FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT VERICA TRSTENJAK

föredraget den 8 oktober 2008 [1]

Innehållsförteckning

I — Tillämpliga bestämmelser . . . . . I - 2670

II — Bakgrund till tvisten . . . . . I - 2673

A — Tilldelning av UMTS-tillstånd . . . . . I - 2673

B — Förfarandet vid kommissionen och det angripna beslutet . . . . . I - 2674

III — Förfarandet vid förstainstansrätten och den överklagade domen . . . . . I - 2675

IV — Parternas yrkanden i förfarandet vid domstolen . . . . . I - 2676

V — Överklagandet och parternas argument . . . . . I - 2678

A — Den första grunden . . . . . I - 2678

B — Den andra grunden . . . . . I - 2678

C — Den tredje grunden . . . . . I - 2679

1. Den första delgrunden . . . . . I - 2680

2. Den andra delgrunden . . . . . I - 2681

3. Den tredje delgrunden . . . . . I - 2681

D — Den fjärde grunden . . . . . I - 2682

1. Den första delgrunden . . . . . I - 2682

2. Den andra delgrunden . . . . . I - 2683

3. Den tredje delgrunden . . . . . I - 2684

VI — Rättslig bedömning . . . . . I - 2686

1 — Originalspråk: franska.

A — De tredje och fjärde grunderna . . . . . I - 2686

1. Innehållet i skrivelsen av den 22 februari 2001 (den tredje grundens tredje delgrund) . . . . . I - 2687

2. Det partiella avståendet från fordringarna på Orange och SFR och undantaget avseende systemets struktur (den fjärde grundens första delgrund) . . . . . I - 2689

a) Tillämpligheten och den rättsliga grunden för undantaget om systemets art och struktur i förevarande fall . . . . . I - 2690

b) Tillämpningen av undantaget grundat på de gemenskapsrättsliga bestämmelsernas art och struktur . . . . . I - 2692

c) Slutsats . . . . . I - 2694

3. Huruvida fordringarna var osäkra (den tredje grundens andra delgrund) . . I - 2694

4. Tidsmässig selektiv fördel (fjärde grundens andra delgrund) . . . . . I - 2696

a) Begreppet fördel i den mening som avses i artikel 87.1 EG . . . . . I - 2697

b) Argumentet grundat på undantaget om de gemenskapsrättsliga bestämmelsernas art och struktur . . . . . I - 2699

i) Huruvida det var ofrånkomligt att Orange och SFR beviljades sina tillstånd före Bouygues Télécom . . . . . I - 2700

ii) Huruvida det var ofrånkomligt att tillämpa identiska villkor för Orange, SFR och Bouygues Télécom den 3 december 2002 . . . . . I - 2701

c) Slutsats . . . . . I - 2704

5. Icke-diskrimineringsprincipen (den fjärde grundens tredje delgrund) . . . I - 2704

6. Enhetligheten i förfarandet (den tredje grundens första delgrund) . . . . . I - 2707

7. Slutsats . . . . . I - 2708

B — Den andra grunden . . . . . I - 2708

C — Den första grunden . . . . . I - 2713

D — Slutsats . . . . . I - 2715

VII — Rättegångskostnader . . . . . I - 2715

VIII — Förslag till avgörande . . . . . I - 2715

1. Bouygues SA och Bouygues Télécom SA (nedan kallade klagandena) har i sitt överklagande yrkat att EG-domstolen ska upphäva förstainstansrättens dom av den 4 juli 2007 i mål T-475/04, Bouygues och Bouygues Télécom mot kommissionen [2] (nedan kallad den överklagade domen) [3] genom vilken Europeiska gemenskapernas förstainstansrätt ogillade deras talan om ogiltigförklaring av kommissionens beslut av den 20 juli 2004 (Statligt stöd NN 42/2004 – Frankrike) (nedan kallat det angripna beslutet) om retroaktiv ändring av de avgifter som Orange och SFR ska betala för tillstånd avseende Universal Mobile Telecommunications System (UMTS). [4]

I — Tillämpliga bestämmelser

2. Artikel 87.1 EG har följande lydelse:

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

3. I artikel 88.3 EG föreskrivs följande:

”Kommissionen ska underrättas i så god tid att den kan yttra sig om alla planer på att vidta eller ändra stödåtgärder. Om den anser att någon sådan plan inte är förenlig med den gemensamma marknaden enligt artikel 87, ska den utan dröjsmål inleda det förfarande som anges i punkt 2. Medlemsstaten i fråga får inte genomföra åtgärden förrän detta förfarande lett till ett slutgiltigt beslut.”

4. Radiospektrumanvändning för tillhandahållande av UMTS-tjänster regleras i Europaparlamentets och rådets direktiv 97/13/EG av den 10 april 1997 om gemensamma ramar för allmän auktorisation och individuella tillstånd på teletjänstområdet [5] och Europaparlamentets och rådets beslut nr 128/1999/EG av den 14 december 1998 om samordnat införande av ett system för mobil och trådlös telekommunikation (UMTS) av tredje generationen inom gemenskapen. [6]

2 — Dom av den 4 juli 2007 i mål T-475/04, Bouygues och Bouygues Télécom mot kommissionen (REG 2007, s. I-2097).
3 — Ibidem.
4 — EUT C 275, s. 3.
5 — EGT L 117, s. 15.
6 — EGT L 17, 1999, s. 1.

5. I artikel 3.3 i direktiv 97/13/EG föreskrivs följande:

”Medlemsstaterna ska säkerställa att teletjänster och/eller telenät kan tillhandahållas, antingen utan auktorisation eller på grundval av allmän auktorisation som vid behov kan kompletteras med rättigheter och skyldigheter enligt vilka en individuell bedömning av ansökningarna krävs och vilka ger upphov till ett eller flera individuella tillstånd. Medlemsstaterna får utfärda ett individuellt tillstånd endast om innehavaren får tillgång till knappa fysiska eller andra resurser eller omfattas av särskilda skyldigheter eller åtnjuter särskilda rättigheter i enlighet med bestämmelserna i avsnitt III.”

6. Artikel 8.4 i direktiv 97/13 har följande lydelse:

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

7. I artikel 9.2 i direktiv 97/13/EG föreskrivs följande:

”Om en medlemsstat har för avsikt att bevilja individuella tillstånd

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

8. I artikel 10.1, 10.3 och 10.4 i direktiv 97/13/EG föreskrivs följande:

”1. Medlemsstaterna får begränsa antalet individuella tillstånd för alla typer av teletjänster och för etablering och/eller drift av infrastruktur för telekommunikation endast i den utsträckning som det är nödvändigt för att säkerställa att radiofrekvenserna utnyttjas effektivt, eller så länge som det behövs för att göra ett tillräckligt antal nummer tillgängliga i enlighet med gemenskapslagstiftningen.

…

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

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

9. I artikel 11.2 i direktiv 97/13 föreskrivs följande:

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

10. Enligt artikel 1 i beslut nr 128/1999 har detta till syfte ”att underlätta snabbt och samordnat införande av kompatibla UMTS-nät och UMTS-tjänster i gemenskapen”. Artikel 3.1 i detta beslut har följande lydelse:

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

11. Nedan hänvisas till de ovannämnda bestämmelserna i direktiv 97/13 och beslut nr 128/1999 som ”de gemenskapsrättsliga bestämmelserna”.

II — Bakgrund till tvisten

A — *Tilldelning av UMTS-tillstånd*

12. Genom beslut av den 28 juli 2000 gick de franska myndigheterna ut med en anbudsinfordran för fyra UMTS-tillstånd. Tillstånden skulle gälla i 15 år. Avgiften för ett tillstånd skulle uppgå till ett totalt sammanlagt belopp på 4,95 miljarder euro. De fyra tillstånden skulle tilldelas enligt ett ”jämförande” urvalsförfarande. Denna metod gjorde det möjligt för de franska myndigheterna att bland de operatörer som hade förklarat sig beredda att betala 4,95 miljarder euro, välja dem som lämnat det bästa anbudet med hänsyn till ett antal kriterier såsom nätets omfattning och utvecklingshastighet, kvalitet på de tillhandahållna tjänsterna och miljöskyddsåtgärder.

13. Fristen för att inge en tillståndsansökan fastställdes till den 31 januari 2001 och kandidaterna kunde återkalla sina ansökningar fram till den 31 maj 2001. Den 31 januari 2001 hade endast två ansökningar inkommit, varav den ena från Société française du radiotéléphone – SFR (nedan kallat SFR) och den andra från France Télécom mobiles (som några månader senare blev Orange France, nedan kallat Orange). De övriga operatörerna hade avstått från att inkomma med ansökningar på grund av den höga avgiften.

14. Autorité de régulation des télécommunications (nedan kallad ART) tillkännagav till följd härav den 31 januari 2001 (alltså sista dagen för att inge ansökningar) i ett pressmeddelande att det i syfte att säkerställa en effektiv konkurrens, i enlighet med såväl gemenskapsrätten som den franska lagstiftningen, var nödvändigt med ett andra kompletterande ansökningsförfarande för att uppnå målet om utfärdande av fyra tillstånd.

15. Mot bakgrund av detta meddelande påpekade Orange och SFR för finans- och ekonomiministern samt statssekreteraren med ansvar för industrin att de var skyldiga att, när de beslutade om villkoren för tilldelning av framtida tillstånd, iaktta principen om att operatörerna ska behandlas lika i fråga om allmänna pålagor (nedan kallad likhetsprincipen) och principen om en effektiv konkurrens mellan operatörerna.

16. Genom två likalydande skrivelser av den 22 februari 2001 svarade finans- och ekonomiministern samt statssekreteraren med ansvar för industrin SFR och Orange att regeringen delade deras syn beträffande de två principerna att operatörerna ska behandlas lika i fråga om allmänna pålagor och om en effektiv konkurrens mellan operatörerna, och att de närmare bestämmelserna för det andra ansökningsförfarandet skulle garantera att de operatörer som slutligen tilldelades ett tillstånd behandlades rättvist.

17. Den 31 maj 2001 meddelade ART att Orange och SFR hade godkänts som kandidater i det första förfarandet. ART förordade att regeringen skulle inleda det andra ansökningsförfarandet senast under det första halvåret 2002 och preciserade att detta andra ansökningsförfarande skulle ta hänsyn till kravet på rättvisa villkor, särskilt ekonomiska sådana, mellan alla operatörerna.

18. Den 18 juli 2001 tilldelades de två första tillstånden SFR och Orange. Dessa två tillstånd beviljades på de villkor som angavs i den första anbudsinfordran. [7]

19. Den 14 december 2001 inleddes det andra ansökningsförfarandet. ART anförde i beslutet bland annat att villkoren i det andra ansökningsförfarandet skulle vara i det närmaste desamma som de som hade gällt i det första förfarandet och att dessa särskilt syftade till att säkerställa iakttagandet av likhetsprincipen. ART förordade också en ändring av villkoren för de tillstånd som tilldelats genom det första ansökningsförfarandet.

20. Den 16 maj 2001, som var den sista dagen för att inkomma med ansökan i det andra ansökningsförfarandet, hade endast Bouygues Télécom inkommit med en ansökan. Den 27 september 2002 beslutade ART att godkänna Bouygues Télécoms ansökan. Det fjärde tillståndet kunde i avsaknad av sökande inte tilldelas.

21. Genom beslut av den 3 december 2002 tilldelades det tredje UMTS-tillståndet Bouygues Télécom och villkoren för tillstånden för Orange och SFR anpassades till villkoren för det tillstånd som tilldelats Bouygues Télécom (nedan kallat den omtvistade ändringen). Alla tillstånd löpte således på 20 år och en avgift uppdelad i en första del på 619 miljoner euro, som skulle betalas vid den tidpunkt då tillståndet utfärdades, och en andra del, som skulle betalas årligen för användningen av frekvenserna och beräknas på grundval av en viss procentandel av den omsättning som dessa frekvenser gav upphov till. [8]

B — *Förfarandet vid kommissionen och det angripna beslutet*

22. Den 4 oktober inkom ett klagomål från klagandena till kommissionen mot den omtvistade ändringen. Klagandena gjorde i sitt klagomål gällande att den omtvistade ändringen utgjorde ett statligt stöd i den mening som avses i artikel 87 EG. Detta klagomål var ett av flera klagomål från klagandena mot franska statens åtgärder avseende France Télécom.

7 — Se punkt 12 i detta förslag till avgörande.

8 — För andra ändringar av villkoren av teknisk karaktär, se punkt 17 i det angripna beslutet.

23. Den 31 januari 2003 inledde kommissionen det formella granskningsförfarandet [9] med avseende på vissa av dessa åtgärder. Den omtvistade ändringen angavs inte bland dessa åtgärder. Den 12 november 2003 anmodade klagandena kommissionen att ta ställning till deras klagomål mot den omtvistade ändringen. Den 21 februari väckte klagandena talan vid förstainstansrätten i syfte att rätten skulle fastställa kommissionens passivitet bestående i att den underlåtit att pröva klagomålet. Genom beslut av den 14 februari 2005 [10] avvisade förstainstansrätten talan.

24. Kommissionen anförde i det angripna beslutet att den inte hade några invändningar mot den omtvistade ändringen enligt artikel 88.3 EG. Kommissionen grundade detta beslut på uppfattningen att den omtvistade ändringen inte utgjorde statligt stöd i den mening som avses i artikel 87.1 EG.

III — Förfarandet vid förstainstansrätten och den överklagade domen

25. Den 24 november 2004 väckte klagandena talan om ogiltigförklaring av det angripna beslutet vid förstainstansrätten. Republiken Frankrike, Orange och SFR godkändes som intervenienter till stöd för kommissionens yrkanden.

26. Klagandena åberopade till stöd för sina yrkanden bland annat två grunder, att den omtvistade ändringen utgjorde ett statligt stöd i den mening som avses i artikel 87.1 EG, respektive att kommissionen, då ärendet föranledde allvarliga bedömningssvårigheter, borde ha inlett det formella granskningsförfarandet enligt artikel 88.2 EG.

27. Genom den överklagade domen ogillade förstainstansrätten talan.

28. Förstainstansrätten bekräftade kommissionens slutsats att det inte förelåg någon selektiv fördel på grundval av följande motivering.

29. Förstainstansrätten undersökte för det första huruvida de franska myndigheternas åtgärder hade medfört en selektiv fördel för Orange och SFR. [11] I detta sammanhang undersökte förstainstansrätten först huruvida

9 — Förfarande enligt artikel 88.2 EG.

10 — Beslut av den 14 februari 2005 i mål T-81/04, Bouygues och Bouygues Télécom mot kommissionen.

11 — Se punkterna 95–126 i den överklagade domen.

den franska statens partiella avstående från fordringarna på Orange och SFR hade utgjort en selektiv fördel. [12] Förstainstansrätten fastslog att detta inte var fallet på grund av att de ifrågavarande fordringarna var osäkra [13] och att det partiella avståendet var ofrånkomligt mot bakgrund av systemets art och struktur. [14]

30. Därefter undersökte förstainstansrätten huruvida det förhållandet att Orange och SFR beviljats sina tillstånd innan Bouygues Télécom hade utgjort en selektiv fördel. [15] Förstainstansrätten fann att detta inte heller var fallet, mot bakgrund av att Orange och SFR inte haft någon konkurrensmässig fördel gentemot Bouygues Télécom [16] och att det var nödvändigt att undvika diskriminering mellan Orange och SFR å ena sidan och Bouygues Télécom å den andra, vilken skulle ha stridit mot direktiv 97/13. [17]

31. Förstainstansrätten undersökte för det andra klagandenas anmärkning att de franska myndigheterna underlåtit att iaktta icke-diskrimineringsprincipen. [18] Förstainstansrätten ogillade denna anmärkning. [19]

32. Förstainstansrätten ansåg beträffande den förfarandemässiga anmärkningen, enligt vilken kommissionen borde ha inlett det formella granskningsförfarandet, att ärendet inte var förenat med allvarliga bedömningssvårigheter och att inledandet av ett formellt granskningsförfarande således inte var nödvändigt. [20]

IV — Parternas yrkanden i förfarandet vid domstolen

33. Klagandena har yrkat att domstolen ska

— i första hand upphäva den överklagade domen,

— i andra hand återförvisa målet till förstainstansrätten för att denna ska avgöra målet på nytt med beaktande av domstolens rättsliga ställningstagande,

— förplikta kommissionen att ersätta rättegångskostnaderna.

