CONCLUSÕES DA ADVOGADA-GERAL
V. TRSTENJAK
apresentadas em 8 de Outubro de 2008 [1]

Índice

I — Quadro jurídico . . . . . I - 2670

II — Antecedentes do litígio . . . . . I - 2673

A — Atribuição das licenças UMTS . . . . . I - 2673

B — Procedimento na Comissão e decisão controvertida . . . . . I - 2674

III — Tramitação processual no Tribunal de Primeira Instância e acórdão recorrido . . . . I - 2675

IV — Pedidos no processo no Tribunal de Justiça . . . . . I - 2676

V — Recurso das recorrentes para o Tribunal de Justiça e argumentos das partes . . . . . I - 2678

A — Quanto ao primeiro fundamento . . . . . I - 2678

B — Quanto ao segundo fundamento . . . . . I - 2678

C — Quanto ao terceiro fundamento . . . . . I - 2679

1. Quanto à primeira vertente . . . . . I - 2680

2. Quanto à segunda vertente . . . . . I - 2681

3. Quanto à terceira vertente . . . . . I - 2681

D — Quanto ao quarto fundamento . . . . . I - 2682

1. Quanto à primeira vertente . . . . . I - 2682

2. Quanto à segunda vertente . . . . . I - 2683

3. Quanto à terceira vertente . . . . . I - 2684

VI — Apreciação jurídica . . . . . I - 2686

1 — Língua original: francês.

A — Quanto ao terceiro e quarto fundamentos . . . . . I - 2686

1. Conteúdo do ofício de 22 de Fevereiro de 2001 (terceira vertente do terceiro fundamento) . . . . . I - 2687

2. Renúncia parcial aos créditos sobre a Orange e a SFR e excepção assente na economia do sistema (primeira vertente do quarto fundamento) . . . . . I - 2689

a) Aplicabilidade e base legal, no caso vertente, da excepção assente na natureza e na economia do sistema . . . . . I - 2690

b) Aplicação da excepção baseada na natureza e na economia do enquadramento comunitário . . . . . I - 2692

c) Balanço . . . . . I - 2694

3. Carácter incerto dos créditos (segunda vertente do terceiro fundamento) I - 2694

4. Vantagem selectiva temporal (segunda vertente do quarto fundamento) . . I - 2696

a) Conceito de vantagem na acepção do artigo 87.º, n.º 1, CE . . . . . I - 2697

b) Argumento baseado na excepção assente na natureza e na economia do enquadramento comunitário . . . . . I - 2699

i) Inevitabilidade da atribuição anterior das licenças à Orange e à SFR I - 2700

ii) Inevitabilidade da aplicação de condições idênticas à Orange, à SFR e à Bouygues Télécom em 3 de Dezembro de 2002 . . . . . I - 2701

c) Balanço . . . . . I - 2704

5. O princípio da não discriminação (terceira vertente do quarto fundamento) I - 2704

6. Unicidade do procedimento (primeira vertente do terceiro fundamento) . I - 2707

7. Balanço . . . . . I - 2708

B — Quanto ao segundo fundamento . . . . . I - 2708

C — Quanto ao primeiro fundamento . . . . . I - 2713

D — Balanço . . . . . I - 2715

VII — Quanto às despesas . . . . . I - 2715

VIII — Conclusões . . . . . I - 2715

1. No presente recurso, a Bouygues SA e a Bouygues Télécom SA (a seguir «recorrentes») pedem ao Tribunal de Justiça que anule o acórdão de 4 de Julho de 2007, Bouygues e Bouygues Télécom/Comissão (T-475/04, a seguir «acórdão recorrido») [2], através do qual o Tribunal de Primeira Instância das Comunidades Europeias negou provimento ao recurso em que pedem a anulação da Decisão da Comissão de 20 de Julho de 2004 (Auxílio de Estado NN 42/2004 — França) (a seguir «decisão controvertida»), relativa à alteração retroactiva das taxas devidas pela Orange e a SFR respeitante às licenças Universal Mobile Telecommunications System («UMTS») [3].

I — Quadro jurídico

2. Nos termos do artigo 87.º, n.º 1, CE:

«Salvo disposição em contrário do presente Tratado, são incompatíveis com o mercado comum, na medida em que afectem as trocas comerciais entre os Estados-Membros, os auxílios concedidos pelos Estados ou provenientes de recursos estatais, independentemente da forma que assumam, que falseiem ou ameacem falsear a concorrência, favorecendo certas empresas ou certas produções.»

3. O artigo 88.º, n.º 3, CE estipula:

«Para que possa apresentar as suas observações, deve a Comissão ser informada atempadamente dos projectos relativos à instituição ou alteração de quaisquer auxílios. Se a Comissão considerar que determinado projecto de auxílio não é compatível com o mercado comum nos termos do artigo 87.º, deve sem demora dar início ao procedimento previsto no número anterior. O Estado-Membro em causa não pode pôr em execução as medidas projectadas antes de tal procedimento haver sido objecto de uma decisão final.»

4. A utilização do espectro radioeléctrico para a prestação de serviços UMTS é regulada pela Directiva 97/13/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 10 de Abril de 1997, relativa a um quadro comum para autorizações gerais e licenças individuais no domínio dos serviços de telecomunicações [4], e pela Decisão n.º 128/1999/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 14 de Dezembro de 1998, relativa à introdução coordenada de um sistema de comunicações móveis e sem fios (UMTS) de terceira geração na Comunidade [5].

2 — Colect., p. II-2097.
3 — JO 2005, C 275, p. 3.
4 — JO L 117, p. 15.
5 — JO 1999, L 17, p. 1.

5. O artigo 3.º, n.º 3, da Directiva 97/13 prevê:

«Os Estados-Membros devem zelar por que os serviços de telecomunicações e/ou as redes de telecomunicações possam ser oferecidos sem necessidade de autorização ou com base em autorizações gerais eventualmente complementadas por direitos e obrigações que exijam uma avaliação individual dos pedidos e dêem origem a uma ou mais licenças individuais. Os Estados-Membros apenas podem emitir uma licença individual quando o beneficiário aceder a recursos escassos, físicos ou de outra natureza, ou estiver sujeito a obrigações especiais ou gozar de direitos especiais, em conformidade com o disposto na secção III.»

6. O artigo 8.º, n.º 4, da Directiva 97/13 tem a seguinte redacção:

«Os Estados-Membros podem alterar as condições associadas a uma licença individual em casos objectivamente justificados e de modo proporcionado. Para o efeito, devem anunciar com a devida antecedência a sua intenção de o fazer e permitir que as partes interessadas apresentem as suas observações sobre as alterações previstas.»

7. O artigo 9.º, n.º 2, da Directiva 97/13 estipula:

«Caso um Estado-Membro tencione conceder licenças individuais, deve fazê-lo:

— através de procedimentos abertos, não discriminatórios e transparentes e, para esse efeito, deve submeter todos os requerentes ao mesmo procedimento, a menos que exista um motivo objectivo para diferenciação […]»

8. O artigo 10.º, n.ºs 1, 3 e 4, da Directiva 97/13 dispõe:

«1. Os Estados-Membros apenas podem limitar o número de licenças individuais para qualquer categoria de serviços de telecomunicações e para o estabelecimento e/ou a exploração de uma infra-estrutura de telecomunicações na medida do necessário para garantir uma utilização eficiente das radiofrequências ou, pelo período necessário, para a disponibilização de números suficientes, em conformidade com o direito comunitário.

[…]

3. Os Estados-Membros devem conceder licenças individuais com base em critérios de selecção objectivos, não discriminatórios, proporcionais, transparentes e pormenorizados. A selecção deve ter em devida conta a necessidade de promover o desenvolvimento da concorrência e maximizar os benefícios para os utilizadores. […]

4. Caso um Estado-Membro constate, por iniciativa própria ou na sequência de um pedido de uma empresa, quer à data da entrada em vigor da presente directiva quer posteriormente, que o número de licenças individuais pode ser aumentado, deverá publicar esse facto e lançar um convite à apresentação de pedidos de novas licenças.»

9. O artigo 11.º, n.º 2, da Directiva 97/13 prevê:

«[…] quando forem utilizados recursos escassos, os Estados-Membros poderão permitir que as suas autoridades reguladoras nacionais imponham encargos que reflictam a necessidade de assegurar a utilização óptima desses recursos. Esses encargos devem ser não discriminatórios e devem ter particularmente em conta a necessidade de fomentar o desenvolvimento de serviços inovadores e a concorrência».

10. A Decisão n.º 128/1999, nos termos do seu artigo 1.º, tem por objectivo «facilitar a introdução rápida e coordenada de redes e serviços UMTS compatíveis entre si na Comunidade». O artigo 3.º, n.º 1, dessa decisão tem a seguinte redacção:

«Os Estados-Membros tomarão todas as medidas necessárias para, nos termos do artigo 1.º da Directiva 97/13/CE, permitir a introdução coordenada e progressiva de serviços UMTS no seu território o mais tardar a partir de 1 de Janeiro de 2002.»

11. As disposições supramencionadas da Directiva 97/13 e da Decisão n.º 128/1999 serão subsequentemente designadas por «enquadramento comunitário».

II — Antecedentes do litígio

A — *Atribuição das licenças UMTS*

12. Por decisão de 28 de Julho de 2000, as autoridades francesas abriram concurso para quatro licenças UMTS. As licenças teriam a duração de quinze anos. A taxa por licença ascenderia a um montante total acumulado de 4,95 mil milhões de euros. As quatro licenças seriam atribuídas segundo o procedimento da «análise comparativa das propostas». Este método permitia às autoridades francesas escolher, de entre os operadores que tivessem declarado estarem prontos a pagar 4,95 mil milhões de euros, aqueles que tivessem assumido os compromissos mais importantes quanto a uma série de critérios como a amplitude e a rapidez da instalação da rede, a qualidade dos serviços prestados e as acções destinadas a preservar o ambiente.

13. A data-limite para a apresentação de candidaturas foi fixada em 31 de Janeiro de 2001, podendo os candidatos retirar as suas candidaturas até 31 de Maio de 2001. Em 31 de Janeiro de 2001, só tinham sido apresentados dois processos de candidatura, a saber, o da Société française du radiotéléphone — SFR (a seguir «SFR») e o da sociedade France Télécom mobiles (que, alguns meses mais tarde, se tornou na sociedade Orange France, a seguir «Orange»). Os outros operadores renunciaram à apresentação de candidaturas, sobretudo por causa do montante elevado das taxas.

14. Consequentemente, a Autoridade Reguladora das Telecomunicações (a seguir «ART») indicou, num comunicado de imprensa de 31 de Janeiro de 2001 (isto é, na data do termo do prazo para a apresentação de candidaturas), que, a fim de promover o desenvolvimento de uma verdadeira concorrência, pretendida pelos diplomas tanto comunitários como franceses, era necessário um segundo concurso complementar para alcançar o objectivo de atribuir quatro licenças.

15. Perante isto, a Orange e a SFR chamaram a atenção do Ministro da Economia e das Finanças e do Secretário de Estado da Indústria para a necessidade de respeitar o princípio da igualdade face aos encargos públicos e o princípio da concorrência efectiva entre os operadores, quando da decisão sobre as condições das futuras licenças.

16. Por dois ofícios de 22 de Fevereiro de 2001, idênticos nos seus termos, o Ministro da Economia e das Finanças e o Secretário de Estado da Indústria asseguraram à SFR e à Orange que o Governo francês concordava com elas quanto ao duplo objectivo do respeito pelo princípio da igualdade face aos encargos públicos e pelo princípio da concorrência efectiva entre operadores e que as modalidades do segundo concurso garantiriam um tratamento equitativo dos operadores a quem no final seriam atribuídas licenças.

17. Em 31 de Maio de 2001, a ART anunciou que a Orange e a SFR tinham sido admitidas ao primeiro concurso. A ART propunha ao governo que abrisse o segundo concurso, o mais tardar, no segundo semestre de 2002, esclarecendo que esse segundo concurso devia levar em conta a exigência da igualdade de condições, nomeadamente financeiras, entre todos os operadores.

18. Em 18 de Julho de 2001, foram atribuídas as duas primeiras licenças à SFR e à Orange. Estas duas licenças foram emitidas nas condições previstas no primeiro concurso [6].

19. Em 14 de Dezembro de 2001, foi lançado o segundo concurso. No aviso de abertura do concurso, a ART referia que as condições deste último se inscreviam na continuidade das condições do primeiro concurso e se destinavam a garantir, em particular, o respeito pelo princípio da igualdade entre os operadores. A ART recomendava igualmente a alteração das condições das licenças dos candidatos ao primeiro concurso.

20. Em 16 de Maio de 2002, data do termo do prazo para a apresentação de candidaturas ao segundo concurso, só a Bouygues Télécom tinha apresentado a sua proposta. Em 27 de Setembro de 2002, a ART decidiu admitir a candidatura da Bouygues Télécom. Por falta de candidatos, a quarta licença UMTS não foi atribuída.

21. Por portarias de 3 de Dezembro de 2002, a terceira licença UMTS foi atribuída à Bouygues Télécom e as condições das licenças da Orange e da SFR foram alinhadas pelas condições da licença atribuída à Bouygues Télécom (a seguir «alteração controvertida»). Todas as licenças tinham, pois, a duração de 20 anos e uma taxa dividida em duas fracções: a primeira, no montante de 619 milhões de euros, a pagar quando da emissão da licença, e a segunda, a pagar anualmente pela utilização das frequências e calculada em percentagem do volume de negócios realizado com base nas referidas frequências [7].

B — *Procedimento na Comissão e decisão controvertida*

22. Em 4 de Outubro de 2002, a Comissão recebeu uma denúncia das recorrentes contra a alteração controvertida. Na denúncia, as recorrentes sustentaram que a alteração controvertida constituía um auxílio de Estado, na acepção do artigo 87.º CE. Esta denúncia era uma entre várias denúncias das recorrentes contra as medidas do Estado francês relativas à France Télécom.

6 — V. n.º 12 das presentes conclusões.

7 — Para outras alterações das condições de natureza técnica, v. n.º 17 da decisão controvertida.

23. Em 31 de Janeiro de 2003, a Comissão abriu um procedimento formal de exame [8] relativamente a algumas dessas medidas. A alteração controvertida não figurava entre essas medidas. Em 12 de Novembro de 2003, as recorrentes notificaram a Comissão para tomar posição sobre a sua denúncia contra a alteração controvertida. Em 21 de Fevereiro, as recorrentes intentaram no Tribunal de Primeira Instância uma acção por omissão, pedindo que fosse declarada a omissão, por parte da Comissão, de decidir sobre a denúncia. Por despacho de 14 de Fevereiro de 2005 [9], o Tribunal de Primeira Instância julgou essa acção inadmissível.

24. Na decisão controvertida, a Comissão decidiu não levantar objecções à alteração controvertida, em consonância com o artigo 88.º, n.º 3, CE. Baseou essa decisão no entendimento de que a alteração controvertida não constituía um auxílio de Estado na acepção do artigo 87.º, n.º 1, CE.

III — Tramitação processual no Tribunal de Primeira Instância e acórdão recorrido

25. Em 24 de Novembro de 2004, as recorrentes interpuseram recurso de anulação da decisão controvertida no Tribunal de Primeira Instância. Foi admitida a intervenção da República Francesa, da Orange e da SFR, em apoio dos pedidos da Comissão.

26. As recorrentes invocaram dois fundamentos de recurso, a saber, que a alteração controvertida constitui um auxílio de Estado, na acepção do artigo 87.º, n.º 1, CE, e que, uma vez que o processo suscita dificuldades sérias, a Comissão devia ter aberto a fase formal de exame, na acepção do artigo 88.º, n.º 2, CE.

27. Pelo acórdão recorrido, o Tribunal de Primeira Instância negou provimento ao recurso.

28. O mesmo Tribunal confirmou a conclusão da Comissão quanto à inexistência de uma vantagem selectiva, baseando-se nos fundamentos a seguir descritos.

