

DOMSTOLENS DOM (första avdelningen)

den 2 april 2009*

I mål C-431/07 P,

angående ett överklagande enligt artikel 56 i domstolens stadga, som ingavs den 18 september 2007,

Bouygues SA, Paris (Frankrike),

Bouygues Télécom SA, Boulogne-Billancourt (Frankrike),

företrädna av advokaterna F. Sureau, D. Théophile, S. Perrotet, A. Bénabent, J. Vogel och L. Vogel,

klagande,

* Rättegångsspråk: franska.

i vilket de andra parterna är:

Europeiska gemenskapernas kommission, företrädd av C. Giolito, i egenskap av ombud, med delgivningsadress i Luxemburg,

svarande i första instans,

Republiken Frankrike, företrädd av G. de Bergues samt av O. Christmann och A.-L. Vendrolini, båda i egenskap av ombud,

Orange France SA, företrädd av advokaterna S. Hautbourg, S. Quesson och L. Olza Moreno,

Société française du radiotéléphone – SFR, företrädd av advokaten A. Vincent och C. Vajda, QC,

intervenienter i första instans,

meddelar

DOMSTOLEN (första avdelningen)

sammansatt av avdelningsordföranden P. Jann samt domarna M. Ilešič, A. Tizzano (referent), A. Borg Barthet och J.-J. Kasel,

generaladvokat: V. Trstenjak,
justitiesekreterare: enhetschefen M.-A. Gaudissart,

efter det skriftliga förfarandet och förhandlingen den 11 september 2008,

och efter att den 8 oktober 2008 ha hört generaladvokatens förslag till avgörande,

följande

Dom

- 1 Bouygues Télécom SA (nedan kallat Bouygues Télécom) och Bouygues SA har yrkat att domstolen ska upphäva den dom som meddelades av Europeiska gemenskapernas förstainstansrätt den 4 juli 2007 i mål T-475/04, Bouygues och Bouygues Télécom mot kommissionen (nedan kallad den överklagade domen) (REG 2007, s. II-2097), genom vilken förstainstansrätten ogillade deras talan om ogiltigförklaring av kommissionens beslut av den 20 juli 2004 (statligt stöd NN 42/2004 – Frankrike) om ändring av de avgifter som Orange och SFR ska betala för tillstånd avseende UMTS (Universal Mobile Telecommunications System) (nedan kallat det omtvistade beslutet).

Tillämpliga gemenskapsrättsliga bestämmelser

- 2 Artikel 8.4 i Europaparlamentets och rådets direktiv 97/13/EG av den 10 april 1997 om gemensamma ramar för allmän auktorisation och individuella tillstånd på teletjänst-

området (EGT L 117, s. 15), som var i kraft vid tiden för de faktiska omständigheterna i målet, hade 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 skall de på lämpligt sätt meddela sin avsikt och ge de berörda parterna tillfälle att yttra sig om de föreslagna ändringarna.”

3 Artikel 9.2 första strecksatsen i samma direktiv löd på följande sätt:

”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.”

4 I artikel 10.3 första stycket i direktivet föreskrevs följande:

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

5 Artikel 11 i direktiv 97/13 hade följande lydelse:

”1. Medlemsstaterna skall säkerställa att de avgifter som tas ut av företag som en del av auktorisationsförfarandena endast är avsedda att täcka administrativa kostnader i samband med utfärdande, handläggning, kontroll och tillsyn av de tillämpliga individuella tillstånden. Avgifterna för individuella tillstånd skall stå i rimlig proportion till det utförda arbetet och offentliggöras på ett lämpligt och tillräckligt specificerat sätt, så att denna information är lätt tillgänglig.

2. Trots vad som anges i punkt 1 får medlemsstaterna, när det gäller användning av knappa resurser, tillåta sina nationella regleringsmyndigheter att införa avgifter som avspeglar behovet av att säkerställa ett optimalt utnyttjande av dessa resurser. Avgifterna skall vara icke-diskriminerande och särskild hänsyn skall tas till behovet av att främja utvecklingen av innovativa tjänster och konkurrens.”

6 I artikel 1 i Europaparlamentets och rådets beslut nr 128/1999/EG av den 14 december 1998 om samordnat införande av ett system för mobil och trådlös telekommunikation (UMTS) av tredje generationen inom gemenskapen (EGT L 17, 1999, s. 1), vilket ännu var i kraft vid tiden för de faktiska omständigheterna i målet, anges att syftet med detta beslut ”... skall vara att underlätta snabbt och samordnat införande av kompatibla UMTS-nät och UMTS-tjänster i gemenskapen ...”.

7 I artikel 3.1 i samma beslut angavs följande:

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

Bakgrund till tvisten

- 8 Ministern med ansvar för industri, post och telekommunikationer inledde den 28 juli 2000 ett ansökningsförfarande i syfte att utfärda fyra tillstånd för införandet av system för mobil och trådlös telekommunikation (UMTS) i Frankrike (den europeiska delen). Fristen för att inge ansökningar sattes till den 31 januari 2001. Ansökningar kunde återkallas fram till den 31 maj 2001.
- 9 Eftersom endast två ansökningar inkom, nämligen en från bolaget Société française du radiotéléphone – SFR (nedan kallat SFR) och en från bolaget France Télécom mobiles, som några månader senare blev bolaget Orange France SA (nedan kallat Orange), fann de franska myndigheterna det vara nödvändigt att inleda ett nytt ansökningsförfarande för att säkerställa en verklig konkurrens.
- 10 Genom två likalydande skrivelser av den 22 februari 2001 försäkrade finans- och ekonomiministern och statssekreteraren med ansvar för industrin cheferna för SFR och Orange att ”de närmare bestämmelserna för den kompletterande inbjudan till ansökan om tillstånd ... [garanterade] att de operatörer som slutligen tilldelades ett tillstånd [skulle] behandlas rättvist”.
- 11 De två första tillstånden tilldelades SFR och Orange genom två beslut av den 18 juli 2001 utan att inledandet av det kompletterande ansökningsförfarandet inväntades. Tillstånden beviljades mot betalning av avgifter som uppgick till ett belopp av 4 954 593 000 euro och skulle erläggas i omgångar. Den första delen förföll till betalning den 31 september 2001 och den sista delen den 30 juni 2016.
- 12 Till följd av det kompletterande ansökningsförfarandet beviljades Bouygues Télécom den 3 december 2002 ett tredje UMTS-tillstånd. Det fjärde tillståndet kunde inte utfärdas i brist på sökande.

- 13 Det tredje tillståndet beviljades mot betalning av en avgift som bestod av en fast del på 619 209 795,27 euro, som skulle betalas den 30 september det år som tillståndet utfärdades eller vid tidpunkten för utfärdandet om detta skedde efter den 30 september, och en rörlig del som varje år skulle betalas före den 30 juni för frekvensanvändningen året innan och beräknades som en viss procentandel av den omsättning som skapades genom användningen av dessa frekvenser.
- 14 Genom två beslut av den 3 december 2002 (JORF av den 12 december 2002, sidorna 20498 och 20499), avseende Orange respektive SFR, ändrade den biträdande industriministern bestämmelserna om avgifter för tillhandahållande och drift av frekvenser genom att anta likadana bestämmelser som dem som gällde för Bouygues Télécom, enligt beskrivningen i föregående punkt i förevarande dom.
- 15 Efter det att klagandena hade ingett ett klagomål där de påtalade ett antal stödåtgärder som enligt deras uppfattning hade vidtagits av de franska myndigheterna till fördel för France Télécom inledde Europeiska gemenskapernas kommission den 31 januari 2003 ett granskningsförfarande enligt artikel 88.2 EG avseende vissa av dessa åtgärder. Åtgärden att anpassa de avgifter som SFR och Orange skulle betala till de avgifter som hade fastställts för Bouygues Télécom fanns inte med bland dessa.
- 16 Genom det omtvistade beslutet beslutade kommissionen med stöd av artikel 88 EG att inte anföra några anmärkningar mot åtgärden att anpassa avgifterna, med motiveringen att denna åtgärd inte i någon del utgjorde stöd i den mening som avses i artikel 87.1 EG.
- 17 Den 24 november 2004 väckte klagandena talan vid förstainstansrätten om ogiltigförklaring av det omtvistade beslutet.

