundgåeligt. Det er en anden sag at vurdere de franske myndigheders fremgangsmåde ved tilrettelæggelsen af to på hinanden følgende udbud med tilbagevirkende anvendelse af de samme betingelser for ansøgerne i de to udbud. Dette spørgsmål skal jeg undersøge senere, jf. punkt 144-179 i dette forslag til afgørelse.

55 — Dom af 12.7.2001, forenede sager C-302/99 P og C-308/99 P, Kommissionen og Frankrig mod TF1, Sml. I, s. 5603, præmis 26-29, K. Lenaerts, D. Arts og I. Maselis, op. cit., jf. fodnote 22 ovenfor, s. 465, punkt 16-019.

ikke udgør en selektiv fordel, på to argumenter, nemlig dels på fordringens usikre karakter, dels på undtagelsen begrundet i systemets art og opbygning. Eftersom det fjerde anbringendes første led, som vedrører Rettens begrundelse støttet på undtagelsen begrundet i systemets art og opbygning, må forkastes [56], begrunder denne betragtning i sig selv i tilstrækkelig grad Rettens konklusion. De fejl, som begrundelsen støttet på fordringens usikre karakter måtte være behæftet med, er derfor under alle omstændigheder uden betydning for den appellerede doms konklusion. Dette led er derfor irrelevant.

132. Med hensyn til dette leds berettigelse mener jeg, at der må sondres mellem på den ene side fasen fra den 31. januar 2001 til den 31. maj 2001 og på den anden side den omtvistede ændring af 3. december 2002.

133. Den 31. januar 2001 konstaterede de franske myndigheder, at to ansøgere havde afgivet bud, og at dette ikke var tilstrækkeligt til at sikre en effektiv konkurrence på UMTS-markedet. De meddelte derfor, at et supplerende udbud ville være nødvendigt. Det er efter denne meddelelse, at Orange og SFR kontaktede de franske myndigheder og anmodede om overholdelse af princippet om lighed for offentlige hverv og princippet om effektiv konkurrence mellem de erhvervsdrivende.

134. På det pågældende tidspunkt havde Orange og SFR stadig kunnet trække deres bud tilbage. Som Kommissionen har konstateret, var muligheden for, at Orange og SFR kunne have accepteret betingelserne i forbindelse med det første udbud, hvis betingelserne i forbindelse med det andet udbud var langt mere fordelagtige, af nærmest teoretisk art [57].

135. Under disse omstændigheder mener jeg, at den franske stats fordring på Orange og SFR med rette kunne kvalificeres som usikker, i det mindste fra det tidspunkt, hvor de franske myndigheder havde meddelt deres hensigt om at gennemføre et supplerende udbud med klart mere fordelagtige betingelser.

136. Det er under disse omstændigheder, at de franske myndigheder på Oranges og SFR's udtrykkelige anmodning garanterede ligebehandling med ansøgerne i det andet udbud. På grundlag af denne garanti kunne Orange og SFR tage udgangspunkt i princippet om, at betingelserne for deres licenser ville blive ændret, i det omfang det ville være nødvendigt for at sikre en rimelig behandling. Det var således klart før den 31. maj 2001, at betingelserne for licenserne tildelt Orange og SFR indeholdt et forbehold for ændringer. Da de franske myndigheder havde meddelt, at afgiften ville være klart lavere for ansøgerne i det andet udbud, indeholdt dette forbehold

56 — Jf. punkt 104-128 i dette forslag til afgørelse.

57 — Punkt 27 i den omtvistede beslutning.

for ændringer således allerede garantien for et delvist afkald på fordringen på Orange et SFR. Det er, hvad Kommissionen konstaterede i den omtvistede beslutning [58], hvori den anførte, at »den tilbagevirkende tilpasning fulgte allerede implicit af de betingelser, der var aftalt for licenserne i den første bølge«. Jeg mener ikke, at det på disse betingelser er muligt at kvalificere fordringen på Orange og SFR som havende en aktuel og ubestridelig karakter.

137. Som konklusion skal det anføres, at fordringen på Orange og SFR måtte anses for usikker før garantien for en rimelig behandling i skrivelserne af 22. februar 2001. Efter disse skrivelser var det klart, at betingelserne for de licenser, der tildeltes Orange og SFR, indeholdt et forbehold for delvist afkald. Under disse omstændigheder rejser det forhold, at Orange og SFR ikke længere kunne trække deres tilbud tilbage den 3. december 2002, derfor ikke tvivl om Rettens konklusion i den appellerede doms præmis 107, hvorefter det drejede sig om et delvist afkald på en usikker fordring.

138. Jeg foreslår derfor, at det tredje anbringes andet led forkastes dels som irrelevant, og dels som grundløst.

58 — Jf. punkt 27 i den omtvistede beslutning.

4. Den tidsmæssigt selektive fordel (det fjerde anbringendes andet led)

139. I den appellerede doms præmis 113-122 har Retten undersøgt, om den tidligere tildeling af licenser til Orange og SFR havde givet disse virksomheder en tidsmæssigt selektiv fordel i forhold til Bouygues Télécom. Efter at have betegnet den tidligere tildeling af licenser som en potentiel fordel [59], konstaterede Retten, at denne potentielle fordel ikke havde bibragt Orange og SFR [60] en fordel, og konkluderede i den appellerede doms præmis 122, at Orange og SFR ikke havde haft en konkurrencemæssig fordel til skade for Bouygues Télécom på grund af, at de havde fået tildelt deres licenser tidligere.

140. I den appellerede doms præmis 123-126 tilføjede Retten, at den fordel, der potentielt var indrømmet Orange og SFR, var den eneste måde, hvorpå man kunne efterkomme kravene i de fællesskabsretlige rammer.

141. I det fjerde anbringendes andet led har appellanterne gjort gældende, at Retten har begået en retlig fejl med hensyn til begrebet støtte som omhandlet i artikel 87, stk. 1, EF. Idet Retten i præmis 113 i den appellerede dom havde konstateret tilstedeværelsen af en potentiel fordel, var dette tilstrækkeligt til, at der forelå støtte i artikel 87, stk. 1, EF's forstand.

59 — Jf. den appellerede doms præmis 113-115.
60 — Jf. den appellerede doms præmis 115-121.

142. For det første finder jeg dette led irrelevant [61]. Retten har støttet sin konklusion i den appellerede doms præmis 113-122, om, at den hævdede tidsmæssige fordel ikke udgjorde en selektiv fordel, på vurderingen af, at fordelen ikke havde bibragt Orange og SFR en konkurrencemæssig fordel og på den anden side i den appellerede doms præmis 123-125 på konstateringen af, at den tidsmæssige fordel var den eneste måde, hvorpå man kunne opfylde kravene i de fællesskabsretlige rammer. Appellanterne synes ikke formelt at havde rejst tvivl om Rettens subsidiære argument i den appellerede doms præmis 123-125. Jeg finder derfor det her omhandlede led irrelevant, da de fejl, som den appellerede doms præmis 113-122 måtte være behæftet med, er uden betydning for den subsidiære begrundelse i den appellerede doms præmis 123-125 og dermed for Rettens konklusion.

143. Med hensyn til dette leds berettigelse skal jeg først undersøge anvendelsen af begrebet fordel som omhandlet i artikel 87, stk. 1, EF på den appellerede doms præmis 113-122 (a). Dernæst skal jeg vurdere, om den anfægtede konklusion kan støttes på den subsidiære begrundelse i den appellerede doms præmis 123-125, som er støttet på undtagelsen begrundet i arten og opbygningen af de fællesskabsretlige rammer (b).