29. Em primeiro lugar, o Tribunal de Primeira Instância examinou se as medidas das autoridades francesas tinham proporcionado uma vantagem selectiva à Orange e à SFR [10]. Neste contexto, o Tribunal de Primeira Instância começou por examinar se a renúncia parcial, pelo Estado francês, aos créditos sobre a

8 — Procedimento referido no artigo 88.º, n.º 2, CE.

9 — Despacho de 14 de Fevereiro de 2005, Bouygues e Bouygues Télécom/Comissão (T-81/04).

10 — V. n.os 95 a 126 do acórdão recorrido.

Orange e a SFR tinha constituído uma vantagem selectiva [11]. Respondeu negativamente, com fundamento no carácter incerto dos créditos em causa [12] e na constatação de que a renúncia parcial se tinha devido, inevitavelmente, à natureza e à economia do sistema [13].

30. Seguidamente, o Tribunal de Primeira Instância examinou se a anterior atribuição de licenças à Orange e à SFR tinha constituído uma vantagem selectiva [14]. O Tribunal de Primeira Instância respondeu outra vez negativamente, com fundamento em que a Orange e a SFR não tinham nenhuma vantagem concorrencial sobre a Bouygues Télécom [15] e na necessidade de evitar uma discriminação entre, por um lado, a Orange e a SFR e, por outro, a Bouygues Télécom, discriminação essa que desrespeitava a Directiva 97/13 [16].

31. Em segundo lugar, o Tribunal de Primeira Instância examinou a objecção das recorrentes de que as autoridades francesas não tinham respeitado o princípio da não discriminação [17], e julgou improcedente essa objecção [18].

32. Quanto ao vício processual, segundo o qual Comissão devia ter aberto uma fase formal de exame, o Tribunal de Primeira Instância entendeu que o processo não suscitava dificuldades sérias e que não era necessária a abertura de uma fase formal de exame [19].

IV — Pedidos no processo no Tribunal de Justiça

33. As recorrentes pedem que o Tribunal de Justiça se digne:

— anular o acórdão recorrido;

— subsidiariamente, remeter o processo ao Tribunal de Primeira Instância, para que profira nova decisão, levando em conta o ponto de vista jurídico desenvolvido pelo Tribunal de Justiça;

— condenar a Comissão na totalidade das despesas.

11 — V. n.os 106 a 112 do acórdão recorrido.
12 — V. n.º 107 do acórdão recorrido.
13 — V. n.os 108 a 112 do acórdão recorrido.
14 — V. n.os 113 a 125 do acórdão recorrido.
15 — V. n.os 115 a 122 do acórdão recorrido.
16 — V. n.os 123 a 125 do acórdão recorrido.
17 — V. n.os 127 a 154 do acórdão recorrido.
18 — V. n.º 155 do acórdão recorrido.
19 — V. n.os 86 a 93, 126 e 155 a 160 do acórdão recorrido.

34. A Comissão conclui pedindo que o Tribunal de Justiça se digne:

— julgar o recurso parcialmente inadmissível e parcialmente improcedente;

— condenar os recorrentes na totalidade das despesas do processo.

35. A República Francesa conclui pedindo que o Tribunal de Justiça se digne:

— negar provimento ao recurso;

— condenar os recorrentes nas despesas.

36. A Orange conclui pedindo que o Tribunal de Justiça se digne:

— negar provimento ao recurso na íntegra;

— condenar as recorrentes na totalidade das despesas do processo.

37. A SFR conclui pedindo que o Tribunal de Justiça se digne:

— negar provimento ao recurso na íntegra;

— condenar as recorrentes na totalidade das despesas.

38. Após a fase escrita, o Tribunal de Justiça realizou uma audiência, em 11 de Setembro de 2008, em que participaram as recorrentes, a Comissão, a República Francesa, a Orange e a SFR. Na audiência, as recorrentes, a Comissão, a República Francesa, a Orange e a SFR completaram as suas observações escritas.

V — Recurso das recorrentes para o Tribunal de Justiça e argumentos das partes

39. As recorrentes baseiam o seu recurso em quatro fundamentos.

A — *Quanto ao primeiro fundamento*

40. No primeiro fundamento, as recorrentes sustentam que o Tribunal de Primeira Instância violou o dever de fundamentação.

41. As recorrentes consideram que o Tribunal de Primeira Instância não fundamentou suficientemente o seu acórdão, no que respeita à excepção assente na natureza e na economia do sistema. O Tribunal de Primeira Instância não explicou o que era a natureza e a economia do sistema, a sua descrição do sistema não é suficientemente detalhada e é contraditória. Quanto ao nexo de causalidade, o Tribunal de Primeira Instância não explicou o motivo por que a natureza e a economia do sistema tornaram inevitáveis, por um lado, a renúncia aos créditos sobre a Orange e a SFR e, por outro, a anterior atribuição das licenças a essas empresas.

42. A Comissão, o Governo francês, a Orange e a SFR sustentam que o Tribunal de Primeira Instância não violou o dever de fundamentação.

43. Segundo afirmam, o Tribunal de Primeira Instância fundamentou suficientemente a descrição da economia do sistema e o nexo de causalidade entre a economia do sistema e a renúncia ao crédito, por um lado, e a anterior atribuição de licenças à Orange e à SFR, por outro.

B — *Quanto ao segundo fundamento*

44. No seu segundo fundamento, as recorrentes alegam que o Tribunal de Primeira Instância confundiu a apreciação da existência de uma dificuldade séria com a do mérito da decisão controvertida. Para demonstrar que a Comissão não era obrigada a abrir a fase formal de exame, o Tribunal de Primeira Instância limitou-se a acrescentar, formalmente, no fim da apreciação de cada um dos argumentos das partes, que essa apreciação não era constitutiva de uma dificuldade séria.

45. Segundo as recorrentes, a existência de dificuldades sérias é confirmada pelo facto de, no acórdão recorrido, o Tribunal de Primeira Instância ter substituído pela sua própria apreciação a apreciação da Comissão sobre diversas questões complexas, recusando parcialmente a análise constante da decisão controvertida.

46. A Comissão, o Governo francês, a Orange e a SFR sustentam que o Tribunal de Primeira Instância não cometeu nenhum erro sobre a apreciação de uma dificuldade séria.

47. A Comissão e o Governo francês observam, antes de mais, que a abordagem seguida pelo Tribunal de Primeira Instância está em consonância com a ordem de apresentação dos fundamentos utilizada pelas próprias recorrentes na petição do recurso de anulação no Tribunal de Primeira Instância. A Comissão deduziu daí que era de julgar inadmissível o argumento da alegada inversão de método.

48. Quanto ao mérito da causa, a Comissão sustenta que a abordagem seguida pelo Tribunal de Primeira Instância não é contraditória nem resulta de uma confusão. O Tribunal de Primeira Instância aplicou a jurisprudência assente, segundo a qual, existindo uma dificuldade séria, a decisão pode ser anulada exclusivamente por esse motivo, mesmo que não se demonstre que as apreciações da Comissão quanto à materialidade dos factos padecem de erro de direito ou de facto. A Orange e a SFR entendem que o Tribunal de Primeira Instância fez uma distinção entre os direitos processuais e o mérito da decisão controvertida e que considerou que a apreciação da materialidade dos factos não tinha revelado dificuldades sérias.

49. No que respeita aos argumentos assentes na substituição da apreciação, a Comissão sustenta, em primeiro lugar, que as recorrentes se referiam a questões essencialmente sobre matéria de facto e, portanto, inadmissíveis em sede de recurso de uma decisão do Tribunal de Primeira Instância. Por último, a Comissão, o Governo francês, a Orange e a SFR entendem que o Tribunal de Primeira Instância não substituiu a apreciação da Comissão pela sua própria apreciação. A SFR e a Orange entendem que as diversas apreciações efectuadas pelo Tribunal de Primeira Instância apenas se destinam a responder aos argumentos aduzidos pelas recorrentes no recurso em primeira instância. Segundo a Comissão, em todo o caso, essa substituição não tem consequências na existência de dificuldades sérias e na validade do acórdão.

C — *Quanto ao terceiro fundamento*

50. No terceiro fundamento, as recorrentes alegam que o Tribunal de Primeira Instância cometeu erros na qualificação jurídica dos factos. Este fundamento está dividido em três vertentes. A primeira vertente é dirigida contra a qualificação jurídica dada pelo Tribunal de Primeira Instância à unicidade do procedimento de atribuição das licenças UMTS; a segunda vertente põe em causa a apreciação do carácter incerto dos créditos a que o Estado renunciou; e a terceira vertente diz respeito aos termos do ofício ministerial de 22 de Fevereiro de 2001.

1. Quanto à primeira vertente

51. Na primeira vertente do terceiro fundamento, as recorrentes sustentam que o Tribunal de Primeira Instância cometeu um erro de direito na qualificação jurídica dos factos, quando entendeu que os dois concursos consecutivos mais não eram do que um e mesmo procedimento, atendendo ao princípio da não discriminação, e que a igualdade de tratamento impunha o alinhamento das taxas devidas pela Orange e a SFR pelas devidas pela Bouygues Télécom.

52. Entendem que o artigo 11.º da Directiva 97/13 obriga a formular um juízo face, unicamente, às regras materiais de organização dos concursos. Neste contexto, as recorrentes referem as diferenças entre os dois concursos quanto às condições financeiras, à data e aos candidatos.

53. A Comissão, o Governo francês, a Orange e a SFR propõem que esta vertente seja julgada improcedente.

54. A Comissão considera que a qualificação dos dois concursos como procedimento único ou dois procedimentos distintos não afecta a conclusão de que os três candidatos estavam numa situação semelhante à data da atribuição das licenças. O Tribunal de Primeira Instância baseou-se na comparação da situação factual em que a Orange, a SFR e a Bouygues Télécom se encontravam. Segundo a Comissão, esta vertente é, pois, supérflua e não afecta a fundamentação invocada pelo Tribunal de Primeira Instância. De mais a mais, o Tribunal de Primeira Instância apenas reproduziu uma conclusão das autoridades francesas. Segundo a Comissão e a Orange, esta constatação de facto não pode ser apreciada em sede de recurso de uma decisão do Tribunal de Primeira Instância.

55. A Comissão e o Governo francês entendem que os dois concursos devem ser considerados globalmente, devido, nomeadamente, ao carácter complementar do segundo concurso e à sua continuidade com o primeiro. O Governo francês e a Orange entendem que o artigo 11.º da Directiva 97/13 não dá apoio aos argumentos das recorrentes.

56. A SFR considera que o Tribunal de Primeira Instância apreciou devidamente a igualdade de tratamento, ao tomar por base o contexto do mercado emergente do UMTS e ao entender que nenhum dos operadores tinha acedido ao mercado. Por último, a Comissão observa que, num novo procedimento *ab initio*, teriam sido emitidas licenças aos mesmos operadores, em condições idênticas.

2. Quanto à segunda vertente

57. Na segunda vertente do terceiro fundamento, as recorrentes sustentam que o Tribunal de Primeira Instância cometeu um erro ao qualificar de incertos os créditos do Estado francês sobre a Orange e a SFR.

58. Nesse contexto, alegam que, como a alteração das condições das licenças da Orange e da SFR teve lugar em 3 de Dezembro de 2002, nesta data, elas já não tinham a possibilidade de retirar as respectivas propostas. As recorrentes entendem que, nestas condições, os créditos do Estado francês sobre a Orange e a SFR não podiam ser qualificados de incertos.

59. A Comissão, o Governo francês, a Orange e a SFR entendem que os créditos eram incertos. Consideram que, pelos ofícios de garantia de tratamento equitativo de 22 de Fevereiro de 2001, as autoridades francesas renunciaram aos créditos, num momento em que a Orange e a SFR ainda poderiam ter retirado as respectivas propostas. Sem esses ofícios de garantia de tratamento equitativo, a Orange e a SFR teriam provavelmente retirado as respectivas propostas.

60. A Comissão, o Governo francês e a Orange entendem que, em todo o caso, se trata de um argumento supérfluo. Segundo afirmam, uma vez que o Tribunal de Primeira Instância se baseou, em primeiro lugar, na inevitabilidade da renúncia ao crédito devido à natureza e à economia do sistema, a eventual impugnação do argumento assente na constatação de que os créditos eram incertos não afecta, pois, a conclusão do Tribunal de Primeira Instância de que não havia uma vantagem selectiva.

61. A Orange acrescenta que, no tocante às autorizações de ocupação do domínio público, a faculdade de retirar a proposta subsistia após 31 de Maio de 2001, dado que os titulares poderiam, a qualquer momento, renunciar às suas licenças e, consequentemente, deixar de pagar as taxas.

3. Quanto à terceira vertente

62. Na terceira vertente do terceiro fundamento, as recorrentes alegam que o Tribunal de Primeira Instância cometeu um erro na qualificação jurídica dos factos, ao concluir que as autoridades francesas tinham garantido, no ofício de 22 de Fevereiro de 2001, um tratamento igualitário à Orange e à SFR. Alegam que as autoridades francesas tinham garantido um tratamento equitativo e não um tratamento igualitário. O sentido destes conceitos é diferente. Enquanto um tratamento igualitário exige um tratamento idêntico, um tratamento equitativo exigia, no caso vertente, um desfasamento entre as condições das licenças atribuídas à Orange e à SFR, por um lado, e as condições da licença atribuída à Bouygues, por outro.

63. A Comissão, o Governo francês, a Orange e a SFR entendem que, na verdade, as recorrentes não invocam um erro de qualificação dos factos, mas sim um erro de desvirtuação dos factos. Consideram que o Tribunal de Primeira Instância não desvirtuou os ofícios de 22 de Fevereiro de 2001. A Comissão esclarece que os termos equidade e igualdade foram utilizados como sinónimos no acórdão recorrido. Visto que a Comissão também utilizou esses termos como sinónimos, considera que esta vertente é inadmissível, uma vez que as recorrentes já a deveriam ter aduzido no processo em primeira instância.

D — *Quanto ao quarto fundamento*

64. O quarto fundamento do recurso é relativo à violação do artigo 87.º CE e está dividido em três vertentes. A primeira vertente diz respeito à aplicação da excepção assente na natureza e na economia do sistema; a segunda põe em causa a apreciação da existência de um benefício; e a terceira diz respeito à aplicação do princípio da não discriminação.

1. Quanto à primeira vertente

65. Na primeira vertente do quarto fundamento, as recorrentes alegam que a excepção assente na economia do sistema pressupõe que a diferenciação é inerente ao sistema em que se insere. Não é o que sucede no presente caso. A solução favorecida pelas autoridades francesas não era inevitável. Segundo as recorrentes, a economia do sistema em causa obrigava a procurar quatro operadores, em condições susceptíveis de garantir a observância do princípio da igualdade. Isso implicaria a opção entre, por um lado, a retoma *ab initio* do procedimento de atribuição das licenças, nas mesmas condições para todos os candidatos, e, por outro, dois concursos sucessivos e em condições diferentes.

66. A opção efectuada pelas autoridades francesas, de organizar dois concursos sucessivos e instituir a igualdade financeira entre os candidatos aos dois concursos, não foi inevitável. Por outro lado, essa opção proporcionou benefícios selectivos à Orange e à SFR, nomeadamente a anterioridade da atribuição das licenças e a garantia de serem seleccionadas como candidatas. Em última análise, a excepção assente na economia do sistema deveria ser alcançada, na medida do possível, por medidas de carácter geral. Ora, a solução favorecida pelas autoridades francesas não era uma medida de carácter geral.

67. A Comissão, o Governo francês, a Orange e a SFR alegam que a economia do sistema em causa pressupõe que sejam aplicados os diversos critérios adoptados pelo enquadramento comunitário para a atribuição de licenças UMTS, nomeadamente a criação de um mercado concorrencial e a observância do prazo de 1 de Janeiro de 2002.