Den överklagade domen

- 18 Till stöd för sin talan om ogiltigförklaring åberopade klagandena framför allt två grunder dels att kommissionen hade åsidosatt artikel 87.1 EG, eftersom ändringen av de avgifter som Orange och SFR skulle betala utgjorde ett statligt stöd i nämnda bestämmelses mening, dels att kommissionen hade åsidosatt artikel 88.2 EG, eftersom kommissionen, då ärendet var förenat med betydande svårigheter, borde ha inlett det formella förfarande som föreskrivs i artikel 88 EG.
- 19 Förstainstansrätten prövade dessa två grunder samtidigt och uttalade sig endast om förekomsten av betydande svårigheter. I punkt 93 i den överklagade domen slog förstainstansrätten således fast att om det hade förelegat betydande svårigheter skulle det omtvistade beslutet ha kunnat ogiltigförklaras redan på denna grund, till följd av kommissionens underlåtenhet att göra en kontradiktorisk och fördjupad granskning i enlighet med fördraget, även om det inte kunde slås fast att den i sak gjort sig skyldig till felaktig rättstillämpning eller gjort en felaktig bedömning av de faktiska omständigheterna.
- 20 I punkterna 95–126 i den överklagade domen underkände förstainstansrätten för det första de argument som syftade till att visa att det förelåg en – tidsmässig – selektiv fördel för Orange och SFR, eftersom dessa bolag beviljades de två första tillstånden för UMTS innan Bouygues Télécom tilldelades det tredje tillståndet. Vidare slog förstainstansrätten i punkt 126 fast att en sådan bedömning inte är förenad med betydande svårigheter.
- 21 Förstainstansrätten konstaterade först och främst i punkterna 100 och 106 i den överklagade domen att nämnda tillstånd hade ett ekonomiskt värde och att klagandenas uppfattning, att de franska myndigheterna genom att sänka avgifterna för Orange och SFR hade avstått från statliga medel i en betydande omfattning, således var riktig.

- 22 Därefter framhöll förstainstansrätten dock i punkt 107 i den överklagade domen att den fordran mot Orange och SFR som franska staten hade avstått från inte var säker: "I samband med det första anbudsförfarandet hade dessa två operatörer kunnat återkalla sina ansökningar ända fram till den 31 maj 2001 om de inte försäkrats om att de skulle behandlas på samma sätt som de andra operatörerna ..., och de hade under hela den tid som löpte därefter möjlighet att avsäga sig tillståndet, och således att upphöra med att betala avgiften, särskilt om de ansåg sig vara föremål för en särbehandling i förhållande till Bouygues Télécom."
- 23 Förstainstansrätten konstaterade dessutom i punkt 111 i den överklagade domen att avståendet från den aktuella fordran i vilket fall som helst inte kunde kvalificeras som statligt stöd med hänsyn till de särdrag som gemenskapsrätten på telekommunikationsområdet företer jämfört med de allmänna bestämmelserna på området för statligt stöd.
- 24 Slutligen slog förstainstansrätten i punkterna 113 och 116 i den överklagade domen fast att det visserligen förelåg en objektiv skillnad mellan situationen för å ena sidan Orange och SFR och å andra sidan Bouygues Télécom när det gäller tidpunkten för tilldelningen av deras respektive tillstånd. Problem avseende UMTS-tekniken och en föga fördelaktig ekonomisk situation för att utveckla denna teknik hindrade emellertid de bolag som först beviljades sina tillstånd från att ta sig in på marknaden och sålunda från att i praktiken utnyttja den fördel som de skulle ha kunnat få om de hade erhållit sina tillstånd på ett tidigare stadium.
- 25 I vilket fall som helst drog förstainstansrätten i punkt 123 i den överklagade domen slutsatsen att "den potentiella fördel som Orange och SFR gavs [var] det enda sättet att undgå antagandet av en åtgärd som, med hänsyn till den tydliga skillnaden mellan de två avgiftssystemen som de nationella myndigheterna inrättat efter varandra, hade inneburit ett åsidosättande av direktiv 97/13 och att dessa två operatörer hade diskriminerats, trots att ... ingen operatör fanns på marknaden vid tidpunkten för den omtvistade ändringen som följd av det dröjsmål som drabbat Orange och SFR med avseende på utbyggnaden av deras UMTS-tjänster, och trots att de tre operatörerna hade identiska tillstånd".

- 26 För det andra underkände förstainstansrätten i punkterna 127–156 i den överklagade domen klagandenas påståenden till stöd för att ändringen av avgifterna stred mot icke-diskrimineringsprincipen och konstaterade att bedömningen av efterlevandet av denna princip inte heller var förenad med några sådana betydande svårigheter som gjorde att ett sådant granskningsförfarande som föreskrivs i artikel 88 EG måste inledas.
- 27 I punkterna 134 och 136 slog förstainstansrätten fast att förfarandet för tilldelning av tillstånd för UMTS, trots formerna för dess anordnande, i realiteten utgjorde ett enda förfarande som syftade till att utfärda fyra tillstånd, och att icke-diskrimineringsprincipen således skulle tillämpas på så sätt att de två på varandra följande ansökningsförfarandena betraktades som en helhet.
- 28 I punkt 148 i den överklagade domen konstaterade förstainstansrätten vidare att den valda lösningen gjorde det möjligt för de franska myndigheterna inte bara att säkerställa likabehandling av de tre operatörerna, utan också att undgå dröjsmål vid införandet av de UMTS-tjänster som avses i direktiv 97/13, mot bakgrund av att de tre tillstånden var identiska till sitt innehåll och att ingen operatör hade tagit sig in på marknaden vid tidpunkten för ändringen av de avgifter som Orange och SFR skulle betala.
- 29 För det tredje slog förstainstansrätten i punkterna 157 och 158 också fast att varken ärendets komplicerade beskaffenhet eller tidsåtgången för förfarandet vid kommissionen var sådan att det går att sluta sig till att bedömningen av åtgärden att anpassa avgifterna var förenad med betydande svårigheter.
- 30 Förstainstansrätten ogillade därför talan.

Parternas yrkanden

31 Klagandena har yrkat att domstolen ska

- upphäva den överklagade domen och återförvisa målet till förstainstansrätten för att denna ska meddela ett nytt avgörande med beaktande av domstolens rättsliga bedömning, och
- förplikta kommissionen att ersätta rättegångskostnaderna.

32 Kommissionen, Republiken Frankrike, Orange och SFR har yrkat att överklagandet ska ogillas och att klagandena ska förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna.

Begäran om återupptagande av det muntliga förfarandet

33 Klagandena har genom skrivelse som inkom till domstolens kansli den 17 november 2008 begärt att det muntliga förfarandet ska återupptas med tillämpning av artikel 61 i rättegångsreglerna.

34 Till stöd för sin begäran har de gjort gällande att generaladvokaten i sitt förslag till avgörande har behandlat vissa frågor som är nya och som kan påverka domstolens avgörande.

35 Det ska i detta avseende erinras om att domstolen, på eget initiativ eller efter att ha hört generaladvokaten eller på parternas begäran, kan återuppta det muntliga förfarandet i enlighet med artikel 61 i rättegångsreglerna, om domstolen anser att den inte har tillräcklig kännedom om omständigheterna i målet eller om målet ska avgöras på grundval av ett argument som inte har avhandlats mellan parterna (se bland annat beslut av den 4 februari 2000 i mål C-17/98, Emesa Sugar, REG 2000, s. I-665, punkt 18, dom av den 29 april 2004 i mål C-181/02 P, kommissionen mot Kvaerner Warnow Werft, REG 2004, s. I-5703, punkt 25, och av den 26 juni 2008 i mål C-284/06, Burda, REG 2008, s. I-4571, punkt 37).

36 Domstolen anser dock, efter att ha hört generaladvokaten, att den har kännedom om samtliga omständigheter som den behöver för att pröva det överklagande som ingetts av klagandena och att dessa omständigheter har avhandlats vid domstolen. Domstolen avslår därför begäran om återupptagande av det muntliga förfarandet.

Överklagandet

37 Till stöd för överklagandet har klagandena åberopat fyra grunder. Som första grund har de gjort gällande att förstainstansrätten åsidosatte motiveringsskyldigheten. Den andra grunden avser felaktig rättstillämpning vad gäller avsaknaden av betydande svårigheter. Såvitt avser den tredje grunden har klagandena gjort gällande att den rättsliga kvalificeringen av de faktiska omständigheterna var felaktig. Klaganden har som fjärde grund slutligen gjort gällande att flera fel begicks vid tillämpningen av artikel 87 EG.

Den första grunden: åsidosättande av motiveringsskyldigheten beträffande tillämpningen av det undantag som avser systemets art och struktur

Parternas argument

- 38 Som första grund har klagandena kritiserat förstainstansrätten för att inte tillräckligt ha motiverat tillämpningen i det förevarande fallet av det undantag som avser systemets art och struktur, vilket utgör en undantagsregel i förhållande till principen att en differentiering som gynnar ett eller flera företag med nödvändighet utgör en selektiv fördel. I den överklagade domen saknas närmare bestämt en tillräckligt uttrycklig motivering vad gäller såväl undantagets innehåll som orsakssambandet mellan undantaget och avståndet från statliga medel i betydande omfattning.
- 39 Klagandena har särskilt tagit upp olika antaganden som enligt klagandena skulle kunna motivera åberopandet av begreppet systemets struktur i det förevarande målet, nämligen de särdrag som gemenskapsrätten på telekommunikationsområdet företer jämfört med den allmänna rätten på området för statligt stöd, behovet av att iaktta lanseringsdatumet den 1 januari 2002, som föreskrivs i artikel 3.1 i beslut nr 128/1999, och sökandet efter fyra operatörer för att säkerställa en tillräcklig konkurrens. Klagandena anser dock att inget av dessa antaganden är avgörande eller, i vilket fall som helst, tillräckligt motiverat av förstainstansrätten.
- 40 Kommissionen, Republiken Frankrike, Orange och SFR anser däremot att den överklagade domen är tillräckligt motiverad på denna punkt med hänsyn till de många referenserna till tillämpliga bestämmelser och relevant rättspraxis i samband med prövningen av undantaget.
- 41 Vad gäller de av klagandena nämnda antagandena har kommissionen och SFR anfört att deras bedömning rör frågan huruvida den överklagade domen var riktig i sak och inte frågan huruvida motiveringsskyldigheten var uppfylld. Republiken Frankrike har härvid gjort gällande att, till skillnad från vad klagandena har påstått, dessa antaganden sinsemellan är fullständigt koherenta och kompletterande. SFR har tillagt att den första

grunden i vilket fall som helst ska avvisas på grund av att klagandena i själva verket ifrågasätter förstainstansrättens bedömning av de faktiska omständigheterna.