12 — Se punkterna 106–112 i den överklagade domen.
13 — Se punkt 107 i den överklagade domen.
14 — Se punkterna 108–112 i den överklagade domen.
15 — Se punkterna 113–125 i den överklagade domen.
16 — Punkterna 115–122 i den överklagade domen.
17 — Punkterna 123–125 i den överklagade domen.
18 — Punkterna 127–154 i den överklagade domen.
19 — Punkt 155 i den överklagade domen.
20 — Punkterna 86–93, 126 och 155–160 i den överklagade domen.

34. Kommissionen har yrkat att domstolen ska

— delvis avvisa och delvis ogilla överklagandet,

— förplikta klagandena att ersätta samtliga rättegångskostnader i domstolen.

35. Republiken Frankrike har yrkat att domstolen ska

— ogilla överklagandet,

— förplikta klagandena att ersätta rättegångskostnaderna.

36. Orange har yrkat att domstolen ska

— ogilla överklagandet i dess helhet,

— förplikta klagandena att ersätta samtliga rättegångskostnader i domstolen.

37. SFR har yrkat att domstolen ska

— ogilla överklagandet i dess helhet,

— förplikta klagandena att ersätta samtliga rättegångskostnader.

38. Efter det skriftliga förfarandet ägde en muntlig förhandling rum den 11 september 2008 vid vilken klagandena, kommissionen, Republiken Frankrike, Orange och SFR deltog. Vid förhandlingen kompletterade klagandena, kommissionen, Republiken Frankrike, Orange och SFR sina skriftliga yttranden.

V — Överklagandet och parternas argument

39. Klagandena har åberopat fyra grunder till stöd för överklagandet.

A — *Den första grunden*

40. Som första grund har *klagandena* gjort gällande att förstainstansrätten har åsidosatt motiveringsskyldigheten.

41. Klagandena anser att förstainstansrätten inte i tillräcklig utsträckning har motiverat sin dom i den del den gäller undantaget om systemets art och struktur. Förstainstansrätten har inte motiverat systemets art och struktur, eftersom dess beskrivning av systemet inte var tillräckligt detaljerad och var motsägelsefull. Vad gäller orsakssambandet har förstainstansrätten inte förklarat varför systemets art och struktur skulle ha medfört att dels avståendet från fordringarna på Orange och SFR, dels det förhållandet att Orange och SFR beviljats sina tillstånd före Bouygues Télécom var ofrånkomligt.

42. Kommissionen, den franska regeringen, Orange och SFR har hävdat att förstainstansrätten inte har åsidosatt motiveringsskyldigheten.

43. Förstainstansrätten har enligt dem i tillräcklig utsträckning motiverat systemets struktur, samt orsakssambandet mellan systemets struktur och dels avståendet från fordringarna, dels det förhållandet att Orange och SFR beviljats sina tillstånd före Bouygues Télécom.

B — *Den andra grunden*

44. Såvitt avser den andra grunden har klagandena gjort gällande att förstainstansrätten har förväxlat bedömningen av huruvida en allvarlig svårighet förelåg med bedömningen av huruvida det angripna beslutet var välgrundat. Förstainstansrätten har, i syfte att fastställa att kommissionen inte var skyldig att inleda den formella granskningsfasen, nöjt sig med att i slutet av undersökningen av huruvida vart och ett av parternas argument var välgrundat formellt lägga till att en sådan undersökning inte innebar någon allvarlig svårighet.

45. Enligt klagandena bekräftas förekomsten av allvarliga svårigheter av den omständigheten att förstainstansrätten i den överklagade domen har ersatt kommissionens motivering med sin egen motivering beträffande

flera komplexa frågor, och delvis vederlagt analysen i det angripna beslutet.

46. Kommissionen, den franska regeringen, Orange och SFR har hävdat att förstainstansrätten inte har gjort någon felaktig bedömning beträffande huruvida en allvarlig svårighet förelåg.

47. Kommissionen och den franska regeringen har för det första påpekat att förstainstansrättens sätt att förfara överensstämde med den ordning i vilken klagandena själva presenterat sina grunder till stöd för sin talan om ogiltigförklaring vid förstainstansrätten. Kommissionen har därav dragit slutsatsen att påståendet angående förväxling av metoder ska avvisas.

48. Kommissionen har i sak gjort gällande att förstainstansrättens sätt att förfara inte är motsägelsefullt och inte innebär någon förväxling. Förstainstansrätten tillämpade fast rättspraxis, enligt vilken beslutet när en allvarlig svårighet föreligger kan ogiltigförklaras redan på denna grund, även om det inte kan slås fast att kommissionen i sak gjort sig skyldig till en felaktig rättstillämpning eller gjort en felaktig bedömning av de faktiska omständigheterna. Orange och SFR har hävdat att förstainstansrätten gjorde en åtskillnad mellan de processuella rättigheterna och bedömningen av det omtvistade beslutets materiella riktighet och att förstainstansrätten fann att bedömningen i sak inte var förenad med allvarliga svårigheter.

49. Kommissionen har vad gäller argumenten om att bedömningen har ersatts för det första gjort gällande att klagandena har hänvisat till i huvudsak faktiska frågor som alltså inte kan tas upp till sakprövning inom ramen för ett överklagande. Slutligen anser kommissionen, den franska regeringen, Orange och SFR att förstainstansrätten inte har ersatt kommissionens bedömning med sin egen bedömning. SFR och Orange anser att de olika bedömningar som förstainstansrätten har gjort endast har till syfte att besvara de argument som klagandena har framfört i sin talan. Enligt kommissionen påverkar ett sådant ersättande under alla omständigheter varken förekomsten av allvarliga svårigheter eller domens giltighet.

C — *Den tredje grunden*

50. Klagandena har som tredje grund gjort gällande att förstainstansrätten gjort en felaktig rättslig kvalificering av de faktiska omständigheterna. Denna grund är uppdelad i tre delgrunder. Den första delgrunden riktar sig mot förstainstansrättens rättsliga kvalificering beträffande enhetligheten i förfarandet för tilldelningen av UMTS-tillstånd. Genom den andra delgrunden ifrågasätts bedömningen av huruvida de fordringar som staten avstod ifrån var osäkra och den tredje delgrunden avser lydelsen i ministerskrivelsen av den 22 februari 2001.

1. Den första delgrunden

51. Såvitt avser den tredje grundens första delgrund har *klagandena* gjort gällande att förstainstansrätten gjorde en felaktig rättslig kvalificering av de faktiska omständigheterna när den antog att de två ansökningsförfaranden som följde efter varandra utgjorde ett och samma förfarande med hänsyn till ickediskrimineringsprincipen och att principen om likabehandling innebar ett krav på likställande av avgifterna för Orange och SFR respektive Bouygues Télécom.

52. Klagandena anser att artikel 11 i direktiv 97/13 innebär en skyldighet att resonera enbart med hänsyn till de materiella organisationsbestämmelserna avseende ansökningsförfarandena. Klagandena har i detta sammanhang hänvisat till skillnaderna i de två ansökningsförfarandena beträffande de ekonomiska villkoren, vid den tidpunkten och för kandidaterna.

53. Kommissionen, den franska regeringen, Orange och SFR har föreslagit att domstolen ska ogilla denna delgrund.

54. Kommissionen anser att kvalificeringen av de två ansökningsförfarandena som ett enda förfarande respektive två åtskilda förfaranden inte påverkar slutsatsen att de tre kandidaterna befann sig i en liknande situation vid tidpunkten för tilldelningen av tillstånden. Förstainstansrätten grundade, enligt kommissionen, sin motivering på en jämförelse mellan den faktiska situation i vilken Orange, SFR respektive Bouygues Télécom befann sig. Denna delgrund är således överflödig och påverkar inte förstainstansrättens motivering. Dessutom har förstainstansrätten bara upprepat ett konstaterande som de franska myndigheterna gjort. Enligt kommissionen och Orange kan inte detta konstaterande avseende de faktiska omständigheterna prövas inom ramen för ett överklagande.

55. Kommissionen och den franska regeringen anser att de båda ansökningsförfarandena ska ses som en helhet, bland annat på grund av att det andra förfarandet var ofullständigt och att det kompletterade det första ansökningsförfarandet. Den franska regeringen och Orange anser att det inte i artikel 11 i direktiv 97/13 finns stöd för klagandenas argument.

56. SFR anser att förstainstansrätten helt korrekt uppskattade likabehandlingen mot bakgrund av tillväxtmarknaden för UMTS och beaktade att ingen av operatörerna hade fått tillgång till marknaden. Slutligen har kommissionen påpekat att samma operatörer om förfarandet togs om från början skulle ha tilldelats tillstånd på identiska villkor.

2. Den andra delgrunden

57. Som den tredje grundens andra delgrund har klagandena gjort gällande att förstainstansrätten gjorde en felaktig rättslig kvalificering av de faktiska omständigheterna genom att den kvalificerade den franska statens fordringar på Orange och SFR som osäkra.

58. Klagandena har i detta sammanhang hävdat att, eftersom ändringen av villkoren för Oranges och SFR:s tillstånd gjordes den 3 december 2002 hade inte Orange och SFR längre någon möjlighet att återkalla sina anbud vid denna tidpunkt. Klagandena anser att den franska statens fordringar på Orange och SFR under dessa omständigheter inte kunde kvalificeras som osäkra.

59. Kommissionen, den franska regeringen, Orange och SFR anser att dessa fordringar var osäkra. De anser att de franska myndigheterna genom garantierna om en rättvis behandlig av den 22 februari 2001 avstod från fordringarna vid en tidpunkt då Orange och SFR fortfarande kunde ha återkallat sina anbud. I avsaknad av dessa garantier om en rättvis behandling skulle Orange och SFR sannolikt ha återkallat sina anbud.

60. Kommissionen, den franska regeringen och Orange anser att det under alla omständigheter rör sig om ett överflödigt domskäl. Enligt dem kan, eftersom förstainstansrätten i första hand hänvisade till att avståendet från fordringarna var ofrånkomligt på grund av systemets art och struktur, ett eventuellt ifrågasättande av argumentet angående konstaterandet att fordringarna var osäkra inte påverka förstainstansrättens slutledning att det inte förelåg någon selektiv fördel.

61. Orange har tillagt att möjligheten att återkalla ansökan, eftersom den avsåg tillstånd att nyttja offentlig egendom, bestod efter den 31 maj 2001, med hänsyn till att tillståndsinnehavarna när som helst hade kunnat avsäga sig sitt tillstånd och, till följd därav, upphöra att betala avgiften.

3. Den tredje delgrunden

62. Som den tredje grundens tredje delgrund har klagandena gjort gällande att förstainstansrätten gjorde en felaktig rättslig kvalificering av de faktiska omständigheterna när den konstaterade att de franska myndigheterna i en skrivelse av den 22 januari 2001 försäkrat att Orange och SFR skulle behandlas lika. Klagandena har hävdat att de franska myndigheterna försäkrat att operatörerna skulle behandlas rättvist, inte lika. Dessa två begrepp har olika betydelser. En likabehandling innebär en identisk behandling, medan en rättvis behandling i förevarande fall innebär en skillnad mellan å ena sidan villkoren för de tillstånd som tilldelats Orange och SFR och å andra sidan villkoren för det tillstånd som tilldelats Bouygues Télécom.

63. Kommissionen, den franska regeringen, Orange och SFR anser att det i själva verket inte är en felaktig rättslig kvalificering av de faktiska omständigheterna som klagandena har gjort gällande utan en förvanskning av de faktiska omständigheterna. De anser att förstainstansrätten inte har förvanskat skrivelserna av den 22 januari 2001. Kommissionen har preciserat att begreppen *équité* (rättvis behandling) och *égalité* (likabehandling) användes synonymt i den överklagade domen. Eftersom även kommissionen använde dessa begrepp synonymt anser den att denna delgrund inte kan tas upp till sakprövning, då klagandena skulle ha åberopat denna grund redan i förfarandet i första instans.

D — *Den fjärde grunden*

64. Den fjärde grunden för överklagandet avser att artikel 87 EG har åsidosatts. Den är uppdelad i tre delgrunder. Den första delgrunden avser tillämpningen av undantaget om systemets art och struktur, i den andra delgrunden ifrågasätts bedömningen av huruvida någon fördel förelåg, och den tredje delgrunden gäller genomförandet av icke-diskrimineringsprincipen.

1. Den första delgrunden

65. I den fjärde grundens första delgrund har klagandena hävdat att undantaget om systemets struktur förutsätter att skillnaden är inneboende i det aktuella systemet. Detta är dock inte fallet här. Den lösning som de franska myndigheterna valde var inte ofrånkomlig. Enligt klagandena innebar det ifrågavarande systemets struktur att fyra operatörer skulle tilldelas tillstånd på sådana villkor att iakttagandet av likhetsprincipen skulle säkerställas. Detta innebar ett val mellan att antingen ta om tilldelningsförfarandet från början med samma villkor för samtliga kandidater eller låta två ansökningsförfaranden med olika villkor följa efter varandra.

66. De franska myndigheternas val att organisera två ansökningsförfaranden som följde efter varandra och skapa en ekonomisk jämlikhet mellan kandidaterna i de båda förfarandena var inte ofrånkomligt. För övrigt medförde detta val selektiva fördelar för Orange och SFR, bland annat att ha beviljats tillstånd tidigare och en garanti att bli godkänd som kandidat. Slutligen bör undantaget om systemets struktur så långt som möjligt uppnås genom åtgärder av allmän karaktär. Den lösning som de franska myndigheterna valde var emellertid ingen åtgärd av allmän karaktär.

67. Kommissionen, den franska regeringen, Orange och SFR har anfört att det ifrågavarande systemets struktur förutsätter att de olika kriterier som fastställts i de gemenskapsrättsliga bestämmelserna om tilldelning av UMTS-tillstånd tillämpas, bland annat skapandet av en konkurrensutsatt marknad och iakttagandet av fristen den 1 januari 2002.

68. Den lösning som klagandena har föreslagit, att ta om hela tilldelningsförfarandet från början, hade inte kunnat säkerställa tillämpningen av dessa villkor. För det första iakttas därigenom inte fristen den 1 januari 2002. För det andra innebär en total omtagning av tilldelningsförfarandet en risk för att kandidaterna i det första ansökningsförfarandet har ändrat strategi och inte lämnar in någon ansökan. Under alla omständigheter skulle utgången av ett nytt förfarande inte bli annorlunda, eftersom de enda kandidaterna var Orange, SFR och Bouygues Télécom och villkoren för tillstånd som tilldelats vid ett förfarande som tagits om från början skulle vara identiska med de villkor som kandidaterna slutligen fått. Den andra lösning som klagandena har föreslagit om att organisera två olika ansökningsförfaranden men på olika villkor strider mot likhetsprincipen.

69. Enligt kommissionen beror garantin för Orange och SFR att godkännas som kandidater på Bouygues Télécoms beslut att inte ställa upp som kandidat i det första ansökningsförfarandet. Slutligen skulle inte målen med de gemenskapsrättsliga bestämmelserna om tilldelning av UMTS-tillstånd kunna ha uppnåtts genom åtgärder av allmän karaktär.

70. Enligt Orange kan denna delgrund inte tas upp till sakprövning, eftersom den syftar till att uppnå en ny bedömning av de grunder som åberopades i första instans.

2. Den andra delgrunden

71. I den fjärde grundens andra delgrund har klagandena gjort gällande att förstainstansrätten har begått en felaktig rättstillämpning vid tillämpningen av artikel 87 EG beträffande bedömningen att det inte förelåg någon tidsmässig fördel på grund av det förhållandet att Orange och SFR beviljats sina tillstånd före Bouygues Télécom. Enligt klagandena borde inte förstainstansrätten först ha konstaterat att en möjlig tidsmässig fördel förelåg för Orange och SFR på grund av det förhållandet att de beviljats sina tillstånd före Bouygues Télécom och sedan dra slutsatsen att det inte förekommit något statligt stöd, med stöd av argumentet att Orange och SFR inte i praktiken hade dragit nytta av denna fördel.