68. A solução proposta pelas recorrentes, de se retomar todo o procedimento de atribuição de licenças *ab initio*, não poderia garantir a aplicação desses critérios. Em primeiro lugar, não teria permitido observar o prazo de 1 de Janeiro de 2002. Em segundo lugar, a retoma total do procedimento de atribuição de licenças implicaria o risco de os candidatos ao primeiro concurso mudarem de estratégia e não apresentarem candidatura. De qualquer forma, o resultado da retoma do procedimento *ab initio* não seria diferente, uma vez que só a Orange, a SFR e a Bouygues Télécom se candidatariam e que as condições das licenças atribuídas num procedimento retomado *ab initio* seriam idênticas às condições que os candidatos, afinal de contas, vieram a obter. A outra solução proposta pelas recorrentes — a organização de dois concursos diferentes, mas em condições diferentes — não respeita o princípio da igualdade.

69. No entender da Comissão, a garantia de a Orange e a SFR serem seleccionadas como candidatas devia-se à decisão da Bouygues Télécom de não apresentar candidatura no primeiro concurso. Em última análise, os objectivos do enquadramento comunitário para a atribuição das licenças UMTS não puderam ser alcançados por medidas de carácter geral.

70. Segundo a Orange, esta vertente é inadmissível, na medida em que pretende uma nova apreciação dos fundamentos invocados em primeira instância.

2. Quanto à segunda vertente

71. Na segunda vertente do quarto fundamento, as recorrentes alegam que o Tribunal de Primeira Instância cometeu um erro de direito na aplicação do artigo 87.º CE, relativamente à apreciação da inexistência de um benefício temporal devido à anterioridade da atribuição das licenças à Orange e à SFR. Segundo as recorrentes, o Tribunal de Primeira Instância não podia, primeiro, concluir pela existência de uma potencial vantagem temporal para a Orange e a SFR e, depois, concluir pela inexistência de um auxílio, com fundamento no argumento de que a Orange e a SFR não tinham, na prática, tirado proveito dessa vantagem.

72. Nesse contexto, as recorrentes sustentam, antes de mais, que a existência de uma potencial vantagem é uma condição suficiente para que se verifique a existência de um auxílio. Uma vez que o conceito de auxílio é um conceito objectivo, o Tribunal de Primeira Instância não devia ter levado em conta, na sua apreciação, elementos subjectivos atinentes ao comportamento dos operadores no mercado ou à incidência efectiva dos auxílios no mercado. A circunstância de a situação económica da Orange e da SFR, enquanto empresas que gozam da vantagem, não se ter alterado é irrelevante para que se verifique a existência de um auxílio. O Tribunal de Primeira Instância só tinha de levar em conta o facto de a Orange e a SFR terem gozado de um benefício real e imediato devido à anterioridade das licenças.

73. Por outro lado, o Tribunal de Primeira Instância efectuou uma inversão do ónus da prova, ao exigir que as recorrentes fizessem a prova das consequências da vantagem efectiva. Uma vez verificada a existência de uma vantagem temporal, o ónus de provar que a mesma não se traduziu em benefícios efectivos recairia sobre quem goza dessa vantagem.

74. Por último, o Tribunal de Primeira Instância cometeu um erro de direito ao considerar que nenhum operador estava presente no mercado, uma vez que o artigo 87.º CE é aplicável numa situação de concorrência potencial.

75. A Comissão, o Governo francês, a Orange e a SFR sustentam que o Tribunal de Primeira Instância não cometeu nenhum erro. As recorrentes confundiram a análise da existência de uma vantagem selectiva com a análise do critério do prejuízo para a concorrência. A vantagem tem de ser real. O Governo francês considera que a Comissão pode levar em conta as evoluções posteriores à data da medida examinada.

76. A Comissão, o Governo francês, a Orange e a SFR consideram que o Tribunal de Primeira Instância não cometeu nenhum erro de direito quando entendeu que os dois operadores não tinham tirado nenhum proveito da atribuição anterior das licenças, por não estarem presentes no mercado. Segundo a Comissão e a SFR, o Tribunal de Primeira Instância concluiu, com razão, que, devido ao atraso da tecnologia UMTS, a atribuição anterior das licenças não tinha constituído uma vantagem tecnológica. A Orange e a SFR entendem que o Tribunal de Primeira Instância concluiu soberanamente que, no presente caso, o benefício potencial não aproveitou à Orange nem à SFR.

77. A Comissão acrescenta que o argumento assente no erro do conceito de concorrência é inoperante, uma vez que as recorrentes confundiram o problema da definição do mercado com o do acesso ao mercado. O acesso ao mercado é o critério a ter em conta no contexto do presente caso.

78. No que respeita à inversão do ónus da prova, a Comissão considera que o Tribunal de Primeira Instância só concluiu, de um ponto de vista teórico, pela existência de uma vantagem efectiva, cabendo pois às recorrentes provar a existência da vantagem. Segundo a Comissão, o Governo francês e a Orange, é a quem recorre de uma decisão da Comissão que cabe provar que a conclusão da Comissão não é válida.

3. Quanto à terceira vertente

79. Na terceira vertente do quarto fundamento, as recorrentes alegam que o Tribunal de Primeira Instância cometeu um erro de direito na aplicação do princípio da não

discriminação. Sustentam que, uma vez que a Orange e a SFR, por um lado, e a Bouygues Télécom, por outro, não estão na mesma situação, o tratamento idêntico das duas pelas autoridades francesas violou o princípio da não discriminação.

80. Neste contexto, as recorrentes referem o princípio da intangibilidade dos critérios de atribuição, os quais não permitem a alteração do montante das taxas. Por outro lado, a observância dos objectivos prescritos pela Directiva 97/13/CE não figura entre as derrogações taxativamente enumeradas no artigo 87.º, n.º 2, CE.

81. As recorrentes acrescentam que as autoridades francesas tiveram bastante tempo para retomar o processo *ab initio* antes do termo do prazo de 1 de Janeiro de 2002.

82. Em contrapartida, segundo a Comissão, o Governo francês, a Orange e a SFR, o Tribunal de Primeira Instância não cometeu erro nenhum na aplicação do princípio da não discriminação.

83. A Orange sustenta que esta vertente do fundamento é inadmissível, porquanto as recorrentes se limitam a repetir os mesmos argumentos que invocaram em primeira instância.

84. A Comissão e a Orange alegam que, na prática, os três titulares das licenças UMTS se encontravam na mesma situação, uma vez que a Orange e a SFR não tiraram nenhum proveito material da atribuição anterior das licenças. O Governo francês e a SFR consideram que, no contexto de uma operação de selecção única, ainda que organizada em várias fases, o princípio da não discriminação deveria ser aplicado no sentido de abranger globalmente os dois concursos.

85. Segundo a Comissão, as regras processuais aplicáveis em matéria de contratos públicos e de concessões não se aplicam. Quanto à licitude da alteração das condições das licenças atribuídas durante o primeiro concurso, a Comissão salienta que o princípio da intangibilidade não figura na Directiva 97/13 nem noutra disposição aplicável do direito comunitário. Em todo o caso, segundo a Orange, esse princípio não é susceptível de pôr em causa a observância do princípio da não discriminação. Segundo a Comissão, a SFR e a Orange, a possibilidade de alterar as condições da atribuição de licenças está expressamente prevista na Directiva 97/13.

86. Finalmente, a Comissão alega que, quando o Estado actua como regulador do

mercado, o simples facto de uma medida do Estado melhorar a situação de uma empresa não leva automaticamente à existência de um auxílio. Em semelhante caso, há que examinar, primeiro, se uma empresa tem uma vantagem e, segundo, se a situação das duas empresas é comparável face ao objectivo prosseguido pela medida em causa.

87. Quanto ao argumento baseado no artigo 87.º, n.º 2, CE, a Comissão e a Orange sublinham que as recorrentes confundem a existência e a compatibilidade de um auxílio com o mercado comum.

88. No que respeita ao argumento de que as autoridades tiveram tempo de retomar todo o procedimento *ab initio* antes do termo do prazo de 1 de Janeiro de 2002, o Governo francês entende que se trata de uma apreciação dos factos, inadmissível na fase de recurso de uma decisão do Tribunal de Primeira Instância. Seja como for, as autoridades não dispuseram do tempo necessário para retomar o procedimento *ab initio*.

VI — Apreciação jurídica

89. No seu terceiro e quarto fundamentos, as recorrentes põem em causa a conclusão do Tribunal de Primeira Instância quanto à inexistência de um auxílio de Estado. Examinarei primeiro esses fundamentos (A); a seguir, o segundo fundamento, relativo à existência de dificuldades sérias (B); e, finalmente, o primeiro fundamento, relativo ao erro de fundamentação (C).

A — *Quanto ao terceiro e quarto fundamentos*

90. No terceiro e quarto fundamentos, as recorrentes põem em causa a conclusão do Tribunal de Primeira Instância de que não existe um elemento de auxílio na alteração controvertida. Faço notar que as recorrentes classificaram os seus argumentos no terceiro e quarto fundamentos, em função dos tipos de erro que arguíram, e não segundo a fundamentação do Tribunal de Primeira Instância. Penso que um exame das várias vertentes do terceiro e quarto fundamentos, pela ordem seguida na fundamentação do Tribunal de Primeira Instância [20], facilita a análise do mérito desses fundamentos.

91. Primeiramente, analisarei a terceira vertente do terceiro fundamento, que diz respeito a um elemento de facto do processo, a apreciação fáctica do ofício das autoridades francesas de 22 de Fevereiro de 2001 (1).

92. Depois, examinarei as vertentes dirigidas contra a parte do acórdão em que o Tribunal de Primeira Instância concluiu que a renúncia

20 — V. descrição nos n.os 27 a 32 das presentes conclusões.

parcial, pelo Estado francês, aos créditos sobre a SFR e a Orange não constitui uma vantagem selectiva [21], a saber, a primeira vertente do quarto fundamento, relativa ao argumento baseado na economia do sistema (2) e a segunda vertente do terceiro fundamento, relativa ao argumento baseado no carácter incerto dos créditos (3).

93. Seguidamente, apreciarei a segunda vertente do quarto fundamento, dirigida contra a conclusão do Tribunal de Primeira Instância de que o potencial benefício temporal devido à atribuição anterior das licenças não constitui um benefício selectivo (4).

94. Por último, examinarei as vertentes dirigidas contra a parte do acórdão recorrido do Tribunal de Primeira Instância relativa ao princípio da não discriminação, isto é, a primeira vertente do terceiro fundamento (5) e a terceira vertente do quarto fundamento (6).

1. Conteúdo do ofício de 22 de Fevereiro de 2001 (terceira vertente do terceiro fundamento)

95. A terceira vertente do terceiro fundamento é dirigida contra o n.º 107 do acórdão recorrido. No n.º 107 do acórdão recorrido, o Tribunal de Primeira Instância concluiu que, nos ofícios de 22 de Fevereiro de 2001, as autoridades francesas tinham dado aos candidatos do primeiro concurso, a Orange e a SFR, uma garantia de que seriam alvo de um tratamento igualitário com os candidatos do segundo concurso.

96. Segundo as recorrentes, essa conclusão constitui uma desvirtuação do conteúdo dos ofícios de 22 de Fevereiro de 2001. Os ofícios de 22 de Fevereiro de 2001 contêm uma garantia de tratamento «equitativo» dos candidatos do primeiro e do segundo concurso. Ora, o Tribunal de Primeira Instância apreciou o conteúdo desses ofícios como uma garantia de tratamento «idêntico» desses dois grupos de candidatos.

97. Antes de mais, refira-se que, ao contrário do que consta da epígrafe do terceiro fundamento, as recorrentes não argúem um erro de qualificação jurídica dos factos. Um erro na qualificação jurídica dos factos consiste num erro na aplicação de uma norma aos factos [22].

21 — V. n.os 95 a 126 do acórdão recorrido.

22 — V. n.º 3 das conclusões do advogado-geral W. Van Gerven, apresentadas em 26 de Junho de 1991, no processo Costacurta/Comissão (acórdão de 21 de Novembro de 1991, C-145/90 P, Colect., pp. I-5449, I-5458). Lenaerts, K.; Arts, D.; Maselis, I. — *Procedural Law of the European Union*, 2.ª ed., Londres, 2006, p. 457, n.º 16-007.

98. Ora, o que as recorrentes argúem é um erro do Tribunal de Primeira Instância quanto à apreciação do teor dos ofícios de 22 de Fevereiro de 2001. Trata-se, portanto, de um erro na apreciação dos factos por parte do Tribunal de Primeira Instância, e não de um erro de qualificação jurídica dos factos. Em sede de recurso de uma decisão do Tribunal de Primeira Instância, que está limitado às questões de direito, as recorrentes não podem pôr em causa a apreciação dos factos feita pelo Tribunal de Primeira Instância, excepto se alegarem que o Tribunal de Primeira Instância, manifestamente, desvirtuou os factos [23]. A afirmação das recorrentes de que os ofícios de 22 de Fevereiro de 2001 têm um conteúdo diverso do que o Tribunal de Primeira Instância considerou terem consubstancia uma alegação dessa natureza.

99. Um erro que podia ter sido, mas não foi, censurado em primeira instância é inadmissível em sede de recurso [24]. Ora, como as recorrentes não parecem referir um erro já cometido pela Comissão e repetido pelo Tribunal de Primeira Instância, mas antes um erro cometido só pelo Tribunal de Primeira Instância, essa alegação não me parece inadmissível.

100. Em meu entender, esta vertente é, pois, admissível.

101. Em contrapartida, esta vertente dos fundamentos aduzidos pelas recorrentes não é procedente. Ao contrário do alegado pelas recorrentes, o Tribunal de Primeira Instância não concluiu que as autoridades francesas deram aos candidatos do primeiro concurso uma garantia de que seriam alvo de um tratamento «idêntico» ao dado aos candidatos do segundo concurso.

102. O Tribunal de Primeira Instância, após ter mencionado, no n.º 107 do acórdão recorrido, o tratamento «de forma igualitária», remeteu para o n.º 14 do mesmo acórdão, em que descreve o conteúdo dos ofícios de 22 de Fevereiro de 2001. Como este Tribunal referiu no n.º 14 do acórdão recorrido, as autoridades francesas tinham garantido, nesses ofícios, um tratamento equitativo dos candidatos do primeiro e do segundo concurso, assim como o respeito do princípio da igualdade face aos encargos públicos e do princípio da concorrência efectiva entre operadores [25]. Como as autoridades francesas parecem ter utilizado os termos «igualitário» e «equitativo» como sinónimos nesses ofícios, o mero facto de o Tribunal de Primeira Instância ter utilizado o conceito de «tratamento igualitário» para descrever o conteúdo desses ofícios não constitui uma desvirtuação dos factos.

103. Os recorrentes não avançam nenhum outro argumento que possa servir de base à sua afirmação de que o Tribunal de Primeira Instância desvirtuou o conteúdo dos ofícios de 22 de Fevereiro de 2001, ao interpretá-los como uma garantia de tratamento idêntico.

23 — Acórdão do Tribunal de Justiça de 1 de Junho de 1994, Comissão/Brazzelli Lualdi e o. (C-136/92 P, Colect., p. I-1981, n.º 49); de 2 de Março de 1994 (Hilti/Comissão, C-53/92 P, Colect., p. I-667, n.º 42). Lenaerts, K.; Arts, D.; Maselis, I. — *op. cit.* (v. nota 22), p. 455, n.º 16-005.

24 — Lenaerts, K.; Arts, D.; Maselis, I. — *op. cit.* (nota 22), p. 457, n.º 16-006.

25 — V. n.º 14 do acórdão recorrido.

Por isso, proponho que a terceira vertente do terceiro fundamento seja julgada improcedente.