Domstolens bedömning

- ⁴² Det ska först och främst erinras om att den skyldighet att motivera domarna som åvilar förstainstansrätten enligt artiklarna 36 och 53 första stycket i domstolens stadga inte innebär någon skyldighet för förstainstansrätten att lämna en uttömmande redogörelse för vart och ett av de resonemang som parterna i tvisten fört. Motiveringen kan således vara underförstådd, under förutsättning att den ger de berörda personerna möjlighet att få reda på skälen till varför de ifrågavarande åtgärderna vidtagits och domstolen tillräckligt underlag för att utöva sin kontroll (dom av den 18 maj 2006 i mål C-397/03 P, Archer Daniels Midland och Archer Daniels Midland Ingredients mot kommissionen, REG 2006, s. I-4429, punkt 60, och av den 8 februari 2007 i mål C-3/06 P, Groupe Danone mot kommissionen, REG 2007, s. I-1331, punkt 46).
- ⁴³ I det förevarande fallet angav förstainstansrätten skälen till att den bedömde att avståendet från den aktuella fordran inte kunde kvalificeras som ett sådant statligt stöd som strider mot gemenskapsrätten med hänsyn till strukturen i det rättsliga systemet på telekommunikationsområdet.
- ⁴⁴ Förstainstansrätten redogjorde nämligen, särskilt i punkterna 108–110 i den överklagade domen, utförligt för särdragen hos gemenskapsreglerna för telekommunikationstjänster, vilka följer av direktiv 97/13 och beslut nr 128/1999. Framför allt slog förstainstansrätten fast att det enligt dessa gemenskapsregler krävs att medlemsstaterna, som visserligen är fria att välja ett förfarande för beviljandet av UMTS-tillstånd, iakttar principen om likabehandling av operatörerna, med beaktande av vid vilken tidpunkt var och en av de berörda operatörerna inträder på marknaden.

- 45 Enligt punkt 109 i den överklagade domen har artikel 11.2 i nämnda direktiv dessutom i gemenskapens rättspraxis redan tolkats så, att avgifter som olika operatörer åläggs ska vara ekonomiskt likvärdiga.
- 46 Av detta följer enligt förstainstansrätten att de franska myndigheterna under de omständigheter som rådde i det förevarande fallet inte hade något annat val än att sänka de avgifter som Orange och SFR skulle betala och således avstå från den aktuella fordran för att göra detta belopp likvärdigt med det belopp som Bouygues Télécom skulle betala.
- 47 Det framgår således klart av de ovannämnda punkterna 108–110 att förstainstansrätten tydligt identifierade de omständigheter som i det förevarande fallet motiverade att det undantag som avser systemets struktur tillämpades, nämligen skyldigheten för de nationella myndigheterna att efterleva de krav på likabehandling som särskilt uppställs i gemenskapsrätten på telekommunikationsområdet.
- 48 De övriga antaganden som klagandena har tagit upp grundar sig dessutom på en felaktig tolkning av den överklagade domen.
- 49 I motsats till vad klagandena har hävdat undersökte förstainstansrätten nämligen inte behovet av att iaktta datumet den 1 januari 2002 – som är den tidpunkt då UMTS-tjänsterna skulle vara införda i medlemsstaterna enligt artikel 3.1 i beslut nr 128/1999 – såsom ett av systemets särdrag. I själva verket beaktade förstainstansrätten endast denna omständighet i punkt 141 i den överklagade domen, vid bedömningen av de skäl som föranledde de franska myndigheterna att besluta att inte ta om tilldelningsförfarandet från början.

- 50 Det framgår uttryckligen av punkterna 11 och 138 i den överklagade domen att förstainstansrätten beaktade behovet av "att välja ut ett tillräckligt antal operatörer för att säkerställa en effektiv konkurrens inom denna sektor" inte såsom ett särdrag för systemet, utan endast för att dra slutsatsen att det första ansökningsförfarandet inte hade lett till ett tillfredsställande resultat med hänsyn till behovet av att säkerställa att det rådde konkurrens inom denna sektor och att man således behövde försöka finna andra operatörer.
- 51 Vad gäller den bristande motiveringen till den överklagade domen beträffande orsakssambandet mellan systemets art och avståndet från fordran mot Orange och SFR räcker det slutligen att påpeka att förstainstansrätten i punkt 123 i den överklagade domen angav skälen till varför den bedömde att det förelåg ett sådant samband. Förstainstansrätten bedömde att eftersom de tre tillstånden för UMTS var identiska skulle det nödvändigtvis ha stritt mot de skyldigheter med avseende på likabehandling som särskilt föreskrivs i gemenskapsrätten på telekommunikationsområdet att behålla det ursprungliga avgiftsbeloppet för Orange och SFR, något som hade varit till nackdel för dessa bolag.
- 52 Mot bakgrund av det ovan anförda sluter sig domstolen till att motiveringen till den överklagade domen i tillräcklig utsträckning gör det möjligt att förstå skälen till varför förstainstansrätten med hänvisning till systemets struktur slog fast att sänkningen av de avgifter som Orange och SFR skulle betala och således det faktum att de avstod från fordran mot dessa bolag inte kunde betraktas som ett statligt stöd.
- 53 Överklagandet kan således inte vinna bifall såvitt avser den första grunden.

Den andra grunden: felaktig rättstillämpning vad gäller avsaknaden av betydande svårigheter

Parternas argument

- 54 Såvitt avser den andra grunden har klagandena gjort gällande att förstainstansrätten blandade samman bedömningen av huruvida det föreligger betydande svårigheter och bedömningen av huruvida det omtvistade beslutet var riktigt i sak. Klagandena har särskilt anfört att förstainstansrätten, för att slå fast att kommissionen inte var skyldig att inleda en fas med fördjupad granskning, nöjde sig med att i slutet av prövningen av var och en av de grunder som parterna hade åberopat formellt tillägga att en sådan granskning inte var förenad med betydande svårigheter.
- 55 Förekomsten av betydande svårigheter bekräftas enligt klagandena av den omständigheten att förstainstansrätten i den överklagade domen ersatte kommissionens bedömning med sin egen i ett flertal komplicerade frågor och därmed delvis underkände den bedömning som hade gjorts i det omtvistade beslutet.
- 56 Kommissionen har bestritt att den aktuella grunden kan tas upp till sakprövning eftersom den inte åberopades i första instans. Republiken Frankrike har gjort gällande att klagandena i målet vid förstainstansrätten endast i andra hand hade gjort gällande att det var nödvändigt att inleda det formella granskningsförfarandet för stöd som föreskrivs i artikel 88 EG.
- 57 I sak anser kommissionen, Republiken Frankrike, SFR och Orange att förstainstansrätten gick till väga på ett rättsligt korrekt sätt, som inte innebar någon sammanblandning. Enligt Orange genomförde förstainstansrätten dessutom just en sådan typ av undersökning som klagandena kräver. Kommissionen har tillagt att förstainstansrätten grundade sin bedömning på samma omständigheter som dem som låg till grund för det omtvistade beslutet. Det visar att det räckte med dessa omständigheter för att avgöra de frågor som klagandena har hänfört sig till.

58 Vad gäller det påstådda underkännandet av kommissionens bedömning har Republiken Frankrike anført att förstainstansrätten inte ersatte kommissionens bedömning med sin egen, eftersom den överklagade domen i mycket stor utsträckning grundar sig på bedömningen i det omtvistade beslutet. Kommissionen, SFR och Orange anser dessutom att de olika bedömningar som förstainstansrätten gjorde endast syftade till att bemöta de argument som klagandena hade anført till stöd för sin talan. SFR har särskilt tillagt att förstainstansrätten inte hade kunnat pröva frågan huruvida det förelåg betydande svårigheter utan att genomföra en grundligare undersökning av de omständigheter som kommissionen hade kännedom om. I vilket fall som helst anser SFR att en sådan argumentation dels ska avvisas eftersom den avser de faktiska omständigheterna, dels inte ens visar på vilket sätt den omständigheten att förstainstansrätten gjorde en annan bedömning än kommissionen skulle kunna ha betydelse för frågan huruvida det förelåg betydande svårigheter och för den överklagade domens giltighet.