72. Klagandena har i detta sammanhang gjort gällande att det förhållandet att en potentiell fördel föreligger är tillräckligt för att ett statligt stöd ska anses föreligga. Eftersom begreppet statligt stöd är ett objektivt begrepp borde förstainstansrätten inte i sin bedömning ha beaktat subjektiva faktorer avseende operatörernas beteende på marknaden eller det statliga stödets verkliga inverkan på marknaden. Den omständigheten att den ekonomiska situationen för Orange och SFR såsom mottagare av fördelen inte hade ändrats ska inte påverka bedömningen av huruvida ett statligt stöd förelegat. Förstainstansrätten borde enbart ha beaktat den omständigheten att Orange och SFR hade åtnjutit en verklig och omedelbar fördel av att de beviljats tillståndet före Bouygues Télécom.

73. Förstainstansrätten tillämpade för övrigt en omvänd bevisbörda genom att kräva att klagandena skulle förebringa bevisning angående konsekvenserna av den faktiska fördelen. När det konstateras att en tidsmässig fördel föreligger ska bevisbördan avseende att denna fördel inte har konkretiserats genom faktiska förmåner åligga mottagarna av denna fördel.

74. Slutligen gjorde förstainstansrätten en felaktig rättstillämpning när den tog hänsyn till att det inte fanns någon operatör på marknaden, eftersom artikel 87 EG är tillämplig på en potentiell konkurrenssituation.

75. Kommissionen, den franska regeringen, Orange och SFR har gjort gällande att förstainstansrätten inte gjorde någon felaktig rättstillämpning. Klagandena har förväxlat bedömningen av huruvida en selektiv fördel förelåg med bedömningen av kriteriet avseende skadlig inverkan på konkurrensen. Fördelen måste vara verklig. Den franska regeringen anser att kommissionen hade kunnat beakta utvecklingen efter dagen för den prövade åtgärden.

76. Kommissionen, den franska regeringen, Orange och SFR anser att förstainstansrätten inte har gjort någon felaktig rättstillämpning genom bedömningen att de båda operatörerna inte hade dragit fördel av att de beviljats tillstånd före Bouygues Télécom, eftersom de inte förekom på marknaden. Enligt kommissionen och Orange gjorde förstainstansrätten en riktig bedömning när den angav att det förhållandet att Orange och SFR beviljats tillstånd före Bouygues Télécom, mot bakgrund av UMTS-teknikens försening, inte utgjorde någon teknisk fördel. Orange och SFR har hävdat att förstainstansrätten självständigt slog fast att Orange och SFR inte hade utnyttjat den potentiella fördelen i det aktuella fallet.

77. Kommissionen har tillagt att argumentet att begreppet konkurrens har tolkats felaktigt är irrelevant, eftersom klagandena har blandat ihop frågan om avgränsning av marknaden med frågan om tillträde till marknaden. Tillträde till marknaden är det kriterium som ska beaktas i det aktuella sammanhanget.

78. Kommissionen anser beträffande den omvända bevisbördan att förstainstansrätten endast har konstaterat att en faktisk fördel förelåg teoretiskt och att det således ankom på klagandena att visa att en sådan fördel förelåg. Enligt kommissionen, den franska regeringen och Orange ankommer det på den person som har väckt talan mot ett beslut av kommissionen att visa att kommissionens påstående inte är giltigt.

3. Den tredje delgrunden

79. Klagandena har genom den fjärde grundens tredje delgrund gjort gällande att förstainstansrätten har gjort en felaktig rättstill-

ämpning av icke-diskrimineringsprincipen. De har hävdat att eftersom Orange och SFR å ena sidan och Bouygues Télécom å den andra inte befann sig i samma situation skulle en identisk behandling av dessa från de franska myndigheternas sida ha inneburit ett åsidosättande av icke-diskrimineringsprincipen.

80. Klagandena har i detta sammanhang hänvisat till principen om att tilldelningskriterierna inte kan ifrågasättas, enligt vilken en ändring av avgiftsbeloppen inte är tillåten. För övrigt förekommer inte iakttagandet av de mål som anges i direktiv 97/13 bland de undantag som i begränsande syfte räknas upp i artikel 87.2 EG.

81. Klagandena har lagt till att de franska myndigheterna hade tillräckligt med tid för att ta om förfarandet från början före fristens utgång den 1 januari 2002.

82. Kommissionen, den franska regeringen, Orange och SFR anser däremot inte att förstainstansrätten har gjort någon felaktig rättstillämpning av icke-diskrimineringsprincipen.

83. Orange har gjort gällande att denna delgrund inte kan tas upp till sakprövning på grund av att klagandena har begränsat sig till att upprepa samma argument som i första instans.

84. Kommissionen och Orange har gjort gällande att de tre innehavarna av UMTS-tillstånd de facto befann sig i samma situation, eftersom Orange och SFR inte i materiellt hänseende hade utnyttjat det förhållandet att de tilldelats tillstånd före Bouygues Télécom. Den franska regeringen och SFR anser att icke-diskrimineringsprincipen, i ett sammanhang där endast ett urvalsförfarande äger rum, även om det är uppdelat i olika faser, ska tillämpas så att de två ansökningsförfarandena beaktas sammantaget.

85. Enligt kommissionen är inte de förfarandebestämmelser som gäller vid offentliga upphandlingar och tillståndsgivning tillämpliga. Kommissionen har, beträffande frågan om huruvida ändringen av villkoren för de tillstånd som tilldelades i det första anbudsförfarandet var tillåten, uppgett att principen om att tilldelningskriterierna inte kan ifrågasättas inte förekom vare sig i direktiv 97/13 eller i någon annan tillämplig gemenskapsrättslig bestämmelse. Enligt Orange kan en sådan princip under alla omständigheter inte ifrågasätta iakttagande av icke-diskrimineringsprincipen. Enligt kommissionen, SFR och Orange föreskrivs en möjlighet att ändra villkoren för tilldelning uttryckligen i direktiv 97/13.

86. Slutligen har kommissionen påstått att när en stat agerar som regulator på mark-

naden, medför inte den enda omständigheten att en statlig åtgärd förbättrar ett företags situation automatiskt att den utgör ett statligt stöd. I ett sådant fall ska det först undersökas huruvida företaget haft någon fördel och sedan huruvida de två företagens situation kan jämföras med hänsyn till syftet med den berörda åtgärden.

87. Kommissionen har vad gäller argumentet angående artikel 87.2 EG påpekat att klagandena har förväxlat frågan om huruvida ett statligt stöd förekommit med frågan om huruvida detta stöd var förenligt med den gemensamma marknaden.

88. Beträffande argumentet att myndigheterna skulle ha haft tid att ta om hela förfarandet från början före utgången av fristen den 1 januari 2002, anser den franska regeringen att det rör sig om en bedömning av de faktiska omständigheterna som inte kan tas upp till sakprövning inom ramen för överklagandet. Myndigheterna hade under alla förhållanden inte tillräckligt med tid för att kunna ta om hela förfarandet från början.

VI — Rättslig bedömning

89. Klagandena har genom de tredje och fjärde grunderna ifrågasatt förstainstansrättens bedömning att åtgärden inte utgjorde statligt stöd. Jag kommer inledningsvis, under A, att undersöka dessa grunder, vidare, under B, den andra grunden enligt vilken det inte förelåg några betydande svårigheter och slutligen, under C, den första grunden avseende den felaktiga motiveringen.

A — *De tredje och fjärde grunderna*

90. Klagandena har i de tredje och fjärde grunderna ifrågasatt förstainstansrättens bedömning att rekvisiten för begreppet statligt stöd inte var uppfyllda i den omtvistade ändringen. Jag vill påpeka att klagandena har sorterat sina argument i de tredje och fjärde grunderna efter vilken typ av felaktigheter de gjort gällande och inte efter förstainstansrättens motivering. Jag anser att det för analysen av de tredje och fjärde grunderna underlättar att undersöka dessa grunders olika delgrunder enligt ordningen i motiveringen i den överklagade domen. [21]

91. Jag kommer inledningsvis (under 1) att analysera den tredje grundens tredje delgrund, vilken rör en av de faktiska omständigheterna i målet, nämligen bedömningen i sak av de franska myndigheternas skrivelse av den 22 februari 2001.

92. Jag kommer vidare att undersöka de delgrunder som avser den del i domen

21 — Se beskrivningen i punkterna 27–32 i detta förslag till avgörande.

i vilken förstainstansrätten slog fast att den franska statens partiella avstående från fordringarna på SFR och Orange inte utgjorde en selektiv fördel, [22] det vill säga den fjärde grundens första delgrund angående argumentet grundat på systemets struktur (under 2) och den tredje grundens andra delgrund avseende argumentet grundat på fordringarnas osäkra karaktär (under 3).

93. Sedan kommer jag (under 4) att bedöma den fjärde grundens andra delgrund, som tar sikte på förstainstansrättens bedömning enligt vilken den potentiella tidsmässiga fördelen till följd av det förhållandet att Orange och SFR beviljats sina tillstånd före Bouygues Télécom inte utgör en selektiv fördel.

94. Slutligen kommer jag att undersöka de delgrunder som avser den del i förstainstansrättens dom som rör icke-diskrimineringsprincipen, det vill säga den tredje grundens första delgrund (under 5) och den fjärde grundens tredje delgrund (under 6).

1. Innehållet i skrivelsen av den 22 februari 2001 (den tredje grundens tredje delgrund)

95. Den tredje grundens tredje delgrund avser punkt 107 i den överklagade domen.

22 — Se punkterna 95–126 i den överklagade domen.

I punkt 107 i den överklagade domen konstaterade förstainstansrätten att de franska myndigheterna i skrivelserna av den 22 februari 2001 försäkrat kandidaterna i det första ansökningsförfarandet, Orange och SFR, att de skulle behandlas på samma sätt som kandidaterna i det andra ansökningsförfarandet.

96. Enligt klagandena utgör detta påstående en missuppfattning av innehållet i skrivelserna av den 22 februari 2001. Skrivelserna av den 22 februari 2001 innehöll en garanti om en ”rättvis” behandling av kandidaterna i det första och det andra ansökningsförfarandet. Förstainstansrätten bedömde emellertid innehållet i dessa skrivelser som en garanti om en ”identisk” behandling av dessa två kandidatgrupper.

97. Inledningsvis ska det konstateras att klagandena – i motsats till rubriken till den tredje grunden – inte har gjort gällande att förstainstansrätten har gjort en felaktig rättslig kvalificering av de faktiska omständigheterna. En felaktig rättslig kvalificering av de faktiska omständigheterna innebär en felaktig tillämpning av en bestämmelse på de faktiska omständigheterna. [23]

23 — Se punkt 3 i generaladvokaten Van Gervens förslag till avgörande, föredraget den 26 juni 1991 (dom av den 21 november 1991 i mål C-145/90 P, Costacurta mot kommissionen, REG 1991, s. I-5449); Lenaerts, K., Arts, D., Maselis, I., *Procedural Law of the European Union*, andra upplagan, London, 2006, s. 457, punkt 16-007.

98. Vad klaganden har gjort gällande är emellertid att förstainstansrätten har begått ett misstag vid sin bedömning av innehållet i skrivelserna av den 22 februari 2001. Det rör sig således om en felaktig bedömning av de faktiska omständigheterna från förstainstansrättens sida och inte om en felaktig rättslig kvalificering av de faktiska omständigheterna. Klagandena kan inte inom ramen för ett överklagande, vilket är begränsat till att gälla rättsfrågor, ifrågasätta förstainstansrättens bedömning av de faktiska omständigheterna, såvida de inte åberopar att förstainstansrätten har gjort sig skyldig till en uppenbar missuppfattning av de faktiska omständigheterna. [24] Klagandens påstående enligt vilket skrivelserna av den 22 februari 2001 i själva verket hade ett annat innehåll än det som förstainstansrätten fastställt utgör ett sådant åberopande.

99. En felaktighet som hade kunnat, men inte har kritiseras i första instans kan inte tas upp till sakprövning inom ramen för ett överklagande. [25] Eftersom klagandena inte förefaller åberopa någon felaktighet som kommissionen redan hade begått och som förstainstansrätten har upprepat, utan snarare en felaktighet som endast kan tillskrivas förstainstansrätten, ska emellertid detta påstående enligt min uppfattning inte avvisas.

100. Jag anser att denna delgrund följaktligen kan tas upp till sakprövning.

101. Däremot kan överklagandet inte vinna bifall på denna av klagandena anförda delgrund. Förstainstansrätten har i motsats till klagandenas påstående inte fastställt att de franska myndigheterna hade försäkrat kandidaterna i det första ansökningsförfarandet att de skulle åtnjuta en ”identisk” behandling i förhållande till kandidaterna i det andra ansökningsförfarandet.

102. Förstainstansrätten hänvisade, när den i punkt 107 i den överklagade domen angav att operatörerna skulle ”behandlas på samma sätt”, till punkt 14 i den överklagade domen, i vilken den beskrev innehållet i skrivelserna av den 22 februari 2001. Som förstainstansrätten angav i punkt 14 i den överklagade domen hade de franska myndigheterna i dessa skrivelser garanterat att kandidaterna i det första ansökningsförfarandet och kandidaterna i det andra ansökningsförfarandet skulle behandlas rättvist, samt att principen om att operatörerna ska behandlas lika i fråga om allmänna pålagor och principen om en effektiv konkurrens mellan operatörerna skulle iakttas. [26] Eftersom de franska myndigheterna tycks ha använt begreppen ”lika” och ”rättvist” synonymt i dessa skrivelser, utgör inte den enda omständigheten att förstainstansrätten har använt begreppet ”behandlas på samma sätt” för att beskriva innehållet i dessa skrivelser någon missuppfattning av de faktiska omständigheterna.

103. Klagandena har inte framfört något annat argument till stöd för deras påstående att förstainstansrätten hade missuppfattat innehållet i skrivelserna av den 22 februari 2001 genom att tolka dessa som en garanti för en identisk behandling. Jag föreslår således att överklagandet inte ska

24 — Domstolens dom av den 1 juni 1994 i mål C-136/92 P (REG 1994, s. I-1981), punkt 49, av den 2 mars 1994 i mål C-53/92 P, Hilti mot kommissionen (REG 1994, s. I-667), punkt 42, Lenaerts, K., Arts, D., Maselis, I., op. cit. (ovan fotnot 22), s. 455, punkt 16-005.

25 — Lenaerts, K., Arts, D., Maselis, I., op. cit. (ovan fotnot 22), s. 457, punkt 16-006.

26 — Se punkt 14 i den överklagade domen.

bifallas på den tredje grundens tredje delgrund.

2. Det partiella avståendet från fordringarna på Orange och SFR och undantaget avseende systemets struktur (den fjärde grundens första delgrund)

104. Förstainstansrätten grundade sin bedömning att den franska statens partiella avstående från fordringarna på Orange och SFR inte utgjorde en selektiv fördel på ett undantag om systemets art och struktur. [27] Förstainstansrätten slog i detta sammanhang fast att de gemenskapsrättsliga bestämmelserna bygger på likabehandling av operatörer vid tilldelning av tillstånd och vid fastställande av eventuella avgifter, men att de låter medlemsstaterna bestämma över förfarandet för tilldelning av tillstånd, förutsatt att principerna om fri konkurrens och likabehandling iakttas. [28] Vidare anmärkte förstainstansrätten att tidpunkten för tillträdet till marknaden för var och en av de berörda operatörerna måste beaktas vid tillämpningen av begreppet icke-diskriminerande avgifter i artikel 11.2 i direktiv 97/13. [29] Förstainstansrätten fastställde slutligen att det inte föreligger något stöd när villkoren för tillstånden tillämpas på samma sätt gentemot samtliga berörda parter. [30] Förstainstansrätten drog slutsatsen att den omständigheten att staten hade avstått från medel och att detta kunde ha medfört en fördel för de operatörer vars avgift hade sänkts inte räckte för att slå fast förekomsten av statligt stöd, eftersom avståendet från fordringarna var ofrånkomligt. [31]

105. Enligt klagandena har förstainstansrätten inte i tillräcklig utsträckning förklarat varför avståendet var en följd av de gemenskapsrättsliga bestämmelserna.

106. Inledningsvis vill jag påpeka att förstainstansrätten i den del av domen som den aktuella delgrunden avser, [32] (enbart) undersökte frågan om huruvida den franska statens partiella avstående från fordringarna på Orange och SFR skulle anses utgöra en selektiv fördel. Förstainstansrättens slutsats att avståendet från fordringarna var en ofrånkomlig följd av systemets art och struktur i punkt 111 i den överklagade domen begränsade sig således till det ofrånkomliga i det partiella avståendet från fordringarna på Orange och SFR. [33] Det ska således i detta sammanhang endast undersökas huruvida den del av domskälet som rör frågan om huruvida det partiella avståendet från fordringarna på grund av undantaget om systemets art och struktur var ofrånkomligt.

