ARREST VAN HET GERECHT (Vierde kamer)

4 juli 2007 *

In zaak T-475/04,

Bouygues SA, gevestigd te Parijs (Frankrijk),

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

vertegenwoordigd door L. Vogel, J. Vogel, B. Amory, A. Verheyden, F. Sureau en D. Théophile, advocaten,

verzoeksters,

tegen

Commissie van de Europese Gemeenschappen, vertegenwoordigd door J. L. Buendia Sierra en C. Giolito als gemachtigden,

verweerster,

* Procestaal: Frans.

ondersteund door

Franse Republiek, vertegenwoordigd door G. de Bergues en S. Ramet als gemachtigden,

Société française du radiotéléphone — SFR, gevestigd te Parijs (Frankrijk), vertegenwoordigd door C. Vajda, QC, en A. Vincent, advocaat,

en

Orange France SA, gevestigd te Montrouge (Frankrijk), vertegenwoordigd door A. Gosset-Grainville en S. Hautbourg, advocaten,

interveniënten,

betreffende een beroep tot nietigverklaring van de beschikking van de Commissie van 20 juli 2004 (staatssteun NN 42/2004 — Frankrijk) betreffende de wijziging van de door Orange en SFR te betalen vergoedingen voor Universal Mobile Telecommunications System-licenties (UMTS-licenties),

wijst

HET GERECHT VAN EERSTE AANLEG (Vierde kamer),

samengesteld als volgt: H. Legal, kamerpresident, I. Wiszniewska-Białecka en E. Moavero Milanesi, rechters,

griffier: E. Coulon,

gezien de stukken en na de terechtzitting op 14 maart 2007,

het navolgende

Arrest

Rechtskader

1 Artikel 87, lid 1, EG bepaalt:

„Behoudens de afwijkingen waarin dit Verdrag voorziet, zijn steunmaatregelen van de staten of in welke vorm ook met staatsmiddelen bekostigd, die de mededinging door begunstiging van bepaalde ondernemingen of bepaalde producties vervalsen of dreigen te vervalsen, onverenigbaar met de gemeenschappelijke markt, voor zover deze steun het handelsverkeer tussen de lidstaten ongunstig beïnvloedt."

2 De ten tijde van de feiten geldende voorschriften van afgeleid recht waren 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), en 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).

3 Artikel 3, lid 3, van richtlijn 97/13 luidde:

„[…] De lidstaten mogen slechts dan een individuele vergunning afgeven indien de begunstigde toegang tot schaarse materiële of andere hulpbronnen verkrijgt of indien deze aan bijzondere verplichtingen is onderworpen of bijzondere rechten geniet […]"

4 In artikel 8, lid 4, van richtlijn 97/13 werd bepaald:

„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."

5 Artikel 9, lid 2, van richtlijn 97/13 luidde:

„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 […]"

6 In artikel 10, leden 3 en 4, van richtlijn 97/13 werd bepaald:

„3. 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.

De lidstaten dragen er zorg voor dat informatie betreffende dergelijke criteria van tevoren op geëigende wijze wordt bekendgemaakt, zodat deze informatie gemakkelijk toegankelijk is. In het staatsblad van de desbetreffende lidstaat dient naar de publicatie van deze informatie te worden verwezen.

4. Wanneer een lidstaat, hetzij op eigen initiatief, hetzij op verzoek van een onderneming, op het tijdstip van de inwerkingtreding van deze richtlijn, hetzij nadien, van oordeel is dat het aantal individuele vergunningen kan worden uitgebreid, dient hij dit bekend te maken en een aanvullende oproep te doen tot het indienen van aanvragen."

7 Artikel 11, lid 2, van richtlijn 97/13 bepaalde:

„Indien gebruik moet worden gemaakt van schaarse hulpbronnen, kunnen de lidstaten […] 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."

8 Artikel 3, lid 1, van beschikking nr. 128/1999, die volgens de bewoordingen van artikel 1 ervan als doelstelling had „[…] het bevorderen van de spoedige en gecoördineerde invoering van compatibele UMTS-netwerken en -diensten in de Gemeenschap […]", luidde als volgt:

„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 […]"

9 In Frankrijk bepaalde artikel L. 33-1 van de Code des postes et télécommunications (Franse post- en telecommunicatiewet), in de ten tijde van de feiten geldende versie:

„I — De voor telecommunicatie bevoegde minister verleent vergunningen voor het opzetten en exploiteren van openbare netwerken.

Deze vergunning mag enkel worden geweigerd voor zover dit noodzakelijk is ter bescherming van de openbare orde of omwille van de defensie of openbare veiligheid, op grond van technische beperkingen die inherent zijn aan de beschikbaarheid

van frequenties, of wanneer de aanvrager technisch of financieel niet in staat is om blijvend te voldoen aan de verplichtingen die voortvloeien uit de voorwaarden waaronder hij zijn activiteit uitoefent, dan wel hem een van de sancties is opgelegd die worden genoemd in de artikelen L. 36-11, L. 39, L. 39-1, L. 39-2 en L. 39-4.

De vergunning is onderworpen aan de regels die zijn neergelegd in een bestek en die zien op:

[…]

h) het gebruik van de toegewezen frequenties en de vergoedingen die uit dien hoofde, alsmede voor de kosten van beheer en controle ervan, moeten worden betaald.

[…]

De vergunning wordt afgegeven voor een periode van vijftien jaar.

[…]

V— Het aantal vergunningen kan worden gelimiteerd wegens technische beperkingen die inherent zijn aan de beschikbaarheid van frequenties.

In dat geval maakt de voor telecommunicatie bevoegde minister, op voorstel van de Regelgevende instantie voor telecommunicatie, de nadere voorschriften en de voorwaarden voor toewijzing van de vergunningen bekend.

De toewijzing van frequenties dient in alle gevallen de voorwaarden voor een daadwerkelijke mededinging te waarborgen."

Voorgeschiedenis van het geding

10 In Frankrijk gebeurde het opzetten en exploiteren van openbare netwerken krachtens — de ten tijde van de feiten geldende — wet nr. 96-659 van 26 juli 1996 houdende regeling van de telecommunicatie (JORF van 27 juli 1996, blz. 11384) op voorstel van de — nieuw opgerichte — Autorité de régulation des télécommunications (Franse regelgevende instantie voor telecommunicatie; hierna: „ART"), die de vergunningaanvragen behandelde, waarna de vergunningen werden afgegeven door de minister van Industrie, Post en Telecommunicatie.

11 Nadat de Franse regering op 6 juni 2000 haar voornemen had aangekondigd om vier licenties voor de invoering van mobiele draadloze communicatiesystemen van de derde generatie (UMTS, Universal Mobile Telecommunications System) toe te wijzen, maakte de minister van Industrie, Post en Telecommunicatie in JORF van 18 augustus 2000 overeenkomstig de destijds geldende regeling besluit nr. 00-835 van de ART van 28 juli 2000 bekend, waarbij hem voorstellen werden gedaan voor de nadere voorschriften en de voorwaarden voor de toewijzing van vergunningen voor de invoering in Europees Frankrijk van mobiele systemen van de derde generatie. Deze bekendmaking vormde het begin van de procedure tot het indienen van aanvragen. Uit de bijlagen erbij blijkt dat de toewijzing van de vergunningen, als gevolg waarvan aan een beperkt aantal exploitanten een voordeel werd verleend in de vorm van de bezetting van de openbare frequentieruimte, een totaalbedrag van 32,5 miljard FRF (4 954,593 miljoen EUR) aan vergoedingen moest opleveren, te betalen gedurende de looptijd van de vergunning, die was vastgesteld op vijftien jaar. Voorts blijkt hieruit dat de aanvragen uiterlijk dienden te worden ingediend op 31 januari 2001 en dat de aanvragers deze tot en met 31 mei 2001 konden intrekken.