2. Renúncia parcial aos créditos sobre a Orange e a SFR e excepção assente na economia do sistema (primeira vertente do quarto fundamento)

104. Para sustentar que a renúncia parcial do Estado francês aos créditos sobre a Orange e a SFR não constituiu uma vantagem selectiva, o Tribunal de Primeira Instância apoiou-se numa excepção assente na natureza e na economia do sistema [26]. Neste contexto, o Tribunal de Primeira Instância entendeu que o enquadramento comunitário assentava na igualdade de tratamento entre operadores, tanto para efeitos da atribuição das licenças como para a determinação de eventuais taxas, mas dava liberdade aos Estados-Membros para escolherem o procedimento de concessão das licenças, desde que os princípios da livre concorrência e da igualdade de tratamento fossem respeitados [27]. Seguidamente, o Tribunal de Primeira Instância sublinhou que a aplicação do conceito de encargos não discriminatórios, a que se refere o artigo 11.º, n.º 2, da Directiva 97/13, deve levar em conta o momento do acesso ao mercado de cada um dos operadores em causa [28]. Por fim, o Tribunal de Primeira Instância entendeu que não se verifica a existência de um auxílio se as modalidades das licenças forem aplicadas de forma igual a todos os operadores em causa [29]. Concluiu que o facto de o Estado ter renunciado a recursos e de daí ter podido resultar uma vantagem para os beneficiários da redução da taxa não era suficiente para determinar a existência de um auxílio de Estado, uma vez que a renúncia aos créditos era inevitável [30].

105. Segundo as recorrentes, o Tribunal de Primeira Instância não explicou suficientemente por que é que a renúncia era inerente ao enquadramento comunitário.

106. Antes de mais, noto que, na parte do acórdão impugnada pela presente vertente [31], o Tribunal de Primeira Instância examinou (unicamente) a questão de saber se a renúncia parcial do Estado francês aos créditos sobre a Orange e a SFR devia ser considerada uma vantagem selectiva. A sua conclusão, no n.º 111 do acórdão recorrido, sobre a inevitabilidade devido à natureza e à economia do sistema limitava-se, pois, à inevitabilidade da renúncia parcial aos créditos sobre a Orange e a SFR [32]. Assim, neste contexto, há unicamente que examinar a procedência da fundamentação do Tribunal de Primeira Instância quanto à inevitabilidade da renúncia parcial decorrente da natureza e da economia do sistema.

107. O Tribunal de Primeira Instância baseou a sua conclusão na excepção assente na natureza e na economia do sistema. A aplicação dessa excepção, que foi desenvolvida e aplicada no domínio dos sistemas nacionais de encargos públicos, ao caso

26 — N.os 108 a 112 do acórdão recorrido.
27 — N.º 108 do acórdão recorrido.
28 — N.os 109 e 110 do acórdão recorrido.
29 — N.º 110 do acórdão recorrido.
30 — N.º 111 do acórdão recorrido.
31 — N.os 108 a 111 do acórdão recorrido.
32 — Essa conclusão não dizia respeito à inevitabilidade das outras vantagens invocadas pelas recorrentes, como a alegada vantagem temporal devido à anterioridade da atribuição das licenças, nem à alegada vantagem de uma selecção garantida.

vertente merece algumas reflexões quanto à base legal de semelhante excepção (a). Seguidamente, examinarei a aplicação dessa excepção pelo Tribunal de Primeira Instância (b).

a) Aplicabilidade e base legal, no caso vertente, da excepção assente na natureza e na economia do sistema

108. Antes de basear a sua conclusão quanto à inexistência de um benefício selectivo na excepção assente na natureza e na economia do sistema, o Tribunal de Primeira Instância remeteu para os acórdãos Itália/Comissão [33], Espanha/Comissão [34] e AEM e AEM Torino [35]. Como esses acórdãos indicam, a excepção assente na natureza e na economia do sistema foi desenvolvida pela jurisprudência no domínio dos sistemas nacionais de encargos públicos [36]. Segundo esta jurisprudência, uma diferença de tratamento entre as empresas não representa um benefício selectivo na acepção do artigo 87.º, n.º 1, CE, se essa diferença for inerente à natureza e à economia do sistema nacional de encargos públicos [37], ou, por outras palavras, se essa diferença resultar da lógica do sistema nacional de encargos públicos [38].

109. Do ponto de vista dogmático, esta excepção pode ser equiparada à questão de saber se essa diferença de tratamento constitui uma vantagem específica [39]. Uma outra interpretação qualifica a excepção assente na natureza e na economia do sistema como uma aplicação de uma «rule of reason» no domínio dos sistemas nacionais de encargos públicos [40].

110. Independentemente da categorização dogmática, noto que a questão determinante para a aplicação da excepção assente na natureza e na economia do sistema é saber se a diferença de tratamento em causa é inerente à lógica interna do sistema nacional de encargos públicos. A aplicação desta excepção no caso vertente, em que não está em causa uma diferença de tratamento resultante da lógica de um sistema de encargos públicos nem uma diferença resultante de um sistema nacional, está, pois, longe de ser evidente.

33 — Acórdão do Tribunal de Justiça de 2 de Julho de 1974 (173/73, Colect., p. 357, n.º 33).

34 — Acórdão do Tribunal de Justiça de 26 de Setembro de 2002 (C-351/98, Colect., p. I-8031, n.º 42).

35 — Acórdão do Tribunal de Justiça de 14 de Abril de 2005 (C-128/03 e C-129/03, Colect., p. I-2861, n.º 39).

36 — O Tribunal de Justiça reconheceu, pela primeira vez, a existência dessa excepção no acórdão Itália/Comissão (já referido na nota 33, n.º 33).

37 — Acórdãos do Tribunal de Justiça, Itália/Comissão (já referido na nota 33, n.º 33); de 5 de Outubro de 1999, França/Comissão (C-251/97, Colect., p. I-6639, n.º 36); e de 17 de Junho de 1999, Bélgica/Comissão (C-75/97, Colect., p. I-3671, n.º 33).

38 — Acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 6 de Março de 2002, Diputación Foral de Álava e o./Comissão (T-92/00 e T-103/00, Colect., p. II-1385, n.º 60).

39 — V., nomeadamente, acórdãos do Tribunal de Justiça de 10 de Janeiro de 2006, Cassa di Risparmio di Firenze e o. (C-222/04, Colect., p. I-289, n.os 137 e 138); de 15 de Dezembro de 2005, Unicredito Italiano (C-148/04, Colect., p. I-11137, n.º 51); de 22 de Junho de 2006, Bélgica e Forum 187/Comissão (C-182/03 e C-217/03, Colect., p. I-5479, n.º 119); e de 15 de Dezembro de 2005, Itália/Comissão (C-66/02, Colect., p. I-10901, n.os 94 a 102). Verifica-se, porém, que, em determinados acórdãos, a natureza selectiva de uma medida e a excepção assente na natureza e na economia do sistema são examinadas separadamente; v. acórdão do Tribunal de Justiça de 22 de Novembro de 2001, Ferring (C-53/00, Colect., p. I-9067, n.os 17 e 18), e acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 10 de Abril de 2008, Países Baixos/Comissão (T-233/04, Colect., p. II-591, n.os 97 a 99), bem como n.os 315 a 319 das conclusões do advogado-geral P. Léger, apresentadas em 9 de Fevereiro de 2006, no processo Bélgica e Forum 187/Comissão, já referido).

40 — V. Heidenhain — *Handbuch des Europäischen Beihilfenrecht*, Munique, 2003, p. 163.

111. É verdade que, no acórdão AEM e AEM Torino, o Tribunal de Justiça considerou que a lógica interna de um sistema nacional de encargos públicos pode ser influenciada por regras de direito comunitário. Nesse acórdão, o Tribunal de Justiça admitiu que uma diferenciação no sistema nacional de encargos públicos, destinada a compensar um benefício gerado para determinadas empresas pela transposição de um directiva, resultava da natureza e da economia desse sistema nacional de encargos públicos [41]. Todavia, mesmo face a este aspecto do acórdão AEM e AEM Torino, não creio que a excepção assente na natureza e na economia do sistema de encargos públicos, tal como foi consagrada pela jurisprudência, possa ser directamente aplicada no caso vertente.

112. Dadas as especificidades do caso vertente, tão-pouco vejo necessidade de recorrer a uma aplicação analógica dessa excepção.

113. Segundo a jurisprudência do Tribunal de Justiça, o artigo 87.º, n.º 1, CE refere-se às decisões dos Estados-Membros pelas quais estes, com vista à prossecução de objectivos económicos e sociais que lhes são próprios e através de decisões unilaterais e autónomas, põem recursos à disposição das empresas ou de outros sujeitos de direito ou lhes conferem benefícios destinados a favorecer a realização dos objectivos económicos ou sociais visados [42].

114. Como o artigo 87.º, n.º 1, CE não é aplicável às medidas do legislador europeu [43], conclui-se que, para que os benefícios possam ser qualificados de auxílios na acepção do artigo 87.º, n.º 1, CE, essas medidas devem, nomeadamente, ser imputáveis ao Estado [44]. Logo, uma medida de um Estado-Membro que é imposta pelo direito comunitário não pode ser qualificada de auxílio de Estado. Na realidade, essa qualificação equivaleria a sujeitar o acto normativo do legislador europeu à fiscalização do artigo 87.º, n.º 1, CE [45].

115. Segundo o artigo 10.º CE, os Estados-Membros são obrigados a executar as regras de direito comunitário. Mais especialmente, o artigo 249.º, terceiro parágrafo, CE estipula que uma directiva vincula o Estado-Membro destinatário quanto ao resultado a alcançar, e o artigo 249.º, quarto parágrafo, CE, que a decisão é obrigatória em todos os seus elementos para os destinatários que designar.

116. Há, pois, que examinar se, ao renunciar parcialmente aos créditos sobre a Orange e a SFR, as autoridades francesas se limitaram a dar cumprimento às suas obrigações decorrentes do enquadramento comunitário e, portanto, dos artigos 10.º CE e 249.º, terceiro e quarto parágrafos, CE. Concluir-se-ia daí

41 — V. n.os 39 a 43 do acórdão AEM e AEM Torino (já referido na nota 35).

42 — Acórdãos do Tribunal de Justiça de 27 de Março de 1980, Denkavit italiana (61/79, Recueil, p. 1205, n.º 31), e do Tribunal de Primeira Instância de 5 de Abril de 2006, Deutsche Bahn/Comissão (T-351/02, Colect., p. II-1047, n.º 100).

43 — Acórdão do Tribunal de Justiça de 13 de Outubro de 1982, Norddeutsches Vieh- und Fleischkontor Will e o. (213/81 a 215/81, Recueil, p. 3583, n.º 22). Heidenhain, *op. cit.* (v. nota 40), p. 23.

44 — V. acórdãos do Tribunal de Justiça de 16 de Maio de 2002, França/Comissão (C-482/99, Colect., p. I-4397, n.º 24 e jurisprudência referida), e Deutsche Bahn/Comissão (já referido na nota 42, n.º 100).

45 — Uma abordagem comparável foi aplicada pelo Tribunal de Primeira Instância no seu acórdão Deutsche Bahn/Comissão (já referido na nota 42, n.os 100 a 105).

que essa medida não é imputável ao Estado francês, mas decorre, na realidade, de um acto do legislador europeu, e não está, por isso, sujeita ao artigo 87.º, n.º 1, CE.

117. Em conclusão, entendo que, não obstante a excepção assente na natureza e na economia de um sistema nacional de encargos públicos não se aplicar no presente caso, uma excepção baseada na inevitabilidade, por natureza, de uma medida nacional e na economia do enquadramento comunitário pode ser aplicável ao caso em apreço. Assim, haverá que examinar, como fez o Tribunal de Primeira Instância, se a renúncia parcial resultava inevitavelmente do enquadramento comunitário no presente caso.

b) Aplicação da excepção baseada na natureza e na economia do enquadramento comunitário

118. As recorrentes sustentam que o Tribunal de Primeira Instância não explicou por que motivo a renúncia parcial aos créditos sobre a Orange e a SFR era inevitável.

119. Antes de mais, parece-me útil recordar que, na parte em causa do acórdão recorrido, o Tribunal de Primeira Instância apenas abordou a questão de saber se a renúncia parcial aos créditos sobre a Orange e a SFR era inevitável [46].

120. As autoridades francesas, que tinham decidido pelo procedimento dito de «análise comparativa das propostas» [47], verificaram, em 31 de Janeiro de 2001, que o primeiro concurso fora infrutífero. Verificaram que a presença de apenas dois operadores no mercado não era suficiente para garantir o desenvolvimento de uma verdadeira concorrência e que a falta de candidatos se devia ao elevado montante das taxas.

121. Face à obrigação de os Estados-Membros atribuírem um máximo de licenças, para garantir o desenvolvimento da concorrência no mercado do UMTS, por força do artigo 10.º, n.º 4, da Directiva 97/13, as autoridades francesas não podiam contentar-se com a atribuição de duas licenças UMTS à Orange e à SFR, sendo antes obrigadas a atrair outros operadores mediante a oferta de condições mais vantajosas para as licenças, em especial no que respeita ao montante das taxas.

122. Perante esta obrigação, as autoridades francesas tiveram de verificar qual o impacto que a baixa do montante das taxas para os futuros candidatos teria nas condições das

46 — V. n.º 106 das presentes conclusões.

47 — O Tribunal de Primeira Instância entendeu que o enquadramento comunitário não obrigava as autoridades francesas a recorrer à hasta pública; v. n.º 108 do acórdão recorrido.

licenças atribuídas à Orange e à SFR. Como o Tribunal de Primeira Instância considerou no acórdão recorrido [48], as autoridades eram obrigadas a respeitar o princípio da não discriminação, nos termos do artigo 11.º, n.º 2, da Directiva 97/13. As autoridades francesas eram, pois, obrigadas a renunciar parcialmente aos créditos sobre a Orange e a SFR, na medida em que essa renúncia era necessária para respeitar o princípio da não discriminação entre a Orange e a SFR e os futuros candidatos.

123. Como o Tribunal de Primeira Instância observou, a discriminação consiste em aplicar regras diferentes a situações análogas ou em aplicar a mesma regra a situações diferentes [49]. Ora, a apreciação dessas duas situações, consoante sejam comparáveis ou não na acepção do princípio da não discriminação, depende, nomeadamente, dos objectivos do enquadramento comunitário em causa [50].

124. Um objectivo importante do enquadramento comunitário era a necessidade de promover o desenvolvimento da concorrência, em consonância com o artigo 11.º, n.º 2, da Directiva 97/13. Ora, no domínio económico, a conservação do jogo da concorrência e a não discriminação estão intimamente ligadas [51].

125. Uma condição elementar para o desenvolvimento de uma concorrência efectiva num mercado é a garantia de condições de concorrência equitativas entre os diferentes operadores. Uma alteração das condições das licenças da Orange e da SFR era, pois, imposta pelo artigo 11.º, n.º 2, da Directiva 97/13, na medida em que a aplicação das condições iniciais do primeiro concurso às licenças da Orange e da SFR não era adequada para garantir condições de concorrência equitativas entre a Orange e a SFR, por um lado, e os futuros candidatos, por outro.

126. Em minha opinião, o ponto de partida para garantir condições de concorrência equitativas entre os operadores num mercado em fase de emergência é, antes de mais, garantir condições iguais para todos os operadores. Neste contexto, noto que — como o Tribunal de Primeira Instância

48 — N.º 108 do acórdão recorrido.

49 — N.º 129 do acórdão recorrido.

50 — Herny, R. — «Principe d'égalité et principe de non-discrimination dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes», *LGDJ*, 2003, p. 357, entende que não há semelhança ou singularidade de situações *per se*, mas que a apreciação da situação se faz unicamente em função do objecto e da finalidade da regra. V., também, acórdãos do Tribunal de Justiça de 13 de Fevereiro de 2003, Espanha/Comissão (C-409/00, Colect., p. I-1487, n.º 47); de 8 de Novembro de 2001, Adria-Wien Pipeline e Wietersdorfer & Peggauer Zementwerke (C-143/99, Colect., p. I-8365, n.ºs 41 e 42); e de 3 de Março de 2005, Heiser (C-172/03, Colect., p. I-1627, n.º 40). É verdade que esses acórdãos se referem à interpretação do artigo 87.º, n.º 1, CE. No entanto, entendo que se pode deduzir dessa jurisprudência que a avaliação de duas situações para determinar se são comparáveis ou diferentes deve ser feita levando em conta os objectivos do enquadramento comunitário.