107. Förstainstansrätten grundade sin bedömning på undantaget om systemets art och struktur. Tillämpningen av detta undantag, vilket har utvecklats och tillämpats på området nationella avgiftssystem, förtjänar

27 — Se punkterna 108–112 i den överklagade domen.
28 — Se punkt 108 i den överklagade domen.
29 — Se punkterna 109–110 i den överklagade domen.
30 — Se punkt 10 i den överklagade domen.
31 — Se punkt 111 i den överklagade domen.

32 — Se punkterna 108–111 i den överklagade domen.
33 — Den innebar inte att de övriga fördelar som klagandena gjort gällande, såsom den påstådda tidsmässiga fördelen på grund av att Orange och SFR tilldelats sina tillstånd före Bouygues Télécom eller den påstådda fördelen beträffande att dessa båda operatörer garanterats beviljande av tillstånd, var ofrånkomliga.

i förevarande mål några kommentarer avseende den rättsliga grunden för ett sådant undantag (under a). Jag kommer sedan att undersöka förstainstansrättens tillämpning av detta undantag (under b).

a) Tillämpligheten och den rättsliga grunden för undantaget om systemets art och struktur i förevarande fall

108. Förstainstansrätten hänvisade, innan den grundade sin slutsats att det inte förelåg någon selektiv fördel på undantaget om systemets art och struktur, till domstolens domar i målen Italien mot kommissionen, [34] Spanien mot kommissionen, [35] samt AEM och AEM Torino. [36] Som framgår av nämnda domar, har undantaget om systemets art och struktur utvecklats inom ramen för rättspraxis på området nationella socialförsäkringssystem. [37] Enligt denna rättspraxis ska en särbehandling av företag inte anses utgöra en selektiv fördel i den mening som avses i artikel 87.1 EG om denna särbehandling är berättigad genom det allmänna socialförsäkringssystemets art och struktur, [38] eller, med andra ord, om denna särbehandling är berättigad med hänsyn till det nationella skattesystemets interna systematik. [39]

109. Detta undantag kan, i dogmatiskt hänseende, likställas med frågan om huruvida denna särbehandling utgör en särskild fördel. [40] Enligt en annan tolkning utgör undantaget om systemets art och struktur en tillämpning av en ”rule of reason” på området nationella socialförsäkringssystem. [41]

110. Oberoende av frågan om den dogmatiska klassificeringen, vill jag påpeka att den avgörande frågan för tillämpningen av undantaget om systemets art och struktur är huruvida den ifrågavarande särbehandlingen överensstämmer med det nationella skattesystemets interna logik. Tillämpningen av detta undantag i förevarande fall, där det varken rör sig om en särbehandling till följd av logiken i ett skattesystem eller en särbehandling till följd av ett nationellt system är således långt ifrån självklar.

34 — Dom av den 2 juli 1974 i mål 173/73, Italien mot kommissionen (REG 1974, s. 709; svensk specialutgåva, volym 2, s. 321), punkt 33.

35 — Dom av den 26 september 2002 i mål C-351/98, Spanien mot kommissionen (REG 2002, s. I-8031), punkt 42.

36 — Dom av den 14 april 2005 i de förenade målen C-128/03 och C-129/03, AEM och AEM Torino (REG 2005, s. I-2861), punkt 39.

37 — Domstolen slog fast förekomsten av detta undantag för första gången i sin dom i målet Italien mot kommissionen (ovan fotnot 34), punkt 33.

38 — Domen i målet Italien mot kommissionen (ovan fotnot 34), punkt 33, dom av den 5 oktober 1999 i mål C-251/97, Frankrike mot kommissionen (REG 1999, s. I-6639), punkt 36, och av den 17 juni i mål C-75/97, Belgien mot kommissionen (REG 1999, s. I-3671), punkt 33.

39 — Förstainstansrättens dom av den 6 mars 2002 i de förenade målen T-92/00 och T-103/00, Diputación Foral de Ávala mot kommissionen (REG 2002, s. II-1385), punkt 60.

40 — Se, bland annat, domstolens dom av den 10 januari 2006 i mål C-222/04, Cassa di Risparmio di Firenze m.fl. (REG 2006, s. I-289), punkterna 137 och 138, av den 15 december 2005 i mål C-148/04, Unicredito Italiano (REG 2005, s. I-11137), punkt 51, av den 22 juni 2006 i de förenade målen C-182/03 och C-217/03, Belgien och Forum 187 mot kommissionen (REG 2006, s. I-5479), punkt 119, och av den 15 december 2005 i mål 66/02, Italien mot kommissionen (REG 2005, s. I-10901), punkterna 94–102. Det ska emellertid konstateras att i vissa domar har en åtgärds selektivitet och undantaget avseende systemets art och struktur prövats separat, se domstolens dom av den 22 november 2001 i mål C-53/00, Ferring (REG 2001, s. I-9067), punkterna 17 och 18, och förstainstansrättens dom av den 10 april 2008 i mål T-233/04, Nederländerna mot kommissionen (REG 2008, s. II-591), punkterna 97–99, samt punkterna 315–319 i generaladvokaten Légers förslag till avgörande av den 9 februari 2006 i det ovannämnda målet Belgien och Forum 187 mot kommissionen.

41 — Se Heidenhain, *Handbuch des Europäischen Beihilfenrecht*, München, 2003, s. 163.

111. Domstolen angav visserligen i sin dom i målet AEM och AEM Torina att den inneboende logiken i ett nationellt avgiftssystem kan påverkas av gemenskapsrättsliga bestämmelser. I det målet accepterade domstolen att en åtskillnad i det nationella avgiftssystemet, som hade till syfte att uppväga en fördel som uppkom för vissa företag till följd av införlivandet av ett direktiv, följde av avgiftssystemets art och funktion. [42] Jag anser emellertid inte, ens mot bakgrund av denna aspekt i domen i målet AEM och AEM Torino, att undantaget om avgiftssystemets art och struktur såsom det har definierats i rättspraxis kan tillämpas direkt i förevarande mål.

112. Mot bakgrund av de specifika omständigheterna i förevarande mål, kan jag inte heller se något behov av att tillämpa detta undantag analogt.

113. Enligt domstolens rättspraxis tar artikel 87.1 EG sikte på medlemsstaternas beslut varigenom medlemsstaterna för att genomföra sina egna ekonomiska och sociala mål genom ensidiga och självständiga beslut ger företag eller andra rättssubjekt tillgång till medel eller fördelar som ska främja förverkligandet av de eftersträvade ekonomiska eller sociala målen. [43]

114. Eftersom artikel 87.1 EG inte är tillämplig på gemenskapslagstiftarens åtgärder, [44] måste sådana åtgärder, för att förmåner ska anses utgöra statligt stöd i den mening som avses i artikel 87.1 EG, kunna tillskrivas staten. [45] En medlemsstats åtgärd som föreskrivs i gemenskapsrätten kan således inte anses utgöra statligt stöd i den mening som avses i artikel 87.1 EG. Detta skulle nämligen innebära att denna rättsakt av gemenskapslagstiftaren underställdes den i artikel 87.1 EG föreskrivna kontrollen. [46]

115. Enligt artikel 10 EG är medlemsstaterna skyldiga att genomföra de gemenskapsrättsliga bestämmelserna. I artikel 249.3 EG anges särskilt att ett direktiv med avseende på det resultat som ska uppnås ska vara bindande för varje medlemsstat till vilken det är riktat och i artikel 249.4 EG att ett beslut till alla delar ska vara bindande för dem som det är riktat till.

116. Det ska följaktligen undersökas huruvida de franska myndigheterna, genom att partiellt avstå från fordringarna på Orange och SFR, endast har uppfyllt sina skyldigheter enligt de gemenskapsrättsliga bestämmelserna, och således enligt artiklarna 10 EG, 249.3 EG och 249.4 EG. Härav följer att denna

42 — Se domen i målet AEM och AEM Torino (ovan fotnot 36), punkterna 39–43.

43 — Domstolens dom av den 27 mars 1980 i mål 61/79, Denkavit italiana (REG 1979, s. 1205), punkt 31, och förstainstansrättens dom av den 5 april 2006 i mål T-351/02, Deutsche Bahn mot kommissionen (REG 2006, s. II-1047), punkt 100.

44 — Domstolens dom av den 13 oktober 1982 i de förenade målen 213/81–215/81 (REG 1982, s. 3583), punkt 22, Heidenhain, op. cit. (ovan fotnot 40), s. 23.

45 — Se domstolens dom av den 16 maj 2002 i mål C-482/99, Frankrike mot kommissionen (REG 1999, s. I-4397), punkt 24, och där nämnda rättspraxis, och domen i målet Deutsche Bahn mot kommissionen (ovan fotnot 43), punkt 100.

46 — Förstainstansrätten tillämpade ett liknande resonemang i sin dom i målet Deutsche Bahn mot kommissionen (ovan fotnot 43), punkterna 100–105.

åtgärd inte kan tillskrivas den franska staten, utan i själva verket utgör en följd av en rättsakt av gemenskapslagstiftaren och således inte är underställd artikel 87.1 EG.

117. Härav drar jag slutsatsen att även om undantaget om ett nationellt skattesystems art och struktur inte är tillämpligt i förevarande mål, kan ett undantag som bygger på att en nationell åtgärd är ofrånkomlig på grund av de gemenskapsrättsliga bestämmelsernas art och struktur tillämpas i förevarande mål. Det var alltså befogat att, såsom förstainstansrätten gjorde, undersöka huruvida det partiella avståendet från fordran ofrånkomligen utgjorde en följd av de gemenskapsrättsliga bestämmelserna i förevarande fall.

b) Tillämpningen av undantaget grundat på de gemenskapsrättsliga bestämmelsernas art och struktur

118. Klagandena har gjort gällande att förstainstansrätten inte har förklarat varför det partiella avståendet från fordringarna på Orange och SFR var ofrånkomligt.

119. Inledningsvis anser jag att det bör erinras om att förstainstansrätten, i den ifrågasatta delen av den överklagade domen, endast behandlade frågan om huruvida det partiella avståendet från fordran på Orange och SFR var ofrånkomligt. [47]

120. De franska myndigheterna konstaterade, efter att ha beslutat sig för att inleda ett så kallat jämförande urvalsförfarande, [48] den 31 januari 2001 att det första ansökningsförfarandet delvis hade varit fruktlöst. De konstaterade att förekomsten av endast två operatörer på marknaden inte räckte för att säkerställa utvecklingen av en verklig konkurrens och att bristen på kandidater berodde på den höga avgiften.

121. De franska myndigheterna kunde inte, mot bakgrund av medlemsstaternas skyldighet att tilldela så många tillstånd som möjligt i syfte att säkerställa utvecklingen av konkurrensen på UMTS-marknaden, i enlighet med artikel 10.4 i direktiv 97/13, nöja sig med tilldelningen av två UMTS-tillstånd till Orange och SFR, utan var skyldiga att locka andra operatörer genom att erbjuda mer förmånliga villkor för tillstånden, i synnerhet avseende avgifterna.

122. De franska myndigheterna var, mot bakgrund av denna skyldighet, tvungna att undersöka vilken inverkan sänkningen av

47 — Se punkt 106 i detta förslag.

48 — Förstainstansrätten fastställde att de gemenskapsrättsliga bestämmelserna inte medförde någon skyldighet för de franska myndigheterna att använda sig av offentlig budgivning. Se punkt 108 i den överklagade domen.

avgifterna för de framtida kandidaterna skulle komma att få på villkoren för de tillstånd som hade tilldelats Orange och SFR. Som förstainstansrätten fastställde i den överklagade domen, [49] var myndigheterna skyldiga att iaktta icke-diskrimineringsprincipen enligt artikel 11.2 i direktiv 97/13. De franska myndigheterna var således tvungna att partiellt avstå från sina fordringar på Orange och SFR eftersom detta avstående var nödvändigt för att iaktta icke-diskrimineringsprincipen mellan Orange och SFR och de framtida kandidaterna.

123. Som förstainstansrätten konstaterade, föreligger en diskriminering när skilda regler tillämpas på lika situationer eller när samma regel tillämpas på olika situationer. [50] Bedömningen av huruvida dessa två situationer är lika eller inte i icke-diskrimineringsprincipens mening beror bland annat på ändamålen med de ifrågavarande gemenskapsrättsliga bestämmelserna. [51]

124. Ett viktigt ändamål med de gemenskapsrättsliga bestämmelserna var behovet av att utveckla konkurrensen enligt artikel 11.2 i direktiv 97/13. På ekonomins område är emellertid upprätthållandet av konkurrens och icke-diskriminering nära sammanknutna. [52]

125. En grundläggande förutsättning för utvecklingen av en effektiv konkurrens på en marknad är säkerställandet av rättvisa konkurrensvillkor mellan olika operatörer. En ändring av villkoren för tillstånden för Orange och SFR utgjorde således en följd av artikel 11.2 i direktiv 97/13, eftersom tillämpningen av de ursprungliga villkoren i det första ansökningsförfarandet på Orange och SFR inte kunde säkerställa rättvisa konkurrensvillkor mellan Orange och SFR å ena sidan och de framtida kandidaterna å den andra.

126. Utgångspunkten för att säkerställa rättvisa konkurrensvillkor mellan operatörerna på en framväxande marknad är främst att säkerställa lika villkor för samtliga operatörer. Det ska i detta sammanhang påpekas, vilket

49 — Punkt 108 i den överklagade domen.

50 — Punkt 129 i den överklagade domen.

51 — I Herny, R., ”Principe d'égalité et principe de non-discrimination dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes”, *L.G.D.J.*, 2003, s. 357, anges att det inte föreligger någon likhet mellan situationer eller något som gör situationer speciella i sig, utan situationen bedöms uteslutande i förhållande till föremålet för och syftet med bestämmelsen. Se även domstolens dom av den 13 februari 2003 i mål C-409/00, Spanien mot kommissionen (REG 2003, s. I-1487), punkt 47, av den 8 november 2001 i mål C-143/99, Adria-Wien Pipeline och Wietersdorfer & Peggauer Zementwerke (REG 2001, s. I-8365), punkterna 41 och 42, och av den 3 mars 2005 i mål C-172/03, Heiser (REG 2005, s. I-1627), punkt 40. I dessa domar hänvisas visserligen till tolkningen av artikel 87.1 EG. Enligt min uppfattning kan emellertid av denna rättspraxis utläsas att uppskattningen av huruvida två situationer är jämförbara eller olika ska göras med beaktande av ändamålen med de gemenskapsrättsliga bestämmelserna.

52 — Henry, R, (ovan fotnot 49), s. 263.

även förstainstansrätten har gjort, [53] att den avgift som krävdes av Orange och SFR i det första ansökningsförfarandet var åtta gånger högre än det belopp som de franska myndigheterna hade ansett kunna dra till sig ytterligare kandidater. Det är enligt min uppfattning uppenbart [54] att en sänkning av beloppet för de fordringar som staten ursprungligen skulle ha på kandidaterna i det första ansökningsförfarandet var nödvändig för att säkerställa rättvisa konkurrensvillkor mellan Orange och SFR å ena sidan och de framtida kandidaterna å den andra. [55]

c) Slutsats

127. Det följer av det ovan anförda att förstainstansrätten gjorde en riktig bedömning när den i punkt 111 i den överklagade domen angav att det partiella avståendet från fordringarna på Orange och SFR var ofrånkomligt. Eftersom denna bedömning var ganska självklar och redan hade diskuterats under förfarandet vid kommissionen, anser jag inte att förstainstansrätten har underlåtit att förklara varför avståendet från fordringarna på Orange och SFR var ofrånkomligt.

128. Jag föreslår följaktligen att domstolen inte ska bifalla överklagandet på den fjärde grundens första delgrund, och ersätta förstainstansrättens motivering avseende den rättsliga grunden avseende undantaget om systemets art och struktur.

