ARREST VAN HET HOF (Eerste kamer)

2 april 2009*

In zaak C-431/07 P,

betreffende een hogere voorziening krachtens artikel 56 van het Statuut van het Hof van Justitie, ingesteld op 18 september 2007,

Bouygues SA, gevestigd te Parijs (Frankrijk),

Bouygues Télécom SA, gevestigd te Boulogne-Billancourt (Frankrijk),

vertegenwoordigd door F. Sureau, D. Théophile, S. Perrotet, A. Bénabent, J. Vogel en L. Vogel, avocats,

rekwirantes,

* Procestaal: Frans.

andere partijen bij de procedure:

Commissie van de Europese Gemeenschappen, vertegenwoordigd door C. Giolito als gemachtigde, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg,

verweerster in eerste aanleg,

Franse Republiek, vertegenwoordigd door G. de Bergues, O. Christmann en A.-L. Vendrolini als gemachtigden,

Orange France SA, vertegenwoordigd door S. Hautbourg, S. Quesson en L. Olza Moreno, avocats,

Société française du radiotéléphone — SFR, vertegenwoordigd door A. Vincent, avocat, en C. Vajda, QC,

interveniënten in eerste aanleg,

wijst

HET HOF VAN JUSTITIE (Eerste kamer),

samengesteld als volgt: P. Jann, kamerpresident, M. Ilešič, A. Tizzano (rapporteur), A. Borg Barthet en J.-J. Kasel, rechters,

advocaat-generaal: V. Trstenjak,
griffier: M.-A. Gaudissart, hoofd van administratieve eenheid,

gezien de stukken en na de terechtzitting op 11 september 2008,

gehoord de conclusie van de advocaat-generaal ter terechtzitting van 8 oktober 2008,

het navolgende

Arrest

1 Bouygues Télécom SA (hierna: „Bouygues Télécom") en Bouygues SA verzoeken het Hof om vernietiging van het arrest van het Gerecht van eerste aanleg van de Europese Gemeenschappen van 4 juli 2007, Bouygues en Bouygues Télécom/Commissie (T-475/04, Jurispr. blz. II-2097; hierna: „bestreden arrest"), waarbij hun beroep tot nietigverklaring van de beschikking van de Commissie van 20 juli 2004 betreffende de wijziging van de door Orange en SFR te betalen vergoedingen voor Universal Mobile Telecommunications System-licenties (UMTS-licenties) (staatssteun NN 42/2004 — Frankrijk) (hierna: „litigieuze beschikking") is verworpen.

Toepasselijke bepalingen van gemeenschapsrecht

2 Richtlijn 97/13/EG van het Europees Parlement en de Raad van 10 april 1997 betreffende een gemeenschappelijk kader voor algemene machtigingen en individuele

vergunningen op het gebied van telecommunicatiediensten (PB L 117, blz. 15), die van toepassing was ten tijde van de feiten van het hoofdgeding, bepaalde in artikel 8, lid 4:

„De lidstaten mogen de aan een individuele vergunning verbonden voorwaarden in objectief gerechtvaardigde gevallen en op evenredige wijze wijzigen. Wanneer zij zulks doen, maken zij hun voornemen daartoe op geëigende wijze bekend en stellen zij belanghebbende partijen in de gelegenheid hun oordeel over de voorgenomen wijzigingen te geven."

3 Artikel 9, lid 2, eerste streepje, van deze richtlijn luidde als volgt:

„Indien een lidstaat voornemens is individuele vergunningen te verlenen:

— geschiedt dit door middel van open, niet-discriminerende en transparante procedures en door daartoe alle aanvragers aan dezelfde procedures te onderwerpen, tenzij er een objectieve reden voor het maken van onderscheid is."

4 Artikel 10, lid 3, eerste alinea, van deze richtlijn bepaalde:

„De lidstaten dienen dergelijke individuele vergunningen te verlenen op basis van selectiecriteria die objectief, gedetailleerd, transparant, proportioneel en niet-discriminerend zijn. Bij elk van die selecties dient voldoende aandacht te worden geschonken aan de noodzaak om de ontwikkeling van concurrentie te bevorderen en ervoor te zorgen dat de voordelen voor gebruikers zo groot mogelijk zijn."

5 Artikel 11 van richtlijn 97/13 luidde:

„1. De lidstaten dragen er zorg voor dat iedere vergoeding die van ondernemingen als onderdeel van machtigingsprocedures wordt verlangd, uitsluitend strekt tot dekking van de administratiekosten die voortvloeien uit de afgifte van, het beheer van, de controle van en het toezicht op de naleving van de toepasselijke individuele vergunningen. De vergoedingen voor een individuele vergunning dienen in verhouding te staan tot het ermee gepaard gaande werk en op geëigende wijze en met voldoende bijzonderheden te worden bekendgemaakt, zodat deze informatie gemakkelijk toegankelijk is.

2. Indien gebruik moet worden gemaakt van schaarse hulpbronnen, kunnen de lidstaten, in weerwil van lid 1, hun nationale regelgevende instanties toestaan heffingen te innen om een optimaal gebruik van deze hulpbronnen te waarborgen. Die heffingen dienen niet-discriminerend te zijn en met name rekening te houden met de noodzaak de ontwikkeling van innovatieve diensten en concurrentie te bevorderen."

6 Beschikking nr. 128/1999/EG van het Europees Parlement en de Raad van 14 december 1998 betreffende de gecoördineerde invoering van de derde generatie van mobiele draadloze communicatiesystemen (UMTS) in de Gemeenschap (PB 1999, L 17, blz. 1), die nog van toepassing was ten tijde van de feiten van het geding, had, volgens de bewoordingen van artikel 1 ervan, als doelstelling „[…] het bevorderen van de spoedige en gecoördineerde invoering van compatibele UMTS-netwerken en -diensten in de Gemeenschap […]".

7 Artikel 3, lid 1, van diezelfde beschikking luidde:

„De lidstaten treffen alle nodige maatregelen om vóór 1 januari 2002 op hun grondgebied de gecoördineerde en geleidelijke invoering van UMTS-diensten mogelijk te maken overeenkomstig artikel 1 van richtlijn 97/13/EG […]"

Voorgeschiedenis van het geding

8 Op 28 juli 2000 is de Franse minister van Industrie, Post en Telecommunicatie een procedure begonnen voor de indiening van aanvragen voor de toekenning van vier licenties voor de invoering in Europees Frankrijk van mobiele draadloze communicatiesystemen (UMTS). De aanvragen moesten uiterlijk op 31 januari 2001 worden ingediend en konden tot en met 31 mei 2001 worden ingetrokken.

9 Aangezien slechts twee gegadigden dossiers hadden ingediend, te weten de Société française du radiotéléphone — SFR (hierna: „SFR") en de vennootschap France Télécom mobiles, die enkele maanden later de vennootschap Orange France SA (hierna: „Orange") is geworden, achtten de Franse autoriteiten een nieuwe oproep tot het indienen van aanvragen noodzakelijk om een daadwerkelijke mededinging te waarborgen.

10 Bij twee gelijkluidende brieven van 22 februari 2001 hebben de minister van Economische Zaken en Financiën en de staatssecretaris voor Industrie de bestuurders van SFR en Orange verzekerd dat „de nadere voorschriften voor de aanvullende oproep tot het indienen van aanvragen, […] een billijke behandeling [zouden] garanderen van de exploitanten aan wie uiteindelijk een licentie [zou] worden verleend".

11 Zonder de aanvullende oproep tot het indienen van aanvragen af te wachten, werden bij twee besluiten van 18 juli 2001 de eerste twee UMTS-licenties afgegeven aan SFR en Orange. Deze twee licenties werden toegekend tegen betaling van vergoedingen van in totaal 4 954 593 000 EUR, te voldoen in termijnen, waarvan de eerste verviel op 31 september 2001 en de laatste op 30 juni 2016.

12 Na de aanvullende oproep tot het indienen van aanvragen is op 3 december 2002 een derde UMTS-licentie toegekend, en wel aan Bouygues Télécom. Bij gebreke van andere aanvragers werd de vierde licentie niet toegekend.

13 De derde licentie werd toegekend tegen betaling van vergoedingen, bestaande uit een vast deel ten bedrage van 619 209 795,27 EUR, te voldoen op 30 september van het jaar van afgifte van de vergunning of, indien deze afgifte na die datum plaatsvond, op de datum van die afgifte, en een variabel deel, jaarlijks te betalen vóór 30 juni van het lopende jaar, voor het gebruik van de frequenties in het voorgaande jaar, dat werd berekend als een percentage van de door het gebruik van deze frequenties gegenereerde omzet.

14 Voorts wijzigde de onderminister voor Industrie bij twee andere besluiten, eveneens van 3 december 2002 (JORF van 12 december 2002, blz. 20498 en 20499), die respectievelijk betrekking hadden op SFR en Orange, met name de bepalingen inzake de vergoedingen voor de terbeschikkingstelling en het beheer van de frequenties, door dezelfde bepalingen vast te stellen als die welke golden voor Bouygues Télécom en die in het voorgaande punt van dit arrest zijn beschreven.

15 Op 31 januari 2003 heeft de Commissie van de Europese Gemeenschappen naar aanleiding van een klacht van rekwirantes tegen een samenstel van steunmaatregelen die de Franse autoriteiten zouden hebben genomen ten gunste van France Télécom, de onderzoeksprocedure van artikel 88, lid 2, EG ingeleid tegen sommige van deze maatregelen, waarvan de maatregel waarbij de door SFR en Orange verschuldigde vergoedingen in overeenstemming werden gebracht met die welke waren vastgesteld voor Bouygues Télécom, geen deel uitmaakte.

16 Bij de litigieuze beschikking heeft de Commissie op basis van artikel 88 EG besloten om geen bezwaar te maken tegen voornoemde maatregel waarbij deze vergoedingen met elkaar in overeenstemming werden gebracht, op grond dat deze geen steunelementen in de zin van artikel 87, lid 1, EG bevatte.