51 — Herny, R., *op. cit.* (v. nota 50), p. 263.

verificou [52] — a proporção entre o montante das taxas exigidas à Orange e à SFR durante o primeiro concurso e o montante que as autoridades francesas tinham considerado adequado para atrair candidatos adicionais era de 8 para 1. Parece-me manifesto [53] que era necessário baixar o montante dos créditos que estava inicialmente previsto para os candidatos do primeiro concurso, para garantir condições de concorrência equitativas entre a Orange a SFR, por um lado, e os futuros candidatos, por outro [54].

c) Balanço

127. Resulta das considerações precedentes que o Tribunal de Primeira Instância tinha razão quando concluiu, no n.º 111 do acórdão recorrido, que a renúncia parcial aos créditos sobre a Orange e a SFR era inevitável. Dado que essas considerações eram bastante evidentes e tinham já sido discutidas no procedimento na Comissão, não me parece que o Tribunal de Primeira Instância tenha omitido a explicação do motivo pelo qual a renúncia aos créditos sobre a Orange e a SFR era inevitável.

52 — N.º 145 do acórdão recorrido.

53 — De resto, não parece que, no presente recurso, as recorrentes ponham em causa o princípio de que as autoridades francesas podiam ter renunciado parcialmente aos créditos sobre a Orange e a SFR. Segundo afirmam, uma das opções das autoridades francesas era retomar todo o procedimento *ab initio*, o que teria levado a condições idênticas para todos os candidatos seleccionados nesse novo procedimento. Em contrapartida, o que as recorrentes criticam é que o procedimento das autoridades francesas proporcionou à Orange e à SFR uma vantagem, sob a forma de uma atribuição anterior das licenças e de uma garantia de serem seleccionadas.

54 — Como já acima referi (v. n.os 106 e 119 das presentes conclusões), este exame limita-se à questão de saber se a renúncia parcial aos créditos sobre a Orange e a SFR era inevitável. Outra questão é a avaliação do procedimento das autoridades francesas, de organizar dois concursos sucessivos e aplicar retroactivamente condições idênticas aos candidatos dos dois concursos. Esta questão será examinada ulteriormente (v. n.os 144 a 179 das presentes conclusões).

128. Assim, proponho que a primeira vertente do quarto fundamento seja julgada improcedente e que os fundamentos invocados pelo Tribunal de Primeira Instância sejam substituídos quanto à base legal da excepção assente na natureza e na economia do sistema.

3. Carácter incerto dos créditos (segunda vertente do terceiro fundamento)

129. O Tribunal de Primeira Instância concluiu, no n.º 107 do acórdão recorrido, que o crédito do Estado não era certo, uma vez que os candidatos ainda tinham a possibilidade de retirar as respectivas candidaturas até 31 de Maio de 2001 e, posteriormente, de renunciar ao benefício das respectivas licenças e deixar de pagar a taxa.

130. As recorrentes contestam este entendimento. Segundo afirmam, o Estado francês renunciou parcialmente aos créditos sobre a Orange e a SFR, em 3 de Dezembro de 2002. Nessa altura, a Orange e a SFR já não podiam retirar as respectivas candidaturas.

131. Em meu entender, a presente vertente é inoperante. Uma vertente é inoperante se não puder pôr em causa a conclusão impugnada [55]. O Tribunal de Primeira Instância baseou em dois argumentos o seu juízo de que a renúncia

55 — Acórdão do Tribunal de Justiça de 12 de Julho de 2001, Comissão e França/TF1 (C-302/99 P e C-308/99 P, Colect., p. I-5603, n.os 26 a 29). Lenaerts, K.; Arts, D.; Maselis, I. — *op. cit.* (v. nota 22), p. 465, n.º 16-019.

parcial não constitui uma vantagem selectiva, por um lado, no carácter incerto dos créditos e, por outro, na excepção assente na natureza e na economia do sistema. Uma vez que a primeira vertente do quarto fundamento, que é dirigida contra o argumento do Tribunal de Primeira Instância baseado na excepção assente na natureza e na economia do sistema, deve ser julgada improcedente [56], esse argumento é, por si só, susceptível de constituir justificação bastante para a conclusão do Tribunal de Primeira Instância. Em todo o caso, os vícios de que possa enfermar o argumento baseado no carácter incerto dos créditos não têm influência na parte decisória do acórdão recorrido. Logo, a presente vertente é inoperante.

132. Quanto ao mérito da presente vertente, considero que, antes de mais, há que distinguir a fase compreendida entre 31 de Janeiro de 2001 e 31 de Maio de 2001, por um lado, e a alteração controvertida de 3 de Dezembro de 2002, por outro.

133. Em 31 de Janeiro de 2001, as autoridades francesas verificaram que dois candidatos tinham submetido a sua candidatura e que isso não era suficiente para garantir uma concorrência efectiva no mercado do UMTS. Assim, anunciaram que seria necessário um segundo concurso. Foi depois desse anúncio que a Orange e a SFR contactaram as autoridades francesas, pedindo que fossem respeitados os princípios da igualdade perante os encargos públicos e da concorrência efectiva entre operadores.

134. Nessa altura, a Orange e a SFR ainda poderiam ter retirado as respectivas candidaturas. Como a Comissão reconheceu, a possibilidade de a Orange e a SFR terem aceite as condições do primeiro concurso, quando as condições do segundo eram muito mais vantajosas, era sobretudo teórica [57].

135. Face a estas circunstâncias, entendo que, com justeza, se podem qualificar de incertos os créditos do Estado francês sobre a Orange e a SFR, pelo menos a partir do momento em que as autoridades francesas anunciaram a sua intenção de abrir um segundo concurso com condições nitidamente mais vantajosas.

136. Foi nestas circunstâncias que as autoridades francesas, a pedido expresso da Orange e da SFR, garantiram um tratamento equitativo relativamente aos candidatos do segundo concurso. Com base nesta garantia, a Orange e a SFR podiam partir do princípio de que as condições das respectivas licenças seriam alteradas na medida do necessário para garantir um tratamento equitativo. Assim, era claro que, antes de 31 de Maio de 2001, as condições das licenças atribuídas à Orange e à SFR continham uma reserva de alteração. Como as autoridades francesas tinham anunciado que o montante das taxas seria nitidamente mais baixo para os candidatos do

56 — V. n.os 104 a 128 das presentes conclusões.

57 — N.º 27 da decisão controvertida.

segundo concurso, essa reserva de alteração continha já, pois, a garantia de uma renúncia parcial aos créditos sobre a Orange e a SFR. Foi o que a Comissão observou na decisão controvertida [58], considerando que «o alinhamento retroactivo já decorria implicitamente das condições acordadas nas licenças da primeira vaga». Nestas condições, não considero que seja possível qualificar os créditos sobre a Orange e a SFR como créditos de natureza actual e incontestável.

137. Em conclusão, os créditos sobre a Orange e a SFR deveriam, pois, ser considerados incertos antes da garantia de um tratamento equitativo nos ofícios de 22 de Fevereiro de 2001. Depois desses ofícios, era claro que as condições das licenças atribuídas à Orange e à SFR continham uma reserva de renúncia parcial. Nestas circunstâncias, o facto de, em 3 de Dezembro de 2002, a Orange e a SFR já não poderem retirar as respectivas ofertas não põe em causa a conclusão do Tribunal de Primeira Instância, no n.º 107 do acórdão recorrido, de que estava em causa a renúncia parcial a créditos incertos.

138. Proponho, pois, que a segunda vertente do terceiro fundamento seja julgada inoperante e, subsidiariamente, improcedente.

58 — N.º 27 da decisão controvertida.

4. Vantagem selectiva temporal (segunda vertente do quarto fundamento)

139. Nos n.os 113 a 122 do acórdão recorrido, o Tribunal de Primeira Instância examinou se a atribuição anterior das licenças à Orange e à SFR tinha proporcionado uma vantagem selectiva temporal a essas empresas face à Bouygues Télécom. Após ter qualificado de vantagem potencial a anterior atribuição de licenças [59], o Tribunal de Primeira Instância verificou que essa vantagem potencial não aproveitou à Orange nem à SFR [60] e concluiu, no n.º 122 do acórdão recorrido, que a anterioridade da atribuição das licenças à Orange e à SFR não tinha constituído uma vantagem concorrencial em detrimento da Bouygues Télécom.

140. Nos n.os 123 a 126 do acórdão recorrido, o Tribunal de Primeira Instância acrescentou que, em todo o caso, uma vantagem virtualmente concedida à Orange e à SFR era a única forma de proceder em consonância com as exigências do direito comunitário.

141. Na segunda vertente do quarto fundamento, as recorrentes sustentam que o Tribunal de Primeira Instância cometeu um erro de direito quanto ao conceito de auxílio na acepção do artigo 87.º, n.º 1, CE. Uma vez que o Tribunal de Primeira Instância declarou, no n.º 113 do acórdão recorrido, que havia uma vantagem potencial, isso teria bastado para a existência de um auxílio na acepção do artigo 87.º, n.º 1, CE.

59 — V. n.os 113 a 115 do acórdão recorrido.
60 — V. n.os 115 a 121 do acórdão recorrido.

142. Antes de mais, esta vertente parece-me inoperante [61]. O Tribunal de Primeira Instância baseou a sua conclusão de que a vantagem temporal não constituía uma vantagem selectiva, por um lado, nos n.os 113 a 122 do acórdão recorrido, no juízo de que a vantagem não tinha aproveitado à Orange nem à SFR e, por outro, nos n.os 123 a 125 do acórdão recorrido, na constatação de que, de qualquer modo, proporcionar uma alegada vantagem temporal era a única forma de proceder em consonância com as exigências do enquadramento comunitário. As recorrentes não parecem ter posto formalmente em causa o argumento subsidiário do Tribunal de Primeira Instância nos n.os 123 a 125 do acórdão recorrido. Por isso, a presente vertente parece-me inoperante, pois os vícios de que a fundamentação constante dos n.os 113 a 122 do acórdão recorrido possa enfermar não têm influência na fundamentação subsidiária constante dos n.os 123 a 125 do acórdão recorrido e, portanto, na conclusão do Tribunal de Primeira Instância.

143. Quanto ao mérito da presente vertente, começarei por examinar a aplicação do conceito de vantagem na acepção do artigo 87.º, n.º 1, CE, nos n.os 113 a 122 do acórdão recorrido (a). De seguida, apreciarei se a conclusão impugnada pode ser baseada na fundamentação subsidiária constante dos n.os 123 a 125 do acórdão recorrido, que se alicerça na excepção assente na natureza e na economia do enquadramento comunitário (b).

61 — Como acima referi (v. n.º 131 das presentes conclusões), uma vertente é inoperante se a conclusão impugnada se puder alicerçar em fundamentação alternativa e a vertente não puder, por isso, pôr em causa a conclusão impugnada.

a) Conceito de vantagem na acepção do artigo 87.º, n.º 1, CE

144. No acórdão recorrido, o Tribunal de Primeira Instância verificou, primeiro, que a anterioridade das licenças da Orange e da SFR, de cerca de ano e meio, lhes tinha conferido, em princípio, uma vantagem selectiva face à Bouygues Télécom [62]. De seguida, concluiu que essa vantagem potencial não tinha aproveitado à Orange nem à SFR [63] e que, à data da decisão impugnada, a Comissão podia concluir que a Orange e a SFR não tinham tirado proveito da vantagem temporal constituída pela anterioridade das licenças e que, por isso, a Comissão podia considerar que a Orange e a SFR não tinham efectivamente beneficiado de uma vantagem concorrencial em detrimento da Bouygues Télécom [64].

145. As recorrentes sustentam, nomeadamente, que a atribuição anterior das licenças era, *per se*, uma vantagem real e imediata. Ao recusar a existência de uma vantagem, com o fundamento de que a Orange e a SFR não tinham podido aproveitar essa vantagem, o Tribunal de Primeira Instância viciou o seu acórdão de um erro de direito. Segundo as recorrentes, para efeitos do conceito de auxílio do artigo 87.º, n.º 1, CE, é indiferente saber se a situação do beneficiário melhorou no tempo.

146. A meu ver, esta objecção não deixa de ser procedente.

62 — V. n.os 113 e 114 do acórdão recorrido.
63 — V. n.os 115 a 121 do acórdão recorrido.
64 — V. n.º 122 do acórdão recorrido.

147. A existência de um auxílio na acepção do artigo 87.º, n.º 1, CE pressupõe que uma medida estatal favoreça uma empresa em comparação com outra [65]. Noto que, no momento em que a Orange e a SFR receberam as respectivas licenças, eram as únicas empresas a poder aceder ao mercado do UMTS. Em meu entender, essa possibilidade exclusiva de aceder ao mercado do UMTS constituía um tratamento vantajoso para a Orange e a SFR face às outras empresas.

148. Nos n.os 116 a 122 do acórdão recorrido, o Tribunal de Primeira Instância excluiu a existência de um auxílio, declarando que os beneficiários não tinham podido tirar proveito desse tratamento vantajoso. Em meu entender, esta abordagem está errada.

149. Em primeiro lugar, parece-me que a questão de saber se os beneficiários puderam tirar proveito de uma medida estatal não diz respeito à existência da vantagem, mas sim aos efeitos na relação concorrencial entre as empresas.

150. É verdade que uma vantagem conferida a uma empresa presente num mercado é susceptível de falsear ou ameaçar falsear a concorrência em detrimento das outras empresas presentes no mesmo mercado. Assim, é manifesto o nexo entre a vantagem e a distorção da concorrência [66]. Ora, a dedução, *a contrario*, de que a inexistência de distorção da concorrência indica a inexistência de uma vantagem não está em consonância com o artigo 87.º, n.º 1, CE. Este último aplica-se tanto aos auxílios que falseiam a concorrência como aos auxílios que ameaçam falsear a concorrência. Como não é necessário que um auxílio, realmente, falseie a concorrência, a constatação, *ex posteriori*, de que a Orange e a SFR não beneficiaram da anterioridade das respectivas licenças não permite, pois, concluir pela inexistência de um auxílio.

151. Em segundo lugar, a análise da existência de um auxílio deve ser feita no momento em que a medida estatal foi tomada [67]. Por isso, não me parece possível excluir a existência de uma vantagem para a Orange e a SFR, com base numa análise *ex posteriori* do benefício concorrencial que a Orange e a SFR tiraram de um tratamento vantajoso. Em todo o caso, é errado levar em conta os benefícios concorrenciais no momento em que a Comissão tomou a sua decisão, como o Tribunal de Primeira Instância fez no n.º 122 do acórdão recorrido. Uma vez que os benefícios concorrenciais de uma medida estatal podem mudar ao longo do tempo, a existência de um auxílio

65 — Acórdãos do Tribunal de Primeira Instância de 27 de Janeiro de 1998, Ladbroke Racing/Comissão (T-67/94, Colect., p. II-1, n.º 52); e de 7 de Junho de 2006, Ufex e o./Comissão (T-613/97, Colect., p. II-1531, n.º 67).

66 — Cremer, W. — «Artikel 87», *in* Callies, Ch., e Ruffert, M. — *Kommentar zu EU-Vertrag und EG-Vertrag*, ed. Beck, 3.ª ed., 2007, p. 1176, n.º 21.

67 — V., nesse sentido, acórdão do Tribunal de Justiça de 16 de Maio de 2002, França/Comissão (referido na nota 44, n.º 71). Segundo esse acórdão, «há que tomar como referência o contexto da época em que as medidas [...] foram tomadas [...] e, portanto, não basear a apreciação numa situação posterior». Apesar de este ponto se referir à aplicação do critério do investidor prudente numa economia de mercado, penso que, no que respeita ao momento relevante, esta regra pode ser aplicada ao caso vertente. V. também acórdão Adria-Wien Pipeline e Wietersdorfer & Peggauer Zementwerke (já referido na nota 50, n.º 41), segundo o qual é indiferente que a situação do beneficiário não tenha sofrido nenhuma evolução no tempo. Há, pois, que examinar as condições de aplicação no momento em que a medida estatal foi tomada.

não pode depender do momento em que a Comissão tomou a sua decisão [68].