12 Op 31 januari 2001 deelde de ART in een persbericht mee dat slechts twee dossiers waren ingediend, te weten door de Société française du radiotéléphone — SFR (hierna: „SFR") en door France Télécom mobiles [dat enkele maanden later Orange France (hierna „Orange") is geworden], en dat een aanvullende oproep tot het indienen van aanvragen haar noodzakelijk leek om een daadwerkelijke mededinging te waarborgen.

13 In het licht van deze mededeling wezen de algemeen president-directeur van France Télécom en die van Vivendi Universal (waarvan SFR een dochteronderneming is) de minister van Economische Zaken en Financiën en de staatssecretaris voor Industrie op de noodzaak om, wanneer zij de voorwaarden voor toewijzing van toekomstige licenties vaststellen, de beginselen van gelijkheid voor de openbare lasten en van daadwerkelijke mededinging tussen de exploitanten te eerbiedigen.

14 Bij twee gelijkluidende brieven van 22 februari 2001 antwoordden de minister van Economische Zaken en Financiën en de staatssecretaris voor Industrie de bestuurders van de betrokken ondernemingen dat de regering deze dubbele doelstelling (eerbiediging van de beginselen van gelijkheid voor de openbare lasten en van daadwerkelijke mededinging tussen de exploitanten) met hen deelt, en dat de „nadere voorschriften voor de aanvullende oproep tot het indienen van aanvragen, die [zou] worden voorgesteld door de ART en de regering, een billijke behandeling [zouden] garanderen van de exploitanten aan wie uiteindelijk een licentie [zou] worden verleend".

15 Zonder de aanvullende oproep tot het indienen van aanvragen af te wachten, werden in juli 2001 de eerste twee licenties afgegeven. Bij twee besluiten van 18 juli 2001 (bekendgemaakt in JORF op 21 augustus 2001) verleende de staatssecretaris voor Industrie (die destijds tevens verantwoordelijk was voor telecommunicatie) Orange en SFR vergunning voor het opzetten en exploiteren van een openbaar ethernetwerk van de derde generatie dat voldeed aan de UMTS-standaard, en voor het leveren van telefoondiensten aan het publiek. Deze vergunning werd verleend voor een periode van vijftien jaar. De bij deze besluiten gevoegde bestekken bepaalden met name

dat aan vergoedingen voor de terbeschikkingstelling en het beheer van de UMTS-frequenties, overeenkomstig het bepaalde in artikel 36 van de begrotingswet voor het jaar 2001, een bedrag van 4 954,593 miljoen EUR (32 502 000 000 FRF) moest worden betaald (begrotingswet bekendgemaakt in JORF van 31 december 2000). Blijkens artikel 36 van deze wet moest de eerste betaling plaatsvinden op 31 september 2001 en de laatste op 30 juni 2016.

16 De aanvullende oproep tot het indienen van aanvragen, die tot doel had de twee niet-verleende vergunningen te kunnen afgeven, begon met de bekendmaking door de voor telecommunicatie bevoegde minister van besluit nr. 01-1202 van de ART van 14 december 2001, waarbij hem voorstellen werden gedaan voor de nadere voorschriften en de voorwaarden voor de toewijzing van vergunningen voor de invoering in Europees Frankrijk van mobiele systemen van de derde generatie. De ART gaf hierin met name aan dat „de voorwaarden van [die tweede] procedure de voortzetting [waren] van die van de eerste oproep tot het indienen van aanvragen en met name tot doel [hadden] de eerbiediging van het beginsel van gelijke behandeling van exploitanten te waarborgen". Ook deed zij de aanbeveling om de financiële last voor de licentiehouders aan te passen en de looptijd van de licenties te verlengen.

17 De voor de vergunningen geldende financiële voorwaarden werden daarom herzien bij artikel 33 van de begrotingswet voor het jaar 2002 (bekendgemaakt in JORF van 28 december 2001), waarbij het hierboven in punt 15 genoemde artikel 36 van de begrotingswet voor het jaar 2001 in die zin werd gewijzigd dat de vergoeding die moest worden betaald voor het uit de bezetting van de openbare frequentieruimte voortvloeiende voordeel, zou worden verdeeld in een eerste component ten bedrage van 619 209 795,27 EUR, te betalen op 30 september van het jaar van afgifte van de vergunning of, indien deze afgifte na 30 september plaatsvond, op de datum van die afgifte, en in een tweede component, jaarlijks te betalen vóór 30 juni van het lopende jaar voor het gebruik van de frequenties in dat jaar, die werd berekend als een percentage van de door het gebruik van deze frequenties gegenereerde omzet.

18 In JORF van 29 december 2001 maakte de voor telecommunicatie bevoegde minister een advies bekend betreffende de betaling van vergoedingen voor het gebruik van de aan de licentiehouders toegewezen frequenties, waarin de nieuwe financiële voorwaarden werden overgenomen die voortvloeiden uit de begrotingswet.

19 Op de voor het indienen van de aanvragen vastgestelde sluitingsdatum, 16 mei 2002, was slechts één aanvraag ingediend, te weten die van de vennootschap Bouygues Télécom (hierna: „Bouygues Télécom"), een dochteronderneming van de groep Bouygues. De ART heeft de onderzoeksprocedure ingeleid, aan het einde waarvan de derde licentie zou worden verleend aan Bouygues Télécom (zie punt 21 hieronder). De vierde licentie kon, bij gebreke van een aanvrager, niet worden toegewezen.

20 Op 4 oktober 2002 dienden Bouygues en Bouygues Télécom gelijktijdig bij de Commissie een klacht in, waarin zij bezwaar maakten tegen een aantal steunmaatregelen van de Franse autoriteiten ten gunste van France Télécom. Tot deze maatregelen behoorde de door de regering tijdens de behandeling van de begrotingswet voor 2002 aangekondigde wijziging van de door Orange en SFR te betalen vergoedingen.

21 Bij besluit van 3 december 2002 (bekendgemaakt in JORF van 12 december 2002, blz. 20490) verleende de onderminister voor Industrie aan Bouygues Télécom vergunning voor het opzetten en exploiteren van een openbaar ethernetwerk van de derde generatie dat voldeed aan de UMTS-standaard en het leveren van telefoondiensten aan het publiek. In de vergunning, die was afgegeven voor een periode van 20 jaar, waren de in de punten 17 en 18 hierboven genoemde financiële voorwaarden betreffende de vergoedingen voor de terbeschikkingstelling en het beheer van de frequenties overgenomen.

22 Voorts wijzigde de onderminister voor Industrie bij twee andere besluiten van 3 december 2002 (eveneens bekendgemaakt in JORF van 12 december 2002), betreffende respectievelijk Orange en SFR, de in punt 15 hierboven genoemde besluiten van 18 juli 2001, alsmede de daarbij gevoegde bestekken, waarbij met name de looptijd van de vergunning op 20 jaar werd gesteld en de bepalingen inzake de vergoedingen voor de terbeschikkingstelling en het beheer van de frequenties werden vervangen door dezelfde bepalingen als die welke golden voor Bouygues Télécom, te weten de in punt 17 hierboven beschreven gewijzigde financiële voorwaarden, die dus aanzienlijk lagere vergoedingen behelsden dan de aanvankelijke, in de besluiten van 18 juli 2001 neergelegde, voorwaarden (zie punt 15 supra).