17 Op 24 november 2004 hebben rekwirantes bij het Gerecht beroep ingesteld tot nietigverklaring van de litigieuze beschikking.

Bestreden arrest

18 Rekwirantes hebben hun beroep met name gebaseerd op twee middelen, ontleend aan schending door de Commissie, enerzijds, van artikel 87, lid 1, EG, aangezien de door Orange en SFR verschuldigde vergoedingen volgens hen staatssteun vormden in de zin van die bepaling en, anderzijds, van artikel 88, lid 2, EG, aangezien de Commissie, daar de zaak ernstige moeilijkheden opriep, de formele procedure van voornoemd artikel 88 had moeten inleiden.

19 Het Gerecht heeft deze twee middelen gezamenlijk onderzocht en zich enkel uitgesproken over de vraag of er sprake was van ernstige moeilijkheden. In punt 93 van het bestreden arrest heeft het Gerecht namelijk geoordeeld dat indien dergelijke moeilijkheden zouden bestaan, de litigieuze beschikking alleen al op die grond nietig had kunnen worden verklaard, wegens het verzuim om het door het EG-Verdrag voorgeschreven grondige, contradictoire onderzoek aan te vangen, zelfs indien niet was aangetoond dat de inhoudelijke beoordeling door de Commissie rechtens of feitelijk onjuist was.

20 In het kader van dit onderzoek heeft het Gerecht, in de punten 95 tot en met 126 van het bestreden arrest, in de eerste plaats de argumenten afgewezen die moesten aantonen dat er sprake was van een selectief voordeel, met name een tijdsvoordeel, dat Orange en SFR zouden hebben genoten vanwege van het feit dat de eerste twee UMTS-licenties waren toegekend aan deze twee vennootschappen vóórdat Bouygues Télécom de derde licentie ontving. Ook was het Gerecht, in punt 126 van datzelfde arrest, van oordeel dat deze beoordeling geen ernstige moeilijkheid opriep.

21 Dienaangaande heeft het Gerecht, in de punten 100 en 106 van het bestreden arrest, in de eerste plaats vastgesteld dat deze licenties een economische waarde hadden en dat rekwirantes dus gelijk hebben waar zij stellen dat de Franse autoriteiten, door de door Orange en SFR verschuldigde vergoedingen te verlagen, in aanzienlijke mate afstand hebben gedaan van staatsmiddelen.

22 Niettemin heeft het Gerecht vervolgens, in punt 107 van het bestreden arrest, opgemerkt dat de schuldvorderingen op Orange en SFR waarvan de Franse Staat heeft afgezien, niet vaststonden. Immers, „[i]n het kader van de procedure in verband met de eerste oproep tot het indienen van aanvragen hadden deze twee exploitanten […] tot en met 31 mei 2001 hun aanvragen kunnen intrekken, wanneer hun niet was verzekerd dat zij op dezelfde wijze zouden worden behandeld als de andere exploitanten […], en voorts daarna op elk moment afstand kunnen doen van hun licenties en bijgevolg de betaling van de vergoeding [kunnen] staken, in het bijzonder wanneer zij zouden menen het slachtoffer te zijn van een ongelijke behandeling ten opzichte van Bouygues Télécom".

23 Het Gerecht heeft voorts, in punt 111 van het bestreden arrest, vastgesteld dat de betrokken afstand van schuldvorderingen niet als staatssteun kon worden gekwalificeerd, vanwege de specifieke bepalingen van het gemeenschapsrecht inzake telecommunicatie in het licht van het gemene recht betreffende staatssteun.

24 Ten slotte heeft het Gerecht in de punten 113 en 116 van het bestreden arrest geoordeeld dat indien er een objectief verschil bestond tussen de situatie van Orange en SFR, enerzijds, en die van Bouygues Télécom, anderzijds, wat het moment betreft waarop hun de respectieve licenties waren toegekend, de problemen die samenhingen met de UMTS-technologie en met een voor de ontwikkeling ervan ongunstig economisch klimaat, de inschrijvers aan wie de eerste licenties waren toegekend niet in staat hebben gesteld om toe te treden tot de markt en, bijgevolg, in de praktijk te profiteren van het tijdsvoordeel dat de eerdere verkrijging van deze licenties hun had kunnen verschaffen.

25 Het Gerecht heeft, in punt 123 van het bestreden arrest, in ieder geval vastgesteld dat „[h]et virtueel aan Orange en SFR verleende voordeel […] hoe dan ook de enige manier [was] om te vermijden dat, in strijd met richtlijn 97/13, een maatregel moest worden genomen die, gelet op het aanzienlijke verschil tussen de successieve vergoedingenstelsels die de nationale autoriteiten hadden ontwikkeld, discriminerend zou zijn geweest voor deze twee exploitanten, terwijl vanwege de vertraging waarmee Orange en SFR te kampen hadden bij het opzetten van hun UMTS-diensten, op de datum van de litigieuze wijziging, zoals hierboven reeds is vastgesteld, geen enkele exploitant op de markt aanwezig was en de kenmerken van de licenties van de drie concurrerende exploitanten identiek waren".

26 In de tweede plaats heeft het Gerecht, in de punten 127 tot en met 156 van het bestreden arrest, rekwirantes' betoog afgewezen dat moest aantonen dat de wijziging van de vergoedingen in strijd was met het discriminatieverbod, en geconstateerd dat de beoordeling of dit beginsel was geëerbiedigd evenmin een ernstige moeilijkheid vormde die het noodzakelijk maakte de formele onderzoeksprocedure in te leiden.

27 Enerzijds heeft het Gerecht in de punten 134 en 136 van het bestreden arrest geoordeeld dat de procedure voor toewijzing van de UMTS-licenties, ondanks de wijze waarop deze feitelijk was georganiseerd, één enkele procedure vormde die tot doel had vier licenties toe te wijzen en dat, bijgevolg, het discriminatieverbod dus moest worden toegepast door de twee opeenvolgende oproepen tot het indienen van aanvragen als één geheel te onderzoeken.

28 Anderzijds heeft het Gerecht in punt 148 van het bestreden arrest geconstateerd dat, aangezien de inhoud van de drie licenties identiek was en er op het moment waarop de door SFR en Orange verschuldigde vergoedingen werden gewijzigd nog geen enkele exploitant tot de markt was toegetreden, de gekozen oplossing, die inhield dat deze vergoedingen met terugwerkende kracht werden gewijzigd, de Franse autoriteiten niet alleen in staat heeft gesteld om de drie betrokken exploitanten gelijk te behandelen, maar ook om vertragingen bij de lancering van de door richtlijn 97/13 bedoelde UMTS-diensten te voorkomen.

29 In de derde plaats heeft het Gerecht in de punten 157 en 158 van het bestreden arrest tevens geoordeeld dat noch de complexiteit van de zaak noch de duur van de procedure bij de Commissie zodanig waren dat hieruit kon worden afgeleid dat het onderzoek van de maatregel waarbij de vergoedingen met elkaar in overeenstemming werden gebracht, ernstige moeilijkheden opleverde.

30 Op grond van deze overwegingen heeft het Gerecht het beroep dat bij hem aanhangig was gemaakt verworpen.

Conclusies van partijen

31 Met hun hogere voorziening verzoeken rekwirantes het Hof:

— het bestreden arrest te vernietigen en de zaak te verwijzen naar het Gerecht voor een nieuwe beslissing met inachtneming van de rechtsopvatting van het Hof;

— de Commissie te verwijzen in de kosten.

32 De Commissie, de Franse Republiek, SFR en Orange concluderen tot afwijzing van de hogere voorziening en verwijzing van rekwirantes in de kosten.

Verzoek om heropening van de mondelinge behandeling

33 Bij op 17 november 2008 ter griffie neergelegde akte hebben rekwirantes krachtens artikel 61 van het Reglement voor de procesvoering het Hof verzocht de mondelinge behandeling te heropenen.

34 Ter onderbouwing van hun verzoek voeren zij aan dat enkele door de advocaat-generaal in haar conclusie besproken punten nieuw zijn en de beslissing van het Hof kunnen beïnvloeden.

35 In dit verband zij eraan herinnerd dat het Hof krachtens artikel 61 van zijn Reglement voor de procesvoering ambtshalve of op voorstel van de advocaat-generaal dan wel op verzoek van partijen de mondelinge behandeling kan heropenen, indien het van oordeel is dat het onvoldoende is ingelicht of dat de zaak moet worden beslecht op basis van een argument waarover tussen partijen geen discussie heeft plaatsgevonden (zie met name beschikking van 4 februari 2000, Emesa Sugar, C-17/98, Jurispr. blz. I-665, punt 18; arresten van 29 april 2004, Commissie/Kvaerner Warnow Werft, C-181/02 P, Jurispr. blz. I-5703, punt 25, en 26 juni 2008, Burda, C-284/06, Jurispr. blz. I-4571, punt 37).

36 In casu is het Hof, de advocaat-generaal gehoord, echter van oordeel dat het over alle noodzakelijke gegevens beschikt om uitspraak te kunnen doen op de onderhavige hogere voorziening van rekwirantes, en dat over deze gegevens ten overstaan van het Hof is gediscussieerd. Bijgevolg moet het verzoek om heropening van de mondelinge behandeling worden afgewezen.

Hogere voorziening

37 Tot staving van hun hogere voorziening voeren rekwirantes vier middelen aan, ontleend aan respectievelijk schending van de motiveringsplicht, onjuiste rechtsopvatting ter zake van het ontbreken van ernstige moeilijkheden, fouten bij de juridische kwalificatie van de feiten en, ten slotte, onjuiste rechtsopvatting op een aantal punten bij de toepassing van artikel 87 EG.