3. Huruvida fordringarna var osäkra (den tredje grundens andra delgrund)

129. Förstainstansrätten angav i punkt 107 i den överklagade domen att statens fordran inte var säker, eftersom kandidaterna hade haft möjlighet att återkalla sina ansökningar ända fram till den 31 maj 2001 och därefter att avsäga sig tillståndet och upphöra med att betala avgiften.

130. Klagandena har bestridit denna bedömning. Enligt dem avstod franska staten partiellt från fordringarna på Orange och SFR den 3 december 2002. Vid den tidpunkten kunde Orange och SFR inte längre återkalla sina ansökningar.

131. Enligt min uppfattning är denna delgrund verkningslös. En delgrund är verkningslös om den inte kan påverka domslutet i den överklagade domen. [56] Förstainstansrätten grundade sin bedömning att det partiella

53 — Punkt 145 i den överklagade domen.

54 — Klagandena förefaller för övrigt inte i sitt överklagande ifrågasätta principen att de franska myndigheterna kan ha avstått partiellt från fordringarna på Orange och SFR. Enligt klagandena var en av de franska myndigheternas möjligheter att ta om förfarandet från början, vilket skulle ha lett till identiska villkor för alla de kandidater som godkändes genom detta nya förfarande. Det som klagandena däremot har kritiserat är att de franska myndigheternas sätt att förfara har gett Orange och SFR en fördel genom att de beviljats sina tillstånd före Bouygues Télécom och genom att de garanterats att bli godkända.

55 — Denna undersökning begränsar sig, som jag reda har nämnt ovan (se punkterna 106 och 119) till frågan om huruvida det partiella avståendet från fordringarna på Orange och SFR var ofrånkomligt. En annan fråga är att utvärdera de franska myndigheternas sätt att förfara, det vill säga att organisera två ansökningsförfaranden som följde efter varandra och att retroaktivt tillämpa identiska villkor för kandidaterna i de båda förfarandena. Denna fråga ska behandlas senare (se punkterna 143–179 ovan).

56 — Domstolens dom av den 12 juli 2001 i de förenade målen C-302/99 P och C-308/99 P (REG 2001, s. I-5603), punkterna 26–29, Lenaerts, K., Arts, D., Maselis, I., (ovan fotnot 22), s. 465, punkt 16-019.

avståendet inte utgjorde en selektiv fördel på två argument, dels att fordringarna inte var säkra och dels undantaget om systemets art och struktur. Eftersom den fjärde grundens första delgrund, vilken riktas mot förstainstansrättens motivering grundad på undantaget om systemets art och struktur, ska ogillas [57] är detta i sig ett tillräckligt skäl för att motivera förstainstansrättens bedömning. Det fel som skulle kunna vidlåda motiveringen grundad på det förhållandet att fordringarna inte var säkra, är således under alla omständigheter utan inverkan på domslutet i den överklagade domen. Denna delgrund är följaktligen verkningslös.

132. Jag anser i frågan om huruvida talan hade kunnat bifallas på denna delgrund, att det för det första ska göras en åtskillnad mellan perioden mellan den 31 januari 2001 och den 31 maj 2001 å ena sidan och den omtvistade ändringen den 3 december 2002 å den andra.

133. Den 31 januari 2001 konstaterade de franska myndigheterna att två kandidater hade inkommit med ansökningar och att detta inte var tillräckligt för att säkerställa en effektiv konkurrens på UMTS-marknaden. De meddelade således att ett nytt ansökningsförfarande var nödvändigt. Det var efter detta meddelande som Orange och SFR kontaktade de franska myndigheterna och begärde att principen om likabehandling avseende allmänna pålagor och principen om en effektiv konkurrens mellan operatörerna skulle iakttas.

134. Vid denna tidpunkt hade Orange och SFR fortfarande kunnat återkalla sina ansökningar. Möjligheten att Orange och SFR skulle ha accepterat villkoren i det första ansökningsförfarandet om villkoren i det andra ansökningsförfarandet var mycket mer förmånliga var, som kommissionen har påpekat, snarare teoretisk. [58]

135. Mot bakgrund av dessa omständigheter anser jag att den franska statens fordringar på Orange och SFR med fog kunde kvalificeras som osäkra, åtminstone från och med den tidpunkt då de franska myndigheterna hade meddelat sin avsikt att inleda ett andra ansökningsförfarande med betydligt förmånligare villkor.

136. Det var mot denna bakgrund som de franska myndigheterna på uttrycklig begäran av Orange och SFR garanterade dessa operatörer en rättvis behandling i förhållande till kandidaterna i det andra ansökningsförfarandet. Orange och SFR kunde, på grundval av denna garanti, utgå ifrån att villkoren för deras tillstånd skulle ändras i den mån detta var nödvändigt för att garantera en rättvis behandling. Det stod således före den 31 maj 2001 klart att villkoren för de tillstånd som tilldelats Orange och SFR omfattade en ändringsreserv. Eftersom de franska myndigheterna redan hade meddelat att avgiften skulle vara betydligt lägre för kandidaterna i det andra ansökningsförfarandet, innebar denna ändringsreserv således redan en garanti om ett partiellt avstående från fordringarna på

57 — Se punkterna 104–128 i detta förslag till avgörande.

58 — Se punkt 27 i det angripna beslutet.

Orange och SFR. Kommissionen konstaterade detta i det angripna beslutet, [59] i vilket den fastställde att ”det retroaktiva likställandet följde redan underförstått av de villkor som angavs beträffande tillstånden i den första omgången”. Jag finner inte att det under dessa omständigheter är möjligt att anse att fordringarna på Orange och SFR har en aktuell och obestridlig prägel.

137. Följaktligen skulle fordringarna på Orange och SFR anses som osäkra innan garantin om en rättvis behandling lämnades i skrivelserna av den 22 februari 2001. Efter dessa skrivelser stod det klart att villkoren för de tillstånd som tilldelats Orange och SFR omfattade en reserv angående ett partiellt avstående. Mot bakgrund av dessa omständigheter påverkar inte det förhållandet att Orange och SFR inte längre kunde återkalla sina anbud efter den 3 december 2002 förstainstansrättens slutsats i punkt 107 i den överklagade domen enligt vilken det rörde sig om ett partiellt avstående från osäkra fordringar.

138. Jag föreslår följaktligen att den tredje grundens andra delgrund i första hand ska lämnas utan avseende eftersom den saknar verkan och i andra hand ogillas.

4. Tidsmässig selektiv fördel (fjärde grundens andra delgrund)

139. Förstainstansrätten undersökte i punkterna 113–122 i den överklagade domen huruvida det förhållandet att Orange och SFR hade tilldelats sina tillstånd före Bouygues Télécom hade medfört en tidsmässig selektiv fördel för dessa företag i förhållande till Bouygues Télécom. Förstainstansrätten konstaterade, efter att ha kvalificerat det förhållandet att Orange och SFR hade tilldelats sina tillstånd före Bouygues Télécom som en potentiell fördel, [60] att denna potentiella fördel inte hade gynnat Orange och SFR [61] och drog i punkt 122 i den överklagade domen slutsatsen att det förhållandet att de tillstånd som tilldelats Orange och SFR var äldre inte hade inneburit någon konkurrensmässig fördel gentemot Bouygues Télécom.

140. Förstainstansrätten tillade i punkterna 123–126 i den överklagade domen att den potentiella fördel som Orange och SFR gavs var det enda sätt att förfara som överensstämde med de gemenskapsrättsliga bestämmelserna.

141. I den fjärde grundens andra delgrund har klagandena gjort gällande att förstainstansrätten gjorde en felaktig rättstillämpning avseende begreppet statligt stöd i den mening som avses i artikel 87.1 EG. Den omständigheten att förstainstansrätten i punkt 113 i den överklagade domen fastställde att en potentiell fördel förelåg räcker för att ett statligt stöd i den mening som avses i artikel 87.1 EG ska anses ha förekommit.

59 — Se punkt 27 i det angripna beslutet.

60 — Se punkterna 113–115 i den överklagade domen.

61 — Se punkterna 115–121 i den överklagade domen

142. För det första tycks denna delgrund vara verkningslös. [62] Förstainstansrätten grundade sin slutsats att den påstått potentiella tidsmässiga fördelen inte utgjorde en selektiv fördel dels, enligt punkterna 113–122 i den överklagade domen, på bedömningen att fördelen inte hade gynnat Orange och SFR och dels, enligt punkterna 123–125 i den överklagade domen, på uppfattningen att beviljandet av en potentiell tidsmässig fördel under alla omständigheter var det enda sätt att förfara som överensstämde med de gemenskapsrättsliga bestämmelserna. Klagandena förefaller inte formellt ha ifrågasatt förstainstansrättens andrahandsargument i punkterna 123–125 i den överklagade domen. Den aktuella delgrunden förefaller således verkningslös, eftersom de fel som motiveringen i punkterna 113–122 i den överklagade domen skulle kunna vara behäftad med saknar verkan på andrahandsmotiveringen i punkterna 123–125 i den överklagade domen och således på förstainstansrättens slutledning.

143. Jag ska, vad gäller huruvida det finns fog för den aktuella delgrunden, först (under a) undersöka tillämpningen av begreppet fördel med hänsyn till artikel 87.1 EG i punkterna 113–122 i den överklagade domen. Jag kommer därefter (under b) att undersöka huruvida det överklagade domslutet kan grundas på andrahandsmotiveringen i punkterna 123–125 i den överklagade domen, vilken bygger på undantaget om de gemenskapsrättsliga bestämmelsernas art och struktur.

62 — Som ovan nämnts (se punkt 131) är en delgrund verkningslös om det överklagade domslutet kan motiveras på ett alternativt sätt och delgrunden således inte kan påverka domslutet i den överklagade domen.

a) Begreppet fördel i den mening som avses i artikel 87.1 EG

144. Förstainstansrätten angav inledningsvis i den överklagade domen att det förhållandet att Orange och SFR beviljats sina tillstånd före Bouygues Télécom, närmare bestämt ett och ett halvt år före, i princip kan ha medfört en selektiv fördel för dessa båda operatörer i förhållande till Bouygues Télécom. [63] Vidare bedömde förstainstansrätten att denna potentiella fördel inte hade gynnat Orange och SFR [64] och att kommissionen vid tidpunkten för det angripna beslutet kunde konstatera att Orange och SFR inte i praktiken hade gynnats av den tidsmässiga fördel som deras äldre tillstånd innebar och att kommissionen därför haft fog för att slå fast att Orange och SFR inte de facto haft någon konkurrensmässig fördel gentemot Bouygues Télécom. [65]

145. Klagandena har bland annat gjort gällande att det förhållandet att Orange och SFR tilldelats sina tillstånd före Bouygues Télécom i sig utgjorde en faktisk och omedelbar fördel. Förstainstansrätten har, genom att förneka att en fördel förelåg av den anledningen att Orange och SFR inte hade kunnat utnyttja denna fördel, gjort en felaktig rättstillämpning i sin dom. Det gör inte, med hänsyn till begreppet statligt stöd i den mening som avses i artikel 87.1 EG, någon skillnad huruvida mottagarens situation förbättrats med tiden.

146. Det finns enligt min mening fog för denna anmärkning.

63 — Se punkterna 113–114 i den överklagade domen.
64 — Se punkt 122 i den överklagade domen.
65 — Se punkt 122 i den överklagade domen.

147. Förekomsten av ett statligt stöd i den mening som avses i artikel 87.1 EG förutsätter att en statlig åtgärd gynnar ett företag i förhållande till ett annat. [66] Jag vill påpeka att Orange och SFR, vid den tidpunkt då de erhöll sina tillstånd, var de enda företag som hade tillgång till UMTS-marknaden. Denna exklusivitet beträffande tillgången till UMTS-marknaden utgjorde enligt min mening en fördelaktig behandling av Orange och SFR i förhållande till andra företag.

148. Förstainstansrätten uteslöt i punkterna 116–122 i den överklagade domen förekomsten av ett statligt stöd genom att konstatera att mottagarna inte hade kunnat dra någon nytta av denna fördelaktiga behandling. Detta resonemang är enligt min uppfattning felaktigt.

149. För det första anser jag att frågan om huruvida mottagarna har kunnat utnyttja en statlig stödåtgärd snarare rör effekterna på konkurrensförhållandet mellan företagen än förekomsten av en fördel.

150. En fördel som ett företag på en marknad har fått kan snedvrida konkurrensen eller hota att snedvrida den till nackdel för de övriga företagen på marknaden. Sambandet mellan fördelen och snedvridningen av konkurrensen är således ganska uppenbart. [67] En motsatt slutsats, enligt vilken avsaknaden av en snedvridning av konkurrensen visar att ingen fördel föreligger, är däremot inte förenlig med artikel 87.1 EG. Artikel 87.1 EG är tillämplig såväl på stöd som snedvrider konkurrensen som på stöd som hotar att snedvrida konkurrensen. Eftersom det inte är nödvändigt att ett stöd de facto snedvrider konkurrensen, kan inte ett konstaterande i efterhand att Orange och SFR inte har utnyttjat det förhållandet att de erhållit sina tillstånd före Bouygues Télécom leda fram till slutsatsen att ingen fördel har förekommit.

151. För det andra måste bedömningen av huruvida ett stöd förekommer göras vid den tidpunkt då den statliga åtgärden vidtogs. [68] Det synes alltså inte vara möjligt att utesluta förekomsten av en fördel för Orange och SFR på grundval av en analys i efterhand av den konkurrensfördel som Orange och SFR erhöll genom den förmånliga behandlingen. Det är under alla omständigheter felaktigt att, som förstainstansrätten gjorde i punkt 122 i den överklagade domen, beakta konkurrensfördelarna vid den tidpunkt då kommissionen fattade sitt beslut. Eftersom konkurrensfördelarna av en statlig åtgärd kan ändras med tiden, kan inte förekomsten av en fördel bero

66 — Dom av den 27 januari 1998 i mål T-67/94, Ladbroke Racing mot kommissionen (REG 1998, s. II-1), punkt 52, och av den 7 juni 2006 i mål T-613/97, Ufex m.fl. mot kommissionen (REG 2006, s. II-1531), punkt 67.

67 — Cremer, W., "Artikel 87", i Callies, Ch., och Ruffert, M., *Kommentar zu EU-Vertrag und EG-Vertrag*, Becks förlag, tredje upplagan, 2007, s. 1176, punkt 21.

68 — Se, för ett liknande resonemang, domstolens dom av den 16 maj 2002 i mål C-482/99, Frankrike mot kommissionen (ovan fotnot 44), punkt 71. Enligt domen i det målet ska bedömningen göras "mot bakgrund av förhållandena vid tidpunkten då stödåtgärderna vidtogs... All bedömning som grundar sig på senare förhållanden ska undvikas". Även om denna punkt gäller tillämpningen av kriteriet försiktig investerare i en marknadsekonomi, anser jag att denna regel, vad gäller rätt tidpunkt, kan tillämpas i förevarande mål. Se även domen i målet Adria-Wien Pipeline och Wietersdorfer & Peggauer Zementwerke (ovan fotnot 51), punkt 41, enligt vilken det saknar betydelse att situationen för den som förmodas ha åtnjutit en fördel genom åtgärden inte har förändrats med tiden. Det är således villkoren för tillämpningen vid den tidpunkt då den statliga åtgärden vidtogs som ska undersökas.

på vid vilken tidpunkt kommissionen har fattat sitt beslut. [69]

152. För det tredje kan förstainstansrättens motivering inte heller grundas på argumentet att det, vid den tidpunkt då tillstånden tilldelades Orange och SFR, var förutsägbart att Orange och SFR inte skulle dra fördel av denna förmånliga behandling. De franska myndigheterna hade tvärtom beslutat att inte ta om hela tilldelningsförfarandet från början just för att säkerställa möjligheten till ett deltagande av ett minimiantal operatörer på UMTS-marknaden från den 1 januari 2002. Det var följaktligen inte vid tidpunkten för tilldelningen av tillstånden till Orange och SFR möjligt att utesluta att denna tilldelning skulle ge dessa operatörer tillträde till UMTS-marknaden före de framtida kandidaterna.

153. Förstainstansrätten gjorde således, genom att grunda sig på en efterhandsanalys av de konkurrensfördelar som Orange och SFR kan ha haft av deras äldre tillstånd för att utesluta förekomsten av en selektiv fördel, en felaktig rättstillämpning i sin motivering i punkterna 113–122 i den överklagade domen.