Domstolens bedömning

59 Det ska först och främst framhållas att klagandena genom den aktuella grunden, till skillnad från vad kommissionen har hävdad, inte har ifrågasatt det omtvistade beslutets giltighet, utan kritiserat förstainstansrätten för att ha gjort sig skyldig till en felaktig rättstillämpning vid den undersökning av beslutets innehåll som syftade till att kontrollera om det förelåg några betydande svårigheter.

60 Följaktligen kan den andra grunden tas upp till sakprövning.

61 Vad gäller grunden i sak ska det erinras om att det är nödvändigt att inleda förfarandet i artikel 88.2 EG då kommissionen har betydande svårigheter att bedöma om ett stöd är förenligt med den gemensamma marknaden. Kommissionen kan begränsa sig till den inledande fasen enligt artikel 88.3 EG när den fattar ett beslut till förmån för en stödåtgärd endast i de fall då kommissionen efter en första granskning är övertygad om att denna är förenlig med den gemensamma marknaden. Om denna första granskning däremot leder till att kommissionen intar motsatt ståndpunkt eller inte kan avgöra huruvida stödet är förenligt med den gemensamma marknaden, är kommissionen

skyldig att införskaffa alla nödvändiga yttranden och att i detta syfte inleda förfarandet enligt artikel 88.2 EG (se bland annat dom av den 19 maj 1993 i mål C-198/91, Cook mot kommissionen, REG 1993, s. I-2487, punkt 29, svensk specialutgåva, volym 14, s. I-201, av den 2 april 1998 i mål C-367/95 P, kommissionen mot Sytraval och Brink's France, REG 1998, s. I-1719, punkt 39, och av den 17 juli 2008 i mål C-521/06 P, Athinaiki Techniki mot kommissionen, REG 2008, s. I-5829, punkt 34).

62 I förevarande fall (vilket också framgår av själva rubriken för den berörda delen av den överklagade domen vilken behandlar "[d]en andra och den tredje grunden: Huruvida artiklarna 87.1 EG och 88.2 EG har åsidosatts") prövade förstainstansrätten i punkterna 95–160 i den överklagade domen den andra grunden för talan, avseende ett åsidosättande av artikel 87.1 EG och tolkningen av begreppet selektiv fördel och icke-diskrimineringsprincipen, samtidigt med den tredje grunden för talan, avseende ett åsidosättande av artikel 88.2 EG genom kommissionens underlåtelse att inleda den formella granskningsfasen trots att granskningen av åtgärden att anpassa avgifterna var förenad med betydande svårigheter.

63 Detta tillvägagångssätt är befogat med beaktande av att, vilket generaladvokaten har påpekat i punkterna 208 och 214 i förslaget till avgörande, begreppet betydande svårigheter är ett objektiva begrepp och att förekomsten av sådana svårigheter ska sökas med utgångspunkt i såväl omständigheterna som låg till grund för antagandet av den omtvistade rättsakten som de bedömningar som kommissionen grundat sig på (se domen i det ovannämnda målet Cook mot kommissionen, punkterna 30 och 31).

64 Förstainstansrätten gjorde just en sådan granskning vid undersökningen av skälen till varför kommissionen ansåg att åtgärden att anpassa avgifterna inte utgjorde en selektiv fördel och inte stred mot icke-diskrimineringsprincipen.

- 65 Förstainstansrätten gjorde sig således inte skyldig till någon felaktig rättstillämpning vid granskningen av kommissionens bedömningar i syfte att bedöma huruvida dessa hade gjorts på grundval av tillräckliga uppgifter som gjorde det möjligt att utesluta att det förelåg några som helst betydande svårigheter.
- 66 För övrigt har klagandena själva i överklagandet medgett att förstainstansrätten gjorde rätt när den i punkt 93 i den överklagade domen drog följande slutsats av rättspraxis: "Det skall därför prövas om de argument som sökandena har framfört mot det [omtvistade] beslutet innebär att det har förelegat allvarliga bedömningssvårigheter. Om sådana svårigheter förelåg, skulle nämligen beslutet kunna ogiltigförklaras redan på denna grund, som följd av kommissionens underlåtenhet att göra en kontradiktorisk och fördjupad granskning i enlighet med fördraget, även om det inte kan slås fast att den i sak gjort sig skyldig till felaktig rättstillämpning eller gjort en felaktig bedömning av de faktiska omständigheterna."
- 67 I vilket fall som helst krävde den samtidiga prövningen av de två grunderna att förstainstansrätten inte begränsade sig till att bedöma huruvida det förelåg betydande svårigheter, utan också bemötte de argument som klagandena hade anfört till stöd för den andra grunden för ogiltigförklaring avseende kommissionens bedömningar i sak.
- 68 Domstolen konstaterar att klagandenas uppfattning, att förstainstansrätten ersatte motiveringen i beslutet med sin egen bedömning, är felaktig och att förstainstansrätten härigenom i själva verket endast har bemött klagandenas argument.
- 69 Således underkänner domstolen för det första klagandenas argumentation enligt vilken förstainstansrätten ersatte motiveringen i det omtvistade beslutet med sin egen bedömning genom att i punkterna 105, 109 och 110 i den överklagade domen slå fast att UMTS-tjänsterna har ett marknadsvärde.

- 70 Såsom följer av ovannämnda punkt 105 och såsom generaladvokaten har påpekat i punkt 222 i förslaget till avgörande var det nämligen först under förhandlingen vid förstainstansrätten som kommissionen intog den motsatta ståndpunkten, det vill säga att nämnda tjänster inte har något marknadsvärde, medan det omtvistade beslutet grundade sig på andra överväganden. Mot denna bakgrund kan förstainstansrätten inte anses ha ersatt motiveringen med sin egen bedömning.
- 71 Samma sak gäller för det andra påståendet att förstainstansrätten ersatte motiveringen till det omtvistade beslutet med sin egen bedömning när den i punkterna 113–121 i den överklagade domen slog fast att Orange och SFR åtnjöt en potentiell tidsmässig fördel på grund av att deras tillstånd hade utfärdats på ett tidigare stadium.
- 72 Även om det antas att förstainstansrätten vid bemötandet av ett argument från klagandena skulle ha nått en slutsats som skiljer sig från kommissionens slutsats i det omtvistade beslutet kvarstår nämligen det faktum att förstainstansrätten – i andra hand och utan att ersätta motiveringen med en annan bedömning – i punkterna 123–125 i den överklagade domen bekräftade kommissionens motivering enligt vilken frågan huruvida det föreligger en selektiv fördel rör tillämpningen av gemenskapsreglerna för telekommunikationstjänster.
- 73 För det tredje kan domstolen inte godta den argumentation genom vilken klagandena har gjort gällande att förstainstansrätten ersatte kommissionens bedömning med sin egen när den i punkterna 131 och 132 i den överklagade domen slog fast att Orange och SFR å ena sidan och Bouygues Télécom å andra sidan inte befann sig i en jämförbar situation på grund av att det sistnämnda bolaget har burit risken för att inte kunna lansera eller att först efter dröjsmål kunna lansera sina UMTS-tjänster.
- 74 Domstolen konstaterar att det omtvistade beslutet uteslöt varje fall av diskriminering inte på grund av att de tre operatörerna befann sig i en jämförbar situation, utan eftersom gemenskapsreglerna för telekommunikationstjänster tillämpades, vilka

krävde den lösning som de franska myndigheterna valde. Frågan huruvida dessa operatörer befann sig i en jämförbar situation vad gäller deras risktagande utgjorde således inte en omständighet som kunde påverka kommissionens ställningstagande.

- 75 För det fjärde finns det inte heller något stöd för påståendet att förstainstansrätten ersatte kommissionens bedömning med sin egen när den i punkterna 137–153 i den överklagade domen undersökte de olika handlingsalternativ som de franska myndigheterna hade och vilka effekter dessa skulle komma att ha på likabehandlingen av tillståndsmottagarna.
- 76 I själva verket har kommissionen redan i det omtvistade beslutet undersökt dessa möjligheter, såsom generaladvokaten har påpekat i punkt 225 i förslaget till avgörande, vilket innebär att förstainstansrätten inte ersatte kommissionens bedömning med sin egen.
- 77 Mot bakgrund av det ovan anförda konstaterar domstolen således att även om förstainstansrätten vid granskningen av vissa av de argument som klagandena anförde i första instans drog andra slutsatser än dem som kommissionen nådde i det omtvistade beslutet innebär förstainstansrättens bedömningar inte att beslutets riktighet kan ifrågasättas och de indikerar inte heller att det har förelegat betydande svårigheter.
- 78 Överklagandet kan således inte vinna bifall såvitt avser klagandenas andra grund.