Eerste middel: schending van de motiveringsplicht met betrekking tot de toepassing van de uitzondering op grond van de aard en de opzet van het stelsel

Argumenten van partijen

38 Met hun eerste middel verwijten rekwirantes het Gerecht dat het geen toereikende motivering heeft verstrekt met betrekking tot de toepassing op het onderhavige geval van de uitzondering op grond van de aard en de opzet van het stelsel, als regel die afwijkt van het beginsel dat een onderscheid waarbij een of meer ondernemingen worden begunstigd noodzakelijkerwijs een selectief voordeel vormt. Meer inzonderheid bevat het bestreden arrest geen voldoende uitdrukkelijke motivering, noch met betrekking tot de inhoud van deze uitzondering noch aangaande het causaal verband tussen deze uitzondering en de aanzienlijke mate waarin werd afgezien van staatsmiddelen.

39 Inzonderheid voeren rekwirantes verschillende hypotheses aan die volgens hen de verwijzing in de onderhavige zaak naar het begrip „opzet van het stelsel" zouden kunnen rechtvaardigen, te weten het specifiek karakter van het gemeenschapsrecht inzake telecommunicatie in het licht van het gemene recht inzake staatssteun, de noodzaak om de in artikel 3, lid 1, van beschikking nr. 128/1999 voorziene startdatum van 1 januari 2002 te eerbiedigen, en het vinden van vier exploitanten teneinde een voldoende mededinging te waarborgen. Niettemin zijn rekwirantes van mening dat geen van deze hypotheses doorslaggevend is, of althans toereikend is gemotiveerd door het Gerecht.

40 De Commissie, de Franse Republiek, Orange en SFR zijn daarentegen van mening dat het bestreden arrest op dit punt toereikend is gemotiveerd, aangezien het ter beoordeling van deze uitzondering uitgebreid verwijst naar de toepasselijke bepalingen en naar de relevante rechtspraak.

41 Wat de vier door rekwirantes aangevoerde hypotheses betreft, betogen de Commissie en SFR dat de beoordeling hiervan valt onder de analyse van de gegrondheid van het arrest en niet onder de naleving van de motiveringsplicht. De Franse Republiek stelt in dit verband, anders dan rekwirantes, dat deze hypotheses volledig coherent en

complementair zijn. SFR voegt hieraan toe dat het eerste middel in elk geval niet-ontvankelijk is omdat rekwirantes in werkelijkheid de feitelijke beoordeling door het Gerecht betwisten.

Beoordeling door het Hof

42 Er dient om te beginnen aan te worden herinnerd dat de ingevolge de artikelen 36 en 53, eerste alinea, van het Statuut van het Hof van Justitie op het Gerecht rustende verplichting, zijn arresten te motiveren, niet inhoudt dat het Gerecht bij zijn redenering alle door partijen bij het geding uiteengezette argumenten één voor één uitputtend dient te behandelen. De motivering kan dus impliciet zijn, mits de belanghebbenden de redenen kunnen kennen waarom de betrokken maatregelen zijn getroffen en het Hof over voldoende elementen beschikt om zijn rechterlijk toezicht uit te oefenen (arresten van 18 mei 2006, Archer Daniels Midland en Archer Daniels Midland Ingredients/Commissie, C-397/03 P, Jurispr. blz. I-4429, punt 60, en 8 februari 2007, Groupe Danone/Commissie, C-3/06 P, Jurispr. blz. I-1331, punt 46).

43 Vastgesteld moet worden dat in casu het Gerecht evenwel heeft aangegeven waarom het van oordeel was dat de betrokken afstand van schuldvorderingen op grond van de aard en de opzet van het stelsel van het telecommunicatierecht niet onder het begrip „met het gemeenschapsrecht onverenigbare staatssteun" viel.

44 Het Gerecht heeft immers, met name in de punten 108 tot en met 110 van het bestreden arrest, uitgebreid de kenmerken uiteengezet van de communautaire kaderregeling inzake telecommunicatiediensten, zoals die voortvloeit uit richtlijn 97/13 en beschikking nr. 128/1999. In het bijzonder was het Gerecht van oordeel dat dit kader vereist dat de lidstaten, ofschoon zij vrij zijn in de keuze van de procedure voor toewijzing van UMTS-licenties, niettemin verplicht zijn het beginsel van gelijke behandeling van exploitanten te eerbiedigen, rekening houdend met het moment waarop elk van de betrokken exploitanten tot de markt toetreedt.

45 Bovendien heeft volgens punt 109 van het bestreden arrest de communautaire rechtspraak artikel 11, lid 2, van deze richtlijn reeds in die zin uitgelegd, dat de vergoedingen die van de verschillende exploitanten worden gevraagd, economisch gelijkwaardig moeten zijn.

46 Hieruit volgt volgens het Gerecht dat de Franse autoriteiten in de omstandigheden van de onderhavige zaak geen andere mogelijkheid hadden dan het bedrag van de door Orange en SFR verschuldigde vergoedingen te verlagen en, derhalve, afstand te doen van de betrokken schuldvorderingen, teneinde dit bedrag gelijkwaardig te maken aan het door Bouygues Télécom verschuldigde bedrag.

47 Derhalve volgt uit de bovengenoemde punten 108 tot en met 110 duidelijk dat de omstandigheden die in casu de toepassing van de uitzondering op grond van de opzet van het stelsel rechtvaardigden, te weten de verplichting voor de nationale autoriteiten om de door het gemeenschapsrecht inzake telecommunicatie specifiek gestelde vereisten van gelijke behandeling te eerbiedigen, door het Gerecht duidelijk zijn aangegeven.

48 Voorts berusten de overige door rekwirantes naar voren gebrachte hypotheses op een verkeerde lezing van het bestreden arrest.

49 Immers, anders dan rekwirantes betogen, heeft het Gerecht, enerzijds, de noodzaak om de in artikel 3, lid 1, van beschikking nr. 128/1999 neergelegde datum van 1 januari 2002 te eerbiedigen als datum waarop de UMTS-diensten moesten zijn ingevoerd op het grondgebied van de lidstaten, geenszins aangemerkt als kenmerkend voor het stelsel. In feite heeft het Gerecht met dit aspect, in punt 141 van het bestreden arrest, enkel rekening gehouden om te kunnen beoordelen waarom de Franse autoriteiten hadden besloten om de toekenningsprocedure niet van begin af aan over te doen.

50 Anderzijds volgt uit de punten 11 en 138 van het bestreden arrest uitdrukkelijk dat de noodzaak om „voldoende exploitanten [te selecteren] om een daadwerkelijke mededinging in de sector te waarborgen" door het Gerecht niet in aanmerking is genomen als een kenmerk van het stelsel, maar enkel om tot de slotsom te komen dat de eerste oproep tot het indienen van aanvragen geen bevredigend resultaat had opgeleverd, gelet op de noodzaak om te waarborgen dat de mededinging in de betrokken sector is verzekerd en dat er, bijgevolg, meer exploitanten moesten worden gevonden.

51 Wat ten slotte de ontoereikende motivering in het bestreden arrest met betrekking tot het causaal verband tussen de aard van het stelsel en de afstand van de schuldvorderingen op Orange en SFR betreft, kan worden volstaan met op te merken dat het Gerecht in punt 123 van dat arrest heeft aangegeven waarom het tot de slotsom was gekomen dat hier van een dergelijk verband sprake was, door te oordelen dat, aangezien de kenmerken van de drie UMTS-licenties identiek waren, handhaving van het oorspronkelijke bedrag van de door Orange en SFR verschuldigde vergoedingen noodzakelijkerwijs schending, ten nadele van laatstgenoemden, van de door het gemeenschapsrecht inzake telecommunicatie specifiek gestelde verplichtingen op het gebied van gelijke behandeling zou hebben opgeleverd.

52 Gelet op voorgaande overwegingen moet worden vastgesteld dat uit de motivering van het bestreden arrest rechtens genoegzaam kan worden begrepen waarom het Gerecht heeft geoordeeld dat de verlaging van de door Orange en SFR verschuldigde vergoedingen en, derhalve, de afstand van de schuldvorderingen op hen, vanwege de opzet van het stelsel niet konden worden aangemerkt als staatssteun.

53 Derhalve moet het eerste middel ongegrond worden verklaard.

Tweede middel: onjuiste rechtopvatting ter zake van het ontbreken van ernstige moeilijkheden

Argumenten van partijen

54 Met hun tweede middel betogen rekwirantes dat het Gerecht de beoordeling betreffende het bestaan van een ernstige moeilijkheid heeft verward met die betreffende de gegrondheid van de litigieuze beschikking. Om vast te stellen dat de Commissie niet gehouden was de fase van het diepgaande onderzoek in te leiden, heeft het Gerecht, na de relevantie van alle door partijen aangevoerde middelen te hebben onderzocht, enkel uitdrukkelijk verklaard dat dit onderzoek geen ernstige moeilijkheden had opgeroepen.

55 In feite wordt het bestaan van ernstige moeilijkheden volgens hen bevestigd door het feit dat het Gerecht in het bestreden arrest zijn eigen beoordeling over een aantal ingewikkelde vragen in de plaats van die van de Commissie heeft gesteld, met gedeeltelijke desavouering van het onderzoek vervat in de litigieuze beschikking.

56 Volgens de Commissie is dit middel niet-ontvankelijk, aangezien het niet is aangevoerd in eerste aanleg. De Franse Republiek voert op haar beurt aan dat rekwirantes de noodzaak om de in artikel 88 EG voorziene formele onderzoeksprocedure met betrekking tot steunmaatregelen in te leiden enkel subsidiair voor het Gerecht hebben aangevoerd.

57 Ten gronde betogen de Commissie, de Franse Republiek, SFR en Orange dat de door het Gerecht gevolgde aanpak rechtens juist is en niet op verwarring berust. Bovendien heeft het Gerecht volgens Orange nu juist het soort van onderzoek verricht dat rekwirantes hebben geëist. De Commissie voegt hieraan toe dat de elementen waarop het Gerecht zich heeft gebaseerd dezelfde zijn als die waarop de litigieuze beschikking berust. Dit toont aan dat deze elementen voldoende waren om over de vragen waarnaar rekwirantes verwijzen te beslissen.