154. Eftersom förstainstansrätten inte enbart har grundat sin bedömning att det inte förelåg någon selektiv fördel på grund av det förhållandet att Orange och SFR beviljats sina tillstånd före Bouygues Télécom på denna felaktiga motivering, utan också på undantaget om systemets art och struktur, ska det undersökas huruvida detta andrahandsargument kan utgöra en giltig grund för förstainstansrättens slutsats.

b) Argumentet grundat på undantaget om de gemenskapsrättsliga bestämmelsernas art och struktur

155. Förstainstansrätten fastställde att ”den potentiella fördel som Orange och SFR gavs” i vilket fall som helst var det enda sättet att undgå antagandet av en åtgärd som hade inneburit ett åsidosättande av de gemenskapsrättsliga bestämmelserna. [70] Förstainstansrätten hänvisade i detta sammanhang bland annat till den tydliga skillnaden mellan de två avgiftssystemen som de nationella myndigheterna inrättat efter varandra, den omständigheten att ingen operatör fanns på UMTS-marknaden vid tidpunkten för den omtvistade ändringen och att de tre operatörerna hade identiska tillstånd. [71]

156. Förstainstansrätten grundade sig, när den konstaterade att det förhållandet att Orange och SFR erhållit sina tillstånd före Bouygues var ofrånkomligt, återigen på undantaget om de gemenskapsrättsliga bestämmelsernas art och struktur. [72]

69 — Ett sådant resonemang skulle för övrigt inte vara förenligt med principen om förhandsbesked om statligt stöd.

70 — Se punkt 123 i den överklagade domen.

71 — Se punkt 123 i den överklagade domen.

72 — Jag hänvisar beträffande den rättsliga grunden för detta undantag till punkterna 108–117 i detta förslag till avgörande.

157. Jag vill påpeka att förstainstansrätten i punkterna 123–126 i den överklagade domen förklarade att skälet till tillämpningen av samma villkor var ofrånkomligt. Enligt min mening är inte förstainstansrättens motivering i punkterna 123–126 i domen tillräcklig.

158. Eftersom det förhållandet att Orange och SFR beviljats sina tillstånd tidigare i sig kunde påverka konkurrensförhållandet mellan Orange och SFR å ena sidan och de framtida kandidaterna å den andra, måste en bedömning att det inte förelåg någon selektiv fördel grundad på undantaget om de gemenskapsrättsliga bestämmelsernas art och struktur grunda sig på två omständigheter. För det första måste den tidigare tilldelningen av tillstånden till Orange och SFR, vilken ägde rum den 18 juli 2001, vara ofrånkomlig enligt de gemenskapsrättsliga bestämmelserna (i). För det andra måste den tillämpning av villkoren för identiska tillstånd för Orange, SFR och Bouygues Télécom som ägde rum den 3 december 2002 vara en följd av de gemenskapsrättsliga bestämmelserna trots det förhållandet att Orange och SFR hade erhållit sina tillstånd före Bouygues Télécom (ii).

i) Huruvida det var ofrånkomligt att Orange och SFR beviljades sina tillstånd före Bouygues Télécom

159. Som jag har nämnt ovan motiverade inte förstainstansrätten i punkterna 123–126 i den överklagade domen varför det var ofrånkomligt att bevilja tillstånden till Orange och SFR före Bouygues Télécom. Förstainstansrätten förklarade emellertid detta i den delen av domen som rörde iakttagandet av icke-diskrimineringsprincipen. [73]

160. Förstainstansrätten fastställde att medlemsstaterna enligt beslut nr 128/1999 var skyldiga att vidta alla nödvändiga åtgärder för att möjliggöra ett samordnat och gradvist införande av UMTS-tjänsterna på sina områden senast den 1 januari 2002. [74] Denna frist var en av de tvingande delarna i de gemenskapsrättsliga bestämmelserna.

161. Enligt förstainstansrättens bedömning var det inte möjligt att ta om hela förfarandet från början före utgången av denna frist. [75] Klagandena har bestridit denna omständighet. De har gjort gällande att det var möjligt att ta om hela förfarandet från början. Det ska i detta sammanhang erinras om att förstainstansrättens bedömning av de faktiska omständigheterna inte kan ifrågasättas inom ramen för ett överklagande till domstolen eftersom ett sådant ska begränsas till att gälla rättsfrågor. [76] Eftersom klagandena har begränsat sig till att ifrågasätta förstainstansrättens bedömning i sak och inte har

73 — Se punkterna 127–154 i den överklagade domen. Jag anser i detta sammanhang att förstainstansrättens sätt att förfara – att genom separata undersökningar i punkterna 95–126 i den överklagade domen av om det förelåg en selektiv fördel och, i punkterna 127–154 i den överklagade domen, om icke-diskrimineringsprincipen iakttagits – är felaktigt. Fastställandet av om ett stöd förekommer eller inte är avhängigt frågan om huruvida de franska myndigheternas åtgärder var en följd av de gemenskapsrättsliga bestämmelserna. Eftersom icke-diskrimineringsprincipen utgör en del av dessa gemenskapsrättsliga bestämmelser, borde förstainstansrätten ha undersökt icke-diskrimineringsprincipen som en del av de gemenskapsrättsliga bestämmelserna.

74 — Punkterna 141 och 142 i den överklagade domen.

75 — Punkt 141 i den överklagade domen.

76 — Domen i målet kommissionen mot Brazzelli Lualdi m.fl. (ovan fotnot 22), Lenaerts, K., Arts, D., Maselis, I., op. cit. (ovan fotnot 22), s. 453, punkt 16-003.

gjort gällande någon felaktig rättstillämpning beträffande bedömningen av de faktiska omständigheterna, kan detta bestridande inte tas upp till sakprövning.

162. För övrigt skulle myndigheterna, för det fall hela förfarandet togs om från början, riskera att ifrågasätta Oranges och SFR:s ansökningar och således dessa båda kandidaters närvaro på UMTS-marknaden från den 1 januari 2002. [77]

163. Eftersom de gemenskapsrättsliga bestämmelserna innebar en skyldighet för de franska myndigheterna att möjliggöra ett tillträde till UMTS-marknaden för ett tillräckligt antal operatörer och, i avsaknad härav, ett lägsta antal operatörer från den 1 januari 2002, anser jag att förstainstansrätten gjorde en riktig bedömning när den angav att en omtagning av förfarandet från början inte skulle ha varit ett alternativ som överensstämde med de gemenskapsrättsliga bestämmelserna. De gemenskapsrättsliga bestämmelserna innebar tvärtom en skyldighet för de franska myndigheterna att – liksom de gjort – först tilldela tillstånd till Orange och SFR för att säkerställa möjligheten till ett lägsta antal operatörer på UMTS-marknaden från den 1 januari 2002.

164. Jag konstaterar följaktligen för det första att den tidigare tilldelningen av tillstånd till Orange och SFR den 18 juli 2001 var en ofrånkomlig följd av de gemenskapsrättsliga bestämmelserna.

ii) Huruvida det var ofrånkomligt att tillämpa identiska villkor för Orange, SFR och Bouygues Télécom den 3 december 2002

165. Som jag har nämnt ovan [78] måste det förhållandet att Orange och SFR beviljats sina tillstånd före Bouygues Télécom ha varit en ofrånkomlig följd av de gemenskapsrättsliga bestämmelsernas art och struktur, men också de franska myndigheternas beslut av den 3 december 2002 att tillämpa samma villkor för Oranges, SFR:s och Bouygues Télécoms tillstånd.

166. Klagandena har gjort gällande att de franska myndigheterna borde ha tillämpat olika villkor för Orange och SFR å ena sidan och Bouygues Télécom å den andra. Det ska följaktligen undersökas huruvida tillämpningen av samma villkor var en ofrånkomlig följd av de gemenskapsrättsliga bestämmelserna, eller om en åtskild behandling krävdes. Denna undersökning måste göras vid den tidpunkt då åtgärden vidtogs, det vill säga den 3 december 2002.

77 — Se punkt 146 i den överklagade domen.

78 — Se punkt 158 i detta förslag till avgörande.

167. De franska myndigheterna var, såsom förstainstansrätten konstaterade, skyldiga att iaktta icke-diskrimineringsprincipen. [79] Förstainstansrätten fastställde även att de avgifter som ålades de olika operatörerna skulle vara lika stora i ekonomiskt hänseende. [80]

168. Det ska erinras om att de franska myndigheterna var skyldiga att garantera rättvisa villkor mellan operatörerna på UMTS-marknaden. [81] Enligt min uppfattning är ett grundläggande villkor för utvecklingen av en effektiv konkurrens på en marknad att rättvisa konkurrensvillkor mellan olika operatörer säkerställs. Utgångspunkten för att säkerställa rättvisa konkurrensvillkor mellan operatörerna på en framväxande marknad är först och främst att säkerställa lika villkor för samtliga operatörer. Samtliga operatörer på marknaden ska således behandlas på samma sätt, under förutsättning att det inte föreligger några omständigheter som berättigar en skillnad i behandling.

169. Den omständigheten att Orange och SFR hade erhållit sina tillstånd före Bouygues Télécom kunde ha påverkat konkurrensförhållandet mellan operatörerna. Effekten av denna omständighet på konkurrensförhållandet mellan Orange, SFR och Bouygues Télécom borde således ha beaktats.

170. Följaktligen ska för det första effekterna av denna omständighet och beaktandet av denna genom den avgiftsmodell som de franska myndigheterna tillämpade undersökas.

171. Jag vill i detta sammanhang först påpeka att den andra beståndsdelen i denna avgiftsmodell grundar sig på den omsättning som är förenad med tillståndet. Ett tidigare tillträde för Orange och SFR till UMTS-marknaden hade således en inverkan på beloppen för deras avgifter. I den modell för beräkning av avgifterna som de franska myndigheterna tillämpade på samtliga operatörer beaktades således möjligheten för Orange och SFR att få tillträde till marknaden före de framtida kandidaterna.

172. Visserligen fanns den 3 december 2001, det vill säga vid den tidpunkt då de franska myndigheterna beslutade att tillämpa den nya modellen för beräkning av avgifterna på samtliga operatörer, ingen av operatörerna på marknaden. Tillämpningen av den nya modellen för beräkning av avgifterna ledde dock inte nödvändigtvis till en identisk och odifferentierad behandling mellan operatörerna, eftersom utvecklingen efter den 3 december 2001 kunde beaktas i behandlingen. Om de äldre tillstånden hade haft en inverkan på tidpunkten för tillträdet till marknaden skulle denna effekt ha beaktats i den nya modellen för beräkning av avgifterna.

173. Förstainstansrätten fastställde vidare, beträffande möjligheten för Orange och SFR att tillträda marknaden före den 3 decem-

79 — Se punkt 123 i den överklagade domen.

80 — Punkt 109 i den överklagade domen med hänvisning till domstolens dom av den 22 maj 2003 i mål C-462/99, Connect Austria (REG 2003, s. I-5197), punkt 90.

81 — Se artikel 10.3 och artikel 11.2 i direktiv 97/13/EG.

ber 2002, att de haft svårigheter avseende UMTS-tekniken och en föga förmånlig ekonomisk situation för att utveckla denna teknik. [82] Den omständigheten att Orange och SFR inte kunde utnyttja sina tillstånd berodde således inte på bristande initiativ eller förtjänster hos dessa operatörer.

174. För det andra angav förstainstansrätten, beträffande de övriga av klagandena påstådda fördelarna, att de inte förekom eller att de under alla omständigheter inte påverkade konkurrensförhållandet mellan operatörerna på UMTS-marknaden. [83]

175. Klagandena har gjort gällande att förstainstansrätten har tillämpat en omvänd bevisbörda genom att först fastställa att en potentiell tidsmässig fördel förekom och sedan begära att klagandena ska förebringa bevisning avseende de faktiska konsekvenserna av denna fördel.

176. Denna kritik saknar enligt min uppfattning grund. För det första har det, i samband med andrahandsmotiveringen i punkterna 123–126 i den överklagade domen, vilken grundar sig på undantaget om systemets art och struktur, inte fastställts att det förekommit någon fördel i den mening som avses i artikel 87.1 EG. [84] Vidare föreligger det visserligen ett samband mellan det förhållandet att Orange och SFR beviljats sina tillstånd före Bouygues Télécom och det förhållandet att de haft ett potentiellt tidigare tillträde till marknaden, men det är däremot inte uppenbart att ett sådant samband föreligger mellan det äldre beviljandet av tillstånden och de fördelar som klagandena gjorde gällande i första instans, såsom de beskrevs i punkterna 117–121 i den överklagade domen. Enligt min mening borde klagandena således ha angett skälen till varför det äldre beviljandet av tillstånden hade medfört de påstådda fördelarna och vilken inverkan de påstådda fördelarna hade haft på konkurrensförhållandet mellan Orange och SFR å ena sidan och Bouygues Télécom å den andra. Slutligen ankommer det på klagandena i egenskap av dem som väckt talan mot ett beslut av kommissionen att visa att kommissionens bedömning inte var giltig. [85]

177. Sammanfattningsvis anser jag att den potentiella effekt som det äldre beviljandet av tillstånd kunde ha på tidpunkten för operatörernas tillträde till marknaden beaktades i den nya modellen för beräkning av avgifterna och att inga andra effekter på konkurrensförhållandet mellan operatörerna hade fastställts. Förstainstansrätten gjorde följaktligen, enligt min uppfattning, en riktig bedömning när den fastställde att den nya metoden för beräkning av avgifterna inte var diskriminerande. [86]

82 — Se punkt 116 i den överklagade domen.

83 — Se punkterna 117–126 i den överklagade domen.

84 — Klagandenas argument riktar sig mot förstainstansrättens felaktiga resonemang i punkterna 113–122 i den överklagade domen.

85 — Dom av den 10 maj 1990 i mål T-117/89, Sens mot kommissionen (REG 1990, s. II-185), punkt 20.

86 — Se punkt 109 i den överklagade domen med hänvisning till domstolens dom av den 22 maj 2003 i mål C-462/99, Connect Austria (ovan fotnot 79), punkt 90.

c) Slutsats

178. Det förhållandet att Orange och SFR beviljats sina tillstånd före Bouygues Télécom och tillämpningen av den nya modellen för beräkning av avgifterna var följaktligen ofrånkomligt. Som förstainstansrätten fastställde [87] var de franska myndigheternas sätt att förfara det enda sättet för dem att uppfylla sina skyldigheter enligt de gemenskapsrättsliga bestämmelserna. Jag anser följaktligen att förstainstansrättens bedömning att det inte förekom någon selektiv fördel till följd av det förhållandet att Orange och SFR beviljats sina tillstånd innan Bouygues Télécom är korrekt.

179. Jag föreslår således att talan inte ska bifallas på den fjärde grundens andra delgrund och att förstainstansrättens motivering delvis ska ersättas. [88]

5. Icke-diskrimineringsprincipen (den fjärde grundens tredje delgrund)

180. Klagandena har i den fjärde grundens tredje delgrund gjort gällande att förstainstansrätten tillämpade artikel 87.1 EG felaktigt vid genomförandet av icke-diskrimineringsprincipen.

181. Enligt Orange kan denna grund inte tas upp till sakprövning eftersom klagandena endast har upprepat samma argument som i första instans.

182. Det är riktigt att en delgrund i vilken en part endast upprepar argument som har framförts i första instans inte kan tas upp till sakprövning. [89] Detta är emellertid endast fallet om delgrunden inte gäller en kontroll av förstainstansrättens dom, utan en förnyad bedömning av målet. [90] I sådana fall riktar sig delgrunden i själva verket mot den rättsakt som överklagats i första instans och inte mot förstainstansrättens dom. Om sökanden däremot, som i förevarande mål, gör gällande att förstainstansrätten har gjort en felaktig rättstillämpning, genom att bekräfta kommissionens motivering som är behäftad med samma fel, riktar sig denna delgrund mot förstainstansrättens dom och kan således tas upp till sakprövning. [91]

183. Klagandena har till stöd för sin delgrund bland annat gjort gällande principen om icke-diskriminering, principen om att villkoren i det första ansökningsförfarandet inte kan ändras och artikel 87.2 EG.

87 — Punkt 148 i den överklagade domen.

88 — Ett ersättande av förstainstansrättens motivering skulle också avhjälpa den felaktiga bedömning som förstainstansrätten gjorde när den prövade frågan om huruvida en selektiv fördel förekommit i punkterna 95–126 i den överklagade domen separat från frågan om iakttagandet av icke-diskrimineringsprincipen i punkterna 127–154 i den överklagade domen. Se fotnot 71 i detta förslag.