23 Op 31 januari 2003 heeft de Commissie de Franse Republiek in kennis gesteld van haar besluit om de procedure van artikel 88, lid 2, EG in te leiden ten aanzien van twee steunmaatregelen betreffende respectievelijk de bedrijfsbelastingregeling van toepassing op France Télécom en de financiële maatregelen van de staat ter ondersteuning van deze onderneming (PB C 57, blz. 5). Deze maatregelen behoren tot die waartegen de in punt 20 hierboven genoemde klacht van verzoeksters was gericht en vormden eveneens het voorwerp van een klacht van 13 maart 2001 van een vereniging van Franse territoriale overheden.

24 Bij brief van 12 november 2003 hebben verzoeksters de Commissie overeenkomstig artikel 232 EG aangemaand de procedure van artikel 88, lid 2, EG in te leiden ter zake van de grief betreffende de wijziging van de vergoedingen die moesten worden betaald voor de toewijzing van de UMTS-licenties, welke grief ook wordt genoemd in hun klacht. Op 11 december 2003 heeft de Commissie hun een voorlopige brief gezonden.

25 Bij verzoekschrift, ingeschreven ter griffie van het Gerecht op 21 februari 2004, hebben verzoeksters krachtens artikel 232 EG beroep ingesteld (zaak T-81/04).

26 Op 20 juli 2004 heeft de Commissie de, aan de Franse Republiek betekende, beschikking „staatssteun NN 42/2004 — Frankrijk" (hierna: „bestreden beschikking") gegeven, betreffende de wijziging van de door Orange en SFR te betalen vergoedingen voor UMTS-licenties, die een van de maatregelen was die in de op 4 oktober 2002 door verzoeksters ingediende klacht werden bekritiseerd. In deze beschikking, die het voorwerp vormt van het onderhavige beroep, heeft de Commissie verklaard te hebben besloten geen bezwaren te maken tegen de maatregel die het voorwerp vormde van de klacht, betreffende de wijziging van de betrokken vergoedingen, op grond dat deze maatregel geen steunelementen in de zin van artikel 87, lid 1, EG bevat.

27 De Commissie overweegt om te beginnen dat, gelet op het beperkte karakter van het communautaire kader, de Franse regering gerechtigd was om de voorwaarden voor

toewijzing van de UMTS-licenties vast te stellen, mits een open, niet-discriminerende en transparante procedure werd gevolgd, en de vergoeding te bepalen op een dusdanig niveau dat conform dit kader omschreven doelstellingen konden worden bereikt; de wijziging van de betrokken vergoeding beantwoordde aan de verkondigde doelstelling om zoveel mogelijk licenties toe te wijzen (punten 20-24 van de bestreden beschikking).

28 In het kader van haar onderzoek van de betwiste maatregel stelt de Commissie in de eerste plaats dat de afstemming van de voorwaarden van de licenties van de drie betrokken exploitanten (die zich vertaalt in een bijstelling naar beneden van de vergoedingen ten voordele van Orange en SFR) impliciet voortvloeide uit de eerder overeengekomen voorwaarden, omdat het opleggen van strengere voorwaarden aan Orange en SFR enkel theoretisch mogelijk was, aangezien zij zich konden terugtrekken (punt 27 van de bestreden beschikking).

29 In de tweede plaats is de Commissie van mening dat de Franse autoriteiten enkel een in richtlijn 97/13 neergelegde verplichting van gemeenschapsrecht hebben geëerbiedigd, namelijk die tot het toepassen van niet-discriminerende voorwaarden (punt 28 van de bestreden beschikking).

30 In de derde plaats stelt de Commissie dat het gemeenschapsrecht niet vereist dat de voor de UMTS-licenties te betalen vergoedingen worden vastgesteld op een niveau dat overeenkomt met een veronderstelde marktwaarde, dat de lidstaten handelen in de uitoefening van hun regelgevingstaken, en dat de toewijzing van licenties niet kan worden gelijkgesteld aan een markttransactie. Ten aanzien van de vraag of de wijziging van de vergoedingen het karakter heeft van een selectief voordeel, is de Commissie van mening dat de Franse autoriteiten op exploitanten met dezelfde licentie dezelfde voorwaarden hebben toegepast, op basis van hetzelfde bestek en aan het eind van twee opeenvolgende procedures, en dat het feit dat bepaalde exploitanten hun licentie een jaar eerder ontvingen op zich geen discriminatie oplevert (punten 29-33 van de bestreden beschikking). Zij merkt bovendien op dat het nieuwe tarifiëringsstelsel, krachtens hetwelk een hoge vaste vergoeding wordt vervangen

door een lagere vaste vergoeding in combinatie met een jaarlijkse omzetgerelateerde heffing, het mogelijk maakt om rekening te houden met de in de tijd verschillende situaties van de exploitanten (punt 34 van de bestreden beschikking).

31 De Commissie concludeert dat de Franse autoriteiten Orange en SFR geen voordeel hebben verleend, maar de vereisten van het gemeenschapsrecht inzake een objectieve, niet-discriminerende behandeling van exploitanten hebben geëerbiedigd (punt 35 van de bestreden beschikking).

32 Bij beschikking van 14 februari 2005, Bouygues en Bouygues Télécom/Commissie (T-81/04, niet gepubliceerd in de Jurisprudentie), heeft het Gerecht vastgesteld dat niet behoefde te worden beslist op de vordering strekkende tot vaststelling dat de Commissie had verzuimd een standpunt te bepalen over de grief in verzoeksters' klacht betreffende de wijziging van de vergoedingen voor de toewijzing van de UMTS-licenties, en heeft het de subsidiaire vordering tot nietigverklaring van het besluit vervat in de in punt 24 hierboven genoemde brief van de Commissie van 11 december 2003, niet-ontvankelijk verklaard.

Procesverloop en conclusies van partijen

33 Bij op 24 november 2004 ter griffie van het Gerecht ingeschreven verzoekschrift hebben verzoeksters krachtens artikel 230 EG het onderhavige beroep ingesteld.

34 Bij drie beschikkingen van 9 juni 2005 heeft de president van de Vierde kamer de Franse Republiek, Orange en SFR toegelaten tot interventie ter ondersteuning van de conclusies van de Commissie.

35 Op verzoek van het Gerecht van 12 februari 2007 hebben partijen op 20 februari 2007 een afschrift overgelegd van de klacht die verzoeksters op 4 oktober 2002 bij de Commissie hadden ingediend.

36 Partijen hebben ter terechtzitting van 14 maart 2007 pleidooi gehouden en op de vragen van het Gerecht geantwoord.

37 Bouygues en Bouygues Télécom concluderen dat het het Gerecht behaagt:

— de bestreden beschikking nietig te verklaren;

— verweerster en interveniëntes hoofdelijk te verwijzen in de kosten.

38 De Commissie concludeert dat het het Gerecht behaagt:

— het beroep ongegrond te verklaren;

— verzoeksters te verwijzen in de kosten.

39 De Franse Republiek concludeert dat het het Gerecht behaagt:

— het beroep te verwerpen;

— verzoeksters te verwijzen in de kosten.

40 Orange concludeert dat het het Gerecht behaagt:

— het beroep ongegrond te verklaren;

— verzoeksters te verwijzen in alle kosten van de procedure.

41 SFR concludeert dat het het Gerecht behaagt:

— het beroep ongegrond te verklaren;

— verzoeksters te verwijzen in alle kosten van de procedure.