58 Aangaande de gestelde desavouering van het standpunt van de Commissie betoogt de Franse Republiek dat het Gerecht zijn eigen beoordeling niet in de plaats van die van de Commissie heeft gesteld, aangezien het bestreden arrest grotendeels berustte op het onderzoek vervat in de litigieuze beschikking. De Commissie, SFR en Orange zijn voorts van mening dat de diverse beoordelingen door het Gerecht enkel strekten ter beantwoording van de door rekwirantes in hun beroep naar voren gebrachte argumenten. SFR voegt hier inzonderheid aan toe dat het Gerecht het ontbreken van een ernstige moeilijkheid niet had kunnen onderzoeken zonder een diepgaander onderzoek te verrichten van de gegevens waarover de Commissie beschikte. Hoe dan ook is volgens laatstgenoemde een dergelijk betoog niet alleen niet-ontvankelijk, aangezien het betrekking heeft op een feitelijke beoordeling, maar toont het zelfs niet aan hoe een beoordeling door het Gerecht die afweek van die van de Commissie, van invloed zou kunnen zijn op de vraag naar het bestaan van ernstige moeilijkheden en op de geldigheid van het bestreden arrest.

Beoordeling door het Hof

59 Vooraf zij opgemerkt dat, anders dan de Commissie betoogt, dit middel niet gericht is tegen de geldigheid van de litigieuze beschikking, maar het Gerecht verwijt blijk te hebben gegeven van een onjuiste rechtsopvatting, door de inhoud van deze beschikking te onderzoeken om na te gaan of er sprake was van ernstige moeilijkheden.

60 Hieruit volgt dat het tweede middel ontvankelijk is.

61 Wat de gegrondheid van dit middel betreft zij eraan herinnerd dat volgens vaste rechtspraak de procedure van artikel 88, lid 2, EG volstrekt noodzakelijk is wanneer de Commissie op ernstige problemen stuit bij de beoordeling van de vraag of een steunmaatregel verenigbaar is met de gemeenschappelijke markt. In geval van een positieve beslissing over de steunmaatregel mag de Commissie zich dus slechts tot de in artikel 88, lid 3, EG bedoelde inleidende fase van het onderzoek beperken, indien zij na een eerste onderzoek tot de overtuiging kan komen dat die maatregel verenigbaar is met de gemeenschappelijke markt. Brengt het eerste onderzoek de Commissie echter tot een tegengestelde conclusie, of heeft zij niet alle problemen weten op te lossen die zich bij de beoordeling van de verenigbaarheid van de steunmaatregel met de gemeen-

schappelijke markt voordoen, dan is zij verplicht alle nodige adviezen in te winnen en hiertoe de procedure van artikel 88, lid 2, EG in te leiden (zie met name arresten van 19 mei 1993, Cook/Commissie, C-198/91, Jurispr. blz. I-2487, punt 29; 2 april 1998, Commissie/Sytraval en Brink's France, C-367/95 P, Jurispr. blz. I-1719, punt 39, en 17 juli 2008, Athinaïki Techniki/Commissie, C-521/06 P, Jurispr. blz. I-5829, punt 34).

62 In de onderhavige zaak heeft het Gerecht, zoals ook blijkt uit de titel van het desbetreffende gedeelte van het bestreden arrest, dat handelt over het „[…] tweede en derde middel: schending van artikel 87, lid 1, EG, respectievelijk artikel 88, lid 2, EG", in de punten 95 tot en met 160 van het bestreden arrest, het tweede middel van het beroep, ontleend aan schending van artikel 87, lid 1, EG en betrekking hebbend op de uitlegging van het begrip „selectief voordeel" en van het discriminatieverbod, tezamen onderzocht met het derde middel van het beroep, ontleend aan schending van artikel 88, lid 2, EG, op grond dat de Commissie had nagelaten om de formele onderzoeksprocedure in te leiden, ondanks dat het onderzoek van de maatregel waarbij de vergoedingen met elkaar in overeenstemming werden gebracht ernstige moeilijkheden opriep.

63 Deze benadering is gerechtvaardigd, aangezien, zoals de advocaat-generaal heeft opgemerkt in de punten 208 en 214 van haar conclusie, het begrip „ernstige moeilijkheden" een objectief begrip is, zodat de vraag of dergelijke moeilijkheden zich hebben voorgedaan niet alleen aan de hand van de omstandigheden waarin de bestreden handeling is vastgesteld, maar ook aan de hand van de vaststellingen waarop de Commissie zich heeft gebaseerd, moet worden onderzocht (zie in dit verband arrest Cook/Commissie, reeds aangehaald, punten 30 en 31).

64 Het Gerecht heeft nu juist een dergelijk onderzoek verricht, toen het naging waarom de Commissie van oordeel was dat de maatregel waarbij de vergoedingen met elkaar in overeenstemming werden gebracht, geen selectief voordeel vormde en niet in strijd was met het discriminatieverbod.

65 De rechter in eerste aanleg heeft derhalve geen blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting, door de vaststellingen van de Commissie te onderzoeken teneinde te kunnen nagaan of deze op voldoende informatie berustten en het bestaan van elke ernstige moeilijkheid konden uitsluiten.

66 Bovendien hebben rekwirantes in hun hogere voorziening zelf erkend dat het Gerecht, in punt 93 van het bestreden arrest, uit de rechtspraak terecht heeft afgeleid dat „de door [rekwirantes] tegen de [litigieuze] beschikking ingebrachte argumenten betreffende het bestaan van ernstige moeilijkheden [moeten] worden onderzocht. Zouden dergelijke moeilijkheden bestaan, dan kan de [litigieuze] beschikking namelijk alleen al op die grond nietig worden verklaard, wegens het verzuim om het door het Verdrag voorgeschreven grondige, contradictoire onderzoek aan te vangen, zelfs indien niet was aangetoond dat de inhoudelijke beoordeling door de Commissie rechtens of feitelijk onjuist was."

67 Hoe dan ook vereiste de gelijktijdige behandeling van de twee middelen van het beroep dat het Gerecht zich niet slechts beperkte tot het onderzoek naar het bestaan van ernstige moeilijkheden, maar ook inging op de argumenten die rekwirantes hadden aangevoerd ter onderbouwing van hun tweede middel tot nietigverklaring, dat betrekking had op de gegrondheid zelf van de vaststellingen van de Commissie.

68 Evenwel moet worden vastgesteld dat de door rekwirantes aangevoerde verwisselingen van gronden in feite slechts de antwoorden op hun argumenten vormen.

69 Derhalve is in de eerste plaats ongegrond het argument van rekwirantes dat het Gerecht zijn eigen beoordeling in de plaats heeft gesteld van de motivering van de litigieuze beschikking, door in de punten 105, 109 en 110 van het bestreden arrest te oordelen dat de UMTS-diensten een marktwaarde hebben.

70 Zoals volgt uit voornoemd punt 105 en door de advocaat-generaal is opgemerkt in punt 222 van haar conclusie, heeft de Commissie immers pas ter terechtzitting voor het Gerecht een tegenovergesteld standpunt ingenomen, te weten dat deze diensten geen economische waarde hadden, terwijl de litigieuze beschikking op andere overwegingen berustte. In deze omstandigheden kan er geen sprake zijn van verwisseling van gronden door de rechter van eerste aanleg.

71 Hetzelfde geldt, in de tweede plaats, voor de stelling dat het Gerecht zijn eigen beoordeling in de plaats heeft gesteld van de motivering van de litigieuze beschikking, door in de punten 113 tot en met 121 van het bestreden arrest te oordelen dat Orange en SFR een potentieel tijdsvoordeel hebben genoten vanwege de eerdere toekenning van hun licenties.

72 Ook al zou het Gerecht in zijn antwoord op een argument van rekwirantes tot een andere slotsom zijn gekomen dan de Commissie in de litigieuze beschikking, dit neemt immers niet weg dat het, subsidiair en zonder gronden te hebben vervangen, in de punten 123 tot en met 125 van het bestreden arrest, de motivering van de Commissie volgens welke het ontbreken van een selectief voordeel voortvloeide uit de toepassing van de regels van de communautaire kaderregeling inzake telecommunicatiediensten, heeft bevestigd.

73 In de derde plaats kan evenmin worden aanvaard het betoog van rekwirantes dat het Gerecht zijn beoordeling in de plaats heeft gesteld van die van de Commissie, door in de punten 131 en 132 van het bestreden arrest te oordelen dat Orange en SFR enerzijds, en Bouygues Télécom, anderzijds, zich niet in een vergelijkbare situatie bevonden vanwege het feit dat laatstgenoemde vennootschap het risico heeft gelopen dat zij haar UMTS-diensten niet of slechts met vertraging zou kunnen opzetten.

74 Dienaangaande moet worden vastgesteld dat de litigieuze beschikking elke discriminatie uitsloot, niet vanwege de vergelijkbaarheid van de situatie waarin de drie betrokken exploitanten zich bevonden, maar vanwege de toepassing van de

communautaire kaderregeling inzake telecommunicatiediensten, die de door de Franse autoriteiten gekozen oplossing noodzakelijk maakte. Bijgevolg kon het al dan niet bestaan van een vergelijkbare situatie met betrekking tot de door hen gelopen risico's, niet van invloed zijn op het standpunt van de Commissie.

75 In de vierde en laatste plaats is eveneens ongegrond de stelling dat het Gerecht, door in de punten 137 tot en met 153 van het bestreden arrest de verschillende mogelijkheden die voor de Franse autoriteiten openstonden en de invloed hiervan op de gelijkheid van behandeling van inschrijvers te onderzoeken, zijn beoordeling in de plaats van die van de Commissie heeft gesteld.

76 In feite had de Commissie, zoals de advocaat-generaal heeft opgemerkt in punt 225 van haar conclusie, deze mogelijkheden reeds in de litigieuze beschikking onderzocht, zodat het Gerecht zijn beoordeling geenszins in de plaats van die van de Commissie heeft gesteld.