152. Em terceiro lugar, a fundamentação do Tribunal de Primeira Instância tão-pouco se pode basear no argumento de que era previsível, no momento em que as licenças foram atribuídas à Orange e à SFR, que a Orange e a SFR não iam beneficiar desse tratamento vantajoso. Pelo contrário, as autoridades francesas tinham decidido não retomar todo o procedimento de atribuição *ab initio,* justamente, para assegurar a possibilidade da presença de um número mínimo de operadores no mercado do UMTS a partir de 1 de Janeiro de 2002. No momento da atribuição das licenças à Orange e à SFR, não era, pois, possível excluir que a mesma permitiria a esses operadores aceder ao mercado do UMTS antes dos futuros candidatos.

153. Assim, o Tribunal de Primeira Instância, ao basear-se numa análise *a posteriori* dos benefícios concorrenciais que a Orange e a SFR puderam tirar da atribuição anterior das licenças para excluir a existência de uma vantagem selectiva, viciou a sua fundamentação, constante dos n.os 113 a 122 do acórdão recorrido, de um erro de direito.

154. Como o Tribunal de Primeira Instância baseou a sua conclusão sobre a inexistência de uma vantagem selectiva devido à anterioridade da atribuição das licenças à Orange e à SFR, não só nessa fundamentação errada mas também na excepção assente na natureza e na economia do sistema, há que examinar se este argumento subsidiário é susceptível de suportar a conclusão do Tribunal de Primeira Instância.

b) Argumento baseado na excepção assente na natureza e na economia do enquadramento comunitário

155. O Tribunal de Primeira Instância entendeu que, em todo o caso, «a vantagem virtualmente conferida à Orange e à SFR» era a única forma de evitar a adopção de uma medida com inobservância do direito comunitário [69]. Neste contexto, alude nomeadamente à diferença significativa entre os dois regimes de taxas sucessivamente concebidos pelas autoridades nacionais, à inexistência de operadores no mercado do UMTS no momento da alteração controvertida e à identidade das licenças dos três operadores [70].

156. Ao concluir que a atribuição anterior das licenças à Orange e à SFR era inevitável, o Tribunal de Primeira Instância baseou-se novamente na excepção assente na natureza e na economia do enquadramento comunitário [71].

68 — De resto, semelhante abordagem não estaria em consonância com o princípio da notificação prévia dos auxílios de Estado.

69 — N.º 123 do acórdão recorrido.

70 — V. n.º 123 do acórdão recorrido.

71 — Quanto à base jurídica desta excepção, remeto para os n.os 108 a 117 das presentes conclusões.

157. Noto que, nos n.os 123 a 126 do acórdão recorrido, o Tribunal de Primeira Instância se limitou a explicar que a razão da aplicação das mesmas condições era inevitável. Em meu entender, a fundamentação aduzida pelo Tribunal de Primeira Instância nos n.os 123 a 126 do acórdão não é suficiente.

158. Uma vez que a anterioridade da atribuição das licenças à Orange e à SFR era, *per se*, susceptível de afectar a relação concorrencial entre a Orange e a SFR, por um lado, e os futuros candidatos, por outro, a conclusão da inexistência de uma vantagem selectiva baseada na excepção assente na natureza e na economia do enquadramento comunitário deve fundar-se em dois elementos. Em primeiro lugar, a atribuição anterior das licenças à Orange e à SFR, que teve lugar em 18 de Julho de 2001, tinha de ser inevitável por força do enquadramento comunitário (i). Em segundo lugar, a aplicação de condições de licenças idênticas à Orange, à SFR e à Bouygues Télécom, que teve lugar em 3 de Dezembro de 2002, tinha de ser imposta pelo enquadramento comunitário, não obstante a Orange e a SFR terem recebido as respectivas licenças antes da Bouygues Télécom (ii).

i) Inevitabilidade da atribuição anterior das licenças à Orange e à SFR

159. Como acima referi, o Tribunal de Primeira Instância, nos n.os 123 a 126 do acórdão recorrido, não apresentou fundamentos para a inevitabilidade da atribuição anterior das licenças à Orange e à SFR. Porém, o Tribunal de Primeira Instância explicou-a na parte do acórdão recorrido sobre o respeito do princípio da não discriminação [72].

160. O Tribunal de Primeira Instância considerou que, de acordo com a Decisão n.º 128/1999, os Estados-Membros eram obrigados a tomar todas as medidas necessárias para permitir a introdução coordenada e progressiva de serviços UMTS no seu território, o mais tardar, a partir de 1 de Janeiro de 2002 [73]. Este prazo era um dos elementos vinculativos do enquadramento comunitário.

161. Segundo o juízo do Tribunal de Primeira Instância, não era possível a organização de um novo procedimento *ab initio,* antes do termo desse prazo [74]. As recorrentes contestam esse facto. Alegam que era possível a organização de um novo procedimento *ab initio*. Neste contexto, há que recordar que, uma vez que o recurso de uma decisão do Tribunal de Primeira Instância está limitado às questões de direito, nele não pode ser impugnada a apreciação dos factos feita pelo Tribunal de Primeira Instância [75]. Como as recorrentes se limitam a impugnar a apre-

72 — V. n.os 127 a 154 do acórdão recorrido. Neste contexto, parece-me errada a abordagem do Tribunal de Primeira Instância, de examinar separadamente a existência de uma vantagem selectiva nos n.os 95 a 126 do acórdão recorrido e o respeito do princípio da não discriminação nos n.os 127 a 154 do acórdão recorrido. A comprovação da existência ou da inexistência de um auxílio depende da questão de saber se as medidas das autoridades francesas eram impostas pelo enquadramento comunitário. Uma vez que o princípio da não discriminação é um elemento desse enquadramento comunitário, o Tribunal de Primeira Instância devia ter examinado o princípio da não discriminação como um elemento do enquadramento comunitário.

73 — V. n.os 141 e 142 do acórdão recorrido.

74 — V. n.º 141 do acórdão recorrido.

75 — Acórdão Comissão/Brazzelli Lualdi e o. (já referido na nota 23). Lenaerts, K.; Arts, D.; Maselis, I. — *op. cit.* (v. nota 22), p. 453, n.º 16-003.

ciação factual do Tribunal de Primeira Instância e não invocam um erro de direito quanto à apreciação dos factos, essa impugnação por parte das recorrentes deve ser julgada inadmissível.

162. Por outro lado, se retomassem todo o procedimento *ab initio*, as autoridades ter-se-iam arriscado a pôr em causa a candidatura da Orange e da SFR e, por conseguinte, a possibilidade da presença dessas duas candidatas no mercado do UMTS a partir de 1 de Janeiro de 2002 [76].

163. Uma vez que o enquadramento comunitário impunha às autoridades francesas que possibilitassem o acesso de um número suficiente de operadores ao mercado do UMTS e, na falta desse número, de um número mínimo de operadores a partir de 1 de Janeiro de 2002, considero que o Tribunal de Primeira Instância tinha razão quando concluiu que a retoma do procedimento *ab initio* não era uma opção conforme com o direito comunitário. Pelo contrário, o enquadramento comunitário obrigava as autoridades francesas — tal como o fizeram — a atribuir primeiro licenças à Orange e à SFR, para garantir a possibilidade de um número mínimo de operadores no mercado do UMTS a partir de 1 de Janeiro de 2002.

164. Considero, pois, em primeiro lugar, que a atribuição anterior das licenças à Orange e à SFR, em 18 de Julho de 2001, era uma consequência inevitável do enquadramento comunitário.

ii) Inevitabilidade da aplicação de condições idênticas à Orange, à SFR e à Bouygues Télécom em 3 de Dezembro de 2002

165. Como acima referi [77], eram consequências inevitáveis da natureza e da economia do enquadramento comunitário não só a atribuição anterior das licenças à Orange e à SFR mas também a decisão das autoridades francesas, de 3 de Dezembro de 2002, de aplicarem as mesmas condições às licenças da Orange, da SFR e da Bouygues.

166. As recorrentes alegam que as autoridades francesas deviam ter aplicado condições diferentes à Orange e à SFR, por um lado, e à Bouygues Télécom, por outro. Há que examinar, pois, se a aplicação das mesmas condições resultava inevitavelmente do enquadramento comunitário ou se se impunha um tratamento diferenciado. Esse exame deve ser efectuado no momento em que a medida foi tomada, portanto, em 3 de Dezembro de 2002.

76 — V. n.º 146 do acórdão recorrido.

77 — V. n.º 158 das presentes conclusões.

167. Como o Tribunal de Primeira Instância concluiu, as autoridades francesas eram obrigadas a respeitar o princípio da não discriminação [78]. O Tribunal de Primeira Instância considerou também que as taxas impostas aos diferentes operadores deviam ser equivalentes em termos económicos [79].

168. Recordo que as autoridades francesas eram obrigadas a garantir condições para uma concorrência equitativa entre os operadores no mercado do UMTS [80]. Em meu entender, uma condição elementar para o desenvolvimento de uma concorrência efectiva num mercado é a garantia de condições de concorrência equitativas entre os diferentes operadores. O ponto de partida para garantir condições de concorrência equitativas entre os operadores num mercado em fase de emergência é, antes de mais, garantir condições iguais para todos os operadores. Assim, todos os operadores no mercado tinham de ser tratados de forma igual, desde que não houvesse circunstâncias que justificassem um tratamento diferenciado.

169. O facto de a Orange e a SFR terem recebido as respectivas licenças antes da Bouygues Télécom é uma circunstância que poderia ter afectado a relação concorrencial entre os operadores. Há, pois, que levar em conta o efeito dessa circunstância na relação concorrencial entre a Orange, a SFR e a Bouygues.

170. Por conseguinte, há que examinar, em primeiro lugar, os efeitos dessa circunstância e a sua consideração no modelo de taxa aplicado pelas autoridades francesas.

171. Neste contexto, noto, antes de mais, que a segunda componente desse modelo de taxa se baseia no volume de negócios realizado com a licença. O acesso anterior da Orange e da SFR ao mercado do UMTS teria, pois, impacto no montante das respectivas taxas. Assim, o modelo de taxas aplicado a todos os operadores pelas autoridades francesas levava em conta a possibilidade de a Orange e a SFR acederem ao mercado antes dos futuros candidatos.

172. É verdade que, em 3 de Dezembro de 2001, portanto, no momento em que as autoridades francesas decidiram aplicar o novo modelo de taxas a todos os operadores, nenhum dos operadores estava presente no mercado. Contudo, a aplicação do novo modelo de taxa não levava necessariamente a um tratamento idêntico e indiferenciado entre os operadores, pois este podia levar em conta os desenvolvimentos posteriores a 3 de Dezembro de 2001. Se a anterioridade da atribuição das licenças tivesse tido impacto na anterioridade do acesso ao mercado, o novo modelo de taxa teria levado esse efeito em conta.

173. De seguida, quanto à possibilidade que a Orange e a SFR tinham de aceder ao mercado antes de 3 de Dezembro de 2002, o Tribunal de Primeira Instância notou a existência de

78 — V. n.º 123 do acórdão recorrido.

79 — V. n.º 109 do acórdão recorrido, com remissão para o acórdão de 22 de Maio de 2003, Connect Austria (C-462/99, Colect., p. I-5197, n.º 90).

80 — V. artigo 10.º, n.º 3, e artigo 11.º, n.º 2, da Directiva 97/13.

problemas ligados à tecnologia UMTS e o contexto económico pouco favorável ao seu desenvolvimento [81]. Assim, o facto de a Orange e a SFR não terem tirado proveito das respectivas licenças não se deveu à falta de iniciativa ou de mérito desses operadores.

174. Em segundo lugar, quanto às outras vantagens alegadas pelas recorrentes, o Tribunal de Primeira Instância concluiu que não existiam ou que, de qualquer modo, não afectavam a relação concorrencial dos operadores no mercado do UMTS [82].

175. As recorrentes sustentam que o Tribunal de Primeira Instância inverteu o ónus da prova, primeiro, ao aceitar a existência de uma vantagem temporal potencial e, depois, ao exigir que as recorrentes fizessem prova das consequências efectivas dessa vantagem.

176. Em meu entender, esta crítica é improcedente. Primeiro, no contexto da fundamentação subsidiária constante dos n.os 123 a 126 do acórdão recorrido, que se baseia na excepção assente na natureza e na economia do sistema, não se conclui que exista uma vantagem na acepção do artigo 87.º, n.º 1, CE [83]. Em seguida, embora haja um nexo evidente entre a anterioridade da atribuição das licenças e uma potencial anterioridade no acesso ao mercado, semelhante nexo não é evidente entre a anterioridade da atribuição das licenças e as vantagens alegadas pelas recorrentes em primeira instância e descritas nos n.os 117 a 121 do acórdão recorrido. Em meu entender, as recorrentes deviam, pois, ter concretizado os motivos pelos quais a anterioridade da atribuição das licenças levou a essas alegadas vantagens e quais os impactos que essas vantagens tiveram na relação concorrencial entre a Orange e a SFR, por um lado, e a Bouygues Télécom, por outro. Por último, cabe às recorrentes, enquanto autoras de um recurso contra uma decisão da Comissão, demonstrar que a conclusão da Comissão não era válida [84].

177. Em conclusão, entendo que o novo modelo de taxa levava em conta o efeito potencial que a anterioridade da atribuição das licenças poderia ter no momento em que os operadores acedessem ao mercado e que não se provou que se tenham verificado outros efeitos na relação concorrencial entre os operadores. Em minha opinião, o Tribunal de Primeira Instância tinha razão quando entendeu que o novo modelo de taxas não era discriminatório [85].

81 — V. n.º 116 do acórdão recorrido.

82 — V. n.os 117 a 126 do acórdão recorrido.

83 — O argumento das recorrentes é dirigido contra o raciocínio errado do Tribunal de Primeira Instância nos n.os 113 a 122 do acórdão recorrido.

84 — Acórdão de 10 de Maio de 1990, Sens/Comissão (T-117/89, Colect., p. II-185, n.º 20).

85 — V. n.º 109 do acórdão recorrido, com remissão para o acórdão de 22 de Maio de 2003, Connect Austria (já referido na nota 79, n.º 90).

c) Balanço

178. Por conseguinte, a atribuição anterior das licenças à Orange e à SFR e a aplicação do novo modelo de taxas à Orange, à SFR e à Bouygues Télécom eram inevitáveis. Como o Tribunal de Primeira Instância concluiu [86], o procedimento das autoridades francesas era a única forma de garantirem as obrigações que lhes incumbiam por força do enquadramento comunitário. Consequentemente, considero que é correcta a conclusão do Tribunal de Primeira Instância quanto à inexistência de uma vantagem selectiva devido à atribuição anterior das licenças.

179. Assim, proponho que a segunda vertente do quarto fundamento seja julgada improcedente e parcialmente substituída a fundamentação do Tribunal de Primeira Instância [87].

5. O princípio da não discriminação (terceira vertente do quarto fundamento)

180. Na terceira vertente do quarto fundamento, as recorrentes invocam um erro de direito quanto à aplicação do artigo 87.º, n.º 1, CE na concretização do princípio da não discriminação.

181. Segundo a Orange, este fundamento é inadmissível porquanto as recorrentes se limitam a repetir os mesmos argumentos que em primeira instância.

182. É verdade que uma vertente em que se repetem os argumentos já invocados em primeira instância pode ser inadmissível [88]. Contudo, isso só sucede quando na vertente não se pede a fiscalização do acórdão do Tribunal de Primeira Instância, mas antes uma segunda apreciação do mérito da causa [89]. Nesse caso, a vertente é dirigida, na realidade, contra o acto jurídico impugnado em primeira instância, e não contra o acórdão do Tribunal de Primeira Instância. Se, pelo contrário, como sucede no caso vertente, a recorrente sustentar que o Tribunal de Primeira Instância cometeu um erro de direito quando confirmou a fundamentação invocada pela Comissão, que enferma do mesmo erro, essa vertente é dirigida contra o acórdão do Tribunal de Primeira Instância e, portanto, é admissível [90].