61 — Som nævnt ovenfor, jf. punkt 131 i dette forslag til afgørelse, er et led irrelevant, hvis den anfægtede konklusion kan støttes på en alternativ begrundelse, og leddet derfor ikke kan rejse tvivl om den anfægtede konklusion.

a) Begrebet fordel som omhandlet i artikel 87, stk. 1, EF

144. I den appellerede dom har Retten for det første konstateret, at det forhold, at licenserne til Orange og SFR blev tildelt omkring halvandet år tidligere, principielt har kunnet give dem en selektiv fordel i forhold til Bouygues Télécom [62]. Dernæst har Retten konkluderet, at Orange og SFR [63] ikke havde nydt godt af denne potentielle fordel, og at Kommissionen på tidspunktet for den anfægtede beslutning var i stand til at konstatere, at Orange og SFR 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 [64].

145. Appellanterne har bl.a. gjort gældende, at den tidligere tildeling af licenser i sig selv udgjorde en reel og umiddelbar fordel. Retten havde ved at forkaste, at der forelå en fordel af den grund, at Orange og SFR ikke havde opnået nogen fortjeneste af denne fordel, behæftet sin dom med en retlig fejl. Det er uden betydning for begrebet støtte som omhandlet i artikel 87, stk. 1, EF, om situationen for den, der formodes at være omfattet af foranstaltningen, er blevet forbedret i tidens løb.

146. Efter min opfattelse er dette klagepunkt ugrundet.

62 — Jf. den appellerede doms præmis 113 og 114.
63 — Jf. den appellerede doms præmis 115-121.
64 — Jf. den appellerede doms præmis 122.

147. Støtte som omhandlet i artikel 87, stk. 1, EF indebærer, at en statslig foranstaltning begunstiger en virksomhed i forhold til en anden [65]. Jeg bemærker, at på det tidspunkt, hvor Orange og SFR modtog deres licenser, var de de eneste virksomheder, der kunne få adgang til UMTS-markedet. Efter min mening udgjorde denne eksklusive mulighed for at få adgang til UMTS-markedet en fordelagtig behandling af Orange og SFR i forhold til de øvrige virksomheder.

148. I den appellerede doms præmis 116-122 har Retten udelukket, at der forelå støtte, med konstateringen af, at indehaverne af licenserne ikke fik nogen fortjeneste af denne fordelagtige behandling. Efter min mening er denne opfattelse fejlagtig.

149. For det første mener jeg, at spørgsmålet, hvorvidt indehaverne af licenserne kunne profitere af en statslig foranstaltning, snarere vedrører virkningerne på de konkurrencemæssige forbindelser mellem virksomhederne end eksistensen af en fordel.

150. Det er korrekt, at en fordel indrømmet en virksomhed, der er til stede på et marked, kan fordreje konkurrencevilkårene eller true med at fordreje dem til skade for de øvrige virksomheder på det samme marked. Forbindelsen mellem fordelen og konkurrencefordrejningen er således forholdsvis indlysende [66]. En modsat slutning, hvorefter manglende konkurrencefordrejning tyder på, at der ikke foreligger en fordel, er ikke i overensstemmelse med artikel 87, stk. 1, EF. Denne bestemmelse finder anvendelse såvel på støtte, som fordrejer konkurrencen, som på støtte, der truer med at fordreje konkurrencen. Da det ikke er nødvendigt, at en støtte reelt fordrejer konkurrencen, giver den efterfølgende konstatering af, at Orange og SFR ikke har opnået fortjeneste ved, at deres licenser blev tildelt tidligere, således ikke mulighed for at konkludere, at der ikke foreligger en fordel.

151. For det andet skal vurderingen af, om der foreligger støtte, foretages af situationen, som den var på det tidspunkt, da den statslige foranstaltning blev vedtaget [67]. Jeg finder det derfor ikke muligt at udelukke tilstedeværelsen af en fordel for Orange og SFR ved at støtte sig på en efterfølgende undersøgelse af den konkurrencemæssige fordel, Orange og SFR har opnået ved en fordelagtig behandling. Det er under alle omstændigheder fejlagtigt at tage hensyn til den konkurrencemæssige fordel på det tidspunkt, hvor Kommissionen vedtog sin beslutning, sådan som Retten har gjort i den appellerede doms præmis 122. Da

65 — Dom af 27.1.1998, sag T-67/94, Ladbroke Racing mod Kommissionen, Sml. II, s. 1, præmis 52, og af 7.6.2006, sag T-613/97, Ufex m.fl. mod Kommissionen, Sml. II, s. 1531, præmis 67.

66 — W. Cremer: »Artikel 87« i Ch. Callies og M. Ruffert: *Kommentar zu EU-Vertrag und EG-Vertrag,* ed. Beck, 3. udg., 2007, s. 1176, punkt 21.

67 — Jf. i denne retning dommen af 16.5.2002 i sagen Frankrig mod Kommissionen, nævnt ovenfor i fodnote 44, præmis 71. Ifølge denne dom »skal [der] foretages en vurdering af situationen, som den var på det tidspunkt, da foranstaltningerne […] blev truffet, og […] der ikke [må] tages hensyn til omstændighederne, som de har udviklet sig siden hen«. Selv om denne præmis henviser til anvendelsen af kriteriet om en fornuftig investors handlemåde under markedsøkonomiske vilkår, mener jeg, at for så vidt angår det relevante tidspunkt kan denne regel anvendes på den foreliggende sag. Jf. ligeledes dommen i sagen Adria-Wien Pipeline og Wietersdorfer & Peggauer Zementwerke, nævnt ovenfor i fodnote 50, præmis 41, hvorefter det er uden betydning, om situationen for den, der formodes at være omfattet af foranstaltningen, ikke har udviklet sig med tiden. Der skal således foretages en undersøgelse af anvendelsesbetingelserne på tidspunktet, hvor den statslige foranstaltning blev truffet.

en statslig foranstaltnings konkurrencemæssige fordele kan ændre sig i tidens løb, kan tilstedeværelsen af en fordel ikke afhænge af det tidspunkt, hvor Kommissionen vedtog sin beslutning [68].

152. For det tredje kan Rettens begrundelse heller ikke baseres på argumentet om, at det på det tidspunkt, hvor licenserne blev tildelt Orange og SFR, kunne forudses, at Orange og SFR ikke ville få fordel af den fordelagtige behandling. De franske myndigheder havde derimod besluttet ikke at gentage hele tildelingsproceduren fra starten for at sikre muligheden for et mindsteantal operatører på UMTS-markedet efter den 1. januar 2002. På tidspunktet for tildelingen af licenserne til Orange og SFR var det derfor ikke muligt at udelukke, at den ville give disse operatører mulighed for at få adgang til UMTS-markedet før de kommende ansøgere.

153. Ved at lægge en efterfølgende undersøgelse af den konkurrencemæssige fordel, Orange og SFR har kunnet opnå ved den tidligere tildeling af licenser, til grund for at udelukke, at der forelå en selektiv fordel, har Retten således behæftet sin begrundelse i den appellerede doms præmis 113-122 med en retlig fejl.

154. Da Retten ikke alene har støttet sin konklusion om, at der ikke forelå en selektiv fordel som følge af den tidligere tildeling af licenserne til Orange og SFR på denne fejlagtige begrundelse, men også på undtagelsen begrundet i systemets art og opbygning, skal det undersøges, om dette subsidiære argument kan støtte Rettens konklusion.

b) Det på undtagelsen begrundet i de fællesskabsretlige rammers art og opbygning støttede argument

155. Retten har anført, at under alle omstændigheder var den »fordel, der potentielt er indrømmet Orange og SFR«, den eneste måde, hvorpå man kunne undgå at vedtage en foranstaltning i strid med de fællesskabsretlige rammer [69]. Retten har i denne sammenhæng henvist til bl.a. de betydelige forskelle mellem de to på hinanden følgende afgiftsordninger, som de nationale myndigheder indførte, skønt der på tidspunktet for den omtvistede ændring ikke fandtes operatører på UMTS-markedet, samt at kendetegnene for de tre konkurrerende operatørers licenser er ens [70].

156. Med konstateringen af, at den tidligere tildeling af licenserne til Orange og SFR var uundgåelig, støttede Retten sig på ny på undtagelsen begrundet i de fællesskabsretlige rammers art og opbygning [71].