In rechte

42 Verzoeksters voeren drie soorten middelen aan. In de eerste plaats betogen zij dat de bestreden beschikking ontoereikend is gemotiveerd. In de tweede plaats stellen zij dat de Commissie artikel 87, lid 1, EG heeft geschonden, aangezien de wijziging van de door Orange en SFR te betalen vergoedingen staatssteun in de zin van die bepaling

vormt. In de derde plaats, en subsidiair, voeren zij aan dat de bestreden beschikking een schending oplevert van artikel 88, lid 2, EG, aangezien de Commissie, daar de zaak ernstige moeilijkheden opriep, de formele procedure had moeten inleiden.

43 Om te beginnen moet het formele middel betreffende ontoereikende motivering worden onderzocht. Vervolgens dienen de materiële middelen die zijn ontleend aan schending van artikel 87, lid 1, EG en artikel 88, lid 2, EG, gezamenlijk te worden onderzocht.

Eerste middel: ontoereikende motivering van de bestreden beschikking

Argumenten van partijen

44 Verzoeksters betogen dat de bestreden beschikking ontoereikend is gemotiveerd, omdat in de eerste plaats aan de hand hiervan niet de logica kan worden begrepen van de redenering van de Commissie betreffende het verband tussen de mogelijkheid voor Orange en SFR om hun aanvragen in te trekken en de moeilijkheid voor de Franse autoriteiten om hun strengere voorwaarden op te leggen. In de tweede plaats kan de vertraging bij de twee concurrerende exploitanten geen geldige reden vormen om te concluderen tot het ontbreken van een voordeel dat de mededinging ongunstig kan beïnvloeden. In de derde plaats bevat de bestreden beschikking geen antwoord op de door verzoeksters in hun klacht aangevoerde grieven, maar stelt zij enkel dat klaagsters zich baseren op een onjuiste premisse, te weten dat de vergoeding moest overeenkomen met de handelswaarde van de licentie. In de vierde plaats is de ontoereikende motivering ook het resultaat van het gebrek aan voortvarendheid van de Commissie bij haar behandeling van verzoeksters' klacht.

45 De Commissie stelt dat de bestreden beschikking toereikend is gemotiveerd en dat verzoeksters' grieven voortkomen uit het feit dat zij het inhoudelijk niet eens waren met de gronden van deze beschikking. Ten eerste is het verband tussen de mogelijkheid voor Orange en SFR om hun aanvragen in te trekken en de wijziging van de vergoedingen evident, gezien de realiteit in de betrokken sector. Wat ten tweede de gestelde ontoereikende motivering betreffende het ontbreken van een ongunstige beïnvloeding van de mededinging betreft, merkt de Commissie op dat de bestreden beschikking niet op die grond berust. Ten derde betoogt zij dat zij voldoende duidelijk heeft geantwoord op de grieven in de klacht van verzoeksters. Ten vierde betoogt de Commissie, die beklemtoont dat verzoeksters' klacht elf maatregelen betrof, dat de beschuldigingen van stilzitten of gebrek aan voortvarendheid ongegrond zijn en dat deze grieven bovendien deel uitmaken van het derde middel.

Beoordeling door het Gerecht

46 In de eerste plaats stellen verzoeksters in wezen dat de bestreden beschikking geen duidelijke motivering bevat met betrekking tot het door de Commissie vastgestelde verband tussen de mogelijkheid voor Orange en SFR om hun aanvragen in te trekken indien zij van de nationale autoriteiten niet, bij de in punt 14 hierboven genoemde brieven van 22 februari 2001, de toezegging hadden gekregen dat alle exploitanten gelijk zouden worden behandeld, en de gestelde onmogelijkheid voor de Franse autoriteiten om aan Orange en SFR strengere financiële voorwaarden op te leggen.

47 In de bestreden beschikking merkt de Commissie op dat de ART op 31 januari 2001 had aanbevolen een aanvullende oproep tot het indienen van aanvragen te doen uitgaan, die rekening moest houden met het vereiste van billijkheid van met name financiële voorwaarden (punt 9 van de bestreden beschikking). Zij brengt naar voren (punten 10-12 van de bestreden beschikking) dat Orange en SFR hun aanvraag tot en met 31 mei 2001 hadden kunnen intrekken en dat de Franse regering zich voor de volgende keuze geplaatst zag: wanneer zij de twee exploitanten niet kon waarborgen

dat zij een billijke behandeling zouden krijgen in het geval dat de nieuwe oproep tot het indienen van aanvragen een naar beneden bijgestelde prijs zou vermelden, liep zij het risico dat deze hun aanvragen zouden intrekken, terwijl, wanneer zij hun wel een billijke behandeling zou waarborgen, de twee exploitanten hun aanvragen zouden handhaven. De Commissie voegt hieraan toe dat de Franse autoriteiten, om de procedure zo snel mogelijk af te ronden overeenkomstig hun Europese verplichtingen, hebben gekozen voor de tweede oplossing.

48 Hieruit volgt dat de Commissie duidelijk en uitgebreid de feiten heeft uiteengezet van de keuze waarvoor de Franse autoriteiten zich haars inziens gesteld zagen, door te wijzen op het risico dat de enige twee exploitanten die een UMTS-licentie hadden aangevraagd hun aanvragen zouden intrekken wanneer de Franse autoriteiten strengere financiële voorwaarden zouden handhaven dan die welke zouden worden gehanteerd jegens andere potentiële aanvragers. Verzoeksters' eerste grief moet derhalve worden afgewezen.

49 In de tweede plaats betogen verzoeksters dat de vertraging bij de twee concurrerende exploitanten geen geldige reden vormt om te concluderen tot het ontbreken van een voordeel dat de mededinging ongunstig kon beïnvloeden.

50 Vastgesteld moet worden dat een dergelijk bezwaar geen verband houdt met de motivering van de bestreden beschikking, maar met de gegrondheid van deze motivering. De analyse hiervan zal derhalve plaatsvinden in het kader van het onderzoek van de materiële wettigheid van de bestreden beschikking.

51 In derde plaats verwijten verzoeksters de Commissie dat deze niet heeft geantwoord op de in hun klacht uiteengezette grieven betreffende, ten eerste, de afstand van schuldvordering — die staatssteun vormt — waarmee de nationale autoriteiten hadden ingestemd, en ten tweede, een tijdsvoordeel dat Orange en SFR zouden hebben genoten.

52 In de bestreden beschikking heeft de Commissie zich niet uitgesproken over de eerste grief, betreffende de afstand van schuldvordering, en heeft zij de tweede grief, betreffende het tijdsvoordeel, verworpen, op grond dat de redenering van klaagsters zou berusten op de onjuiste premisse dat de vergoeding moet overeenstemmen met de handelswaarde van de licentie, die hoger zou zijn als gevolg van het betrokken tijdsvoordeel (punt 29 van de bestreden beschikking), en voorts het bestaan van een dergelijk tijdsvoordeel niet was aangetoond (punt 34 van de bestreden beschikking).

53 Er zij aan herinnerd dat de Commissie in geval van een beschikking waarbij wordt geconcludeerd dat een door een klager bekritiseerde steunmaatregel niet bestaat, de klager weliswaar voldoende duidelijk uiteen dient te zetten waarom de in de klacht aangevoerde gegevens feitelijk en rechtens ontoereikend zijn geweest om staatssteun aan te tonen, doch zij geen standpunt hoeft in te nemen over gegevens die kennelijk niet ter zake doende, zonder betekenis of duidelijk bijkomstig zijn (arrest Hof van 2 april 1998, Commissie/Sytraval en Brink's France, C-367/95 P, Jurispr. blz. I-1719, punt 64).