183. As recorrentes invocam como fundamentos para esta vertente, nomeadamente, o princípio da não discriminação, a intangibilidade das condições do primeiro concurso e o artigo 87.º, n.º 2, CE.

86 — V. n.º 148 do acórdão recorrido.

87 — A substituição da fundamentação do Tribunal de Primeira Instância permitiria também remediar a abordagem errada do Tribunal de Primeira Instância de examinar separadamente a existência de uma vantagem selectiva, nos n.os 95 a 126 do acórdão recorrido, e o respeito do princípio da não discriminação, nos n.os 127 a 154 do acórdão recorrido (v. nota 72).

88 — Lenaerts, K.; Arts, D.; Maselis, I. — *op. cit.* (v. nota 22), p. 463, n.º 16-017.

89 — Despacho do Tribunal de Justiça de 23 de Maio de 2007, Smanor e o./Comissão (C-99/07 P, n.os 34 a 36).

90 — Despacho do Tribunal de Justiça de 11 de Novembro de 2003, Martinez/Parlamento (C-488/01 P, Colect., p. I-13355, n.os 39 a 41).

184. Quanto à procedência do argumento assente no princípio da não discriminação, recordo que uma discriminação consiste em aplicar regras diferentes a situações análogas ou em aplicar a mesma regra a situações diferentes [91].

185. As recorrentes sustentam que o método aplicado pelas autoridades francesas é discriminatório. Alegam que a Orange e a SFR, enquanto candidatas ao primeiro concurso, e a Bouygues Télécom, enquanto candidata ao segundo concurso, não estavam na mesma situação.

186. É necessário examinar, pois, se a Orange e a SFR, por um lado, e a Bouygues Télécom, por outro, estavam na mesma situação factual e jurídica. Como acima referi [92], para demonstrar uma discriminação, não basta fazer referência a diferenças entre dois grupos. Uma vez que a base legal do princípio da não discriminação em causa era o artigo 11.º, n.º 2, da Directiva 97/13, a questão relevante é a de saber se as circunstâncias invocadas pelas recorrentes eram relevantes de acordo com os objectivos dessa directiva e do enquadramento comunitário [93].

187. Recordo que a renúncia parcial do Estado francês aos créditos sobre a Orange e a SFR era ditada pelo enquadramento comunitário [94]. Assim, na presente vertente, há unicamente que examinar se o procedimento das autoridades francesas, de não retomar todo o processo *ab initio*, era discriminatório [95].

188. As recorrentes alegam que esse procedimento era contrário ao princípio da intangibilidade e que este princípio obrigava as autoridades francesas a aplicar um regime diferente aos candidatos do primeiro e do segundo concurso. O princípio da intangibilidade das condições do primeiro concurso colocou a Orange e a SFR numa situação legal diferente da da Bouygues Télécom.

189. Neste contexto, noto, em primeiro lugar, que — como o Tribunal de Primeira Instância considerou no acórdão recorrido — nem a Directiva 97/13 nem a Decisão n.º 128/1999 contêm o princípio da intangibilidade [96]. Pelo contrário, o enquadramento comunitário contém, em meu entender, elementos que contrariam o princípio da intangibilidade.

91 — V. jurisprudência referida no n.º 129 do acórdão recorrido; e acórdãos do Tribunal de Justiça de 14 de Fevereiro de 1995, Schumacker (C-279/93, Colect., p. I-225, n.º 30), e de 13 de Fevereiro de 1996, Gillespie e o. (C-342/93, Colect., p. I-475, n.º 16).

92 — V. n.º 123 das presentes conclusões.

93 — V. n.º 123 das presentes conclusões.

94 — V. n.ºs 104 a 128 das presentes conclusões.

95 — Como acima referi (v. nota 72), o Tribunal de Primeira Instância devia ter examinado o respeito do princípio da não discriminação, no âmbito da apreciação da existência de uma vantagem selectiva. Porém, as recorrentes não impugnaram este elemento do acórdão.

96 — V. n.º 135 do acórdão recorrido.

190. No acórdão recorrido, o Tribunal de Primeira Instância baseou a sua fundamentação no argumento de que o artigo 8.º, n.º 4, da Directiva 97/13 previa uma possibilidade de alterar as condições. Como o artigo 8.º, n.º 1, da Directiva 97/13 indica, as condições referidas nesse artigo são as condições enumeradas nos pontos 2 e 4 do anexo da Directiva 97/13. Embora o montante das taxas não seja expressamente referido nesses pontos, noto que, no ponto 4.9 do anexo, se esclarece que a lista não prejudica quaisquer outras condições legais que não sejam específicas do sector das telecomunicações. Em contrapartida, o artigo 8.º, n.º 1, da Directiva 97/13 estipula que as condições apenas devem dizer respeito aos casos que justificam a concessão dessa licença, definidos no artigo 7.º da Directiva 97/13. Noto que as condições enumeradas nesse artigo não fazem referência expressa ao montante das taxas. Face a estas disposições, entendo que é lícito duvidar da procedência do argumento do Tribunal de Primeira Instância baseado no artigo 8.º, n.º 4, da Directiva 97/13.

191. Contudo, isso não afecta a conclusão do Tribunal de Primeira Instância sobre a inaplicabilidade do princípio da intangibilidade. Mesmo na hipótese de o artigo 8.º, n.º 4, da Directiva 97/13 não visar o montante das taxas, parece-me possível deduzir das disposições da Directiva 97/13 que deve ser possível uma alteração posterior do montante das taxas.

192. Como já acima referi [97], os Estados-Membros são obrigados a atribuir o máximo de licenças e a lançar um concurso para a concessão de licenças adicionais, se constatarem que é possível a atribuição de uma licença adicional [98]. O artigo 11.º, n.º 2, da Directiva 97/13 prevê que o montante das taxas deve levar em conta a necessidade de promover o desenvolvimento dos serviços inovadores e da concorrência. Daqui deduzo que um Estado-Membro pode ser obrigado — como sucedeu no caso em apreço — a rever em baixa o montante das taxas, se isso for necessário para atrair candidatos adicionais. Nesse caso, deverá examinar se o princípio da não discriminação [99] e a obrigação de garantir condições de concorrência equitativas [100] impõem a alteração do montante das taxas para as licenças existentes. Nenhuma disposição da Directiva 97/13 impõe a retoma, *ab initio*, da atribuição de todas as licenças, em caso de atribuição de uma licença adicional. Assim, a economia do sistema da Directiva 97/13 prevê, pelo menos implicitamente, a alteração do montante das taxas das licenças existentes.

193. O argumento das recorrentes baseado na intangibilidade das condições de atribuição deve, portanto, ser afastado. Uma vez que o enquadramento comunitário não contém o princípio da intangibilidade, entendo que a circunstância de a Orange e a SFR, por um lado, e a Bouygues Télécom, por outro, serem

97 — V. n.º 124 das presentes conclusões.
98 — V. artigo 10.º, n.º 4, da Directiva 97/13.
99 — V. artigo 10.º, n.º 3, da Directiva 97/13.
100 — V. artigo 10.º, n.º 3, CE.

candidatas a dois concursos sucessivos não as colocava numa situação legal diferente, na acepção do princípio da não discriminação referido no artigo 11.º, n.º 2, da Directiva 97/13.

194. Em todo o caso, parece-me que a aplicação do princípio da intangibilidade pressupõe condições de licenças de natureza suficientemente intangível. Ora, no caso em apreço, as autoridades francesas tinham garantido uma alteração das condições das licenças atribuídas à Orange e à SFR, antes de as mesmas serem atribuídas à Orange e à SFR e até antes do termo do prazo para o exercício, pela Orange e a SFR, do direito de retirarem as suas candidaturas [101]. Mesmo na hipótese de ser aplicável um «princípio da intangibilidade», as condições das licenças atribuídas à Orange e à SFR, que contêm uma reserva de alteração [102], não me parecem suficientemente intangíveis.

195. Em conclusão, considero que, face aos objectivos do enquadramento comunitário, a Orange e a SFR, por um lado, e a Bouygues Télécom, por outro, não estavam numa situação jurídica diferente. Assim, o método aplicado pelas autoridades francesas não era contrário ao princípio da não discriminação, segundo o artigo 11.º, n.º 2, da Directiva 97/13.

101 — V. n.os 132 a 137 das presentes conclusões.
102 — V. n.º 137 das presentes conclusões.

196. Finalmente, o argumento das recorrentes de que o respeito dos objectivos do enquadramento comunitário para a atribuição de licenças UMTS não é visado pelo artigo 87.º, n.º 2, CE deve ser afastado. Aqui, está em causa o exame da questão de saber se existe uma vantagem selectiva, na acepção do artigo 87.º, n.º 1, CE, e não a questão da compatibilidade de um auxílio com o mercado comum, nos termos do artigo 87.º, n.º 2, CE.

197. Por conseguinte, proponho que a terceira vertente do quarto fundamento seja julgada improcedente.

6. Unicidade do procedimento (primeira vertente do terceiro fundamento)

198. Na primeira vertente do terceiro fundamento, as recorrentes criticam um erro na qualificação jurídica dos factos, relativamente à unicidade do procedimento.

199. A Comissão e a Orange consideram que esta vertente é inadmissível. É verdade que a questão de saber se os dois concursos devem ser apreciados como um procedimento único ou como dois procedimentos distintos pode parecer, à primeira vista, uma averiguação de matéria de facto. Não obstante, penso que

atrás desse aspecto fáctico se esconde uma questão de direito. Como já atrás referi [103], um erro na qualificação jurídica dos factos consiste num erro na aplicação de uma norma aos factos. O erro de direito pode não só consistir na má interpretação de uma regra jurídica como também se pode verificar quando uma determinada situação de facto recebe uma qualificação jurídica errada.

200. Uma vez que a norma em causa é o princípio da não discriminação referido no artigo 11.º, n.º 3, da Directiva 97/13, que proíbe a aplicação de regras diferentes a situações comparáveis ou a aplicação da mesma regra a situações diferentes, parece-me que a questão de saber se estava em causa um procedimento único ou dois procedimentos distintos deve ser interpretada, na realidade, como a questão de saber se se pode considerar que a Orange e a SFR, enquanto candidatas ao primeiro concurso, e a Bouygues Télécom, enquanto candidata ao segundo, estavam na mesma situação, na acepção do princípio da não discriminação, segundo o artigo 11.º, n.º 3, da Directiva 97/13. Esta questão é uma questão de direito e, portanto, admissível.

201. Quanto à procedência dessa questão, recordo que, para demonstrar uma discriminação, não basta fazer referência a diferenças entre dois grupos. É necessário que essas circunstâncias sejam relevantes face aos objectivos do enquadramento comunitário [104]. Atentos os argumentos mencionados no âmbito do exame da terceira vertente do quarto fundamento, para os quais remeto [105], a circunstância de a Orange e a SFR serem candidatas ao primeiro concurso e de a Bouygues Télécom ser candidata ao segundo não as colocava numa situação diferente, na acepção do artigo 11.º, n.º 3, da Directiva 97/13.

202. Proponho, pois, que a primeira vertente do terceiro fundamento seja julgada improcedente.

7. Balanço

203. Em conclusão, proponho que o terceiro e quarto fundamentos sejam julgados totalmente improcedentes e que a fundamentação do Tribunal de Primeira Instância seja parcialmente substituída.

B — *Quanto ao segundo fundamento*

204. No processo em primeira instância, as recorrentes alegaram que a denúncia que

103 — V. n.º 97 das presentes conclusões.
104 — V. n.ºs 123 e 184 das presentes conclusões.
105 — V. n.ºs 180 a 197 das presentes conclusões.

tinham apresentado à Comissão suscitava dificuldades sérias e que esta devia, por isso, ter dado início à fase formal de exame referida no artigo 88.º, n.º 3, CE [106].

205. Nos n.os 86 a 93 do acórdão recorrido, o Tribunal de Primeira Instância abordou essa objecção. Entendeu que a fase formal de exame prevista no artigo 88.º, n.º 3, CE é indispensável sempre que a Comissão se depare com dificuldades sérias para ajuizar da existência de um auxílio [107]. Em seguida, o Tribunal de Primeira Instância averiguou se os argumentos desenvolvidos pelas recorrentes contra a decisão recorrida tinham suscitado uma dificuldade séria [108]. No âmbito dessa averiguação, o Tribunal de Primeira Instância apreciou, primeiro, a procedência das objecções das recorrentes relativas à inexistência de uma vantagem selectiva e, de seguida, concluiu que a apreciação da Comissão a esse respeito não constituía uma dificuldade séria [109]. De seguida, o Tribunal de Primeira Instância analisou se as autoridades francesas tinham respeitado o princípio da não discriminação. Entendeu que esse exame não tinha revelado a existência de dificuldades sérias [110].

206. As recorrentes sustentam que, ao proceder deste modo, a Comissão confundiu a apreciação de uma dificuldade séria com a da procedência da decisão.

106 — V. n.º 87 do acórdão recorrido.
107 — V. n.os 89 a 91 do acórdão recorrido.
108 — V. n.º 93 do acórdão recorrido.
109 — V. n.º 126 do acórdão recorrido.
110 — V. n.º 155 do acórdão recorrido.

207. Antes de mais, recorde-se que, segundo a jurisprudência, a Comissão pode limitar a análise da medida estatal à fase preliminar, se, no termo de um primeiro exame, tiver adquirido a convicção de que a medida não constitui um auxílio na acepção do artigo 87.º, n.º 1, CE, ou que, em todo o caso, é compatível com o mercado comum [111]. Se, em contrapartida, o primeiro exame não lhe tiver permitido ultrapassar todas as dificuldades suscitadas, é obrigada a iniciar o procedimento formal de exame [112].

208. A noção de dificuldades sérias reveste carácter objectivo. A existência de tais dificuldades deve ser apreciada tanto em função das circunstâncias da adopção do acto impugnado como do seu conteúdo [113]. Compete, pois, à Comissão determinar, em função das circunstâncias de facto e de direito específicas de cada caso, se as dificuldades encontradas no exame da compatibilidade do auxílio impõem a instauração do procedimento formal de exame [114]. Apesar de estar vinculada quanto à decisão de iniciar um procedimento formal de exame, a Comissão

111 — Acórdão do Tribunal de Justiça de 2 de Abril de 1998, Comissão/Sytraval e Brink's France (C-367/95 P, Colect., p. I-1719, n.os 38 e 39). Acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 12 de Fevereiro de 2008, BUPA e o./Comissão (T-289/03, Colect., p. II-81, n.º 329); de 1 de Dezembro de 2004, Kronofrance/Comissão (T-27/02, Colect., p. II-4177, n.º 52); e de 8 de Novembro de 1990, Barbi/Comissão (T-73/98, Colect., p. II-619, n.º 42). Para uma análise aprofundada da relação entre a fase preliminar e o procedimento formal de exame, v. n.os 17 a 19 das conclusões do advogado-geral G. Tesauro, apresentadas em 31 de Março de 1993, no processo Cook/Comissão (acórdão de 19 de Maio de 1993, C-198/91, Colect., pp. I-2487, I-2502), e n.os 37 e 38 das conclusões do advogado-geral W. Van Gerven, apresentadas em 28 de Abril de 1993, no processo Matra/Comissão (acórdão de 15 de Junho de 1993, C-225/91, Colect., pp. I-3203, I-3222).
112 — Acórdãos do Tribunal de Primeira Instância de 15 de Setembro de 1998, BP Chemicals/Comissão (T-11/95, Colect., p. II-3235, n.º 166), de 18 de Setembro de 1995, SIDE/Comissão (T-49/93, Colect., p. II-2501, n.º 58), e de 15 de Março de 2001, Prayon-Rupel/Comissão (T-73/98, Colect., p. II-867, n.º 42).
113 — Acórdão Prayon-Rupel/Comissão (já referido na nota 112, n.º 47).
114 — Acórdão Prayon-Rupel/Comissão (já referido na nota 112, n.º 43).

goza de uma certa margem de apreciação na averiguação e na apreciação das circunstâncias do caso concreto, para determinar se as mesmas suscitam dificuldades sérias [115].