Den fjärde grunden: felaktig tillämpning av artikel 87 EG

79 Den fjärde grunden, som ska prövas före den tredje grunden, består av tre delar.

Den fjärde grundens första och andra delar

— Parternas argument

80 Såvitt avser grundens första del har klagandena hävdatt att förstainstansrätten gjorde sig skyldig till en felaktig rättstillämpning när den drog slutsatsen att det undantag som avser systemets struktur i det förevarande fallet gjorde det oundvikligt för franska staten att avstå från sin fordran på Orange och SFR. Då systemets struktur krävde att man sökte efter fler operatörer kunde de franska myndigheterna välja mellan att antingen göra om hela förfarandet från början eller, såsom skedde i det förevarande fallet, inleda ett nytt ansökningsförfarande.

81 I det sistnämnda fallet borde myndigheterna dock ha tillämpat andra ekonomiska villkor. I motsats till vad förstainstansrätten slog fast skulle dessa nämligen inte ha inneburit någon diskriminering eftersom de ursprungliga tillståndsmottagarna inte befann sig i en likadan situation som de operatörer som skulle ha valts ut efter att ett nytt ansökningsförfarande hade inletts, eftersom dessa tillståndshavare dels var garanterade att behålla sina tillstånd för UMTS, vilka inte kunde ifrågasättas av nya sökande, dels förfogade över ett företräde i tiden som i sig utgjorde en uppenbar fördel.

82 Enligt Orange och SFR ska denna del av den fjärde grunden avvisas, eftersom syftet därmed är att uppnå en ny bedömning av de grunder som åberopades i första instans.

83 I vilket fall som helst har kommissionen, Republiken Frankrike, SFR och Orange gjort gällande att förstainstansrätten undersökte de andra handlingsalternativ som var tänkbara för de franska myndigheterna och slöt sig till, med beaktande av nödvändigheten av att iaktta inte bara principerna om likabehandling och fri konkurrens, utan också den frist som löpte ut den 1 januari 2002 enligt artikel 3.1 i beslut nr 128/1999, att det handlingsalternativ som myndigheterna slutligen valde var det enda som var förenligt med iakttagandet av dessa principer och att det således var "oundvikligt" att välja det alternativet.

84 Såvitt avser den fjärde grundens andra del har klagandena gjort gällande att förstainstansrätten gjorde sig skyldig till felaktig rättstillämpning på flera sätt när den slog fast att det inte förelåg någon selektiv fördel för Orange och SFR.

— Domstolens bedömning

85 Domstolen konstaterar inledningsvis att överklagandet inte kan prövas såvitt avser de två argument som klagandena har anfört till stöd för påståendet att den omständigheten att den UMTS-avgift som togs ut av Orange och SFR skilde sig till beloppet från den avgift som togs ut av Bouygues Télécom inte skulle ha inneburit någon diskriminering av de två första tillståndshavarna.

86 Det framgår nämligen av artikel 225 EG, artikel 58 första stycket i domstolens stadga och artikel 112.1 c i rättegångsreglerna att det i ett överklagande klart ska anges på vilka punkter den dom som det yrkas upphävande av ifrågasätts samt de rättsliga grunder

som särskilt åberopas till stöd för detta yrkande (beslut av den 11 november 2003 i mål C-488/01 P, Martinez mot parlamentet, REG 2003, s. I-13355, punkt 40, och dom av den 11 september 2007 i mål C-227/04 P, Lindorfer mot rådet, REG 2007, s. I-6767, punkt 45 och där angiven rättspraxis).

87 Klagandena har dock till stöd för det första av dessa två argument, enligt vilket Orange och SFR var garanterade att behålla sina tillstånd för UMTS vilka inte kunde ifrågasättas av nya sökande, inte åberopat någon felaktig rättstillämpning vad gäller den del av motiveringen till den överklagade domen, särskilt punkt 144, där förstainstansrätten slog fast att de tre operatörerna befann sig i en jämförbar situation.

88 Vad beträffar det andra argumentet, enligt vilket SFR och Orange åtnjöt en fördel till följd av att de hade tilldelats sina tillstånd på ett tidigare stadium, konstaterar domstolen att klagandena inte har anfört något argument som kan leda till ett ifrågasättande av förstainstansrättens bedömning i detta avseende, framför allt i punkterna 115–122 i den överklagade domen.

89 Vad gäller de övriga argument som klagandena har anfört inom ramen för den fjärde grundens andra del konstaterar domstolen, i motsats till vad Orange och SFR har gjort gällande, att dessa argument inte endast utgör en upprepning av de grunder som åberopades i första instans, utan i själva verket riktar sig mot en grundläggande del av motiveringen till den överklagade domen, framför allt punkterna 108–111, och att dessa argument således kan tas upp till sakprövning.

90 Vad beträffar argumenten i sak erinrar domstolen om att förstainstansrätten i punkt 108 i den överklagade domen konstaterade att direktiv 97/13 och beslut nr 128/1999 ger medlemsstaterna ett utrymme för skönsmässig bedömning när det gäller valet av förfarande för tilldelning av tillstånd, förutsatt att principerna om fri konkurrens och likabehandling iakttas.

- 91 Förstainstansrätten drog härav slutsatsen, utan att motsägas på denna punkt av klagandena, att medlemsstaterna kunde välja att använda ett jämförande urvalsförfarande och att det väsentliga var att operatörerna behandlades lika, särskilt i fråga om avgifterna.
- 92 I det förevarande fallet beslutade de franska myndigheterna när de använde sitt utrymme för skönsmässig bedömning just att utfärda tillstånden för UMTS med hjälp av ett jämförande urvalsförfarande. Såsom förstainstansrätten påpekade i punkt 12 i den överklagade domen var det bara på grund av att det första ansökningsförfarandet delvis misslyckades – genom att det inte var möjligt att bevilja ett tillräckligt stort antal tillstånd för att säkerställa en verklig konkurrens på marknaden för telekommunikationstjänster – som myndigheterna såg sig nödgade att söka efter fler operatörer som kunde tilldelas tillstånd.
- 93 I denna situation stod dock tre handlingsalternativ till buds för nämnda myndigheter, vilket klagandena själva har medgett, nämligen att göra om förfarandet från början, inleda ett kompletterande ansökningsförfarande utan att med retroaktiv verkan ändra UMTS-avgifterna för Orange och SFR eller inleda ett sådant ansökningsförfarande åtföljt av en retroaktiv ändring av dessa avgifter.
- 94 Alternativet att göra om förfarandet från början skulle, såsom förstainstansrätten konstaterade i punkt 141 i den överklagade domen, under omständigheterna i det förevarande fallet ha gjort det svårt att iakttäta den frist som löpte ut den 1 januari 2002, då medlemsstaterna enligt artikel 3.1 i beslut nr 128/1999 skulle ha genomfört direktiv 97/13 vad gäller ett samordnat och gradvist införande av UMTS-tjänsterna på sitt område. Alternativet att ta ut en mycket högre avgift av Orange och SFR än av Bouygues Télécom trots att ingen av de tre operatörerna ännu hade inträtt på marknaden – av skäl som de inte själva helt rädde över – och trots att tillstånden var identiska skulle, såsom förstainstansrätten med fog konstaterade i punkterna 144 och 145, ha utgjort en diskriminering av Orange och SFR.

- 95 Med andra ord hade de franska myndigheterna inte kunnat uppfylla kraven i gemenskapsrätten genom att välja något av dessa två handlingsalternativ.
- 96 Under dessa omständigheter och inom ramen för det handlingsalternativ som de franska myndigheterna slutligen valde var det oundvikligt att avstå från den aktuella fordran till följd av åtgärden att retroaktivt anpassa de avgifter för UMTS som Orange och SFR skulle betala till den avgift som togs ut av Bouygues Télécom.
- 97 Det var nämligen endast ett sådant handlingsalternativ som vid tiden för omständigheterna i målet för det första kunde minska riskerna för en försenad lansering av UMTS-tjänsterna, eftersom detta alternativ gjorde det möjligt att säkerställa att åtminstone två tillstånd hade utfärdats vid den tidpunkt som föreskrevs i artikel 3.1 i beslut nr 128/1999. För det andra blev det med nämnda handlingsalternativ också möjligt att utesluta att de tre operatörerna utsattes för diskriminering, med hänsyn till att det exakta syftet med anpassningen av avgifterna var att beakta det faktum att ingen av de tre operatörerna vid den tidpunkt då Bouygues Télécom tilldelades sitt tillstånd ännu hade inträtt på marknaden, av skäl som de inte själva rädde över, vilket innebar att de således befann sig i en jämförbar situation.
- 98 Härav följer att förstainstansrätten under förevarande omständigheter inte gjorde sig skyldig till någon felaktig rättstillämpning när den slog fast att gemenskapsreglerna för telekommunikationstjänster och särskilt icke-diskrimineringsprincipen krävde att de franska myndigheterna anpassade de avgifter som Orange och SFR skulle betala till de avgifter som Bouygues Télécom skulle betala.
- 99 I den del överklagandet kan prövas på klagandenas fjärde grunds första del ska det således lämnas utan bifall.
- 100 Eftersom den första delen ska underkännas saknar den fjärde grundens andra del betydelse för utgången i målet.