77 Gelet op een en ander moet derhalve worden vastgesteld dat zelfs indien het Gerecht bij het onderzoek van sommige door rekwirantes in eerste aanleg aangevoerde argumenten tot een andere slotsom is gekomen dan de Commissie in de litigieuze beschikking, de vaststellingen van het Gerecht de gegrondheid van deze beschikking niet in twijfel kunnen trekken en evenmin het bestaan van ernstige moeilijkheden kunnen aantonen.

78 Het tweede middel dat rekwirantes ter ondersteuning van hun hogere voorziening hebben aangevoerd, dient derhalve ongegrond te worden verklaard.

Vierde middel: fouten bij de toepassing van artikel 87 EG

79 Het vierde middel, dat vóór het derde middel moet worden onderzocht, bestaat uit drie onderdelen.

Eerste en tweede onderdeel van het vierde middel

— Argumenten van partijen

80 Met het eerste onderdeel van dit middel betogen rekwirantes dat het Gerecht blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting, door ervan uit te gaan dat de uitzondering op grond van de opzet van het stelsel in casu onvermijdelijk maakte dat de Franse Staat afstand deed van de schuldvorderingen op Orange en SFR. In feite konden de Franse autoriteiten, aangezien de opzet van het stelsel de noodzaak met zich bracht om een groter aantal exploitanten te vinden, hetzij de gehele procedure van begin af aan overdoen, hetzij, zoals in casu, een nieuwe oproep tot het indienen van aanvragen doen.

81 In het laatste geval moesten deze autoriteiten echter andere economische voorwaarden toepassen. Anders dan het Gerecht heeft geoordeeld, zouden deze namelijk niet hebben geleid tot discriminatie, aangezien de oorspronkelijke inschrijvers aan wie licenties waren toegekend zich niet in dezelfde situatie bevonden als degenen die zouden zijn geselecteerd naar aanleiding van een nieuwe oproep tot het indienen van aanvragen omdat, enerzijds, deze oorspronkelijke inschrijvers ervan verzekerd waren dat zij hun UMTS-licentie behielden, zonder dat hiertegen door nieuwe aanvragers kon worden opgekomen en, anderzijds, het feit dat zij eerder over een licentie beschikten op zichzelf een evident voordeel vormde.

82 Volgens Orange en SFR is dit onderdeel van het vierde middel niet-ontvankelijk, aangezien het ertoe strekt een nieuwe beoordeling te verkrijgen van in eerste aanleg aangevoerde middelen.

83 De Commissie, de Franse Republiek, SFR en Orange betogen dat het Gerecht in elk geval de andere mogelijkheden waar de Franse autoriteiten voor konden kiezen heeft onderzocht en tot de slotsom is gekomen dat, gelet op de noodzaak om niet alleen de beginselen van gelijke behandeling en vrije mededinging, maar ook de in artikel 3, lid 1, van beschikking nr. 128/1999 neergelegde uiterste termijn van 1 januari 2002 te eerbiedigen, de optie waarvoor laatstgenoemden uiteindelijk hadden gekozen, de enige was waarmee de eerbiediging van deze beginselen kon worden verzekerd, zodat deze optie „onvermijdelijk" was.

84 Met het tweede onderdeel van het vierde middel betogen rekwirantes dat het Gerecht op een aantal punten blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting, door vast te stellen dat er geen sprake was van een selectief voordeel ten gunste van Orange en SFR.

— Beoordeling door het Hof

85 Er dient om te beginnen te worden opgemerkt dat de twee argumenten die rekwirantes hebben aangevoerd tot staving van hun stelling dat het opleggen aan Orange en SFR van UMTS-vergoedingen waarvan het bedrag afweek van dat van de vergoedingen die werden verlangd van Bouygues Télécom, niet heeft geleid tot discriminatie ten nadele van de eerste twee inschrijvers, niet-ontvankelijk zijn.

86 Uit artikel 225 EG, artikel 58, eerste alinea, van het Statuut van het Hof van Justitie en artikel 112, lid 1, sub c, van het Reglement voor de procesvoering van het Hof volgt immers dat een hogere voorziening duidelijk moet aangeven tegen welke onderdelen van het arrest waarvan de vernietiging wordt gevorderd zij is gericht en welke

argumenten rechtens die vordering specifiek staven (beschikking van 11 november 2003, Martinez/Parlement, C-488/01 P, Jurispr. blz. I-13355, punt 40, en arrest van 11 september 2007, Lindorfer/Raad, C-227/04 P, Jurispr. blz. I-6767, punt 45 en aangehaalde rechtspraak).

87 Tot staving van het eerste argument, volgens hetwelk Orange en SFR ervan verzekerd waren dat zij hun UMTS-licentie behielden, zonder dat hiertegen door andere aanvragers kon worden opgekomen, voeren rekwirantes niets aan dat blijk geeft van een onjuiste rechtsopvatting met betrekking tot het onderdeel van de motivering van het bestreden arrest, met name punt 144 ervan, waarin het Gerecht heeft vastgesteld dat de drie exploitanten zich in een vergelijkbare situatie bevonden.

88 Aangaande het tweede argument, volgens hetwelk SFR en Orange een voordeel hebben genoten vanwege de eerdere toekenning van hun licenties, moet eveneens worden geconstateerd dat rekwirantes geen enkel argument aanvoeren dat de beoordeling door het Gerecht in dit verband, met name in de punten 115 tot en met 122 van het bestreden arrest, aantast.

89 Wat de overige in het kader van het tweede onderdeel van het vierde middel aangevoerde argumenten betreft, zij opgemerkt dat, anders dan Orange en SFR beweren, zij niet slechts de middelen herhalen die reeds in eerste aanleg naar voren zijn gebracht, maar in feite zijn gericht tegen een essentieel onderdeel van de motivering van het bestreden arrest, met name de punten 108 tot en met 111 hiervan, en, dientengevolge, ontvankelijk zijn.

90 Aangaande de gegrondheid van deze argumenten zij eraan herinnerd dat het Gerecht, in punt 108 van het bestreden arrest, heeft vastgesteld dat richtlijn 97/13 en beschikking nr. 128/1999 de lidstaten een beoordelingsmarge laten met betrekking tot de keuze van de procedure voor toekenning van de licenties, mits de beginselen van vrije mededinging en gelijke behandeling worden geëerbiedigd.

91 Het Gerecht heeft, zonder op dit punt door rekwirantes te zijn weersproken, uit deze vaststelling afgeleid dat de lidstaten konden kiezen voor een procedure van vergelijkende selectie, aangezien het er in wezen om draait dat de exploitanten, met name wat de vergoedingen betreft, gelijk worden behandeld.

92 In casu hebben de Franse autoriteiten bij de uitoefening van deze beoordelingsmarge besloten om de UMTS-licenties juist door middel van een procedure van vergelijkende selectie toe te wijzen. Zoals het Gerecht in punt 12 van het bestreden arrest heeft opgemerkt, was het enkel vanwege de gedeeltelijke mislukking van de eerste oproep tot het indienen van aanvragen, die niet toeliet een voldoende aantal licenties toe te kennen om een daadwerkelijke mededinging te waarborgen op de markt van telecommunicatiediensten, dat deze autoriteiten zich genoodzaakt zagen om andere inschrijvers te vinden.

93 In deze situatie beschikten bovengenoemde autoriteiten, zoals rekwirantes zelf erkennen, over drie opties, te weten: i) de procedure van begin af aan overdoen, ii) een aanvullende oproep tot het indienen van aanvragen doen en daarbij het door Orange en SFR verschuldigde bedrag van de UMTS-vergoedingen niet met terugwerkende kracht wijzigen of iii) een dergelijke oproep doen en daarbij deze vergoedingen met terugwerkende kracht wijzigen.

94 In de omstandigheden van de onderhavige zaak zou de optie om de procedure van begin af aan over te doen, zoals het Gerecht in punt 141 van het bestreden arrest heeft vastgesteld, het onmogelijk hebben gemaakt om de in artikel 3, lid 1, van beschikking nr. 128/1999 voorziene datum van 1 januari 2002, te eerbiedigen, op welke datum richtlijn 97/13 door de lidstaten moest zijn uitgevoerd met betrekking tot de gecoördineerde en geleidelijke invoering van UMTS-diensten op hun grondgebied. Evenzo zou, zoals de rechter in eerste aanleg terecht heeft opgemerkt in de punten 144 en 145 van dat arrest, de optie die inhield dat van Orange en SFR betaling zou worden verlangd van veel hogere vergoedingen dan die welke werden gevraagd van Bouygues Télécom, terwijl — om niet geheel vrijwillige redenen — geen van de drie exploitanten reeds tot de markt was toegetreden en de kenmerken van deze licenties identiek waren, een discriminatie van Orange en SFR hebben opgeleverd.

95 Met andere woorden, toepassing van een van deze twee opties zou het voor de Franse autoriteiten onmogelijk hebben gemaakt om de vereisten van het gemeenschapsrecht te eerbiedigen.

96 In deze omstandigheden en in de context van de optie waarvoor deze autoriteiten uiteindelijk hadden gekozen, was de betrokken afstand van schuldvorderingen die voortvloeide uit de maatregel waarbij de door SFR en Orange verschuldigde UMTS-vergoedingen achteraf in overeenstemming werden gebracht met die welke aan Bouygues Télécom waren opgelegd, onvermijdelijk.

97 Alleen met deze optie was het ten tijde van de feiten immers mogelijk om, enerzijds, de risico's te verminderen van een te late lancering van de UMTS-diensten, aangezien hiermee werd verzekerd dat op de in artikel 3, lid 1, van beschikking nr. 128/1999 voorziene datum ten minste twee licenties zouden zijn toegekend en, anderzijds, discriminatie tussen de drie exploitanten uit te sluiten, aangezien de vergoedingen juist met elkaar in overeenstemming werden gebracht om rekening te houden met de omstandigheid dat op het moment waarop de licentie aan Bouygues Télécom werd toegekend geen van de drie exploitanten — door omstandigheden waarop zij geen invloed hadden — reeds tot de markt was toegetreden, zodat hun situatie in feite vergelijkbaar was.