68 — En sådan fremgangsmåde er i øvrigt ikke i overensstemmelse med princippet om tidligere anmeldelse af statsstøtte.

69 — Jf. den appellerede doms præmis 123.

70 — Jf. den appellerede doms præmis 123.

71 — Med hensyn til retsgrundlaget for denne undtagelse henviser jeg til punkt 108-117 i dette forslag til afgørelse.

157. Jeg bemærker, at Retten i den appellerede doms præmis 123-126 har begrænset sig til at udtale, at grunden til anvendelsen af de samme vilkår var uundgåelig. Jeg mener ikke, at Rettens begrundelse i dommens præmis 123-126 er tilstrækkelig.

158. Henset til, at den tidligere tildeling af licenserne til Orange og SFR i sig selv kunne påvirke det konkurrencemæssige forhold mellem Orange og SFR på den ene side og de fremtidige ansøgere på den anden side, skal en konstatering af, at der ikke forelå en selektiv fordel baseret på undtagelsen begrundet i de fællesskabsretlige rammers art og opbygning, støttes på to elementer. For det første skal den tidligere tildeling af licenserne til Orange og SFR, som fandt sted den 18. juli 2001, være uundgåelig ifølge de fællesskabsretlige rammer (i). For det andet skal anvendelsen af de samme licensbetingelser for Orange, SFR og Bouygues Télécom, som fandt sted den 3. december 2002, være pålagt af de fællesskabsretlige rammer, til trods for at Orange og SFR havde modtaget deres licenser før Bouygues Télécom (ii).

i) Uundgåeligheden af den tidligere tildeling af licens til Orange og SFR

159. Som jeg har nævnt ovenfor, har Retten ikke i den appellerede doms præmis 123-126 begrundet, hvorfor det var uundgåeligt at tildele licenserne tidligere til Orange og SFR. Retten har imidlertid forklaret det i den del af den appellerede dom, der handler om overholdelsen af princippet om forbud mod forskelsbehandling [72].

160. Retten har anført, at ifølge beslutning nr. 128/1999 var medlemsstaterne forpligtet til at træffe alle de foranstaltninger, som er nødvendige for at muliggøre en koordineret og gradvis indførelse af UMTS-tjenester på deres område senest den 1. januar 2002 [73]. Denne frist var et af de bindende elementer i de fællesskabsretlige rammer.

161. Efter Rettens vurdering ville gennemførelsen af en ny procedure ikke have været mulig før denne frists udløb [74]. Appellanterne har bestridt denne omstændighed. De har gjort gældende, at gennemførelsen af en ny procedure ville have været mulig. Det skal bemærkes, at eftersom en appel for Domstolen er begrænset til retsspørgsmål, kan Rettens vurdering af de faktiske omstændigheder ikke bestrides i forbindelse med en appel [75]. Da appellanterne har begrænset sig til at anfægte Rettens faktiske vurdering og ikke

72 — Jf. den appellerede doms præmis 127-154. I denne forbindelse bemærker jeg, at Rettens fremgangsmåde med særskilt at undersøge, om der forelå en selektiv fordel i den appellerede doms præmis 95-126 og overholdelsen af princippet om forbud mod forskelsbehandling i den appellerede doms præmis 127-154,forekommer mig fejlagtig. Attesteringen af, om der foreligger støtte eller ej,afhænger af spørgsmålet, om de franske myndigheders foranstaltninger var pålagt af de fællesskabsretlige rammer. Da princippet om forbud mod forskelsbehandling er et element i disse fællesskabsretlige rammer, skulle Retten have undersøgt princippet om forbud mod forskelsbehandling som et element i de fællesskabsretlige rammer.

73 — Jf. den appellerede doms præmis 141 og 142.

74 — Jf. den appellerede doms præmis 141.

75 — Jf. dommen i sagen Kommissionen mod Brazzelli Lualdi m.fl., nævnt ovenfor i fodnote 23, og K. Lenaerts, D. Arts og I. Maselis, op. cit., jf. fodnote 22 ovenfor, s. 453, punkt 16-003.

har gjort en retlig fejl gældende med hensyn til vurderingen af de faktiske omstændigheder, skal denne anfægtelse fra appellanternes side afvises fra realitetsbehandling.

162. Med en gentagelse af hele proceduren fra starten risikerede myndighederne at drage Oranges og SFR' bud i tvivl og dermed muligheden for disse to operatørers tilstedeværelse på UMTS-markedet efter den 1. januar 2002 [76].

163. I betragtning af, at de fællesskabsretlige rammer pålagde de franske myndigheder at muliggøre adgangen til UMTS-markedet for et tilstrækkeligt antal operatører og i mangel heraf et mindsteantal operatører fra den 1. januar 2002, mener jeg, at Retten med føje har konstateret, at en gentagelse af proceduren fra starten ikke ville have været et valg i overensstemmelse med de fællesskabsretlige rammer. De fællesskabsretlige rammer forpligtede derimod de franske myndigheder til — som de gjorde — først at tildele licenser til Orange og SFR for at sikre muligheden for et mindsteantal operatører på UMTS-markedet fra den 1. januar 2002.

164. Jeg finder derfor, at den tidligere tildeling af licenser til Orange og SFR den 18. juli 2001 var en uundgåelig følge af de fællesskabsretlige rammer.

ii) Uundgåeligheden af anvendelsen af de samme betingelser på Orange, SFR og Bouygues Télécom den 3. december 2002

165. Som jeg har nævnt ovenfor [77], må ikke alene den tidligere tildeling af licenser til Orange og SFR have været en uundgåelig følge af arten og opbygningen af de fællesskabsretlige rammer, men også de franske myndigheders beslutning af 3. december 2002 om at anvende de samme betingelser på licenserne til Orange, SFR og Bouygues.

166. Appellanterne har anført, at de franske myndigheder skulle have anvendt forskellige betingelser på Orange og SFR på den ene side og Bouygues Télécom på den anden side. Det skal derfor undersøges, om anvendelsen af de samme betingelser uundgåeligt fulgte af de fællesskabsretlige rammer, eller om en differentieret behandling var nødvendig. Denne undersøgelse skal foretages af situationen på det tidspunkt, hvor foranstaltningen blev vedtaget, altså den 3. december 2002.

76 — Jf. den appellerede doms præmis 146.

77 — Jf. punkt 158 i dette forslag til afgørelse.

167. Som Retten har konstateret, var de franske myndigheder forpligtet til at overholde princippet om forbud mod forskelsbehandling [78]. Retten har ligeledes anført, at de afgifter, der er pålagt forskellige operatører, skal være økonomisk ens [79].

168. Jeg erindrer om, at de franske myndigheder var forpligtet til at sikre lige konkurrencevilkår mellem operatørerne på UMTS-markedet [80]. Efter min mening er en grundlæggende forudsætning for udvikling af en effektiv konkurrence på et marked sikring af lige konkurrencevilkår mellem de forskellige operatører. Udgangspunktet for at sikre lige konkurrencevilkår mellem de erhvervsdrivende på et marked under udvikling er først at sikre lige vilkår for alle de erhvervsdrivende. I princippet skal alle de erhvervsdrivende på markedet behandles på samme måde, forudsat der ikke er omstændigheder, som berettiger en differentieret behandling.

169. At Orange og SFR har modtaget deres licenser før Bouygues Télécom, er en omstændighed, som kunne påvirke det konkurrencemæssige forhold mellem operatørerne. Virkningen af denne omstændighed på det konkurrencemæssige forhold mellem Orange, SFR og Bouygues skulle derfor tages i betragtning.

170. Derfor skal virkningerne af denne omstændighed og den af de franske myndigheder anvendte afgiftsmodels hensyntagen til den undersøges.