- 101 Det ska nämligen erinras om att det följer av domstolens fasta rättspraxis att samtliga villkor i artikel 87.1 EG ska vara uppfyllda för att en åtgärd ska anses utgöra statligt stöd (se dom av den 15 juli 2004 i mål C-345/02, Pearle m.fl., REG 2004, s. I-7139, punkt 32 och där angiven rättspraxis).
- 102 I artikel 87.1 EG anges fyra kumulativa villkor. För det första måste det röra sig om en statlig åtgärd eller en åtgärd som vidtas med hjälp av statliga medel. För det andra måste denna åtgärd kunna påverka handeln mellan medlemsstaterna. För det tredje ska mottagaren av stödet gynnas härigenom. För det fjärde ska åtgärden snedvrída eller hota att snedvrída konkurrensen (punkt 33 i domen i det ovannämnda målet Pearle m. fl. och där angiven rättspraxis).
- 103 Såsom framgår av undersökningen av den fjärde grundens första del gjorde förstainstansrätten sig inte skyldig till någon felaktig rättstillämpning när den i punkt 111 i den överklagade domen slog fast att avståendet från statliga medel i det förevarande fallet inte kunde vara ett tecken på att det förelåg ett statligt stöd, eftersom avståendet från fordran mot Orange och SFR var en ofrånkomlig följd av systemets struktur.
- 104 Härav följer att det första av de kriterier för att det ska anses föreligga ett statligt stöd som nämns i punkt 102 i förevarande dom inte är uppfyllt i förevarande fall.
- 105 Den fjärde grundens andra del, avseende förekomsten av en fördel för Orange och SFR, kan i vilket fall som helst inte föranleda att riktigheten i förstainstansrättens slutsats, att det inte föreligger något statligt stöd i det förevarande fallet, ifrågasätts.

Den fjärde grundens tredje del

— Parternas argument

106 Såvitt avser den fjärde grundens tredje del har klagandena gjort gällande att förstainstansrätten gjorde sig skyldig till en felaktig rättstillämpning vid tillämpningen av icke-diskrimineringsprincipen.

107 De har för det första anfört att Orange och SFR inte befann sig i samma situation som Bouygues Télécom vid den tidpunkt då avgifterna anpassades, med hänsyn till att tillstånden för UMTS utfärdades för bedrivandet av en verksamhet vid olika tidpunkter. Vidare var det juridiskt omöjligt att ändra tilldelningskriterierna för tillstånden, både med hänsyn till principen att kriterierna inte får ändras inom ramen för ett förfarande för inbjudan till anbudsgivning och med hänsyn till direktiv 97/13. Slutligen finns inte iakttagandet av de målsättningar som föreskrivs i gemenskapsdirektiv, såsom direktiv 97/13, med i den uttömmande uppräkningsen av undantag i artikel 87.2 EG.

108 Orange och kommissionen har tvärtom hävdats att de tre mottagarna av UMTS-tillstånd de facto befann sig i samma situation, eftersom Orange och SFR inte hade dragit någon materiell fördel av dessa tillstånd. Under dessa förhållanden krävde ett iakttagande av icke-diskrimineringsprincipen oundvikligen en retroaktiv anpassning av avgifterna. I vilket fall som helst har Orange bestritt att denna del av den fjärde grunden kan tas upp till sakprövning, eftersom tillämpningen av icke-diskrimineringsprincipen redan har ifrågasatts vid förstainstansrätten på grundval av samma argument.

109 Vad gäller frågan huruvida det är tillåtet att ändra tilldelningskriterierna för tillstånden har kommissionen för det första påpekat att förstainstansrätten konstaterade att det varken i direktiv 97/13 eller i någon annan tillämplig bestämmelse i gemenskapsrätten föreskrivs någon princip om att kriteriernas inte får ändras. I vilket fall som helst kan en sådan princip enligt Orange inte påverka skyldigheten att iakttä icke-diskrimineringsprincipen. För det andra har kommissionen, SFR och Orange anfört att det uttryckligen

föreskrivs i direktiv 97/13 att det ska vara möjligt att ändra tilldelningskriterierna för tillstånden. Republiken Frankrike har härvid gjort gällande att en sådan ändring inte bara var möjlig, utan till och med obligatorisk i den mening som avses i artikel 11.2 i nämnda direktiv, enligt vilken avgifterna ska vara icke-diskriminerande.

- 110 Slutligen har kommissionen, Republiken Frankrike, SFR och Orange anført att förstainstansrätten inte betraktade direktiv 97/13 som ett ytterligare undantag utöver dem som redan föreskrivs i artikel 87.2 EG från förbudet i artikel 87.1 mot stöd som är oförenliga med den gemensamma marknaden. Förstainstansrätten hänvisade till detta direktiv endast som en rättslig grund för att det var omöjligt att kvalificera åtgärden att anpassa avgifterna som statligt stöd.

— Domstolens bedömning

- 111 Vad för det första beträffar klagandenas argument att förstainstansrätten saknade fog för konstaterandet att Orange och SFR befann sig i samma situation som Bouygues Télécom konstaterar domstolen, i motsats till vad Orange har gjort gällande, att argumentet kan tas upp till sakprövning.
- 112 När en klagande har ifrågasatt förstainstansrättens tolkning eller tillämpning av gemenskapsrätten, kan de rättsfrågor som prövats av förstainstansrätten på nytt tas upp till diskussion i målet om överklagande (se dom av den 13 juli 2000 i mål C-210/98 P, Salzgitter mot kommissionen, REG 2000, s. I-5843, punkt 43). Om klaganden inte på detta sätt kunde utforma sitt överklagande med stöd av grunder och argument som redan hade åberopats vid förstainstansrätten, skulle överklagandeinstitutet mista en del av sitt syfte (se, bland annat, dom av den 6 mars 2003 i mål C-41/00 P, Interporc mot kommissionen, REG 2003, s. I-2125, punkt 17, och beslutet i det ovannämnda målet Martinez mot parlamentet, punkt 39).

- 113 Argumentet att de tre berörda operatörerna befann sig i en likadan situation uppfyller dessa krav, eftersom syftet med detta just är att bestrida förstainstansrättens bedömning av situationen med hänsyn till icke-diskrimineringsprincipen.
- 114 I sak ska det påpekas, såsom klagandena har erinrat om, att det följer av fast rättspraxis att diskriminering endast föreligger när olika regler tillämpas på lika situationer eller när samma regel tillämpas på olika situationer (se bland annat dom av den 14 februari 1995 i mål C-279/93, Schumacker, REG 1995, s. I-225, punkt 30, och av den 18 december 2007 i mål C-341/05, Laval un Partneri, REG 2007, s. I-11767, punkt 115).
- 115 För att den omständigheten att tillstånden för UMTS tilldelades Orange och SFR på ett tidigare stadium i det förevarande fallet skulle kunna motivera, och till och med kräva, att avgifterna för dessa två bolag fastställdes till ett högre belopp än den avgift som Bouygues Télécom skulle betala krävdes det att de två förstnämnda tillstånden kunde anses ha ett högre ekonomiskt värde än det tillstånd som tilldelades det sistnämnda bolaget på grund av den enda omständigheten att de förstnämnda tillstånden utfärdades tidigare.
- 116 Det står dock klart att så inte är fallet här.
- 117 Förstainstansrätten konstaterade nämligen i punkt 116 i den överklagade domen att Orange och SFR inte kunde använda de tillstånd som de hade tilldelats.
- 118 Såsom förstainstansrätten erinrade om i punkterna 100 och 110 i den överklagade domen har ett tillstånd visserligen ett ekonomiskt värde, men det värdet beror på tidpunkten för tillträdet till marknaden för var och en av de berörda operatörerna (se även dom av den 22 maj 2003 i mål C-462/99, Connect Austria, REG 2003, s. I-5197, punkt 93).

- 119 Med andra ord är ett tillstånds ekonomiska värde ett resultat särskilt av tillståndsmottagarens möjlighet att dra fördel av de rättigheter som är knutna till tillståndet, vilken i det förevarande fallet består i möjligheten att få tillgång till den allmänna egendom som frekvensområden utgör för att utnyttja UMTS-tekniken.
- 120 Såsom förstainstansrätten konstaterade i punkt 116 i den överklagade domen, utan att motsägas av klagandena inom ramen för förevarande överklagande, framgår det att Orange och SFR vid tidpunkten för utfärdandet av tillståndet för Bouygues Télécom den 3 december 2002 ännu inte hade kunnat lansera sina UMTS-tjänster och således utnyttja sina tillstånd av skäl som de inte själva rädde över, nämligen problem avseende UMTS-tekniken och en föga fördelaktig ekonomisk situation för att utveckla denna teknik. Således kunde de tillstånd som Orange och SFR hade tilldelats inte ha ett högre ekonomiskt värde än det tillstånd som beviljades Bouygues Télécom, endast på grund av att de utfärdades tidigare än detta tillstånd.
- 121 I punkterna 119–121 i den överklagade domen underkände förstainstansrätten också klagandenas argument till stöd för att den omständigheten att Orange och SFR hade tilldelats sina tillstånd på ett tidigare stadium hade gett dem fördelar vad gäller möjligheten att lägga beslag på de bästa platserna, bolagens anseende och erövrandet av marknadsandelar. Klagandena har inte ifrågasatt denna bedömning i överklagandet.
- 122 Således kan man inte av den omständigheten att de tre berörda operatörerna tilldelades sina tillstånd vid olika tillfällen sluta sig till att dessa vid tiden för utfärdandet av tillståndet för Bouygues Télécom befann sig i olika situationer med hänsyn till syftet med direktiv 97/13, nämligen att se till att operatörerna inträder på UMTS-marknaden på samma villkor.
- 123 Förstainstansrätten gjorde sig följaktligen inte skyldig till någon felaktig rättstillämpning när den slog fast att de tre berörda operatörerna befann sig i samma situation.