54 Bovendien is het volgens vaste rechtspraak niet noodzakelijk dat alle relevante gegevens feitelijk of rechtens in de motivering van een handeling worden gespecificeerd, aangezien deze moet worden beoordeeld aan de hand van de context ervan en het geheel van rechtsregels die de betrokken materie beheersen (zie arrest Commissie/Sytraval, reeds aangehaald, punt 63 en aldaar aangehaalde rechtspraak). Bovendien wordt een beschikking waarbij een klacht betreffende staatssteun wordt afgewezen, toereikend gemotiveerd op de grond dat de bekritiseerde maatregel de uitvoering van een richtlijn vormt en niet als een steunmaatregel is bedoeld (zie in die zin arrest Gerecht van 5 april 2006, Deutsche Bahn/Commissie, T-351/02, Jurispr. blz. II-1047, punt 120).

55 In de eerste plaats zij opgemerkt dat de grief ontleend aan afstand door de staat van een schuldvordering, die tot doel heeft aan te tonen dat een overdracht heeft plaatsgevonden van staatsmiddelen in de zin van artikel 87, lid 1, EG en waarover de Commissie zich in de bestreden beschikking niet heeft uitgesproken, faalt, aangezien

in die beschikking wordt geconcludeerd dat er geen sprake is van staatssteun, daar de bekritiseerde maatregel geen enkel voordeel heeft opgeleverd voor Orange en SFR. Aangezien de Commissie heeft vastgesteld dat steunelementen in de zin van artikel 87, lid 1, EG, ontbraken, omdat een van de — cumulatieve — aspecten die het begrip staatssteun in de zin van deze bepaling kenmerken, niet aanwezig was, was zij niet verplicht om haar afwijzing van verzoeksters' klacht te motiveren voor wat betreft de andere aspecten die dit begrip kenmerken. De grief was hoe dan ook bijkomstig in de zin van de aangehaalde rechtspraak, aangezien de maatregel was gerechtvaardigd op grond van, volgens de Commissie, doorslaggevende factoren, te weten de naleving van de in de richtlijn genoemde vereisten, inzonderheid de eerbiediging van het non-discriminatiebeginsel. In deze omstandigheden kan de instelling niet worden verweten niet te hebben geantwoord op deze grief, die niet alleen faalt maar ook bijkomstig is.

56 In de tweede plaats heeft de Commissie in de bestreden beschikking het argument betreffende het tijdsvoordeel om twee redenen van de hand gewezen. Ten eerste was de instelling van mening dat dit argument berustte op een onjuiste premisse van klaagsters, te weten dat de vergoeding moest overeenstemmen met de handelswaarde van de licentie en dat een eerder verkregen licentie een hogere waarde had. Ten tweede was de Commissie van mening dat zij op grond van het onderzoek van de feiten dit gestelde tijdsvoordeel moest relativeren of zelfs terzijde moest schuiven, aangezien Orange en SFR te kampen hadden met vertraging bij het opzetten van hun UMTS-netwerk en Bouygues Télécom, die van deze vertraging had kunnen profiteren, van dit gestelde tijdsvoordeel dus niet te lijden had gehad. De Commissie heeft hieraan toegevoegd dat met het nieuwe vergoedingenstelsel rekening kon worden gehouden met de in de tijd verschillende situaties van de exploitanten.

57 Derhalve kan niet worden gesteld dat de bestreden beschikking niet is gemotiveerd voor wat betreft het gestelde tijdsvoordeel, waarvan volgens de beschikking om twee redenen juist geen sprake is. De eerste reden is van conceptuele, de tweede van feitelijke aard. De juistheid van de beoordeling van de Commissie betreffende het bestaan van een tijdsvoordeel valt, zoals hierboven in punt 50 in herinnering is gebracht, niet binnen het toezicht op de motivering van de handeling en zal derhalve, samen met de gronden die zijn aangevoerd voor het standpunt dat de maatregel geen staatssteun vormt, worden onderzocht in het kader van het toezicht op de materiële wettigheid van de bestreden beschikking.

58 In de vierde plaats betogen verzoeksters dat de ontoereikende motivering van de bestreden beschikking moet worden bezien in samenhang met het aan de Commissie toegeschreven gebrek aan voortvarendheid bij de behandeling van hun klacht.

59 Aangezien de bestreden beschikking toereikend is gemotiveerd, dient deze grief ondoeltreffend te worden verklaard. Voor zover het verweten gebrek aan voortvarendheid in verband kan worden gebracht met de grief ontleend aan schending van artikel 88, lid 2, EG, zal dit binnen dat kader worden onderzocht.

60 Uit het voorgaande volgt dat het eerste middel, betreffende de motivering van de bestreden beschikking, moet worden afgewezen.

Tweede en derde middel: schending van artikel 87, lid 1, EG, respectievelijk artikel 88, lid 2, EG

Argumenten van partijen

61 Verzoeksters betogen dat de wijziging van de door Orange en SFR voor de UMTS-licenties te betalen vergoedingen staatssteun in de zin van artikel 87, lid 1, EG vormt.

62 In de eerste plaats is er sprake van overdracht van staatsmiddelen, aangezien de Franse autoriteiten hebben afgezien van het innen van een opeisbare schuldvordering.

63 In de tweede plaats kent de wijziging aan de belanghebbenden een selectief voordeel toe.

64 Ten eerste kan deze wijziging, zoals de bestreden beschikking aangeeft, niet worden gerechtvaardigd op grond van het non-discriminatiebeginsel, aangezien richtlijn 97/13 niet voorschrijft dat voor de licenties identieke toewijzingsvoorwaarden moeten worden vastgesteld, en er twee afzonderlijke selectieprocedures waren georganiseerd.

65 Ten tweede stellen zij dat deze wijziging daarentegen een discriminatie vormde van Bouygues Télécom, waarvan de situatie verschilt van die van Orange en SFR.

66 Ten derde was dit selectieve voordeel verleend zonder tegenprestatie. De Franse regering heeft afstand gedaan van een opeisbare schuldvordering, terwijl de twee exploitanten beschikten over de middelen om het aanvankelijk vastgestelde bedrag van de vergoedingen, die voor hen een normale last vormden en een billijke prijs die overeenstemde met de marktwaarde van de licenties, te betalen; intrekking van hun aanvragen, in geval van handhaving van dit bedrag, was louter hypothetisch. Voorts heeft de staat aan Orange en SFR een tijdsvoordeel verschaft, aangezien andere concurrenten ook een aanvraag zouden hebben ingediend wanneer de vergoeding die voortvloeide uit de wijziging vanaf het begin was toegepast. Dat Orange en SFR de licenties anderhalf jaar vóór Bouygues Télécom hebben verworven, heeft hen in staat gesteld de gunstigste frequentieblokken uit te kiezen, zich de beste locaties toe te eigenen, voordeel te halen — ten nadele van Bouygues Télécom — uit het imago van innoverend exploitant, en delen van de markt te veroveren zonder daadwerkelijke concurrentie te ondervinden. Het feit dat alle exploitanten te kampen hadden met vertraging bij het lanceren van UMTS doet aan deze vaststellingen niet af. Bovendien hebben de Franse autoriteiten Orange en SFR bij brieven van 22 februari 2001 verzekerd dat hun een licentie zou worden toegewezen en dat zij in aanmerking zouden komen voor de gunstigere voorwaarden van de aanvullende oproep tot het indienen van aanvragen, zonder dat zij een nieuwe aanvraag behoefden in te dienen.