171. Jeg bemærker for det første, at den anden komponent i denne afgiftsmodel er baseret på den omsætning, der kan gennemføres med licensen. Oranges og SFR's tidligere adgang til UMTS-markedet ville derfor have en indvirkning på deres afgifters størrelse. Den af de franske myndigheder benyttede afgiftsmodel på alle operatørerne tog derfor hensyn til muligheden for, at Orange og SFR fik adgang til markedet før de fremtidige ansøgere.

172. Det er korrekt, at den 3. december 2001, altså på det tidspunkt, hvor de franske myndigheder besluttede at anvende den nye afgiftsmodel på alle operatørerne, var ingen af operatørerne til stede på markedet. Anvendelsen af den nye afgiftsmodel førte imidlertid ikke nødvendigvis til samme udifferentierede behandling af operatørerne, eftersom modellen kunne tage hensyn til udviklingen efter den 3. december 2001. Hvis den tidligere tildeling af licenserne havde haft betydning for en tidligere markedsadgang, ville den nye afgiftsmodel have taget hensyn til denne virkning.

173. Med hensyn til Oranges og SFR's mulighed for at få adgang til markedet før den 3. december 2002 har Retten konstateret tilstedeværelsen af vanskeligheder i forbin-

78 — Jf. den appellerede doms præmis 123.

79 — Den appellerede doms præmis 109 i med henvisning til dom af 22.5.2003, sag C-462/99, Connect Austria, Sml. I, s. 5197, præmis 90.

80 — Jf. artikel 10, stk. 3, og artikel 11, stk. 2, i direktiv 97/13/EF.

delse med UMTS-teknologien og de økonomiske omkostninger ved at udvikle den [81]. At Orange og SFR ikke kunne opnå fortjeneste af deres licenser, skyldtes således ikke disse operatørers manglende initiativ eller fortjeneste.

174. Med hensyn til de andre fordele, som appellanterne har gjort gældende, har Retten konstateret, at de ikke eksisterede eller under alle omstændigheder ikke påvirkede det konkurrencemæssige forhold mellem operatørerne på UMTS-markedet [82].

175. Appellanterne har gjort gældende, at Retten har vendt bevisbyrden om ved først at acceptere, at der forelå en potentiel tidsmæssig fordel, og dernæst kræve, at appellanterne førte bevis for de faktiske følger af denne fordel.

176. Efter min mening er denne kritik ubegrundet. I forbindelse med den subsidiære begrundelse i den appellerede doms præmis 123-126, som bygger på undtagelsen begrundet i systemets art og opbygning, er det for det første ikke konstateret, at der forelå en fordel som omhandlet i artikel 87, stk. 1, EF [83]. Hvis der for det andet findes en åbenbar forbindelse mellem den tidligere tildeling af licenserne og en potentiel tidligere adgang til markedet, er en sådan forbindelse ikke åbenbar mellem den tidligere tildeling af licenserne og den fordel, som appellanterne gjorde gældende i første instans, som beskrevet i den appellerede doms præmis 117-121. Efter min mening skulle appellanterne have støttet grundene til, at den tidligere tildeling af licenserne havde ført til de hævdede fordele, og betydningen af disse hævdede fordele på det konkurrencemæssige forhold mellem på den ene side Orange og SFR og på den anden side Bouygues Télécom. Endelig påhviler det appellanten som ophavsmand til søgsmålet til prøvelse af Kommissionens beslutning at påvise, at Kommissionens konstatering ikke var gyldig [84].

177. Som konklusion finder jeg, at den nye afgiftsmodel tog hensyn til den potentielle virkning, som den tidligere tildeling af licenserne kunne have på tidspunktet for operatørernes adgang til markedet, og at andre virkninger på det konkurrencemæssige forhold mellem operatørerne ikke var godtgjort. Efter min mening kunne Retten således med føje anføre, at den nye afgiftsmodel ikke var diskriminerende [85].

81 — Jf. den appellerede doms præmis 116.

82 — Jf. den appellerede doms præmis 117-126.

83 — Appellanternes argument vedrører Rettens fejlagtige argumentation i den appellerede doms præmis 113-122.

84 — Dom af 10.5.1990, sag T-117/89, Sens mod Kommissionen, Sml. II, s. 185, præmis 20.

85 — Jf. den appellerede doms præmis 109 med henvisning til dommen af 22.5.2003 i Connect Austria-sagen, nævnt ovenfor i fodnote 79, præmis 90.

c) Status

178. Den tidligere tildeling af licenserne til Orange og SFR og anvendelsen af den nye afgiftsmodel på Orange, SFR og Bouygues Télécom var således uundgåelig. Som Retten har fastslået [86], var den mulighed, som de franske myndigheder valgte, den eneste måde, hvorpå deres forpligtelser i henhold til de fællesskabsretlige rammer kunne sikres. Jeg mener følgelig, at Rettens konklusion om, at der ikke forelå en selektiv fordel på grund af den tidligere tildeling af licenserne, er korrekt.

179. Jeg foreslår derfor at forkaste det fjerde anbringendes andet led og delvis at erstatte Rettens begrundelse [87].

5. Princippet om forbud mod forskelsbehandling (det fjerde anbringendes tredje led)

180. Med det fjerde anbringendes tredje led har appellanterne gjort gældende, at Retten har foretaget urigtig retsanvendelse i forbindelse med anvendelsen af artikel 87, stk. 1, EF i gennemførelsen af princippet om forbud mod forskelsbehandling.

181. Ifølge Orange skal dette anbringende afvises fra realitetsbehandling, fordi appellanterne alene har gentaget de samme argumenter som i første instans.

182. Det er korrekt, at et led, som gentager de argumenter, som allerede er nævnt i første instans, eventuelt ikke kan antages til realitetsbehandling [88]. Dette er imidlertid kun tilfældet, hvis det pågældende led ikke indeholder en påstand om prøvelse af Rettens dom, men snarere en anden vurdering af hovedsagen [89]. I så fald vedrører leddet reelt den retsakt, der er anfægtet i første instans, og ikke Rettens dom. Hvis appellanten derimod som i det foreliggende tilfælde gør gældende, at Retten har foretaget en urigtig retsanvendelse ved at bekræfte Kommissionens begrundelse, som lider under samme fejl, vedrører det pågældende led Rettens dom og kan derfor påkendes [90].

183. Appellanterne støtter navnlig det omhandlede led på princippet om forbud mod forskelsbehandling, princippet om, at der ikke må ændres på tildelingsbetingelserne i det første udbud, og artikel 87, stk. 2, EF.

86 — Jf. den appellerede doms præmis 148.

87 — En erstatning af Rettens begrundelse giver ligeledes mulighed for at afhjælpe Rettens fejlagtige fremgangsmåde ved særskilt at have undersøgt tilstedeværelsen af en selektiv fordel i den appellerede doms præmis 95-126 og overholdelsen af princippet om forbud mod forskelsbehandling i den appellerede doms præmis 127-154 (jf. fodnote 72 ovenfor).

88 — K. Lenaerts, D. Arts og I. Maselis: *Procedural Law of the European Union,* op. cit., jf. fodnote 22 ovenfor, s. 463, punkt 16-017.

89 — Kendelse af 23.5. 2007, sag C-99/07 P, Smanor m.fl. mod Kommissionen, Sml. 2007, præmis 34-36.

90 — Kendelse af 11.11.2003, sag C-488/01 P, Martinez mod Parlamentet, Sml. I, s. 13355, præmis 39-41.

184. Jeg bemærker, at hvad angår berettigelsen af argumentet støttet på princippet om forbud mod forskelsbehandling består forskelsbehandling i, at der på sammenlignelige situationer anvendes forskellige bestemmelser, eller at den samme bestemmelse anvendes på forskellige situationer [91].

185. Appellanterne har gjort gældende, at den af de franske myndigheder anvendte metode er diskriminerende. De hævder, at Orange og SFR som ansøgere i det første udbud og Bouygues Télécom som ansøger i det andet udbud ikke var i den samme situation.