98 Hieruit volgt dat in deze omstandigheden het Gerecht geen blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting, door te oordelen dat de communautaire kaderregeling inzake telecommunicatiediensten en, met name, het discriminatieverbod, vereisten dat de Franse autoriteiten de door Orange en SFR verschuldigde vergoedingen in overeenstemming brachten met die welke verschuldigd waren door Bouygues Télécom.

99 Bijgevolg dient het eerste onderdeel van het vierde middel gedeeltelijk niet-ontvankelijk en gedeeltelijk ongegrond te worden verklaard.

100 Aangezien dit eerste onderdeel moet worden afgewezen, treft ook het tweede onderdeel van het vierde middel geen doel.

101 Er zij aan herinnerd dat volgens vaste rechtspraak van het Hof de kwalificatie als steun immers vereist dat is voldaan aan alle in artikel 87, lid 1, EG bedoelde voorwaarden (zie arrest van 15 juli 2004, Pearle e.a., C-345/02, Jurispr. blz. I-7139, punt 32 en aangehaalde rechtspraak).

102 Artikel 87, lid 1, EG noemt vier cumulatieve voorwaarden. In de eerste plaats moet het gaan om een maatregel van de staat of met staatsmiddelen bekostigd. In de tweede plaats moet deze maatregel het handelsverkeer tussen de lidstaten ongunstig beïnvloeden. In de derde plaats moet de maatregel de begunstigde een voordeel verschaffen en in de vierde plaats moet hij de mededinging vervalsen of dreigen te vervalsen (arrest Pearle e.a., reeds aangehaald, punt 33 en aangehaalde rechtspraak).

103 Zoals blijkt uit het onderzoek van het eerste onderdeel van het vierde middel, heeft het Gerecht evenwel geen blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door, in punt 111 van het bestreden arrest, te oordelen dat in casu de afstand van staatsmiddelen niet volstond om te kunnen spreken van staatssteun, aangezien de afstand van de schuldvorderingen op Orange en SFR onvermijdelijk was vanwege de opzet van het stelsel.

104 Hieruit volgt dat in casu de eerste van de voorwaarden die worden genoemd in punt 102 van het onderhavige arrest en waaraan voldaan moet zijn om te kunnen vaststellen of er sprake is van staatssteun, niet is vervuld.

105 Derhalve kan het tweede onderdeel van het vierde middel, dat betrekking heeft op het bestaan van een voordeel voor Orange en SFR, hoe dan ook niet de gegrondheid aantasten van het oordeel van het Gerecht dat er in casu geen sprake is van staatssteun.

Derde onderdeel van het vierde middel

— Argumenten van partijen

106 Met het derde onderdeel van het vierde middel stellen rekwirantes dat het Gerecht blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting bij de toepassing van het discriminatieverbod.

107 Zij betogen allereerst dat Orange en SFR, enerzijds, en Bouygues Télécom, anderzijds, zich op het moment waarop de vergoedingen met elkaar in overeenstemming werden gebracht niet in dezelfde situatie bevonden, aangezien de betrokken UMTS-licenties waren verstrekt voor de uitoefening van een activiteit op afzonderlijke data. Voorts was de wijziging van de criteria voor toekenning van de licenties juridisch onmogelijk, gelet zowel op het beginsel van onaantastbaarheid van deze licenties in de context van een mededingingsprocedure, als op richtlijn 97/13. Ten slotte komt de naleving van de in de communautaire richtlijnen, met name richtlijn 97/13, vervatte doeleinden niet voor onder de in artikel 87, lid 2, EG limitatief opgesomde uitzonderingen.

108 Volgens Orange en de Commissie bevonden de drie inschrijvers aan wie UMTS-licenties waren toegekend zich in feite in dezelfde situatie, aangezien Orange en SFR niet werkelijk van deze licenties hadden geprofiteerd. In deze omstandigheden houdt het discriminatieverbod onvermijdelijk de verplichting in om de vergoedingen met terugwerkende kracht met elkaar in overeenstemming te brengen. Orange bestrijdt in ieder geval de ontvankelijkheid van dit onderdeel van het vierde middel, aangezien de toepassing van het discriminatieverbod reeds op grond van dezelfde argumenten voor het Gerecht is betwist.

109 Wat de geoorloofdheid betreft van de wijziging van de toekenningsvoorwaarden van de licenties, merkt de Commissie enerzijds op dat het Gerecht heeft vastgesteld dat voornoemd beginsel van onaantastbaarheid noch in richtlijn 97/13 noch in enige andere toepasselijke bepaling van gemeenschapsrecht wordt vermeld. Volgens Orange kan een dergelijk beginsel in elk geval geen afbreuk doen aan de verplichting om het discriminatieverbod na te leven. Anderzijds voorziet richtlijn 97/13 volgens de

Commissie, SFR en Orange uitdrukkelijk in de mogelijkheid om de toekenningsvoorwaarden van de licenties te wijzigen. De Franse Republiek betoogt in dit verband dat een dergelijke wijziging niet alleen mogelijk, maar zelfs verplicht is ingevolge artikel 11, lid 2, van deze richtlijn, volgens hetwelk de vergoedingen niet-discriminerend dienen te zijn.

110 Ten slotte stellen de Commissie, de Franse Republiek, SFR en Orange dat het Gerecht richtlijn 97/13 niet heeft aangemerkt als een uitzondering, in aanvulling op de uitzonderingen die reeds zijn neergelegd in artikel 87, lid 2, EG, op het in lid 1 van ditzelfde artikel bedoelde verbod van onverenigbare steunmaatregelen. Integendeel, het Gerecht heeft enkel naar deze richtlijn verwezen om er een rechtsgrondslag voor te geven dat de maatregel waarbij de vergoedingen met elkaar in overeenstemming werden gebracht, niet als staatssteun kon worden gekwalificeerd.

— Beoordeling door het Hof

111 Om te beginnen moet worden vastgesteld dat, anders dan Orange betoogt, rekwirantes' argument dat het Gerecht ten onrechte heeft geoordeeld dat Orange en SFR, enerzijds, en Bouygues Télécom, anderzijds, zich in dezelfde situatie bevonden, ontvankelijk is.

112 In dit verband zij eraan herinnerd dat de in eerste aanleg onderzochte rechtspunten in hogere voorziening opnieuw kunnen worden behandeld wanneer een rekwirant de uitlegging of de toepassing van het gemeenschapsrecht door het Gerecht betwist (zie arrest van 13 juli 2000, Salzgitter/Commissie, C-210/98 P, Jurispr. blz. I-5843, punt 43). De procedure van hogere voorziening zou immers ten dele aan betekenis verliezen, indien de rekwirant op die manier zijn hogere voorziening niet kon baseren op middelen en argumenten die reeds zijn aangevoerd voor het Gerecht (zie met name arrest van 6 maart 2003, Interporc/Commissie, C-41/00 P, Jurispr. blz. I-2125, punt 17, en beschikking Martinez/Parlement, reeds aangehaald, punt 39).

113 Het argument inzake de gelijkheid van de situatie van de drie betrokken exploitanten voldoet aan deze vereisten, aangezien het juist beoogt vanuit het oogpunt van het discriminatieverbod bezwaar te maken tegen het onderzoek ervan door het Gerecht.

114 Ten gronde zij opgemerkt dat, zoals rekwirantes terecht in herinnering brengen, volgens vaste rechtspraak er slechts sprake is van discriminatie wanneer verschillende regels worden toegepast op vergelijkbare situaties of wanneer dezelfde regel wordt toegepast op verschillende situaties (arresten van 14 februari 1995, Schumacker, C-279/93, Jurispr. blz. I-225, punt 30, en 18 december 2007, Laval un Partneri, C-341/05, Jurispr. blz. I-11767, punt 115).

115 In casu had het feit dat de aan Orange en SFR toegekende UMTS-licenties eerder waren toegekend, er alleen dan een rechtvaardiging, of zelfs een vereiste, voor kunnen vormen dat de bijbehorende vergoedingen werden vastgesteld op een hoger bedrag dan dat wat Bouygues Télécom verschuldigd was, indien de economische waarde van deze licenties, enkel door deze eerdere toekenning, geacht kon worden groter te zijn dan die van de aan laatstgenoemde vennootschap toegewezen licentie.

116 Het is evenwel duidelijk dat dit in casu niet het geval is.

117 In punt 116 van het bestreden arrest heeft het Gerecht immers geconstateerd dat Orange en SFR niet in staat zijn geweest om de hun toegekende licenties te gebruiken.

118 Zoals het Gerecht evenwel terecht heeft opgemerkt in de punten 100 en 110 van het bestreden arrest, heeft een licentie stellig een economische waarde, doch deze hangt af van het moment waarop elk van de betrokken exploitanten tot de markt is toegetreden (zie ook arrest van 22 mei 2003, Connect Austria, C-462/99, Jurispr. blz. I-5197, punt 93).

119 De economische waarde van een licentie vloeit met andere woorden inzonderheid voort uit de mogelijkheid voor de inschrijver aan wie deze is toegekend om gebruik te maken van de aan deze licentie verbonden rechten, te weten, in casu, de mogelijkheid om de openbare frequentieruimte te bezetten met het oog op de exploitatie van UMTS-licenties.

120 Zoals het Gerecht evenwel heeft geconstateerd in punt 116 van het bestreden arrest, zonder in het kader van de onderhavige hogere voorziening door rekwirantes te zijn weersproken, staat vast dat op het moment van toekenning van de licentie aan Bouygues Télécom, op 3 december 2002, Orange en SFR hun UMTS-diensten nog niet hadden kunnen lanceren en derhalve hun licenties nog niet konden exploiteren, en zulks om redenen waarop zij geen invloed hadden, te weten problemen die samenhingen met de UMTS-technologie en een voor de ontwikkeling ervan ongunstig economisch klimaat. Bijgevolg kon de economische waarde van de aan Orange en SFR toegewezen licenties niet, enkel vanwege het feit van hun eerdere afgifte, hoger zijn dan die van de aan Bouygues Télécom verstrekte licentie.