89 — Lenaerts, K., Arts, D., Maselis, I., *Procedural Law of the European Union*, op. cit. (ovan fotnot 22), s. 463, punkt 16-017.

90 — Domstolens beslut av den 23 maj 2007 i mål C-99/07 P, Smanor m.fl. mot kommissionen (REG 2007, s. I-70), punkterna 34–36.

91 — Beslut av den 11 november 2003 i mål C-488/01, Martinez mot Europaparlamentet (REG 2003, s. I-13355), punkterna 39–41.

184. Det ska, vad gäller frågan om huruvida argumentet grundat på icke-diskrimineringsprincipen är välgrundat, erinras om att en diskriminering föreligger när skilda regler tillämpas på lika situationer eller när samma regel tillämpas på olika situationer. [92]

185. Klagandena har gjort gällande att den metod som de franska myndigheterna tillämpade var diskriminerande. De har hävdat att Orange och SFR i egenskap av kandidater i det första ansökningsförfarandet respektive Bouygues Télécom i egenskap av kandidat i det andra ansökningsförfarandet inte befann sig i samma situation.

186. Det ska följaktligen undersökas huruvida Orange och SFR å ena sidan och Bouygues Télécom å den andra befann sig i samma faktiska och rättsliga situation. Som jag har nämnt ovan [93] är det för att visa att en diskriminering föreligger inte tillräckligt att hänvisa till skillnader mellan två grupper. Eftersom rättskällan för den ifrågavarande icke-diskrimineringsprincipen är artikel 11.2 i direktiv 97/13/EG är den relevanta frågan huruvida de omständigheter som klagandena har gjort gällande var relevanta enligt ändamålen med detta direktiv och med de gemenskapsrättsliga bestämmelserna. [94]

187. Jag vill erinra om att den franska statens partiella avstående från fordringarna på Orange och SFR var en följd av de gemenskapsrättsliga bestämmelserna. [95] Inom ramen för den aktuella delgrunden ska således endast undersökas huruvida de franska myndigheternas sätt att förfara genom att inte ta om hela förfarandet från början var diskriminerande. [96]

188. Klagandena har hävdat att ett sådant sätt att förfara stred mot principen om att ändring inte får ske och att denna princip skulle ha tvingat de franska myndigheterna att tillämpa olika system för kandidaterna i det första respektive det andra ansökningsförfarandet. Principen om att ändring av villkoren i det första ansökningsförfarandet inte får ske medförde att Orange och SFR placerades i en annan rättslig situation än Bouygues Télécom.

189. Jag vill i detta sammanhang inledningsvis, i likhet med vad förstainstansrätten fastställde i den överklagade domen, påpeka att varken direktiv 97/13 eller beslut nr 128/1999 omfattar principen om att ändring inte får ske. [97] De gemenskapsrättsliga bestämmelserna omfattar tvärtom enligt min uppfattning faktorer som motsäger principen om att ändring inte får ske.

92 — Se den rättspraxis som angavs i punkt 129 i den överklagade domen, domstolens dom av den 14 februari 1995 i mål C-279/93, Schumacker (REG 1995, s. I-225), punkt 30, och av den 13 februari 1996 i mål C-342/93, Gillespie m.fl. (REG 1996, s. I-475), punkt 16.

93 — Se punkt 123 i detta förslag till avgörande.

94 — Se punkt 123 i detta förslag till avgörande.

95 — Punkterna 104–128 i detta förslag till avgörande.

96 — Som jag har nämnt ovan (ovan fotnot 73) borde förstainstansrätten ha undersökt huruvida icke-diskrimineringsprincipen hade iakttagits inom ramen för prövningen av huruvida en selektiv fördel förelåg. Klagandena har emellertid inte överklagat den delen av domen.

97 — Se punkt 135 i den överklagade domen.

190. Förstainstansrätten har i den överklagade domen grundat sin motivering på argumentet att artikel 8.4 i direktiv 97/13 innebar en möjlighet att ändra villkoren. Som anges i artikel 8.1 i direktiv 97/13 är de villkor som avses i denna artikel de villkor som räknas upp i punkterna 2 och 4 i bilagan till direktiv 97/13. Även om avgiftsbeloppen inte uttryckligen nämns i dessa punkter, ska det påpekas att det i punkt 4.9 i bilagan preciseras att förteckningen över villkor inte ska påverka andra rättsliga regler som inte är specifika för telesektorn. I artikel 8.1 i direktiv 97/13 anges däremot att sådana villkor endast ska avse tillfällen då beviljandet av ett sådant tillstånd är berättigat enligt artikel 7 i direktiv 97/13. Det ska påpekas att det inte i de villkor som räknas upp i denna artikel uttryckligen hänvisas till avgiftsbeloppet. Mot bakgrund av dessa bestämmelser anser jag att det kan betvivlas huruvida förstainstansrättens argument grundat på artikel 8.4 i direktiv 97/13 är välgrundat.

191. Detta påverkar emellertid inte förstainstansrättens slutsats beträffande principen om att ändring inte får ske. Det förefaller enligt min mening, även för det fall artikel 8.4 i direktiv 97/13/EG inte syftar på avgiftsbeloppet, möjligt att av bestämmelserna i direktiv 97/13/EG utläsa att en senare ändring av avgiftsbeloppen måste vara möjlig.

192. Som jag har nämnt ovan, [98] är medlemsstaterna skyldiga att tilldela så många tillstånd som möjligt och utfärda en anbudsinfordran för beviljande av ytterligare tillstånd, om de finner att antalet individuella tillstånd kan ökas. [99] I artikel 11.2 i direktiv 97/13/EG föreskrivs beträffande avgifterna att de ska bestämmas med hänsyn till behovet av att främja utvecklingen av innovativa tjänster och konkurrens. Jag drar därav slutsatsen att en medlemsstat kan vara skyldig, såsom i förevarande fall, att sänka avgiftsbeloppet, om detta är nödvändigt för att uppmuntra fler kandidater. Medlemsstaten måste i sådant fall undersöka huruvida icke-diskrimineringsprincipen [100] och skyldigheten att säkerställa rättvisa konkurrensvillkor [101] innebär en ändring av avgiftsbeloppen för de existerande tillstånden. Ingen bestämmelse i direktiv 97/13 medför att tilldelningen av alla tillstånden måste tas om från början för det fall ett ytterligare tillstånd beviljas. Strukturen i systemet i direktiv 97/13 medför således, åtminstone indirekt, en ändring av avgiftsbeloppet för de redan befintliga tillstånden.

193. Klagandens argument grundat på principen om att villkoren för beviljandet inte kan ändras ska således avfärdas. Eftersom de gemenskapsrättsliga bestämmelserna inte omfattar någon regel om att villkoren inte kan ändras, anser jag att den omständigheten att Orange och SFR å ena sidan och Bouygues Télécom å den andra var kandidater i två på varandra följande ansökningsförfaranden inte

98 — Se punkt 121 i detta förslag till avgörande.

99 — Se artikel 10.4 i direktiv 97/13.
100 — Se artikel 10.3 i direktiv 97/13.
101 — Se artikel 10.3 EG.

försatte dem i olika rättsliga situationer i icke-diskrimineringsprincipens mening enligt artikel 11.2 i direktiv 97/13.

194. Tillämpningen av principen om att villkoren inte får ändras förutsätter, under alla omständigheter, enligt min uppfattning att villkoren för tillstånden har en tillräckligt oföränderlig karaktär. I förevarande fall hade de franska myndigheterna emellertid garanterat en ändring av villkoren för de tillstånd som beviljats Orange och SFR redan innan dessa tillstånd beviljades och till och med före utgången av fristen för Oranges och SFR:s rätt att återkalla sina ansökningar. [102] Även för det fall ”principen om att villkoren inte kunde ändras” ska tillämpas anser jag inte att villkoren för de tillstånd som beviljats Orange och SFR, vilka omfattade en ändringsreserv [103] är tillräckligt oföränderliga.

195. Sammanfattningsvis anser jag att Orange och SFR å ena sidan och Bouygues Télécom å den andra, mot bakgrund av ändamålen med de gemenskapsrättsliga bestämmelserna, inte befann sig i skilda rättsliga situationer. Den metod som de franska myndigheterna tillämpade stred således inte mot icke-diskrimineringsprincipen enligt artikel 11.2 i direktiv 97/13.

102 — Se punkterna 132–137 i detta förslag till avgörande.
103 — Se punkt 137 i detta förslag till avgörande.

196. Slutligen måste klagandenas argument, enligt vilket beaktandet av ändamålen med de gemenskapsrättsliga bestämmelserna för tilldelningen av UMTS-tillstånd inte åsyftas i artikel 87.2 EG avfärdas. Det rör sig här om en undersökning av frågan om huruvida det föreligger en selektiv fördel med hänsyn till artikel 87.1 EG och inte av frågan om huruvida ett stöd är förenligt med den gemensamma marknaden enligt artikel 87.2 EG.

197. Jag föreslår följaktligen att överklagandet inte ska bifallas på den fjärde grundens tredje delgrund.

6. Enhetligheten i förfarandet (den tredje grundens första delgrund)

198. I den tredje grundens första delgrund har klagandena gjort gällande en felaktighet i den rättsliga kvalifikationen av de faktiska omständigheterna beträffande enhetligheten i förfarandet.

199. Kommissionen och Orange anser att denna delgrund inte kan tas upp till sakprövning. Frågan om huruvida de två ansökningsförfarandena ska bedömas som ett enda förfarande eller som två skilda förfaranden kan vid första anblicken framstå som en beskrivning av de faktiska omständigheterna. Jag anser emellertid att denna faktiska

omständighet döljer en rättsfråga. Som jag har nämnt ovan innebär en felaktig rättslig kvalificering av de faktiska omständigheterna en felaktig tillämpning av en bestämmelse på de faktiska omständigheterna. [104] Ett rättsligt åsidosättande kan inte enbart förekomma vid en felaktig tolkning av en rättsregel, utan också när en specifik faktisk situation ges en felaktig rättslig kvalificering.

200. Eftersom den regel som är i fråga är den icke-diskrimineringsprincip som åsyftas i artikel 11.3 i direktiv 97/13, enligt vilken tillämpning av olika regler på jämförbara situationer eller samma regel på skilda situationer är förbjuden, anser jag att frågan om huruvida det rör sig om ett unikt förfarande eller två skilda förfaranden, ska tolkas som en fråga om huruvida Orange och SFR i egenskap av kandidater i det första ansökningsförfarandet, och Bouygues Télécom i egenskap av kandidat i det andra ansökningsförfarandet, kunde anses befinna sig i samma situation i icke-diskrimineringsprincipens mening enligt artikel 11.3 i direktiv 97/13. Denna fråga är en rättsfråga och kan därmed tas upp till sakprövning.

201. Vad gäller huruvida denna fråga är välgrundad, ska det erinras om att det, för att visa att en diskriminering föreligger, inte är tillräckligt att hänvisa till skillnader mellan två grupper. Dessa omständigheter måste vara relevanta med hänsyn till ändamålen med de gemenskapsrättsliga bestämmelserna. [105] Med hänsyn till de argument som nämnts inom ramen för undersökningen av den fjärde grundens tredje delgrund, till vilken jag hänvisat, [106] försattes de inte på grund av den omständigheten att Orange och SFR var kandidater i det första ansökningsförfarandet i en annan situation i den mening som avses i artikel 11.3 i direktiv 97/13.

202. Jag föreslår således att talan inte ska bifallas på den tredje grundens första delgrund.

7. Slutsats

203. Sammanfattningsvis föreslår jag att de tredje och fjärde grunderna ska underkännas i sin helhet och att förstainstansrättens motivering delvis ska ersättas.

B — *Den andra grunden*

204. Klagandena gjorde i förfarandet i förstainstansrätten gällande att deras klagomål som de ingett till kommissionen föranledde allvarliga bedömningssvårigheter och att kommissionen därför borde ha inlett den formella

104 — Se punkt 97 i detta förslag.

105 — Se punkterna 123 och 185 i detta förslag till avgörande.

106 — Se punkterna 180–197 i detta förslag till avgörande.

delen av granskningen enligt artikel 88.3 EG [107].

205. Förstainstansrätten behandlade i punkterna 86–93 i den överklagade domen denna anmärkning. Förstainstansrätten fastställde att den formella delen av undersökningsförfarandet som föreskrivs i artikel 88.3 EG är nödvändig så snart kommissionen stöter på allvarliga svårigheter vid uppskattningen av om ett statligt stöd föreligger [108]. Därefter undersökte förstainstansrätten huruvida de argument som klaganden framfört mot det angripna beslutet innebar att det hade förelegat allvarliga bedömningssvårigheter [109]. Inom ramen för denna prövning, undersökte förstainstansrätten först klagandenas påstående om att det inte förelegat någon selektiv fördel och konstaterade därefter att kommissionens bedömning av denna fråga inte gett upphov till några allvarliga svårigheter [110]. Förstainstansrätten undersökte därefter huruvida de franska myndigheterna hade iakttagit icke-diskrimineringsprincipen. Förstainstansrätten fastställde att denna bedömning inte var förenad med någon betydande svårighet [111].

206. Klagandena har gjort gällande att kommissionen, genom att förfara på detta sätt, förväxlade bedömningen av huruvida en allvarlig svårighet förelåg med huruvida beslutet var välgrundat.

207. Det ska inledningsvis erinras om att kommissionen, enligt rättspraxis, kan begränsa sig till den inledande delen av granskningen för att godkänna stödåtgärden, om den efter en första bedömning är övertygad om att åtgärden inte utgör stöd i den mening som avses i artikel 87.1 EG eller att åtgärden, om den utgör stöd, är förenlig med den gemensamma marknaden [112]. Om däremot denna första granskning inte gör det möjligt för kommissionen att övervinna alla svårigheter som är förenade med bedömningen av åtgärden i fråga, är kommissionen skyldig att inleda det formella granskningsförfarandet [113].

208. Begreppet betydande svårigheter är objektivt. Förekomsten av sådana svårigheter ska sökas med utgångspunkt i såväl omständigheterna som låg till grund för antagandet av den omtvistade rättsakten som i dess innehåll. [114] Det åligger följaktligen kommissionen att på grundval av de faktiska och rättsliga omständigheterna i ärendet avgöra om de svårigheter som har förekommit under granskningen av stödåtgärden kräver att ett formellt undersökningsförfarande inleds. [115] Även om kommissionens befogenhet är begränsad när det gäller beslutet att inleda detta förfarande, åtnjuter den likafullt ett visst

107 — Se punkt 87 i den överklagade domen.
108 — Se punkterna 89–91 i den överklagade domen.
109 — Se punkt 93 i den överklagade domen.
110 — Se punkt 126 i den överklagade domen.
111 — Se punkt 155 i den överklagade domen.

112 — Dom av den 2 april 1998 i mål C-367/95 P, kommissionen mot Sytraval och Brink's France (REG 1998, s. I-1719), punkterna 38 och 39, förstainstansrättens dom av den 12 februari 2008, T-289/03, BUPA m.fl. mot kommissionen (REG 2008, s. II-81), punkt 329, av den 1 december 2004, T-27/02, Kronofrance mot kommissionen (REG 2004, s. II-4177), punkt 52, av den 8 november 1990 i mål T-73/89, Barbi mot kommissionen (REG 1990, s. II-619), punkt 42. För en fördjupad analys av förhållandet mellan den inledande delen av granskningen och det formella granskningsförfarandet, se punkterna 17–19 i generaladvokaten Tesauros förslag till avgörande föredraget den 31 mars 1993 i mål C-198/91, Cook mot kommissionen (REG 1993, s. I-2487), och punkterna 37 och 38 i generaladvokaten Van Gervens förslag till avgörande föredraget den 15 juni 1993 i mål C-225/91, Matra mot kommissionen (REG 1993, s. I-3203).
113 — Förstainstansrättens dom av den 15 september 1998 i mål T-11/95, BP Chemicals mot kommissionen (REG 1998, s. II-3235), punkt 166, av den 18 september 1995 i mål T-49/93, SIDE mot kommissionen (REG 1995, s. II-2501), punkt 58, och av den 15 mars 2001, T-73/98, Prayon-Rupel mot kommissionen (REG 2001, s. II-867), punkt 42.
114 — Domen i målet Prayon-Rupel mot kommissionen (ovan fotnot 113), punkt 47.
115 — Domen i målet Prayon-Rupel mot kommissionen (ovan fotnot 113), punkt 43.

utrymme för att företa en skönsmässig bedömning när den sammanställer och granskar omständigheterna i det enskilda fallet för att avgöra om dessa ger upphov till allvarliga svårigheter. [116]

209. Även om domstolen inte har definierat exakt vilka omständigheter som kan innebära att en betydande svårighet föreligger, [117] vill jag påpeka att tre typer av indicier har fastställts i rättspraxis.