186. Det skal derfor undersøges, om Orange og SFR på den ene side og Bouygues Télécom på den anden side var i den samme faktiske og retlige situation. Som anført ovenfor [92], er det ikke tilstrækkeligt for at påvise en forskelsbehandling at henvise til forskelle mellem to grupper. Da retsgrundlaget for princippet om forbud mod forskelsbehandling i den foreliggende sag er artikel 11, stk. 2, i direktiv 97/13, er det relevante spørgsmål, om de af appellanterne hævdede omstændigheder var relevante ifølge formålet med dette direktiv og de fællesskabsretlige rammer [93].

187. Jeg bemærker, at den franske stats delvise afkald på fordringen på Orange og SFR var pålagt af de fællesskabsretlige rammer [94]. I det her omhandlede led skal det derfor kun undersøges, om de franske myndigheders valg om ikke at gentage hele proceduren fra starten var diskriminerende [95].

188. Appellanterne har anført, at en sådan fremgangsmåde var i strid med princippet om, at der ikke må ændres på tildelingsbetingelserne, og at dette princip havde forpligtet de franske myndigheder til at anvende en forskellig ordning på ansøgerne i det første og det andet udbud. Princippet om urørlighed af betingelserne i det første udbud ville have sat Orange og SFR i en forskellig retlig situation i forhold til Bouygues Télécom.

189. Jeg bemærker for det første, at — som Retten har anført i den appellerede dom — hverken direktiv 97/13 eller beslutning nr. 128/1999 indeholder princippet om, at der ikke må ændres på udvælgelseskriterierne og tildelingsbetingelserne [96]. Efter min mening indeholder de fællesskabsretlige rammer

91 — Jf. den i den appellerede doms præmis 129 nævnte retspraksis: Domstolens 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.

92 — Jf. punkt 123 i dette forslag til afgørelse.

93 — Jf. punkt 123 i dette forslag til afgørelse.

94 — jf. punkt 104-128 i dette forslag til afgørelse.

95 — Som jeg allerede har nævnt ovenfor, jf. fodnote 72 ovenfor, skulle Retten have undersøgt overholdelsen af princippet om forbud mod forskelsbehandling i forbindelse med undersøgelsen af, om der forelå en selektiv fordel. Appellanterne har imidlertid ikke anfægtet dette element i dommen.

96 — Jf. den appellerede doms præmis 135.

derimod elementer, som går imod et sådant urørlighedsprincip.

190. I den appellerede dom har Retten baseret begrundelsen på argumentet om, at artikel 8, stk. 4, i direktiv 97/13 fastsætter en mulighed for at ændre vilkårene. Som det er anført i artikel 8, stk. 1, i direktiv 97/13, er de vilkår, der er omhandlet i denne bestemmelse, de vilkår, der er opregnet i punkt 2 og 4 i bilaget til direktiv 97/13. Selv om afgiftsbeløbet ikke er udtrykkeligt nævnt under disse punkter, bemærker jeg, at det i bilagets punkt 4.9 er præciseret, at listen over vilkår gælder med forbehold af alle andre retlige vilkår, som ikke er specifikke for telesektoren. Artikel 8, stk. 1, i direktiv 97/13 fastsætter derimod, at sådanne vilkår kun må vedrøre de situationer, der berettiger udstedelsen af en sådan licens, som defineret i artikel 7 i direktiv 97/13. Jeg bemærker, at de i denne artikel opregnede vilkår ikke udtrykkeligt henviser til afgiftsbeløbet. På baggrund af disse bestemmelser mener jeg, at der kan rejses tvivl om berettigelsen af Rettens argument baseret på artikel 8, stk. 4, i direktiv 97/13.

191. Dette påvirker imidlertid ikke Rettens konklusion om, at princippet om ikke at ændre tildelingsbetingelserne ikke finder anvendelse. Selv om artikel 8, stk. 4, i direktiv 97/13 ikke omhandler afgiftsbeløbet, mener jeg, at det er muligt at udlede bestemmelser af direktiv 97/13 om, at en efterfølgende ændring af afgiftsbeløbet må være mulig.

192. Som nævnt ovenfor [97], er medlemsstaterne forpligtet til at tildele flest mulige licenser og til at opfordre til, at der indsendes ansøgninger om yderligere licenser, hvis de finder, at tildeling af supplerende licenser er mulig [98]. Artikel 11, stk. 2, i direktiv 97/13 foreskriver, at afgifterne skal tage hensyn til behovet for at støtte udviklingen af nyskabende tjenester og konkurrence. Jeg udleder heraf, at en medlemsstat kan være forpligtet til — som det var tilfældet i den foreliggende sag — at sænke afgiften, hvis det er nødvendigt for at tiltrække supplerende ansøgere. I så fald skal den undersøge, om princippet om forbud mod forskelsbehandling [99] og forpligtelsen til at sikre lige konkurrencevilkår [100] pålægger en ændring af afgiftsbeløbet for de eksisterende licenser. Ingen bestemmelse i direktiv 97/13 pålægger gentagelse af tildelingen af alle licenserne fra starten, såfremt der udstedes en supplerende licens. Opbygningen af systemet i direktiv 97/13 foreskriver således, i hvert fald implicit, en ændring af afgiften for eksisterende licenser.

193. Appellanternes argument om, at tildelingsbetingelserne ikke kan ændres, må derfor forkastes. Henset til, at de fællesskabsretlige rammer ikke indeholder et princip om, at tildelingsbetingelserne ikke kan ændres, mener jeg ikke, at den omstændighed, at Orange og SFR på den ene side og Bouygues Télécom på den anden side var ansøgere i to

97 — Jf. punkt 124 i dette forslag til afgørelse.
98 — Jf. artikel 10, stk. 4, i direktiv 97/13.
99 — Jf. artikel 10, stk. 3, i direktiv 97/13.
100 — Jf. artikel 10, stk. 3, EF.

på hinanden følgende udbud, satte dem i en forskellig retlig situation i forhold til hinanden som omhandlet i princippet om forbud mod forskelsbehandling i artikel 11, stk. 2, i direktiv 97/13.

194. Under alle omstændigheder mener jeg, at anvendelsen af urørlighedsprincippet forudsætter licensvilkår af en tilstrækkeligt urørlig karakter. I det foreliggende tilfælde havde de franske myndigheder imidlertid garanteret en ændring af vilkårene for de licenser, der var tildelt Orange og SFR, før licenserne var tildelt Orange og SFR, og tilmed før fristen for Oranges og SFR's ret til at trække deres tilbud tilbage var udløbet [101]. Selv såfremt et »princip om urørlighed« fandt anvendelse, finder jeg ikke betingelserne for de licenser, der var tildelt Orange og SFR, som indeholdt et forbehold for ændringer [102], tilstrækkeligt urørlige.

195. Sammenfattende mener jeg, at i lyset af formålet med de fællesskabsretlige rammer befandt Orange og SFR på den ene side og Bouygues Télécom på den anden side sig ikke i en forskellig retlig situation. Den af de franske myndigheder anvendte metode var således ikke i strid med princippet om forbud mod forskelsbehandling i medfør af artikel 11, stk. 2, i direktiv 97/13.

101 — Jf. punkt 132-137 i dette forslag til afgørelse.
102 — Jf. punkt 137 i dette forslag til afgørelse.

196. Endelig skal appellanternes argument om, at overholdelsen af formålet med de fællesskabsretlige rammer for tildeling af UMTS-licenser ikke er omhandlet i artikel 87, stk. 2, EF, forkastes. Det drejer sig her om undersøgelsen af spørgsmålet, om der foreligger en selektiv fordel som omhandlet i artikel 87, stk. 1, EF, og ikke om en støttes forenelighed med fællesmarkedet i henhold til artikel 87, stk. 2, EF.