67 In de derde plaats wordt door de wijziging van de vergoedingen de mededinging ongunstig beïnvloedt, terwijl volgens de rechtspraak een potentiële ongunstige beïnvloeding voldoende is. De ongunstige beïnvloeding was reëel, aangezien Orange en

SFR de mogelijkheid hadden om bedragen te investeren die eigenlijk waren bestemd om de vergoedingen te betalen. Aldus hebben de twee exploitanten vroegtijdig en op zekere wijze toegang tot de UMTS-markt gekregen.

68 In repliek betwisten verzoeksters in het bijzonder de door de Commissie in haar verweerschrift geformuleerde argumenten volgens welke de Franse regering heeft gehandeld in het kader van de uitoefening van overheidsprerogatieven en in het licht van overwegingen van algemeen belang, hetgeen het bestaan van een selectief voordeel en derhalve van staatssteun zou uitsluiten. Zij betogen ten eerste dat de staat met het toewijzen van licenties een economische activiteit uitoefent, waarmee wordt beoogd voordeel te halen uit het gebruik van de openbare frequentieruimte, ten tweede dat de staat, zelfs wanneer hij overheidstaken uitoefent, de mededingingsregels dient te eerbiedigen en ten derde dat de wijziging van de betrokken vergoedingen niet door de aard en de opzet van het stelsel in de zin van de rechtspraak wordt gerechtvaardigd.

69 In hun betoog aangaande de schending van het non-discriminatiebeginsel en de economische aard van de activiteit van het toewijzen van UMTS-licenties voeren verzoeksters aan dat richtlijn 97/13 het beginsel formuleert dat de in het kader van een gegeven procedure gedefinieerde selectiecriteria of toewijzingsvoorwaarden ongewijzigd moeten blijven, en dat het ingevolge deze richtlijn niet is toegestaan om, terwijl de procedure nog niet is afgerond, de voorwaarden van een oproep tot het indienen van aanvragen te wijzigen, zoals dit in casu is geschied als gevolg van de brieven van de Franse autoriteiten van 22 februari 2001. Verzoeksters beroepen zich voorts op beginselen en regels voor overheidsopdrachten en concessieovereenkomsten, te weten de beginselen van transparantie en gelijke behandeling, die van toepassing zijn op procedures van vergelijkende inschrijving, en het beginsel van onveranderbaarheid van de selectiecriteria of toewijzingsvoorwaarden in deze procedures.

70 Bovendien betogen verzoeksters dat de Commissie de procedure van artikel 88, lid 2, EG moest inleiden, aangezien de zaak ernstige moeilijkheden opriep, hetgeen de Commissie heeft toegegeven.

71 De Commissie stelt in de eerste plaats dat, wat de begrippen selectief voordeel en staatsmiddelen betreft, verzoeksters een onjuiste uitlegging geven aan het toepasselijke rechtskader, dat is gebaseerd op een logica van marktregulering die een objectieve, niet-discriminerende en transparante behandeling vereist bij de toewijzing van licenties, waarbij rekening wordt gehouden met de noodzaak ervoor te zorgen dat de voordelen voor gebruikers zo groot mogelijk zijn, optimaal gebruik wordt gemaakt van schaarse hulpbronnen en de ontwikkeling van de mededinging wordt bevorderd. De Franse autoriteiten hebben gehandeld in de uitoefening van overheidstaken, en dit niet om winsten te maximaliseren, maar om de ontwikkeling van gezonde en gelijke concurrentieverhoudingen te waarborgen.

72 De wijziging van de door Orange en SFR verschuldigde vergoedingen strookt volledig met richtlijn 97/13 en beschikking nr. 128/1999, aangezien de richtlijn vereist dat alle ondernemingen die een licentie verwerven gelijk worden behandeld. Daarom hebben de Franse autoriteiten, toen zij de vergoedingen wijzigden door de voorwaarden van alle licenties op elkaar af te stemmen, aan Orange en SFR geen selectief voordeel verleend, maar maatregelen vastgesteld die strookten met de aard en de opzet van het reguleringssysteem. Bij ontbreken van een selectief voordeel, vormt een verlies aan staatsmiddelen geen staatssteun.

73 De Commissie betoogt dat richtlijn 97/13 voorziet in de mogelijkheid om de voorwaarden van de licenties te wijzigen en het aantal ervan uit te breiden, en dat de richtlijnen inzake overheidsopdrachten waarop verzoeksters zich beroepen in casu niet van toepassing zijn.

74 Zij betoogt voorts dat de wijziging van de litigieuze vergoedingen geen tijdsvoordeel voor Orange en SFR heeft opgeleverd. Ten eerste is zij van mening dat het bestaan van het gestelde voordeel verre van evident is, aangezien niets erop wijst dat de aan de eerste twee exploitanten toegewezen frequentieblokken beter waren. Integendeel, de zogenoemde toe-eigening van de beste locaties door Orange en SFR heeft Bouygues Télécom daarentegen in staat gesteld te besparen op gedetailleerde studies over deze kwestie. Bovendien zijn Orange en SFR, ondanks dat zij hun licenties in

juli 2001 hadden ontvangen, pas ongeveer twee jaar nadat Bouygues Télécom haar licentie had verkregen, met hun UMTS-diensten van start gegaan, uit welke vertraging Bouygues Télécom voordeel had kunnen halen. Het gestelde nadelige effect voor het merkimago van Bouygues Télécom ten slotte, tengevolge van het feit dat zij niet heeft deelgenomen aan de eerste oproep tot het indienen van aanvragen, kan de Franse autoriteiten niet worden aangerekend, maar vloeit voort uit strategische keuzes van de belanghebbende.

75 Ten tweede wordt, gesteld dat er een zeker duidelijk voordeel bestond, dit voordeel in twee opzichten ruimschoots gecompenseerd. In de eerste plaats maakt de door de nieuwe voorschriften voor de berekening van de vergoedingen voorziene jaarlijkse omzetgerelateerde heffing het juist mogelijk om rekening te houden met de in de tijd verschillende situaties van de exploitanten. In de tweede plaats is elk eventueel voordeel niet het resultaat van een besluit van de nationale autoriteiten, maar van het zekere risico dat Orange en SFR bij de eerste oproep tot het indienen van aanvragen hebben genomen, aangezien toen inzonderheid niet kon worden voorzien dat de vergoedingen naderhand zouden worden gewijzigd.

76 De Commissie betoogt in de tweede plaats dat het feit dat de door de Franse autoriteiten genomen maatregel invloed zou hebben gehad op de mededinging, geen afbreuk doet aan haar analyse, aangezien de maatregelen tot regulering van een economische sector juist uitdrukkelijk ten doel hebben de mededinging te beïnvloeden en de bekritiseerde maatregel wat dit betreft in casu positieve gevolgen heeft gehad.

77 Aangaande de ernstige moeilijkheden die de inleiding van de formele procedure zouden hebben gerechtvaardigd, merkt de Commissie op dat deze moeilijkheden niet voortvloeiden uit de grief welke het voorwerp vormt van het onderhavige geding, maar enkel uit bepaalde andere in de klacht genoemde maatregelen, die haar ertoe hebben gebracht de procedure van artikel 88, lid 2, EG in te leiden.