121 Bovendien heeft het Gerecht, in de punten 119 tot en met 121 van het bestreden arrest, ook — en zonder dat rekwirantes deze beoordeling in het kader van de onderhavige hogere voorziening aan de orde hebben gesteld — de argumenten van de hand gewezen waarmee laatstgenoemden beogen aan te tonen dat de eerdere toekenning van licenties aan Orange en SFR deze vennootschappen voordelen had opgeleverd met betrekking tot de toe-eigening van de locaties, het merkimago en de verovering van delen van de markt.

122 Derhalve kan op basis van het feit dat de licenties op verschillende data zijn toegekend aan de drie betrokken exploitanten, niet worden geoordeeld dat laatstgenoemden zich op het moment waarop de licentie aan Bouygues Télécom werd toegekend, gelet op de doelstelling van richtlijn 97/13, te weten te waarborgen dat de exploitanten onder dezelfde voorwaarden tot de UMTS-markt toetreden, in een verschillende situatie bevonden.

123 Bijgevolg heeft het Gerecht geen blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door te oordelen dat de drie betrokken exploitanten zich in dezelfde situatie bevonden.

124 Wat het vermeende bestaan van een beginsel van onaantastbaarheid van de toekenningscriteria betreft, zij opgemerkt dat, enerzijds, anders dan rekwirantes betogen, het Hof in punt 60 van zijn arrest van 7 december 2000, Telaustria en Telefonadress (C-324/98, Jurispr. blz. I-10745), enkel heeft bevestigd dat de aanbestedende diensten het discriminatieverbod in acht moeten nemen, ook wanneer zij overeenkomsten sluiten die zijn uitgesloten van de werkingssfeer van richtlijn 93/38/EEG van de Raad van 14 juni 1993 houdende coördinatie van de procedures voor het plaatsen van opdrachten in de sector water- en energievoorziening, vervoer en telecommunicatie (PB L 199, blz. 84), en daarbij geenszins het bestaan van een dergelijk beginsel van onaantastbaarheid heeft vastgesteld.

125 Anderzijds, zoals de advocaat-generaal heeft opgemerkt in punt 192 van haar conclusie, blijkt uit artikel 11, lid 2, van richtlijn 97/13 dat in het bedrag van de vergoedingen rekening moet worden gehouden met de noodzaak de ontwikkeling van innovatieve diensten en concurrentie te bevorderen. In casu wordt evenwel niet betwist dat indien de Franse autoriteiten de maatregel waarbij de UMTS-vergoedingen met elkaar in overeenstemming werden gebracht niet hadden vastgesteld, zij een aanzienlijk risico hadden gelopen dat Orange en SFR hun aanvragen zouden intrekken. Derhalve was het juist met het oog op het waarborgen van de ontwikkeling van de mededinging, dat de door de eerste twee inschrijvers verschuldigde vergoedingen werden gewijzigd teneinde ze in overeenstemming te brengen met die welke aan Bouygues Télécom in rekening werden gebracht.

126 Ten slotte is ook het argument ongegrond dat het Gerecht blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door te oordelen dat richtlijn 97/13 een afwijking heeft ingevoerd van artikel 87, lid 1, EG, in aanvulling op de afwijkingen die limitatief zijn opgesomd in lid 2 van ditzelfde artikel.

127 Er zij immers aan herinnerd dat, zoals de advocaat-generaal heeft opgemerkt in punt 196 van haar conclusie, artikel 87, lid 2, EG de uitzonderingen opsomt op de regel dat staatssteun onverenigbaar is met het Verdrag.

128 Door met name in het licht van richtlijn 97/13 tot de slotsom te komen dat de maatregel waarbij de door Orange en SFR verschuldigde vergoedingen in overeenstemming werden gebracht met die welke Bouygues Télécom moest betalen, geen staatssteun

vormde, heeft het Gerecht de inhoud van artikel 87, lid 2, EG niet kunnen uitbreiden, aangezien deze bepaling enkel van toepassing is op maatregelen die juist wél staatssteun vormen.

129 Aangezien geen van de drie onderdelen van het vierde middel kan worden aanvaard, moet dit worden afgewezen.

Derde middel: fouten bij de juridische kwalificatie van de feiten

130 Het derde door rekwirantes aangevoerde middel, dat is ontleend aan fouten die het Gerecht zou hebben gemaakt bij de juridische kwalificatie van de feiten, bestaat eveneens uit drie onderdelen.

131 Om te beginnen is dit middel volgens de Franse Republiek en SFR niet-ontvankelijk, aangezien het in elk van zijn onderdelen de feitelijke beoordeling door het Gerecht bekritiseert.

Eerste onderdeel van het derde middel

— Argumenten van partijen

132 Met het eerste onderdeel van hun derde middel betogen rekwirantes dat het Gerecht, door de twee opeenvolgende procedures voor de toekenning van UMTS-licenties als één procedure te kwalificeren, een fout heeft gemaakt bij de juridische kwalificatie van

de feiten. Inzonderheid had de rechter in eerste aanleg zich bij de toepassing van artikel 11 van richtlijn 97/13 moeten beperken tot het onderzoek van de feitelijke organisatorische regeling van de procedure, en dus moeten vaststellen dat het wel degelijk om twee afzonderlijke procedures ging. Op basis van deze fout is het Gerecht evenwel ten onrechte tot de slotsom gekomen dat er geen sprake was van discriminatie, door te overwegen dat de situaties van de drie inschrijvers aan wie UMTS-licenties waren toegekend identiek waren, terwijl zij in feite verschilden.

133 De Commissie, primair, en de Franse Republiek, SFR en Orange, subsidiair, stellen dat het Gerecht terecht heeft overwogen dat de procedure voor toekenning van UMTS-licenties in feite één enkele procedure vormde. In dit verband merken deze lidstaat, SFR en Orange op dat de verwijzing naar artikel 11 van richtlijn 97/13 in casu niet relevant is.

134 Hoe dan ook treft dit onderdeel volgens de Commissie geen doel, daar het feit dat het om één enkele procedure ging niet doorslaggevend is geweest voor de beoordeling door het Gerecht van de naleving van het beginsel van gelijke behandeling, aangezien het Gerecht niet slechts de organisatorische regeling van de oproep tot het indienen van aanvragen in aanmerking heeft genomen, maar ook de gevolgen hiervan. Bovendien voert zij aan dat het discriminatieverbod moet worden toegepast door de twee opeenvolgende oproepen tot het indienen van aanvragen als één geheel te onderzoeken.

135 SFR overweegt dat het Gerecht een juiste uitlegging heeft gegeven van het beginsel van gelijke behandeling, door zich op de context van de opkomende UMTS-markt te baseren en in aanmerking te nemen dat geen van de betrokken exploitanten op die markt actief was.

136 Ten slotte betoogt de Commissie dat in het kader van een nieuwe procedure aan dezelfde exploitanten UMTS-licenties op identieke voorwaarden zouden zijn verstrekt.

— Beoordeling door het Hof

137 Er zij aan herinnerd dat uit artikel 225 EG en artikel 58, eerste alinea, van het Statuut van het Hof van Justitie volgt dat de hogere voorziening beperkt is tot rechtsvragen en dat het Gerecht derhalve bij uitsluiting bevoegd is om de feiten vast te stellen, behoudens het geval waarin de feitelijke onjuistheid van hetgeen het heeft vastgesteld voortvloeit uit de hem overgelegde processtukken, en om die feiten te beoordelen. De beoordeling van de feiten levert — behoudens het geval van een onjuiste voorstelling van de aan het Gerecht overgelegde bewijselementen — geen rechtsvraag op die als zodanig vatbaar is voor toetsing door het Hof (arresten van 2 maart 1994, Hilti/Commissie, C-53/92 P, Jurispr. blz. I-667, punt 42; 21 juni 2001, Moccia Irme e.a./Commissie, C-280/99 P–C-282/99 P, Jurispr. blz. I-4717, punt 78, en 7 juni 2007, Wunenburger/Commissie, C-362/05 P, Jurispr. blz. I-4333, punt 66).

138 In casu moet evenwel worden geconstateerd dat het Gerecht, om tot de slotsom te kunnen komen dat er sprake was van één enkele procedure, anders dan rekwirantes betogen, geenszins toepassing heeft gegeven aan artikel 11 van richtlijn 97/13, dat overigens geen enkel juridisch criterium verschaft om te kunnen beoordelen of een procedure voor toekenning van licenties eenmalig is of meerdere opeenvolgende fases omvat. In feite heeft het enkel vastgesteld, enerzijds, in punt 11 van het bestreden arrest, dat de procedure voor toekenning van de licenties tot doel had vier licenties te verstrekken en, anderzijds, in de punten 12, 14 en 15 van datzelfde arrest, dat de Franse autoriteiten, aangezien zij hun oorspronkelijke doelstelling — het toekennen van vier licenties — niet hadden bereikt, een „aanvullende oproep tot het indienen van aanvragen" hebben georganiseerd.

139 In het kader van zijn beoordeling van deze omstandigheden heeft het Gerecht, in punt 134 van het bestreden arrest, hieruit afgeleid dat „de in juli 2000 door de Franse autoriteiten ingeleide procedure voor toewijzing van de UMTS-licenties, ondanks de wijze waarop deze feitelijk was georganiseerd, in werkelijkheid één enkele procedure vormde".

140 In die omstandigheden houdt de vraag of deze autoriteiten één enkele, dan wel twee procedures hebben georganiseerd verband met de feitelijke beoordeling door het Gerecht en niet, zoals rekwirantes betogen, met een rechtsvraag die gerelateerd is aan de juridische kwalificatie van de feiten in het licht van artikel 11 van richtlijn 97/13.