197. Jeg foreslår derfor at forkaste det fjerde anbringendes tredje led.

6. Ensartet procedure (det tredje anbringendes første led)

198. Med det tredje anbringendes første led har appellanterne kritiseret en fejl ved den retlige kvalifikation af de faktiske omstændigheder vedrørende procedurens ensartethed.

199. Kommissionen og Orange mener, at dette led må afvises fra realitetsbehandling. Det er korrekt, at spørgsmålet, om de to udbud skal bedømmes som en fælles procedure eller som to særskilte procedurer, umiddelbart kan synes at være en faktisk konstatering. Jeg mener imidlertid, at bag

dette faktuelle aspekt gemmer der sig et retsspørgsmål. Som jeg allerede har nævnt ovenfor [103], består en fejl ved den retlige kvalifikation af de faktiske omstændigheder i en urigtig anvendelse af en bestemmelse på de faktiske omstændigheder. En retlig fejl kan ikke alene bestå i en urigtig fortolkning af en retsregel, men også i, at en given faktisk situation kvalificeres fejlagtigt.

200. Da den pågældende bestemmelse er princippet om forbud mod forskelsbehandling som omhandlet i artikel 11, stk. 3, i direktiv 97/13, som forbyder anvendelsen af forskellige regler på sammenlignelige situationer eller anvendelsen af den samme regel på forskellige situationer, mener jeg, at spørgsmålet, om der var tale om en fælles procedure eller om to særskilte procedurer, faktisk skal fortolkes som spørgsmålet om, hvorvidt Orange og SFR som ansøgere i det første udbud og Bouygues Télécom som ansøger i det andet udbud kunne anses for at befinde sig i den samme situation som omhandlet i princippet om forbud mod forskelsbehandling ifølge artikel 11, stk. 3, i direktiv 97/13. Dette spørgsmål er et retsspørgsmål og kan derfor antages til realitetsbehandling.

201. Med hensyn til dette spørgsmåls berettigelse bemærker jeg, at det for at påvise en forskelsbehandling ikke er tilstrækkeligt at henvise til forskellene mellem to grupper. Det er nødvendigt, at omstændighederne er relevante, henset til formålet med de fællesskabsretlige rammer [104]. På baggrund af de argumenter, der er nævnt i forbindelse med gennemgangen af det fjerde anbringendes tredje led, som jeg henviser til [105], satte den omstændighed, at Orange og SFR var ansøgere i det første udbud og Bouygues Télécom ansøger i det andet, dem ikke i en forskellig situation som omhandlet i artikel 11, stk. 3, i direktiv 97/13.

202. Jeg foreslår herefter at forkaste det tredje anbringendes første led.

7. Status

203. Som konklusion foreslår jeg at forkaste det tredje og fjerde anbringende i deres helhed, med delvis erstatning af Rettens begrundelse.

B — *Det andet anbringende*

204. I sagen ved første instans gjorde appellanterne gældende, at den klage, som de havde indbragt for Kommissionen, frembød alvor-

103 — Jf. punkt 97 i dette forslag til afgørelse.
104 — Jf. punkt 123 og 184 i dette forslag til afgørelse.
105 — Jf. punkt 180-197 i dette forslag til afgørelse.

lige vanskeligheder, og at Kommissionen derfor skulle have indledt den formelle undersøgelsesfase som omhandlet i artikel 88, stk. 3, EF [106].

205. Retten har behandlet dette klagepunkt i den appellerede doms præmis 86-93. Den har anført, at den formelle undersøgelsesfase i medfør af artikel 88, stk. 3, EF er uundværlig, når Kommissionen støder på alvorlige vanskeligheder ved undersøgelsen af, om der foreligger støtte [107]. Retten har dernæst undersøgt, om appellanternes argumenter mod den anfægtede beslutning frembød alvorlige vanskeligheder [108]. I forbindelse med denne undersøgelse vurderede Retten først berettigelsen af appellanternes klagepunkter vedrørende en selektiv fordel og konstaterede dernæst, at Kommissionens vurdering ikke frembød en alvorlig vanskelighed [109]. Dernæst undersøgte Retten, om de franske myndigheder havde overholdt princippet om forbud mod forskelsbehandling. Den anførte, at denne undersøgelse ikke frembød alvorlige vanskeligheder [110].

206. Appellanterne har gjort gældende, at ved at anvende denne fremgangsmåde havde Kommissionen sammenblandet vurderingen af en alvorlig vanskelighed med vurderingen af beslutningens berettigelse.

106 — Jf. den appellerede doms præmis 87.
107 — Jf. den appellerede doms præmis 89-91.
108 — Jf. den appellerede doms præmis 93.
109 — Jf den appellerede doms præmis 126.
110 — Jf. den appellerede doms præmis 155.

207. Det skal for det første bemærkes, at ifølge retspraksis kan Kommissionen begrænse undersøgelsen af en statslig foranstaltning til den indledende fase, hvis den efter en første undersøgelse når til den overbevisning, at foranstaltningen ikke udgør en støtte som omhandlet i artikel 87, stk. 1, EF eller under alle omstændigheder er forenelig med fællesmarkedet [111]. Hvis den første undersøgelse derimod ikke har givet den mulighed for at overvinde alle de frembudte vanskeligheder, er den forpligtet til at indlede den formelle undersøgelsesprocedure [112].

208. Begrebet alvorlig vanskelighed har en objektiv karakter. Sådanne vanskeligheder skal undersøges såvel med udgangspunkt i omstændighederne ved vedtagelsen af den pågældende statslige foranstaltning som i dens indhold [113]. Det tilkommer således Kommissionen på baggrund af sagens faktiske og retlige omstændigheder at afgøre, om det på grund af de vanskeligheder, der er opstået under undersøgelsen af den statslige foranstaltning, er nødvendigt at indlede den formelle undersøgelsesprocedure [114]. Selv om

111 — Domstolens dom af 2.4.1998, sag C-367/95 P, Kommissionen mod Sytraval og Brink's France, Sml. I, s. 1719, præmis 38 og 39, Rettens dom af 12.2.2008, sag T-289/03, BUPA m.fl. mod Kommissionen, Sml. II, s. 81, præmis 329, af 1.12.2004, sag T-27/02, Kronofrance mod Kommissionen, Sml. II, s. 4177, præmis 52, og af 8.11.1990, sag T-73/89, Barbi mod Kommissionen, Sml. II, s. 619, præmis 42. For en detaljeret undersøgelse af forholdet mellem den indledende fase og den formelle undersøgelsesprocedure, jf. punkt 17-19 i generaladvokat Tesauros forslag til afgørelse fremsat den 31.3.1993 i sag C-198/91, Cook mod Kommissionen (dom af 19.5.1993, Sml. I, s. 2487), og punkt 37 og 38 i generaladvokat Van Gervens forslag til afgørelse fremsat den 28.4.1993 i sag C-225/91, Matra mod Kommissionen (dom af 15.6.1993, Sml. I, s. 3203).
112 — Dom af 15.9.1998, sag T-11/95, BP Chemicals mod Kommissionen, Sml. II, s. 3235, præmis 166, af 18.9.1995, sag T-49/93, SIDE mod Kommissionen, Sml. II, s. 2501, præmis 58, og af 15.3.2001, sag T-73/98, Prayon-Rupel mod Kommissionen, Sml. II, s. 867, præmis 42.
113 — Dommen i sagen Prayon-Rupel mod Kommissionen, nævnt ovenfor i fodnote 112, præmis 47.
114 — Dommen i sagen Prayon-Rupel mod Kommissionen, nævnt ovenfor i fodnote 112, præmis 43.

Kommissionen er bundet med hensyn til beslutningen om at indlede en formel undersøgelsesprocedure, har den en vis skønsmargen i forbindelse med undersøgelsen af den konkrete sags omstændigheder for at afgøre, om de giver anledning til alvorlige vanskeligheder [115].

209. Selv om Domstolen ikke endeligt har defineret, hvori alvorlige vanskeligheder består [116], bemærker jeg, at de følgende tre typer indicier er anvendt i retspraksis.