78 De Franse Republiek merkt op dat wanneer de bevoegde autoriteit (ART) een UMTS-licentie toekent, zij een activiteit uitoefent ter regulering van de

telecommunicatiemarkt en niet optreedt als marktdeelnemer, aangezien de in dit verband verlangde vergoeding geen prijs vormt. Zij betoogt dat de wijziging van de door Orange en SFR verschuldigde vergoedingen heeft plaatsgevonden in overeenstemming met het in richtlijn 97/13 neergelegde non-discriminatiebeginsel, teneinde een gelijke behandeling van alle exploitanten te garanderen, en dat zij werd gerechtvaardigd door de aard en de opzet van het stelsel. In de brieven van de Franse autoriteiten van 22 februari 2001 wordt enkel verklaard dat het beginsel van gelijkheid van exploitanten zal worden geëerbiedigd. Het doel van de twee successieve, elkaar aanvullende oproepen tot het indienen van aanvragen was het toekennen van gelijkwaardige licenties, waarbij valt op te merken dat Orange en SFR hun offertes hadden kunnen intrekken en vervolgens afstand hadden kunnen doen van hun licenties, en dat het organiseren van een nieuwe oproep tot het indienen van aanvragen dan de verhandeling van de UMTS-diensten zou hebben vertraagd, waardoor de in richtlijn 97/13 gestelde termijnen niet zouden zijn geëerbiedigd.

79 De Franse Republiek betoogt dat de wijziging van de door Orange en SFR verschuldigde vergoedingen deze exploitanten geen voordeel heeft opgeleverd. De mogelijkheid die zij hadden om eerder toegang te krijgen tot de markt van UMTS-diensten was immers het gevolg van het feit dat hun licenties na afloop van de eerste oproep tot het indienen van aanvragen waren toegewezen, en niet van voornoemde wijziging. Bouygues Télécom, die ervoor had gekozen niet aan deze eerste oproep deel te nemen, was bovendien in staat het gestelde voordeel van haar concurrenten te compenseren. In dit verband hebben verzoeksters niet aangetoond dat de toegewezen frequentieblokken niet gelijkwaardig waren, en had Bouygues Télécom, die reeds beschikte over de voor het invoeren van UMTS benodigde locaties, kunnen profiteren van de vertraging waarmee Orange en SFR te kampen hadden, wanneer zij niet de strategische keuze voor een alternatief voor UMTS had gemaakt.

80 Orange stelt dat de wijziging van de vergoedingen geen selectief karakter had. De Franse autoriteiten waren, teneinde het in richtlijn 97/13 neergelegde non-discriminatiebeginsel te eerbiedigen, gehouden om de voorwaarden van de eerste oproep tot het indienen van aanvragen af te stemmen op die van de aanvullende procedure, aangezien Orange, SFR en Bouygues Télécom zich, als exploitanten die identieke licenties wilden verwerven, in vergelijkbare situaties bevonden. Die autoriteiten zijn regulerend opgetreden op de opkomende UMTS-markt, met het doel om, overeenkomstig de doelstellingen van richtlijn 97/13, de ontwikkeling mogelijk te maken van een door volledige mededinging gekenmerkte markt.

81 De wijziging van de vergoedingen heeft Orange en SFR geen voordeel opgeleverd. Orange stelt dat zij haar aanvraag tot en met 31 mei 2001 had kunnen intrekken en dat zij hiervan heeft afgezien omdat zij de garantie had dat de Franse autoriteiten het billijkheidsbeginsel zouden eerbiedigen. Het gestelde tijdsvoordeel is niet aangetoond, aangezien Orange en SFR meer dan twee jaar nadat Bouygues Télécom haar licentie had verkregen, met hun UMTS-diensten van start zijn gegaan. Bovendien was Bouygues Télécom, die niet op UMTS had ingezet, in staat om vrijwel gelijktijdig met haar concurrenten een plaats op de markt te veroveren.

82 SFR betoogt dat de door de Franse autoriteiten gekozen oplossing om de eerste oproep tot het indienen van aanvragen niet te annuleren, maar een tweede oproep te organiseren, ertoe heeft geleid dat alle belanghebbende exploitanten in staat waren een aanvraag in te dienen en dat Bouygues Télécom een licentie heeft verworven tegen een vergoeding die voor haar aanvaardbaar was. Aangezien in totaal drie exploitanten aanvragen hadden ingediend voor de vier aangeboden licenties, waren deze er bovendien van verzekerd dat zij een licentie zouden verwerven. Orange en SFR hebben geen enkel voordeel genoten. Integendeel, Bouygues Télécom heeft, met name gelet op de technologische ontwikkelingen, juist voordeel gehaald uit haar latere aanvraag.

83 Bovendien hadden de Franse autoriteiten geen onherroepelijk recht op het gedeelte van de schuldvordering waarvan zij afstand hadden gedaan. Orange en SFR hadden hun aanvraag tot en met 31 mei 2001 kunnen intrekken en konden vervolgens op elk moment afstand doen van de vergunning om de openbare ruimte te bezetten en stoppen met het betalen van de bijbehorende vergoeding. Bovendien zou bij handhaving door de Franse autoriteiten van de aanvankelijk van Orange en SFR verlangde vergoedingen — die bijna acht keer zo hoog waren als het bedrag dat gold voor Bouygues Télécom — laatstgenoemde een selectief voordeel hebben genoten.

Beoordeling door het Gerecht

84 Het geschil heeft betrekking op de vraag of de Franse autoriteiten, door de door Orange en SFR te betalen vergoedingen voor UMTS-licenties te wijzigen, aan deze twee exploitanten een voordeel hebben verleend dat staatssteun vormt in de zin van

artikel 87, lid 1, EG. In de bestreden beschikking wordt namelijk vastgesteld dat de betrokken wijziging geen enkel voordeel heeft opgeleverd voor Orange en SFR, en dat, aangezien een van de — cumulatieve — toepassingsvoorwaarden van het begrip staatssteun in de zin van artikel 87, lid 1, EG derhalve niet was vervuld, de bekritiseerde maatregel geen steunelementen in de zin van deze bepaling bevatte.

85 Verzoeksters voeren in wezen twee soorten argumenten aan. Ten eerste betogen zij dat de bekritiseerde maatregel een selectief voordeel, met name een tijdsvoordeel, behelst, dat is verleend zonder tegenprestatie, aangezien de Franse autoriteiten hebben afgezien van het innen van wat voor Orange en SFR een normale last vormde die overeenstemde met de marktwaarde van de licenties. Ten tweede stellen zij dat de wijziging van de litigieuze vergoeding niet kon worden gerechtvaardigd door het non-discriminatiebeginsel, daar zij daarentegen juist discriminerend was jegens Bouygues Télécom.

86 Wat de procedure betreft, betogen verzoeksters voorts dat de door hen bij de Commissie ingediende klacht ernstige moeilijkheden aan de orde stelde en dat de Commissie dus, na een eerste onderzoek, had moeten handelen overeenkomstig artikel 88, lid 3, EG, krachtens hetwelk deze instelling, wanneer zij meent dat een voorgenomen steunmaatregel volgens artikel 87 EG onverenigbaar is met de gemeenschappelijke markt, onverwijld de procedure van artikel 88, lid 2, EG aanvangt.