141 Aangezien rekwirantes niet stellen dat het Gerecht een onjuiste voorstelling heeft gegeven van de feiten of van de aan hem voorgelegde bewijselementen, dient het eerste onderdeel van het derde middel derhalve niet-ontvankelijk te worden verklaard.

Tweede onderdeel van het derde middel

— Argumenten van partijen

142 Met het tweede onderdeel van het derde middel verwijten rekwirantes het Gerecht dat het een fout heeft begaan bij de juridische kwalificatie van de feiten door te oordelen dat de betrokken schuldvorderingen waarvan de Franse Staat afstand had gedaan, niet vaststonden.

143 Dienaangaande betogen rekwirantes, enerzijds, dat de UMTS-licenties aan SFR en Orange werden afgegeven bij twee besluiten van 18 juli 2001, dus na het verstrijken van de termijn waarin gebruik kon worden gemaakt van de mogelijkheid om de aanvragen in te trekken, aangezien deze termijn afliep op 31 mei 2001. Anderzijds stellen zij dat het enkele feit dat de exploitanten de mogelijkheid hadden om afstand van hun licentie te doen nog niet de slotsom wettigt dat de betrokken schuldvorderingen niet vaststonden, aangezien volgens vaste rechtspraak een schuldvordering slechts onzeker is indien haar bestaan afhankelijk is van het plaatsvinden van een toekomstige, mogelijke gebeurtenis of van de vervulling van een opschortende voorwaarde.

144 De Commissie, de Franse Republiek, SFR en Orange zijn daarentegen van mening dat deze schuldvorderingen niet vaststonden.

145 Zij betogen inzonderheid dat indien Orange en SFR niet de in de ministeriële brieven van 22 februari 2001 vervatte verzekering hadden gekregen dat zij billijk zouden worden behandeld, deze twee vennootschappen waarschijnlijk hun aanvragen hadden ingetrokken, aangezien de termijn voor uitoefening van deze intrekkingsmogelijkheid op die datum nog niet was verstreken. Bovendien waren deze schuldvorderingen volgens de Commissie voordat de licenties bij de besluiten van 18 juli 2001 aan deze vennootschappen werden toegekend nog niet opeisbaar.

146 Orange voegt hieraan toe dat, wat de vergunningen betreft om de openbare frequentieruimte te bezetten, de mogelijkheid van intrekking na 31 mei 2001 bleef bestaan, aangezien de inschrijvers aan wie licenties waren toegekend hier op elk moment afstand van konden doen en bijgevolg de betaling van de bijbehorende vergoedingen konden staken.

147 Volgens de Commissie, de Franse Republiek en Orange treft dit tweede onderdeel van het derde middel hoe dan ook geen doel, aangezien het is gericht tegen een ten overvloede aangevoerde overweging van het bestreden arrest, nu het Gerecht zijn oordeel dat de betrokken afstand van schuldvorderingen geen staatssteun vormde, tevens heeft gebaseerd op gronden ontleend aan de uitzondering in verband met de opzet van het stelsel.

— Beoordeling door het Hof

148 Er zij aan herinnerd dat de grieven tegen een ten overvloede aangevoerde overweging van een beslissing van het Gerecht niet tot vernietiging van deze beslissing kunnen leiden en derhalve niet ter zake dienend zijn (zie met name arrest van 28 juni 2005, Dansk Rørindustri e.a./Commissie, C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P–C-208/02 P en C-213/02 P, Jurispr. blz. I-5425, punt 148 en aangehaalde rechtspraak).

149 Enerzijds heeft het Gerecht, zoals de advocaat-generaal heeft opgemerkt in punt 131 van haar conclusie, weliswaar erkend, in punt 106 van het bestreden arrest, dat de Franse autoriteiten in casu in aanzienlijke mate hebben afgezien van staatsmiddelen — al merkten zij wel op dat deze niet vaststonden –, doch dit neemt niet weg dat de rechter

in eerste aanleg, in punt 111 van datzelfde arrest, heeft geoordeeld dat „de omstandigheid dat de staat heeft kunnen afzien van middelen en dat hieruit een voordeel heeft kunnen voortvloeien voor degenen voor wie de verlaging van de vergoeding gold, niet [volstaat] om te kunnen spreken van met de gemeenschappelijke markt onverenigbare staatssteun, gelet op de specifieke bepalingen van het gemeenschapsrecht inzake telecommunicatie in het licht van het gemene recht betreffende staatssteun. De in casu aan de orde zijnde afstand van schuldvordering was namelijk onvermijdelijk vanwege de opzet van het stelsel, afgezien van het feit dat deze schuldvordering […] niet vaststond."

150 Anderzijds dient eraan te worden herinnerd dat, om de redenen uiteengezet in de punten 87 tot en met 95 van het onderhavige arrest, het middel van rekwirantes dat is gericht tegen de gronden van het arrest en dat betrekking heeft op de rechtvaardiging op grond van de aard en de opzet van het stelsel, in samenhang met het afzien van staatsmiddelen, ongegrond is.

151 In deze omstandigheden moet worden geconstateerd dat zelfs indien rekwirantes' betoog dat het Gerecht blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door de betrokken schuldvorderingen als niet-vaststaand aan te merken, ontvankelijk en gegrond zou zijn, een dergelijke onjuistheid, indien zij al zou zijn aangetoond, hoe dan ook geen afbreuk kan doen aan het oordeel waartoe het Gerecht in punt 111 van het bestreden arrest is gekomen.

152 Derhalve dient het tweede onderdeel van het derde middel ondoeltreffend te worden verklaard.

Derde onderdeel van het derde middel

— Argumenten van partijen

153 Met het derde onderdeel van het derde middel betogen rekwirantes dat het Gerecht de bewoordingen van de ministeriële brieven van 22 februari 2001 onjuist heeft voorgesteld, door te verklaren dat deze betrekking hadden op een belofte van een „[behandeling] op dezelfde wijze […] als de andere exploitanten", terwijl de verzekering in werkelijkheid enkel betrekking had op een „billijke behandeling". De ministeriële toezegging van een billijke behandeling kon evenwel geen belofte inhouden om de vergoedingsbedragen die waren verschuldigd door de eerste inschrijvers waaraan UMTS-licenties waren toegekend, met terugwerkende kracht in overeenstemming te brengen met het bedrag van de later toegekende licentie. Een dergelijke onjuiste voorstelling van de betrokken brieven kan het gehele arrest van het Gerecht aantasten.

154 Volgens de Commissie is dit argument niet-ontvankelijk omdat de vraag of de begrippen „billijk" en „gelijk" semantisch gelijkwaardig zijn, een nieuw argument vormt. Orange acht dit argument eveneens niet-ontvankelijk, op grond dat het een feitelijke beoordeling door het Gerecht in twijfel trekt.

155 De Commissie meent in elk geval, zoals ook Orange subsidiair aanvoert, dat dit onderdeel van het derde middel geen doel treft, daar de ministeriële beloften geen essentiële rol hebben gespeeld bij de vaststellingen en de redenering van het Gerecht.

156 Subsidiair is de Commissie van mening dat rekwirantes de vaststellingen van het Gerecht volgens welke de twee oorspronkelijke inschrijvers in werkelijkheid geen voordeel hebben genoten, niet weten te weerleggen. De Franse Republiek en SFR betogen op hun beurt dat uitgesloten is dat het Gerecht de inhoud van deze brieven onjuist heeft voorgesteld.

— Beoordeling door het Hof

157 Zoals de Commissie en Orange betogen, treft ook dit onderdeel van het derde middel geen doel.

158 Uit de punten 153 en 154 van het bestreden arrest volgt immers duidelijk dat het Gerecht zijn beoordeling van de noodzaak voor de Franse autoriteiten om de door SFR en Orange verschuldigde vergoedingen te verlagen heeft gebaseerd op het beginsel van gelijke behandeling, zoals richtlijn 97/13 dit vereist.

159 De rechter in eerste aanleg heeft met andere woorden geenszins vastgesteld dat de maatregel waarbij de vergoedingen met elkaar in overeenstemming werden gebracht, werd geboden door de verzekering van een „billijke behandeling" die deze autoriteiten in de ministeriële brieven van 22 februari 2001 hadden gegeven.

160 Zelfs indien rekwirantes' argument dat het Gerecht wat deze verzekering betreft kennelijk een onjuiste voorstelling heeft gegeven van de inhoud van deze brieven, ontvankelijk en gegrond zou worden geacht, dan nog zou een dergelijke onjuiste voorstelling in elk geval geen enkel gevolg hebben gehad voor de gegrondheid van het bestreden arrest.

161 Derhalve moet dit onderdeel van het derde middel, gelet op de in punt 148 van het onderhavige arrest aangehaalde rechtspraak, worden afgewezen.

162 Aangezien geen enkele van de vier door rekwirantes ter ondersteuning van hun hogere voorziening aangevoerde middelen kan slagen, moet de hogere voorziening deels niet-ontvankelijk en deels ongegrond worden verklaard.

Kosten

163 Volgens artikel 69, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering, dat krachtens artikel 118 van dit Reglement van toepassing is op de procedure in hogere voorziening, wordt de in het ongelijk gestelde partij verwezen in de kosten, voor zover dit is gevorderd.

164 Aangezien rekwirantes in het ongelijk zijn gesteld, moeten zij overeenkomstig de vordering van de Commissie, Orange en SFR worden verwezen in de kosten van de onderhavige procedure.

165 Krachtens artikel 69, lid 4, van dit Reglement, dat eveneens krachtens artikel 118 daarvan van toepassing is, dragen de lidstaten die tussenkomen in het geding hun eigen kosten. Derhalve dient de Franse Republiek haar eigen kosten te dragen.

Het Hof van Justitie (Eerste kamer) verklaart:

1) De hogere voorziening wordt afgewezen.

2) Bouygues SA en Bouygues Télécom SA worden verwezen in de kosten.

3) De Franse Republiek draagt haar eigen kosten.

ondertekeningen