210. En første type indicium kan følge af indholdet af drøftelserne mellem Kommissionen og medlemsstaten i den indledende undersøgelsesfase [117].

211. Jeg bemærker, at Retten har henvist til processkrifterne i sagen, hvori Kommissionen har nævnt en usædvanlig mangfoldighed [118]. Retten har imidlertid udtalt, at disse skrifter ikke vedrørte den omtvistede foranstaltning, men andre foranstaltninger, som gav anledning til indledning af en formel undersøgelsesprocedure. Dette indicium viste således ikke, at der forelå alvorlige vanskeligheder. Jeg konstaterer, at appellanterne ikke har rejst tvivl om denne konstatering fra Rettens side [119].

212. En anden type indicium er den tid, der er forløbet under den indledende undersøgelsesfase i den foreliggende sag.

213. Når denne periode har overskredet den frist, som en indledende fase normalt indebærer, kan det være et indicium på en alvorlig vanskelighed [120]. I den appellerede doms præmis 158-160 har Retten udtalt, at i betragtning af Kommissionens arbejdsbyrde, som navnlig skyldtes appellanternes andre klager, havde den ikke brugt urimelig lang tid. Retten har således konstateret, i hvert fald implicit, at den forløbne tid ikke tydede på en alvorlig vanskelighed. Appellanterne har heller ikke rejst tvivl om Rettens analyse på dette punkt.

214. En tredje type indicium, som kan tyde på alvorlige vanskeligheder, er de vurderinger, som Kommissionen har lagt til grund for

115 — Dommen i sagen Prayon-Rupel mod Kommissionen, nævnt ovenfor i fodnote 112, præmis 43.

116 — Jf. punkt 43 i generaladvokat Albers forslag til afgørelse fremsat den 18.5.2000 i sag C-204/97, Portugal mod Kommissionen (dom af 3.5.2001, Sml. I, s. 3175).

117 — Jf. punkt 45 i generaladvokat Van Gervens forslag til afgørelse af 28.4.1993 i sagen Matra mod Kommissionen, nævnt ovenfor i fodnote 111, og Rettens dom af 10.5.2000, sag T-46/97, SIC mod Kommissionen, Sml. II, s. 2125, præmis 4.

118 — Jf. den appellerede doms præmis 157.

119 — Appellanterne henviser i deres appelskrift kun til præmis 93, 94, 126 og 155 i den appellerede dom.

120 — Dom af 20.3.1984, sag 84/82, Tyskland mod Kommissionen, Sml. s. 1451, præmis 15-17, dommen i sagen SIC mod Kommissionen, nævnt ovenfor i fodnote 117, præmis 102-107, og i sagen Prayon-Rupel mod Kommissionen, nævnt ovenfor i fodnote 112, præmis 53-85, samt generaladvokat Albers forslag til afgørelse af 18.5.2000 i sagen Portugal mod Kommissionen, nævnt ovenfor i fodnote 116, punkt 43.

vedtagelsen af en beslutning ved afslutningen af den foreløbige undersøgelse. Disse vurderinger kan frembyde vanskeligheder, der kan begrunde indledningen af den formelle undersøgelsesprocedure [121].

215. Prøvelsen af dette indicium forudsætter således efter min mening, at de materielle vurderinger, som Kommissionen har lagt til grund, identificeres, og det dernæst undersøges, om Kommissionen rådede over de elementer, der var nødvendige for de vurderinger, den lagde til grund [122].

216. På baggrund af ovenstående betragtninger mener jeg ikke, at Retten har foretaget en urigtig retsanvendelse ved at gå frem, som den har gjort det i den foreliggende sag. Det forekommer mig snarere, at den af Retten anvendte metode er nødvendig. Da det tilkommer Kommissionen at vælge de betragtninger, som den lægger til grund for en beslutning, skal de vurderinger, som Kommissionen har lagt til grund for sin beslutning, først identificeres, og dernæst skal det vurderes, om den rådede over tilstrækkelige elementer til at godtgøre de relevante vurderinger.

121 — Dommen i sagen Cook mod Kommissionen, nævnt ovenfor i fodnote 111, præmis 31, i sagen SIC mod Kommissionen, nævnt ovenfor i fodnote 116, præmis 74-85, og i sagen Prayon-Rupel mod Kommissionen, nævnt ovenfor i fodnote 112, præmis 86-107, samt generaladvokat Albers forslag til afgørelse i sagen Portugal mod Kommissionen, nævnt ovenfor i fodnote 116, punkt 45-51.

122 — Jf. Rettens fremgangsmåde i dom af 13.1.2004, sag T-158/99, Thermenhotel Stoiser Franz m.fl. mod Kommissionen, Sml. II, s. 1.

217. Med hensyn til kritikken af, at denne konstatering kun var formel, mener jeg ikke, at en bred begrundelse er nødvendig, hvis den materielle analyse af Kommissionens vurderinger viser, at den havde alle de nødvendige elementer til sin rådighed.

218. Som konklusion bemærker jeg, at Retten har taget hensyn til de tre typiske indicier, der kan angive en alvorlig vanskelighed, og at ingen af disse indicier angav en alvorlig vanskelighed. Med hensyn til det tredje indicium, som appellanterne har gjort gældende, mener jeg ikke, at Rettens metode har behæftet dens dom med en urigtig retsanvendelse.

219. Endvidere har appellanterne gjort gældende, at Retten delvis havde nægtet at anerkende den omtvistede beslutning ved selv at søge komplekse erstatningsvurderinger. Dette viste, at en formel undersøgelsesprocedure havde været nødvendig.

220. Jeg bemærker for det første, at det ikke er det forhold, at de nødvendige vurderinger er komplekse, som pålægger indledningen af en formel undersøgelsesprocedure [123]. Indledningen af en formel undersøgelsesprocedure er kun nødvendig, hvis Kommissionen støder på alvorlige vanskeligheder i forbindelse med de vurderinger, som den lægger til grund for

123 — Dommen i sagen BUPA m.fl., nævnt ovenfor i fodnote 111, præmis 333.

sin beslutning. Det er derfor kun i tilfælde, hvor Kommissionen ikke har kunnet overvinde disse vanskeligheder i den indledende undersøgelsesfase, at en formel undersøgelsesprocedure er nødvendig.

221. For det andet har appellanterne gjort gældende, at Retten har nægtet at anerkende Kommissionens begrundelse og har ladet sin egen begrundelse træde i stedet for Kommissionens. Hvis denne påstand var begrundet, ville den i sig selv udgøre en urigtig retsanvendelse, som kunne føre til ophævelse af den appellerede dom. Retten har ikke myndighed til at erstatte Kommissionens begrundelse med sin egen begrundelse [124]. Berettigelsen af denne påstand skal derfor undersøges.

222. For det første med hensyn til appellanternes kritik, hvorefter Retten havde rejst tvivl om Kommissionens argumentation vedrørende licensernes økonomiske værdi, bemærker jeg, at denne kritik vedrører de argumenter, som Kommissionen fremsatte under retsmødet [125]. Kommissionens beslutning var imidlertid baseret på licensernes usikre karakter [126], på uundgåeligheden af de franske myndigheders foranstaltninger på grund af arten og opbygningen af de fællesskabsretlige rammer [127] og på argumentet om, at licenserne ikke måtte overføres til markedspris [128]. Anfægtelsen af argumenterne vedrørende licensernes økonomiske værdi påvirker derfor ikke den omtvistede beslutnings begrundelse.

223. Dernæst har appellanterne anført, at Retten i præmis 113-121 i den appellerede dom har erstattet Kommissionens vurdering med sin egen vurdering af, at der ikke forelå en selektiv fordel på grund af den tidligere licenstildeling. Jeg bemærker i denne forbindelse, at Rettens begrundelse i præmis 113-121 er urigtig. Såvel ifølge Rettens subsidiære begrundelse i den appellerede doms præmis 123-125 som ifølge Kommissionens begrundelse i den omtvistede beslutning [129] er manglen på en selektiv fordel dog baseret på argumentet, hvorefter anvendelsen af de samme vilkår på alle operatørerne var uundgåelig i henhold til reglerne i de fællesskabsretlige rammer.