210. En första typ av indicium kan följa av samtal mellan kommissionen och medlemsstaten under den inledande fasen av granskningen. [118]

211. Jag vill i detta sammanhang påpeka att förstainstansrätten hänvisade till skriftväxling i ärendet, i vilken kommissionen uppgett att ärendet var synnerligen komplicerat. [119] Förstainstansrätten angav emellertid att detta uttalande inte avsåg den omtvistade åtgärden, utan andra åtgärder som gett upphov till att det formella granskningsförfarandet inletts. Denna omständighet visade således inte att allvarliga bedömningssvårigheter förelegat. Jag vill påpeka att klagandena inte har ifrågasatt förstainstansrättens bedömning i detta hänseende. [120]

212. En andra typ av indicium är den period som förflutit under den preliminära granskningsfasen i förevarande fall.

213. Om denna avsevärt har överstigit den period som normalt krävs för en första granskning, kan detta vara ett indicium på att en allvarlig svårighet föreligger. [121] Förstainstansrätten angav i punkterna 158–160 i den överklagade domen att kommissionen, med hänsyn till sin arbetsbörda bland annat till följd av de övriga delarna av klagandenas klagomål, inte hade tagit för lång tid på sig. Förstainstansrätten fastställde således, åtminstone indirekt, att den period som förflutit inte visade att en allvarlig svårighet förelegat. Förstainstansrättens bedömning har inte heller i detta hänseende ifrågasatts av klagandena.

214. En tredje typ av indicium, som kan visa att allvarliga svårigheter förelegat, är de bedömningar som kommissionen grundat sig på för att anta ett beslut vid utgången av

116 — Domen i målet Prayon-Rupel mot kommissionen (ovan fotnot 113), punkt 43.

117 — Se generaladvokaten Albers förslag till avgörande, föredraget den 18 maj 2000 i mål C-204/97, Portugal mot kommissionen (REG 2001, s. I-3175), punkt 43.

118 — Se generaladvokaten Van Gervens förslag till avgörande, föredraget den 28 april 1993, i mål C-225/91, Matra mot kommissionen (REG 1993, s. I-3203; svensk specialutgåva, volym 14, s. I-213) (ovan fotnot 111), punkt 45, och förstainstansrättens beslut av den 10 maj 2000 i mål T-46/97, SIC mot kommissionen (REG 2000, s. II-2125), punkt 89.

119 — Punkt 157 i den överklagade domen.

120 — Klagandena har i sitt överklagande endast hänvisat till punkterna 93, 94, 126 och 155 i den överklagade domen.

121 — Domstolens dom av den 20 mars 1984 i mål 84/82, Tyskland mot kommissionen (REG 1984, s. 1451), punkterna 15–17, i målet SIC mot kommissionen (ovan fotnot 118), punkterna 102–107, i målet Prayon-Rupel mot kommissionen (ovan fotnot 113), punkterna 53–85, och i generaladvokaten Albers förslag till avgörande i mål C-204/97, Portugal mot kommissionen (ovan fotnot 117), punkt 43.

den inledande fasen av granskningen. Dessa bedömningar kan ha varit förenade med svårigheter av sådant slag att de berättigade att ett sådant förfarande inleddes. [122]

215. Kontrollen av detta indicium förutsätter således enligt min uppfattning att det först kontrolleras vilka materiella bedömningar kommissionen har grundat sig på, varpå det kontrolleras huruvida kommissionen förfogade över nödvändiga bakgrundsfakta för de bedömningar på vilka den grundat sig. [123]

216. Mot bakgrund av vad som ovan anförts, anser jag inte att förstainstansrätten har gjort någon felaktig rättstillämpning genom att ha förfarit som den gjort i förevarande fall. Jag anser att den metod som förstainstansrätten tillämpade snarare var nödvändig. Eftersom det ankommer på kommissionen att välja på vilka skäl den grundar ett beslut, bör det först fastställas på vilka bedömningar kommissionen har grundat sitt beslut, innan det bedöms huruvida kommissionen förfogade över tillräckliga bakgrundsfakta för att göra de relevanta bedömningarna.

217. Vad gäller kritiken att detta konstaterande endast var formellt, anser jag inte att en utförlig motivering är nödvändig om den materiella analysen av kommissionens bedömning visar att den förfogade över alla nödvändiga bakgrundsfakta.

218. Sammanfattningsvis anser jag att förstainstansrätten beaktade de tre typiska indicier som kan visa en betydande svårighet och att ingen av dessa indicier visade att någon betydande svårighet förelåg. Vad gäller det tredje indiciet som klagandena har gjort gällande, anser jag inte att den metod som förstainstansrätten tillämpade medförde att domen behäftades med en felaktig rättstillämpning.

219. Dessutom har klagandena hävdat att förstainstansrätten delvis har underkänt det angripna beslutet av kommissionen genom att själv sträva efter komplexa ersättningsbedömningar. Detta visar att ett formellt granskningsförfarande var nödvändigt.

220. Det ska i detta sammanhang för det första påpekas att den omständigheten att de nödvändiga bedömningarna är utförligt utvecklade inte medför att ett formellt granskningsförfarande ska inledas. [124] Inledandet av ett formellt granskningsförfarande är endast nödvändigt för det fall kommissionen möter allvarliga svårigheter med hänsyn till de bedömningar på vilka den grundar sitt

122 — Domstolens dom av den 19 maj 1993 i mål C-198/91, Cook mot kommissionen (REG 1993, s. I-2487), punkt 31, förstainstansrättens dom av den 10 maj 2000 i mål T-46/97, SIC mot kommissionen (REG 2000, s. II-2125), punkterna 74–85, av den 15 mars 2001 i målet Prayon-Rupel mot kommissionen (ovan fotnot 113), punkterna 86–107, generaladvokaten Albers förslag till avgörande i målet Portugal mot kommissionen (ovan fotnot 117), punkterna 45–51.

123 — Se förstainstansrättens sätt att förfara i sitt beslut av den 13 januari 2004 i mål T-158/99, Thermenhotel Stoiser Franz m.fl. mot kommissionen (REG 2004, s. II-1).

124 — Se förstainstansrättens dom i målet BUPA (ovan fotnot 112), punkt 333.

beslut. Det är följaktligen endast i de fall där kommissionen har varit oförmögen att övervinna dessa svårigheter under den inledande fasen av granskningen som ett formellt granskningsförfarande är nödvändigt.

221. Vidare har klagandena gjort gällande att förstainstansrätten underkände kommissionens motivering och ersatte den med sin egen motivering. Om det fanns fog för detta påstående skulle detta i sig utgöra en felaktig rättstillämpning som skulle kunna leda till upphävandet av förstainstansrättens dom. Förstainstansrätten har inte behörighet att ersätta kommissionens motivering med sin egen motivering. [125] Således ska det undersökas huruvida detta påstående är välgrundat.

222. Det ska först, beträffande klagandenas påstående att förstainstansrätten har ifrågasatt kommissionens resonemang angående tillståndens ekonomiska värde, påpekas att denna kritik gäller argument som kommissionen framförde vid förhandlingen. [126] Kommissionens beslut grundade sig emellertid på att tillstånden var osäkra, [127] på att de franska myndigheternas åtgärder var ofrånkomliga på grund av de gemenskapsrättsliga bestämmelsernas struktur [128] och på argumentet att tillstånden inte skulle överlåtas till marknadspris. [129] Ifrågasättandet av argumenten angående tillståndens ekonomiska värde påverkar således inte motiveringen i det angripna beslutet.

223. Klagandena har vidare gjort gällande att förstainstansrätten i punkterna 113–121 i den överklagade domen ersatte kommissionens bedömning att det inte förelåg någon selektiv fördel till följd av de äldre fordringarna med sin egen bedömning. Jag anser i detta hänseende att förstainstansrättens motivering i punkterna 113–121 är felaktig. Bedömningen att det inte förelegat någon selektiv fördel grundar sig såväl enligt förstainstansrättens andrahandsmotivering i punkterna 123–125 i den överklagade domen som i kommissionens motivering i det angripna beslutet [130] på argumentet att tillämpningen av samma villkor för samtliga operatörer var ofrånkomlig med hänsyn till de gemenskapsrättsliga bestämmelserna.

224. Vidare, vad gäller den i punkterna 131–132 beskrivna skillnaden mellan de risker som Orange och SFR tog i egenskap av kandidater i det första ansökningsförfarandet jämfört med Bouygues Télécom, rör det sig om ett andrahandsargument från förstainstansrättens sida, medan det avgörande argumentet är att det partiella avståendet från fordringarna och tillämpningen av identiska villkor var ofrånkomliga enligt de gemenskapsrättsliga bestämmelserna.

125 — Lenaerts, K., Arts, D., Maselis, I. (ovan fotnot 22), s. 456, punkt 16-005.

126 — Som förstainstansrätten uttryckligen angav i punkt 105 i den överklagade domen, ifrågasatte den de argument som kommissionen framfört under förhandlingen. Förstainstansrätten hänvisade inte till motiveringen i det angripna beslutet.

127 — Se punkt 27 i det angripna beslutet.

128 — Se punkt 28 i det angripna beslutet.

129 — Se punkt 29 i det angripna beslutet.

130 — Se punkt 28 i det angripna beslutet.

225. Slutligen vill jag, beträffande analysen av de olika möjligheter som de franska myndigheterna hade, påpeka att kommissionen hade beaktat dessa möjligheter bland annat i punkterna 11, 12, 22, 23 och 26–28 i det angripna beslutet och att förstainstansrätten följaktligen inte ersatte kommissionens bedömning med sin egen.

226. Av det ovan anförda följer att påståendet om att motiveringen ersattes saknar grund. Klagandena kan följaktligen inte åberopa detta argument till stöd för argumentet att kommissionen mötte betydande svårigheter.

227. Jag föreslår följaktligen att talan inte ska bifallas på den andra grunden.

C — *Den första grunden*

228. Enligt klagandena har förstainstansrätten åsidosatt motiveringsskyldigheten.

229. Det ska erinras om att det i motiveringen till en dom klart och tydligt ska framgå hur förstainstansrätten har resonerat, så att de som berörs därav kan få kännedom om skälen för det fattade beslutet och så att domstolen ges möjlighet att utöva sin prövningsrätt. [131]

230. Klagandena har för det första kritiserat förstainstansrätten för att ha grundat sig på undantaget om systemets art och struktur, utan att i tillräcklig utsträckning beskriva systemets struktur. Förstainstansrättens beskrivning av systemet var inte tillräckligt detaljerad och var motsägelsefull.

231. Jag anser visserligen att varje undantag avseende systemets art och struktur måste vara motiverat på ett uttryckligt sätt, men klagandens kritik i förevarande mål förefaller sakna grund.

232. Förstainstansrätten beskrev de gemenskapsrättsliga bestämmelserna i relevanta delar, samt de franska myndigheternas skyldigheter till följd därav. [132] Eftersom de gemenskapsrättsliga bestämmelserna hade flera ändamål (bland annat att finna fyra

131 — Domstolens dom av den 20 februari 1997 i mål C-166/95 P, kommissionen mot Frédéric Daffix (REG 1997, s. I-983), punkt 24, av den 7 maj 1998 i mål C-401/96, Somaco mot kommissionen (REG 1998, s. I-2587), punkt 53, och av den 13 december 2001 i mål C-446/00 P, Cubero Vermurie mot kommissionen (REG 2001, s. I-10315), punkt 20, och Lenaerts, K., Arts, D., Maselis, I. (ovan fotnot 21), s. 457, punkt 16-008.

132 — Se bland annat återgivningen av de gemenskapsrättsliga bestämmelserna i punkterna 2–8 i den överklagade domen, samt i punkterna 108–112, 123–125 och 134–148 i den överklagade domen.

operatörer i syfte att kunna säkerställa en tillräcklig konkurrens, [133] iakttagandet av icke-diskrimineringsprincipen [134] och av principen om fri konkurrens, [135] samt iakttagandet av fristen den 1 januari 2002 [136]), gör inte den omständigheten att förstainstansrätten hänvisade till flera skilda ändamål med detta system dess motivering motsägelsefull.

233. Klagandena har för det andra gjort gällande att förstainstansrätten inte tillräckligt i detalj har beskrivit orsakssambandet mellan systemets art och struktur och det partiella avståendet från fordringarna på Orange och SFR.

234. Jag vill i detta sammanhang påpeka att det, för att förklara varför det partiella avståendet från fordringarna på Orange och SFR var ofrånkomligt, inte var nödvändigt att hänvisa till alla dessa gemenskapsrättsliga bestämmelser. Det räckte i detta hänseende att hänvisa till principerna om likabehandling mellan operatörerna vid fastställandet av avgifterna och till behovet att upprätthålla en effektiv konkurrens. [137]

235. Jag ska för det tredje, även om klagandena inte uttryckligen har hävdat att förstainstansrätten gav en otillräcklig beskrivning av orsakssambandet mellan systemets art och struktur å ena sidan och det förhållandet att Orange och SFR beviljats sina tillstånd före Bouygues Télécom å den andra, även behandla denna anmärkning för fullständighetens skull.

236. Förstainstansrätten angav visserligen inte i punkterna 123–125 i den överklagade domen varför det förhållandet att Orange och SFR beviljats sina tillstånd före Bouygues Télécom var ofrånkomligt. [138] Förstainstansrätten gav emellertid denna förklaring i punkterna 139–142 i den överklagade domen, i vilka den hänvisade till de franska myndigheternas skyldighet att iaktta fristen den 1 januari 2002. Klagandena hade således möjlighet att få kännedom om skälet till varför det förhållandet att Orange och SFR beviljats sina tillstånd före Bouygues Télécom var ofrånkomligt och domstolen hade möjlighet att utöva sin prövningsrätt. Följaktligen utgör inte den omständigheten att förstainstansrätten inte nämnde skälet till ofrånkomligheten i punkterna 139–142 i den överklagade domen något väsentligt åsidosättande av motiveringsskyldigheten.

237. Enligt min uppfattning kan talan således inte bifallas på den första grunden.

133 — Se bland annat punkt 134 i den överklagade domen.
134 — Se bland annat punkt 108 i den överklagade domen.
135 — Se bland annat punkterna 108 och 134 i den överklagade domen.
136 — Se bland annat punkterna 141 och 142 i den överklagade domen.
137 — Se punkterna 106, 107 och 118–124 i detta förslag till avgörande.
138 — Som nämnts ovan (se punkt 157) begränsade sig förstainstansrätten i dessa punkter till att ange varför tillämpningen av identiska villkor för tillstånden för Orange, SFR och Bouygues Télécom var ofrånkomlig.

D — *Slutsats*

238. Enligt min uppfattning kan talan inte bifallas på någon av de grunder som klagandena har åberopat. Överklagandet ska således ogillas i sin helhet.

VII — Rättegångskostnader

239. Enligt artikel 69.2 i rättegångsreglerna, som enligt artikel 118 i samma rättegångsregler ska tillämpas i mål om överklagande, ska tappande part förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna, om detta har yrkats. Enligt artikel 69.4 första stycket ska de medlemsstater som har intervenerat bära sina rättegångskostnader.

240. Kommissionen, den franska regeringen, Orange och SFR har yrkat att Bouygues och Bouygues Télécom ska förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna och eftersom de sistnämnda har tappat målet, ska de förstnämndas yrkande bifallas.

241. Republiken Frankrike ska bära sin rättegångskostnad.

VIII — Förslag till avgörande

242. Med hänsyn till vad som anförts ovan föreslår jag att domstolen meddelar följande dom:

1. Överklagandet ogillas.

2. Klagandena ska ersätta rättegångskostnaderna.

3. Republiken Frankrike ska bära sin rättegångskostnad.