- 124 När det gäller påståendet att det existerar en princip om att tilldelningskriterierna inte får ändras framhåller domstolen för det första att, i motsats till vad klagandena har anfört, domstolen i punkt 60 i sin dom av den 7 december 2000 i mål C-324/98, *Telaustria och Telefonadress* (REG 2000, s. I-10745), enbart bekräftade att de upphandlande myndigheterna är skyldiga att beakta icke-diskrimineringsprincipen, även när de ingår avtal på vilka rådets direktiv 93/38/EEG av den 14 juni 1993 om samordning av upphandlingsförfarandet för enheter som har verksamhet inom vatten-, energi-, transport- och telekommunikationssektorerna (EGT L 199, s. 84; svensk specialutgåva, område 6, volym 4, s. 177) inte är tillämpligt, utan att ange att det existerar en sådan princip om att kriterierna inte får ändras.
- 125 För det andra konstaterar domstolen att det, såsom generaladvokaten har påpekat i punkt 192 i förslaget till avgörande, av artikel 11.2 i direktiv 97/13 framgår att avgiftsbeloppet skulle fastställas med hänsyn till behovet av att främja utvecklingen av innovativa tjänster och konkurrens. Det är dock ostridigt i det förevarande fallet att om de franska myndigheterna inte hade anpassat UMTS-avgifterna skulle de ha utsatt sig för en allvarlig risk för att Orange och SFR skulle återkalla sina ansökningar. Således är det just i syfte att främja utvecklingen av innovativa tjänster och konkurrens som avgifterna för de två första tillståndsmottagarna anpassades till den avgift som skulle tas ut av Bouygues Télécom.
- 126 Slutligen saknas fog för argumentet att förstainstansrätten gjorde sig skyldig till en felaktig rättstillämpning när den fann att det genom direktiv 97/13 infördes ett undantag från artikel 87.1 EG som inte fanns med bland de undantag som anges i den uttömmande uppräknings i artikel 87.2 EG.
- 127 Såsom generaladvokaten har påpekat i punkt 196 i förslaget till avgörande innehåller artikel 87.2 EG nämligen undantagen från regeln att statligt stöd är oförenligt med fördraget.
- 128 Då förstainstansrätten mot bakgrund av direktiv 97/13 slöt sig till att åtgärden att anpassa de avgifter som Orange och SFR skulle betala till de avgifter som skulle tas ut av

Bouygues Télécom inte utgjorde ett statligt stöd kan den inte anses ha utvidgat tillämpningsområdet för artikel 87.2 EG, eftersom denna bestämmelse endast är tillämplig på sådana åtgärder som just utgör statligt stöd.

- 129 Överklagandet kan inte vinna bifall såvitt avser den fjärde grunden eftersom ingen av dess tre delar kan godtas.

Den tredje grunden: Felaktigheter vid den rättsliga kvalificeringen av de faktiska omständigheterna

- 130 Klagandenas tredje grund, som avser felaktigheter som förstainstansrätten påstår ha begått vid den rättsliga kvalificeringen av de faktiska omständigheterna, består också av tre delar.

- 131 Republiken Frankrike och SFR har inledningsvis gjort gällande att överklagandet inte kan prövas såvitt avser den grunden, eftersom syftet med grundens samtliga tre delar är att kritisera förstainstansrättens bedömning av de faktiska omständigheterna.

Den tredje grundens första del

— Parternas argument

- 132 Klagandena har såvitt avser den tredje grundens första del gjort gällande att förstainstansrätten gjorde sig skyldig till en felaktig rättslig kvalificering av de faktiska

omständigheterna när den kvalificerade de två på varandra följande förfarandena för tilldelning av tillstånd för UMTS som ett enda förfarande. Förstainstansrätten borde framför allt i enlighet med artikel 11 i direktiv 97/13 ha begränsat sig till att undersöka formerna för anordnandet av förfarandet och borde således ha dragit slutsatsen att det faktiskt rörde sig om två olika förfaranden. Det var på grundval av detta fel som förstainstansrätten felaktigt slöt sig till att det inte förelåg någon diskriminering och att de tre tillståndsmottagarna befann sig i en liknande situation trots att de i själva verket befann sig i olika situationer.

133 Kommissionen har i första hand, liksom Republiken Frankrike, SFR och Orange i andra hand, anfört att förstainstansrätten hade fog för sin bedömning att förfarandet för tilldelning av tillstånd för UMTS i själva verket utgjorde ett enda förfarande. Härvid har nämnda medlemsstat, SFR och Orange framhållit att hänvisningen till artikel 11 i direktiv 97/13 inte är relevant i det förevarande fallet.

134 Enligt kommissionen saknar denna delgrund i vilket fall som helst betydelse för utgången i målet, eftersom frågan huruvida det var fråga om ett enda förfarande inte var av någon avgörande betydelse för förstainstansrättens bedömning av huruvida likabehandlingsprincipen hade iakttagits. Förstainstansrätten beaktade nämligen inte bara formerna för anordnandet av ansökningsförfarandet, utan också effekterna därav. Dessutom har kommissionen hävdat att man vid tillämpningen av icke-diskrimineringsprincipen ska betrakta de två på varandra följande ansökningsförfarandena som en helhet.

135 SFR anser att förstainstansrätten gjorde en korrekt tolkning av likabehandlingsprincipen när den utgick från situationen med den framväxande marknaden för UMTS och slog fast att ingen av de berörda operatörerna hade inträtt på marknaden.

136 Slutligen har kommissionen gjort gällande att samma operatörer i ett nytt ansökningsförfarande skulle ha erhållit tillstånd för UMTS på identiska villkor.

— Domstolens bedömning

- 137 Av artiklarna 225 EG och 58 första stycket i domstolens stadga följer att ett överklagande är begränsat till rättsfrågor. Förstainstansrätten är således dels ensam behörig att fastställa de faktiska omständigheterna, utom då det av handlingarna i målet framgår att de fastställda omständigheterna är materiellt oriktiga, dels ensam behörig att bedöma dessa omständigheter. Bedömningen av de faktiska omständigheterna utgör, med undantag för de fall då förstainstansrätten missuppfattat bevisningen, inte en rättsfråga som är underställd domstolens kontroll (dom av den 2 mars 1994 i mål C-53/92 P, Hilti mot kommissionen, REG 1994, s. I-667, punkt 42, av den 21 juni 2001 i de förenade målen C-280/99 P–C-282/99 P, Moccia Irme m.fl. mot kommissionen, REG 2001, s. I-4717, punkt 78, och av den 7 juni 2007 i mål C-362/05 P, Wunenburger mot kommissionen, REG 2007, s. I-4333, punkt 66).
- 138 I motsats till vad klagandena har gjort gällande grundade förstainstansrätten i det förevarande fallet inte sin bedömning att det rörde sig om ett enda förfarande på artikel 11 i direktiv 97/13. Den bestämmelsen innehåller för övrigt inte något rättsligt kriterium för att pröva huruvida ett förfarande för tilldelning av tillstånd ska betraktas som ett enda förfarande eller som bestående av flera successiva faser. I själva verket konstaterade förstainstansrätten endast att förfarandet för tilldelning av tillstånd syftade till att fyra tillstånd skulle utfärdas (punkt 11 i den överklagade domen) och att de franska myndigheterna hade anordnat ett ”kompletterande ansökningsförfarande” på grund av att de inte hade uppnått sitt ursprungliga mål som var att utfärda fyra tillstånd (punkterna 12, 14 och 15 i samma dom).
- 139 Det var inom ramen för bedömningen av dessa omständigheter som förstainstansrätten i punkt 134 i den överklagade domen slöt sig till att ”[f]örfarandet för tilldelning av UMTS-tillstånd, som inleddes i juli 2000 av de franska myndigheterna, ... trots formerna för dess anordnande, i realiteten [utgjorde] ett enda förfarande”.
- 140 Mot denna bakgrund ska frågan huruvida nämnda myndigheter anordnade ett enda eller två olika förfaranden betraktas som en fråga som omfattas av förstainstansrättens bedömning av de faktiska omständigheterna och inte, såsom klagandena har hävdad, som en rättsfråga som är knuten till den rättsliga kvalificeringen av dessa faktiska omständigheter med hänsyn till artikel 11 i direktiv 97/13.