224. Med hensyn til forskellen i Oranges og SFR's risici som ansøgere i det første udbud i forhold til Bouygues Télécom, beskrevet i den appellerede doms præmis 131 og 132, drejer det sig om et subsidiært argument fremsat af Retten, idet det afgørende argument var uundgåeligheden af det delvise afkald og af anvendelsen af de samme vilkår ifølge opbygningen af de fællesskabsretlige rammer.

124 — K. Lenaerts, D. Arts og I. Maselis, op. cit., jf. fodnote 22 ovenfor, s. 456, punkt 16-005.

125 — Som Retten udtrykkeligt har anført i den appellerede doms præmis 105, har den rejst tvivl om de af Kommissionen fremførte argumenter under retsmødet. Retten har ikke henvist til den omtvistede beslutnings begrundelse.

126 — Jf. punkt 27 i den omtvistede beslutning.

127 — Jf. punkt 28 i den omtvistede beslutning.

128 — Jf. punkt 29 i den omtvistede beslutning.

129 — Jf. punkt 28 i den omtvistede beslutning.

225. Endelig med hensyn til analysen af de franske myndigheders forskellige muligheder bemærker jeg, at Kommissionen havde taget hensyn til disse muligheder,, bl.a. i punkt 11, 12, 22, 23 og 26-28 i den omtvistede beslutning, og at Retten derfor ikke har erstattet Kommissionens begrundelse med sin egen begrundelse.

226. Det følger af ovenstående betragtninger, at kritikken af erstatningen af grundene ikke er begrundet. Appellanterne kan derfor ikke basere sig på dette argument for at hævde, at Kommissionen var stødt på alvorlige vanskeligheder.

227. Jeg foreslår derfor at forkaste appellanternes andet anbringende som ugrundet.

C — *Det første anbringende*

228. Ifølge appellanterne har Retten tilsidesat begrundelsespligten.

229. Det bemærkes, at begrundelsen for Rettens domme klart og entydigt skal vise argumentationenb, således at de interesserede får mulighed for at få kendskab til begrundelserne for den dom, den har afsagt, og den kompetente retsinstans for at udøve domstolskontrol [130].

230. Appellanterne har kritiseret, at Retten har støttet sig på undtagelsen begrundet i systemets art og opbygning uden at beskrive systemets opbygning i tilstrækkelig grad. Rettens beskrivelse af systemet var ikke tilstrækkeligt detaljeret, og den var selvmodsigende.

231. Selv om jeg mener, at hele undtagelsen begrundet i systemets art og opbygning skal begrundes udtrykkeligt, finder jeg ikke appellanternes kritik begrundet i den foreliggende sag.

232. Retten har beskrevet de relevante elementer i de fællesskabsretlige rammer og de forpligtelser, der fulgte heraf for de franske myndigheder [131]. Da de fællesskabsretlige rammer forfulgte flere formål (bl.a. søgningen efter fire operatører for at sikre tilstrækkelig konkurrence [132], overholdelsen af princippet

130 — Dom af 20.2.1997, sag C-166/95 P, Kommissionen mod Daffix, Sml. I, s. 983, præmis 24, af 7.5.1998, sag C-401/96 P, Somaco mod Kommissionen, Sml. I, s. 2587, præmis 53, og af 13.12.2001, sag C-446/00 P, Cubero Vermurie mod Kommissionen, Sml. I, s. 10315, præmis 20, samt K. Lenaerts, D. Arts og I. Maselis, op. cit., jf. fodnote 22 ovenfor, s. 457, punkt 16-008.

131 — Jf. bl.a. beskrivelsen af de fællesskabsretlige rammer i den appellerede doms præmis 2-8 samt i den appellerede doms præmis 108-112, 123-125 og 134-148.

132 — Jf. bl.a. den appellerede doms præmis 134.

om forbud mod forskelsbehandling [133] og princippet om fri konkurrence [134], samt overholdelse af fristen den 1.1.2002 [135]), gør den omstændighed, at Retten har henvist til de forskellige formål med dette system, ikke dens begrundelse selvmodsigende.

233. For det andet har appellanterne gjort gældende, at Retten ikke i tilstrækkelig grad havde detaljeret årsagsforbindelsen mellem systemets art og opbygning og det delvise afkald på fordringen på Orange og SFR.

234. Jeg bemærker i den forbindelse, at for at forklare den uundgåelige karakter af det delvise afkald på fordringen på Orange og SFR på grund af arten og opbygningen af de fællesskabsretlige rammer var det ikke nødvendigt at henvise til alle elementerne i de fællesskabsretlige rammer. Det var tilstrækkeligt at henvise til princippet om ligebehandling af operatørerne ved fastsættelsen af afgiften og nødvendigheden af at udvikle en effektiv konkurrence [136].

235. Selv om appellanterne for det tredje ikke udtrykkeligt har kritiseret det forhold, at Retten ikke i tilstrækkelig grad havde detaljeret årsagsforbindelsen mellem arten og opbygningen af systemet og den tidligere tildeling af licenserne til Orange og SFR, skal jeg for fuldstændighedens skyld også behandle dette klagepunkt.

236. Det er korrekt, at Retten ikke i den appellerede doms præmis 123-125 har forklaret, hvorfor den tidligere tildeling var uundværlig [137]. Retten har imidlertid givet en sådan forklaring i den appellerede doms præmis 139-142, hvori den har henvist til de franske myndigheders forpligtelse til at overholde fristen den 1. januar 2002. Appellanterne havde således mulighed for at få kendskab til grunden til uundgåeligheden af den tidligere tildeling af licenserne, og Domstolen havde mulighed for at udøve domstolskontrol. Som følge heraf udgør den omstændighed, at Retten ikke har nævnt grunden til uundgåeligheden i den appellerede doms præmis 139-142, ikke en reel tilsidesættelse af begrundelsespligten.

237. Efter min opfattelse er det første anbringende ugrundet. Jeg foreslår derfor at forkaste det.

133 — Jf. bl.a. den appellerede doms præmis 108.
134 — Jf. bl.a. den appellerede doms præmis 108 og 134.
135 — Jf. bl.a. den appellerede doms præmis 141 og 142.
136 — Jf. punkt 106, 107 og 118-124 i dette forslag til afgørelse.
137 — Som nævnt ovenfor (jf. punkt 157 i dette forslag til afgørelse), har Retten i disse præmisser kun forklaret, hvorfor anvendelsen af samme betingelser for licenserne til Orange, SFR og Bouygues Télécom var uundgåelig.

D — *Status*

238. Efter min opfattelse skal alle appellanternes anbringender forkastes. Appellanternes appel skal derfor forkastes i sin helhed.

VII — Sagens omkostninger

239. I henhold til procesreglementets artikel 69, stk. 2, der i medfør af artikel 118 finder tilsvarende anvendelse i appelsager, pålægges det den tabende part at betale sagens omkostninger, hvis der er nedlagt påstand herom. I medfør af artikel 69, stk. 4, første afsnit, bærer de medlemsstater, som er indtrådt i sagen, deres egne omkostninger.

240. Da Kommissionen, den franske regering, Orange og SFR har nedlagt påstand om, at Bouygues og Bouygues Télécom tilpligtes at betale sagens omkostninger, og da sidstnævnte har tabt sagen, bør de pålægges at betale omkostningerne.

241. Den Franske Republik bærer sine egne omkostninger.

VIII — Forslag til afgørelse

242. På baggrund af ovenstående betragtninger foreslår jeg Domstolen at træffe følgende afgørelse:

»1) Appellen forkastes.

2) Appellanterne betaler sagens omkostninger.

3) Den Franske Republik bærer sine egne omkostninger.«