209. Ainda que o Tribunal de Justiça não tenha definido com precisão quais as circunstâncias que podem indicar a existência de uma dificuldade séria [116], noto que a jurisprudência considerou os três tipos de indícios seguintes.

210. Um primeiro tipo de indício pode resultar do teor das discussões havidas entre a Comissão e o Estado-Membro, durante a fase preliminar [117].

211. Neste contexto, faço notar que o Tribunal de Primeira Instância fez referência a articulados do processo, nos quais a Comissão fez menção de uma complexidade excepcional [118]. Porém, o Tribunal de Primeira Instância explicou que esses articulados não diziam respeito à medida controvertida, mas sim a outras medidas que deram lugar à abertura de um procedimento formal de exame. Assim, esse indício não indicava a existência de dificuldades sérias. Verifico que as recorrentes não puseram em causa esta conclusão do Tribunal de Primeira Instância [119].

212. Um segundo tipo de indício é o período de tempo decorrido durante a fase preliminar de investigação em causa.

213. Se o mesmo exceder nitidamente aquele que uma fase preliminar normalmente implica, isso pode ser indício de uma dificuldade séria [120]. Nos n.os 158 e 160 do acórdão recorrido, o Tribunal de Primeira Instância considerou que, atendendo ao volume de trabalho da Comissão, decorrente nomeadamente das outras denúncias das recorrentes, a Comissão não tinha levado um tempo desrazoável. O Tribunal de Primeira Instância concluiu, pois, pelo menos implicitamente, que o período decorrido não indicava uma dificuldade séria. Esta análise do Tribunal de Primeira Instância também não é posta em causa pela recorrente.

214. Um terceiro tipo de indício, que pode indicar a existência de dificuldades sérias, são as apreciações em que a Comissão se baseou para tomar uma decisão no termo da fase preliminar. Essas apreciações podem revelar

115 — Acórdão Prayon-Rupel/Comissão (já referido na nota 112, n.º 43).

116 — V. n.º 43 das conclusões do advogado-geral S. Alber, apresentadas em 18 de Maio de 2000, no processo Portugal/Comissão (acórdão de 3 de Maio de 2001, C-204/97, Colect., p. I-3175).

117 — V. n.º 45 das conclusões do advogado-geral W. Van Gerven, apresentadas em 28 de Abril de 1993, no processo Matra/Comissão (já referido na nota 111); e acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 10 de Maio de 2000, SIC/Comissão (T-46/97, Colect., p. II-2125, n.º 4).

118 — V. n.º 157 do acórdão recorrido.

119 — Nas suas alegações de recurso, as recorrentes referem unicamente os n.os 93, 94, 126 e 155 do acórdão recorrido.

120 — Acórdão do Tribunal de Justiça de 20 de Março de 1984, Alemanha/Comissão (84/82, Recueil, p. 1451, n.os 15 a 17); acórdãos SIC/Comissão (já referido na nota 117, n.os 102 a 107); Prayon-Rupel/Comissão (já referido na nota 112, n.os 53 a 85); e conclusões do advogado-geral S. Alber, apresentadas em 18 de Maio de 2000, no processo Portugal/Comissão (já referido na nota 116, n.º 43).

dificuldades susceptíveis de justificar a abertura da fase formal de exame [121].

215. A fiscalização deste indício pressupõe, portanto, em meu entender, que se proceda, primeiro, à identificação das apreciações materiais em que a Comissão se baseou, para, em seguida, fiscalizar se a Comissão dispunha dos elementos necessários para as apreciações em que se baseou [122].

216. Face às considerações precedentes, parece-me antes que o Tribunal de Primeira Instância não cometeu nenhum erro de direito ao proceder como procedeu no caso em apreço. Parece-me antes que se impõe o método adoptado pelo Tribunal de Primeira Instância. Como cabe à Comissão escolher os motivos em que baseia uma decisão, há que identificar, antes de mais, as apreciações nas quais a Comissão baseou a sua decisão, antes de verificar se aquela tinha à sua disposição elementos suficientes para formular as apreciações relevantes.

217. Quanto à crítica de que essa constatação seria apenas formal, não considero que seja necessária uma fundamentação extensa, se a análise material das apreciações da Comissão mostrar que esta tinha todos os elementos necessários à sua disposição.

218. Em conclusão, entendo que o Tribunal de Primeira Instância teve em conta os três indícios típicos susceptíveis de indicar uma dificuldade séria e que nenhum desses indícios indicava a presença de uma dificuldade séria. No que respeita ao terceiro indício invocado pelas recorrentes, parece-me que o método aplicado pelo Tribunal de Primeira Instância não viciou o seu acórdão de erro de direito.

219. Além disso, as recorrentes alegam que o Tribunal de Primeira Instância infirmou parcialmente a decisão controvertida, quando ele próprio procurou apreciações de substituição complexas. Isso indica que era necessário um procedimento formal de exame.

220. Neste contexto, noto, em primeiro lugar, que não é o facto de as apreciações necessárias serem complexas que impõe a abertura de um procedimento formal de exame [123]. A abertura de um procedimento formal de exame só é necessária se a Comissão se deparar com sérias dificuldades à luz das apreciações em

121 — Acórdãos Cook/Comissão (já referido na nota 111, n.º 31); SIC/Comissão (já referido na nota 117, n.os 74 a 85); Prayon-Rupel/Comissão (já referido na nota 112, n.os 86 a 107); e conclusões do advogado-geral S. Alber, no processo Portugal/Comissão (já referido na nota 116, n.os 45 a 51).

122 — V. procedimento do Tribunal de Primeira Instância no acórdão de 13 de Janeiro de 2004, Thermenhotel Stoiser Franz e o./Comissão (T-158/99, Colect., p. II-1).

123 — Acórdão BUPA e o./Comissão (já referido na nota 111, n.º 333).

que baseia a sua decisão. Assim, o procedimento formal de exame só é necessário nos casos em que a Comissão foi capaz de ultrapassar essas dificuldades durante a fase preliminar de investigação.

221. Em segundo lugar, as recorrentes alegam que o Tribunal de Primeira Instância infirmou a fundamentação da Comissão, substituindo-a pela sua própria fundamentação. Se essa alegação for procedente, a mesma consubstancia, *per se*, um erro de direito susceptível de levar à anulação do acórdão recorrido. O Tribunal de Primeira Instância não tem autoridade para substituir a fundamentação da Comissão pela sua própria fundamentação [124]. Há, pois, que apreciar a procedência dessa alegação.

222. Antes de mais, quanto à crítica das recorrentes de que o Tribunal de Primeira Instância pôs em causa o raciocínio da Comissão relativo ao valor económico das licenças, noto que essa crítica diz respeito a argumentos expendidos pela Comissão na audiência [125]. Porém, a decisão da Comissão tinha por base o carácter incerto das licenças [126], a inevitabilidade das medidas das autoridades francesas, devido à natureza e à economia do enquadramento comunitário [127], e o argumento de que as licenças não deviam ser cedidas a preços de mercado [128]. Assim, a impugnação de argumentos relativos ao valor económico das licenças não afecta a fundamentação da decisão controvertida.

223. De seguida, as recorrentes alegam que o Tribunal de Primeira Instância, nos n.os 113 a 121 do acórdão recorrido, substituiu a apreciação da Comissão pela sua apreciação sobre a inexistência de uma vantagem selectiva devido à anterioridade dos créditos. Neste contexto, considero que a fundamentação do Tribunal de Primeira Instância nos n.os 113 a 121 do acórdão recorrido está errada. Ora, de acordo quer com a fundamentação subsidiária do Tribunal de Primeira Instância, nos n.os 123 a 125 do acórdão recorrido, quer com a fundamentação da Comissão na decisão controvertida [129], a inexistência de uma vantagem selectiva baseia-se no argumento de que a aplicação das mesmas condições a todos os operadores era inevitável face às regras do enquadramento comunitário.

224. Além disso, quanto à diferença dos riscos assumidos pela Orange e a SFR, enquanto candidatas ao primeiro concurso, relativamente à Bouygues Télécom, descrita nos n.os 131 e 132 do acórdão recorrido, trata-se de um argumento subsidiário do Tribunal de Primeira Instância, pois o argumento decisivo é o da inevitabilidade da renúncia parcial e da aplicação de condições idênticas face à economia do enquadramento comunitário.

124 — Lenaerts, K.; Arts, D.; Maselis, I. — *op. cit.* (v. nota 22), p. 456, n.º 16-005.

125 — Como o Tribunal de Primeira Instância referiu expressamente no n.º 105 do acórdão recorrido, esse Tribunal pôs em causa os argumentos expendidos pela Comissão na audiência. Não fez referência à fundamentação da decisão controvertida.

126 — V. n.º 27 da decisão controvertida.

127 — V. n.º 28 da decisão controvertida.

128 — V. n.º 29 da decisão controvertida.

129 — V. n.º 28 da decisão controvertida.

225. Finalmente, quanto à análise das diversas opções que se ofereciam às autoridades francesas, noto que a Comissão levou em conta essas opções, nomeadamente nos n.os 11, 12, 22, 23 e 26 a 28 da decisão controvertida, e que, portanto, o Tribunal de Primeira Instância não substituiu a fundamentação da Comissão pela sua própria fundamentação.

226. Resulta das considerações que antecedem que a crítica da substituição dos fundamentos não é procedente. Assim, as recorrentes não se podem basear nesse argumento para sustentar que a Comissão se deparou com sérias dificuldades.

227. Proponho, pois, que o segundo fundamento das recorrentes seja julgado improcedente.

C — *Quanto ao primeiro fundamento*

228. Segundo as recorrentes, o Tribunal de Primeira Instância violou o dever de fundamentação.

229. Recorde-se que a fundamentação de um acórdão do Tribunal de Primeira Instância deve revelar clara e inequivocamente o raciocínio, de modo a permitir aos interessados conhecerem as justificações para o acórdão que aquele proferiu e ao órgão jurisdicional competente exercer a sua fiscalização jurisdicional [130].

230. As recorrentes objectam, em primeiro lugar, que o Tribunal de Primeira Instância se baseou na excepção assente na natureza e na economia do sistema, sem descrever suficientemente a economia do sistema. A sua descrição do sistema não é suficientemente detalhada e é contraditória.

231. Embora considere que qualquer excepção assente na natureza e na economia do sistema deve ser expressamente fundamentada, não me parece que, no caso em apreço, a objecção das recorrentes seja procedente.

232. O Tribunal de Primeira Instância descreveu os elementos relevantes do enquadramento comunitário e as obrigações que dele decorriam para as autoridades francesas [131]. Como o enquadramento comunitário prosseguia vários objectivos (nomeada-

130 — Acórdãos do Tribunal de Justiça de 20 de Fevereiro de 1997, Comissão/Daffix (C-166/95 P, Colect., p. I-983, n.º 24); de 7 de Maio de 1998, Somaco/Comissão (C-401/96 P, Colect., p. I-2587, n.º 53); e de 13 de Dezembro de 2001, Cubero Vermurie/Comissão (C-446/00, Colect., p. I-10315, n.º 20). Lenaerts, K.; Arts, D.; Maselis, I. — *op. cit.* (v. nota 22), p. 457, n.º 16-008.

131 — V., nomeadamente, a descrição do enquadramento comunitário, nos n.os 2 a 8 do acórdão recorrido, bem como nos n.os 108 a 112, 123 a 125 e 134 a 148 do acórdão recorrido.

mente a procura de quatro operadores, para garantir uma concorrência suficiente [132], o respeito do princípio da não discriminação [133] e do princípio da livre concorrência [134], assim como o respeito do prazo de 1 de Janeiro de 2002 [135]), o facto de o Tribunal de Primeira Instância ter feito referência aos diferentes objectivos desse sistema não torna a sua fundamentação contraditória.

233. Em segundo lugar, as recorrentes alegam que o Tribunal de Primeira Instância não detalhou suficientemente o nexo de causalidade entre a natureza e a economia do sistema e a renúncia parcial aos créditos sobre a Orange e a SFR.

234. Neste contexto, considero que, para explicar a natureza inevitável da renúncia parcial aos créditos sobre a Orange e a SFR devido à natureza e à economia do quadro comunitário, não era necessário fazer referência a todos os elementos do enquadramento comunitário. Neste contexto, bastava fazer referência aos princípios da igualdade de tratamento entre os operadores para a determinação das taxas e à necessidade do desenvolvimento de uma concorrência efectiva [136].

235. Em terceiro lugar, embora as recorrentes não critiquem expressamente o facto de o Tribunal de Primeira Instância não ter detalhado suficientemente o nexo de causalidade entre a natureza e a economia do sistema e a atribuição anterior das licenças à Orange e à SFR, abordarei também essa objecção por questões de exaustividade.

236. É verdade que o Tribunal de Primeira Instância não explicou, nos n.os 123 a 125 do acórdão recorrido, por que é que a atribuição anterior das licenças era inevitável [137]. Não obstante, o Tribunal de Primeira Instância apresentou essa explicação nos n.os 139 a 142 do acórdão recorrido, onde fez referência à obrigação de as autoridades francesas respeitarem o prazo de 1 de Janeiro de 2002. As recorrentes tinham, pois, a possibilidade de conhecer o motivo da inevitabilidade da atribuição anterior das licenças, e o Tribunal de Justiça tinha possibilidade de exercer a sua fiscalização jurisdicional. Consequentemente, o facto de, nos n.os 139 a 142 do acórdão recorrido, o Tribunal de Primeira Instância não ter mencionado o motivo da inevitabilidade não representa uma violação substancial do dever de fundamentação.

237. Assim, em meu entender, o primeiro fundamento não colhe. Proponho, pois, que seja julgado improcedente.

132 — V., nomeadamente, n.º 134 do acórdão recorrido.
133 — V., nomeadamente, n.º 108 do acórdão recorrido.
134 — V., nomeadamente, n.os 108 e 134 do acórdão recorrido.
135 — V., nomeadamente, n.os 141 e 142 do acórdão recorrido.
136 — V. n.os 106, 107 e 118 a 124 das presentes conclusões.
137 — Como atrás referi (v. n.º 157 das presentes conclusões), o Tribunal de Primeira Instância limitou-se, nesses números, a explicar por que é que era inevitável a aplicação de condições idênticas às licenças da Orange, da SFR e da Bouygues Télécom.

D — *Balanço*

238. Em meu entender, todos os fundamentos aduzidos pelas recorrentes devem ser julgados improcedentes. Assim, deve ser negado provimento ao recurso do acórdão do Tribunal de Primeira Instância, na íntegra.

VII — Quanto às despesas

239. Nos termos do disposto no artigo 69.º, n.º 2, do Regulamento de Processo, aplicável aos processos de recurso de decisões do Tribunal de Primeira Instância por força do artigo 118.º do mesmo regulamento, a parte vencida é condenada nas despesas se a parte vencedora o tiver requerido. O n.º 4, primeiro parágrafo, desse artigo 69.º prevê que os Estados-Membros que intervenham no processo devem suportar as respectivas despesas.

240. Tendo a Comissão, o Governo francês, a Orange e a SFR pedido a condenação da Bouygues e da Bouygues Télécom, e tendo estas sido vencidas, há que condená-las nas despesas.

241. A República Francesa suportará as suas próprias despesas.

VIII — Conclusões

242. Por estes motivos, proponho ao Tribunal de Justiça que decida do seguinte modo:

«1) Negar provimento ao recurso do acórdão do Tribunal de Primeira Instância;

2) Condenar as recorrentes nas despesas;

3) Condenar a República Francesa a suportar as suas próprias despesas.»