141 Eftersom klagandena inte har påstått att förstainstansrätten missuppfattade de faktiska omständigheterna eller den bevisning som förebringats kan den tredje grundens första del inte tas upp till sakprövning.

Den tredje grundens andra del

— Parternas argument

142 Med den tredje grundens andra del har klagandena kritiserat förstainstansrätten för att ha gjort en felaktig rättslig kvalificering av de faktiska omständigheterna genom att betrakta den aktuella fordran, som franska staten avstod från, som osäker.

143 Klagandena har gjort gällande att Orange och SFR tilldelades tillstånden för UMTS genom två beslut av den 18 juli 2001, det vill säga efter det att fristen för att återkalla ansökningar hade löpt ut den 31 maj 2001. Klagandena har vidare anført att den aktuella fordran inte kunde anses osäker endast på grund av att operatörerna kunde avstå från att utnyttja sina tillstånd. Enligt fast rättspraxis är nämligen en fordran endast osäker om dess existens är beroende av att en framtida och eventuell händelse äger rum eller att ett suspensivt villkor uppfylls.

144 Kommissionen, Republiken Frankrike, SFR och Orange anser däremot att den aktuella fordran var osäker.

145 De har särskilt anført att om Orange och SFR inte, i skrivelserna från ministeriet av den 22 februari 2001, hade erhållit en försäkran om likabehandling skulle dessa två bolag sannolikt ha återkallat sina ansökningar eftersom fristen för återkallelse ännu inte hade löpt ut vid den tidpunkten. Dessutom hade nämnda fordran enligt kommissionen ännu inte förfallit till betalning innan tillstånden tilldelades dessa bolag genom beslutet av den 18 juli 2001.

146 Orange har tillagt att med hänsyn till att det är fråga om tillstånd för att använda allmän egendom kvarstod möjligheten att återkalla ansökningarna även efter den 31 maj 2001, eftersom tillståndsmottagarna när som helst kunde välja att avsäga sig tillstånden och därmed upphöra med att betala avgiften.

147 Enligt kommissionen, Republiken Frankrike och Orange saknar den tredje grundens andra del i varje fall betydelse för utgången i målet, eftersom den avser ett överflödigt skäl i den överklagade domen. Förstainstansrätten hade nämligen grundat sin bedömning att avståendet från den aktuella fordran inte utgjorde ett statligt stöd även på skäl hänförliga till det undantag som avser systemets struktur.

— Domstolens bedömning

148 Anmärkningar som riktats mot ett överflödigt skäl i ett avgörande från förstainstansrätten kan inte medföra att avgörandet upphävs och saknar således betydelse för utgången i målet (se, bland annat, dom av den 28 juni 2005 i de förenade målen C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P–C-208/02 P och C-213/02 P, Dansk Rørindustri m.fl. mot kommissionen, REG 2005, s. I-5425, punkt 148 och där angiven rättspraxis).

149 Domstolen framhåller för det första, såsom generaladvokaten har gjort i punkt 131 i förslaget till avgörande, att förstainstansrätten visserligen i punkt 106 i den överklagade domen konstaterade att de franska myndigheterna i det aktuella fallet har avstått från statliga medel i en betydande omfattning, även om den påpekade att

dessa medel var osäkra till sin karaktär, men att faktum kvarstår att förstainstansrätten i punkt 111 i samma dom slog fast att ”den omständigheten att staten har avstått från medel och att detta medförde en förmån för de operatörer vars avgift har sänkts [inte räcker] för att slå fast förekomsten av statligt stöd som inte är förenligt med den gemensamma marknaden, med hänsyn till de särdrag som gemenskapsrätten på telekommunikationsområdet företer jämfört med den allmänna gemenskapsrätten på området för statligt stöd. Det avstående från en fordran som har gjorts i det aktuella fallet var nämligen en ofrånkomlig följd av systemets struktur. Därtill kommer ... att nämnda fordran inte var säker.”

150 För det andra ska det erinras om att, av de skäl som anges i punkterna 87–95 i den förevarande domen, överklagandet inte kan bifallas på den grund som avser skälen i den överklagade domen och motiveringen av avståndet från statliga medel med hänsyn till systemets art och struktur.

151 Mot denna bakgrund konstaterar domstolen att även om klagandenas delgrund, enligt vilken förstainstansrätten gjorde sig skyldig till en felaktig rättstillämpning när den kvalificerade den aktuella fordran som osäker, kunde tas upp till sakprövning och godtas skulle en sådan felaktig rättstillämpning, även om den var bevisad, i varje fall inte kunna föranleda ett ifrågasättande av riktigheten i förstainstansrättens slutsats i punkt 111 i den överklagade domen.

152 Den tredje grundens andra del ska således lämnas utan avseende eftersom den saknar betydelse för utgången i målet.

Den tredje grundens tredje del

— Parternas argument

- 153 Såvitt avser den tredje grundens tredje del har klagandena hävdatt att förstainstansrätten missuppfattade ordalydelsen i skrivelserna från ministeriet av den 22 februari 2001 då den angav att dessa innehöll en utfästelse om ”jämlig behandling” (*traitement égalitaire*) i förhållande till de övriga operatörerna, medan försäkrar i själva verket endast avsåg en ”skälig behandling” (*traitement équitable*). Ministeriets åtagande avseende en skälig behandling kan dock inte anses utgöra en utfästelse om retroaktiv anpassning av den avgift som de första mottagarna av UMTS-tillstånd skulle betala till avgiften för det senare utfärdade tillståndet. En sådan missuppfattning av de aktuella skrivelserna kan leda till att förstainstansrättens dom upphävs i sin helhet.
- 154 Enligt kommissionen kan argumentet inte tas upp till sakprövning eftersom frågan huruvida orden *équité* (skälighet) och *égalité* (jämlighet) är semantiskt likvärdiga utgör ett nytt argument. Orange har också anfört att argumentet inte kan tas upp till sakprövning på grund av att det innebär ett ifrågasättande av förstainstansrättens bedömning av de faktiska omständigheterna.
- 155 I vilket fall som helst anser kommissionen, liksom Orange har gjort gällande i andra hand, att den aktuella delen av den tredje grunden saknar betydelse för utgången i målet eftersom utfästelserna från ministeriet inte spelade någon väsentlig roll för förstainstansrättens konstateranden och resonemang.
- 156 Kommissionen har i andra hand gjort gällande att klagandena inte lyckats vederlägga förstainstansrättens slutsats att de två ursprungliga tillståndsmottagarna i själva verket inte har åtnjutit någon fördel. Republiken Frankrike och SFR har å sin sida anfört att det är uteslutet att förstainstansrätten har missuppfattat innehållet i skrivelserna.

— Domstolens bedömning

- 157 Denna del av den tredje grunden saknar, såsom kommissionen och Orange har gjort gällande, också betydelse för utgången i målet.
- 158 Det framgår nämligen tydligt av punkterna 153 och 154 i den överklagade domen att förstainstansrätten har gjort sin bedömning av behovet för de franska myndigheterna att sänka avgifterna för SFR och Orange på grundval av likabehandlingsprincipen, i enlighet med vad som krävs enligt direktiv 97/13.
- 159 Med andra ord bedömde förstainstansrätten inte att åtgärden att anpassa avgifterna berodde på den försäkran om ”skälig behandling” som nämnda myndigheter lämnade genom skrivelserna från ministeriet av den 22 februari 2001.
- 160 Det innebär att även om klagandenas argument, enligt vilket förstainstansrätten uppenbart har missuppfattat skrivelsernas innehåll vad gäller nämnda försäkran, kunde tas upp till sakprövning och godtas, skulle en sådan missuppfattning i vilket fall som helst sakna betydelse för frågan huruvida den överklagade domen är välgrundad.
- 161 Således ska denna del av den tredje grunden lämnas utan avseende, mot bakgrund av den rättspraxis som det erinras om i punkt 148 i den förevarande domen.
- 162 Eftersom överklagandet inte kan vinna bifall såvitt avser någon av de fyra grunder som klagandena har åberopat ska överklagandet, i den del det kan prövas i sak, ogillas.

Rättegångskostnader

- ¹⁶³ Enligt artikel 69.2 i rättegångsreglerna, som är tillämplig på mål om överklagande enligt artikel 118 i dessa regler, ska tappande part förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna, om detta har yrkats.
- ¹⁶⁴ Kommissionen, Orange och SFR har yrkat att klagandena ska förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna. Eftersom klagandena har tappat målet, ska kommissionens, Oranges och SFR:s yrkande bifallas.
- ¹⁶⁵ Enligt artikel 69.4 i rättegångsreglerna, som också är tillämplig enligt den ovannämnda artikel 118, ska medlemsstater som intervenerat bära sina rättegångskostnader. Således ska Republiken Frankrike bära sin rättegångskostnad.

Mot denna bakgrund beslutar domstolen (första avdelningen) följande:

- 1) Överklagandet ogillas.**
- 2) Bouygues SA och Bouygues Télécom SA ska ersätta rättegångskostnaderna.**
- 3) Republiken Frankrike ska bära sin rättegångskostnad.**

Underskrifter