87 In het kader van de procedure van artikel 88 EG dient onderscheid te worden gemaakt tussen, enerzijds, de in artikel 88, lid 3, EG bedoelde inleidende fase van het onderzoek van steunmaatregelen, die er slechts toe dient de Commissie in staat te stellen zich een eerste mening te vormen over de gedeeltelijke of volledige verenigbaarheid van de betrokken steun, en anderzijds de formele onderzoeksfase waarin artikel 88, lid 2 EG voorziet, die ertoe dient de Commissie in staat te stellen volledige informatie te verkrijgen over alle gegevens van de zaak (arresten Hof van 19 mei 1993,

Cook/Commissie, C-198/91, Jurispr. blz. I-2487, punt 22, en 15 juni 1993, Matra/Commissie, C-225/91, Jurispr. blz. I-3203, punt 16, en arrest Commissie/Sytraval en Brink's France, reeds aangehaald, punt 38).

88 De bij artikel 88, lid 3, EG ingestelde inleidende fase van het onderzoek heeft enkel tot doel de Commissie een voldoende periode van overweging en onderzoek te gunnen om zich een eerste mening te kunnen vormen over de aangemelde steunprojecten om, zonder dat een diepgaand onderzoek noodzakelijk is, te kunnen concluderen dat zij verenigbaar zijn met het Verdrag dan wel dat de strekking ervan dienaangaande twijfel doet rijzen (arrest Hof van 15 februari 2001, Oostenrijk/Commissie, C-99/98, Jurispr. blz. I-1101, punten 53 en 54).

89 De in artikel 88, lid 2, EG bedoelde formele onderzoeksfase, die de Commissie in staat stelt zich vooraleer haar beschikking te geven volledig over alle aspecten van de zaak te laten voorlichten, is volstrekt noodzakelijk wanneer de Commissie bij de beoordeling of een steunmaatregel verenigbaar is met de gemeenschappelijke markt, ernstige moeilijkheden ondervindt (arrest Matra/Commissie, reeds aangehaald, punt 33).

90 Om met betrekking tot een steunmaatregel een beschikking om geen bezwaar te maken te geven, mag de Commissie zich dus alleen dan tot de inleidende onderzoeksfase van artikel 88, lid 3, EG beperken, wanneer zij na dit onderzoek tot de overtuiging kan komen dat dit project verenigbaar is met het Verdrag.

91 Is de Commissie na dit eerste onderzoek evenwel tot de tegenovergestelde overtuiging gekomen, of heeft zij niet alle problemen weten op te lossen die zich bij de beoordeling van de verenigbaarheid van deze steunmaatregel met de gemeenschappelijke markt voordoen, dan is zij verplicht alle nodige adviezen in te winnen en daartoe de formele onderzoeksprocedure van artikel 88, lid 2, EG in te leiden (arrest Hof van

20 maart 1984, Duitsland/Commissie, 84/82, Jurispr. blz. 1451, punt 13; arresten Cook/Commissie, reeds aangehaald, punt 29; Matra/Commissie, reeds aangehaald, punt 33, en Commissie/Sytraval en Brink's France, reeds aangehaald, punt 39).

92 Aangezien de bestreden beschikking is gegeven zonder de formele onderzoeksfase in te leiden, kon de Commissie deze enkel rechtsgeldig geven wanneer het eerste onderzoek van de door klaagsters voorgelegde klacht geen ernstige moeilijkheden opriep.

93 Derhalve moeten de door verzoeksters tegen de bestreden beschikking ingebrachte argumenten betreffende het bestaan van ernstige moeilijkheden worden onderzocht. Zouden dergelijke moeilijkheden bestaan, dan kan de 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.

94 Achtereenvolgens moet worden onderzocht of het gestelde tijdsvoordeel, dat staatssteun zou vormen, bestond en of het non-discriminatiebeginsel is geëerbiedigd.

— Bestaan van een selectief voordeel

95 In de bestreden beschikking heeft de Commissie zich op het standpunt gesteld dat „niet [was] aangetoond dat de vroegtijdige verwerving van de UMTS-licentie Orange en SFR enig voordeel had opgeleverd dat de mededinging ongunstig kon beïnvloeden, gezien de vertragingen waarmee alle exploitanten bij het opzetten van het UMTS-netwerk te kampen hadden", en dat „het nieuwe tarifiëringsstelsel van de licenties

meer geschikt [kon] worden geacht om rekening te houden met de in de tijd verschillende situaties van de exploitanten binnen de specifieke context van de toewijzing van licenties in Frankrijk" (punt 34 van de bestreden beschikking).

96 Om het selectieve karakter van de wijziging van de UMTS-vergoedingen aan te tonen, zetten verzoeksters uiteen dat Orange en SFR hierdoor een tijdsvoordeel is verleend, aangezien hun respectieve licenties eerder waren afgegeven, zulks ten nadele van Bouygues Télécom, die dezelfde prijs heeft betaald voor een licentie die pas na die van haar concurrenten is ingegaan, hetgeen een discriminatie vormde jegens deze exploitant.

97 In dit verband betwisten verzoeksters dat de litigieuze wijziging kan worden aangemerkt als een maatregel die wordt gerechtvaardigd door de aard en de opzet van het stelsel en daardoor niet als staatssteun kan worden gekwalificeerd (arresten Hof van 2 juli 1974, Italië/Commissie, 173/73, Jurispr. blz. 709, punt 33; 26 september 2002, Spanje/Commissie, C-351/98, Jurispr. blz. I-8031, punt 42, en 14 april 2005, AEM en AEM Torino, C-128/03 en C-129/03, Jurispr. blz. I-2861, punt 39). Volgens verzoeksters vormt de toewijzing van licenties voor mobiele telefonie geen louter regulerende, maar een economische activiteit.

98 Dienaangaande betogen verzoeksters dat de UMTS-licenties een handelswaarde hebben en dat de nationale autoriteiten bij de toewijzing daarvan optreden als een marktdeelnemer die voor deze licenties de beste prijs probeert te krijgen teneinde economisch rendement te halen uit het beheer van de openbare frequentieruimte. Zij voegen hieraan toe dat deze prijs door Orange en SFR was aanvaard als tegenprestatie voor het toegekende recht van gebruik van de openbare frequentieruimte. Bijgevolg hebben de nationale autoriteiten, door het als vergoeding te betalen bedrag zoals dat aanvankelijk was vastgesteld aanzienlijk te verminderen en aldus afstand te doen van een substantieel gedeelte van de schuldvordering die zij hadden op de twee betrokken exploitanten, staatsmiddelen overgedragen te hunnen gunste.

99 Uit het dossier blijkt dat de vergoeding aanvankelijk was vastgesteld op 4 954,593 miljoen EUR, welk bedrag in gedeelten moest worden betaald gedurende de looptijd van de vergunning, en dat de vergoeding zoals die voortvloeit uit de betwiste wijziging thans bestaat uit een eerste component ten bedrage van 619 209 795,27 EUR, te betalen op 30 september van het jaar van afgifte van de vergunning of, indien deze afgifte na 30 september plaatsvond, op de datum van die afgifte, en een tweede component, jaarlijks te betalen vóór 30 juni van het lopende jaar voor het gebruik van de frequenties in dat jaar, die wordt berekend als een percentage van de door het gebruik van deze frequenties gegenereerde omzet (zie punten 11 en 17 supra). Een dergelijke wijziging brengt — althans potentieel — een verlies aan staatsmiddelen met zich, waarmee de nationale autoriteiten in casu hebben ingestemd.

100 Uit het arrest van het Hof van 22 mei 2003, Connect Austria (C-462/99, Jurispr. blz. I-5197, punt 93), waarin vergoedingen aan de orde waren die waren opgelegd aan exploitanten die opereerden op verschillende markten voor mobieletelecommunicatiediensten, volgt dat de licenties een economische waarde hebben.

101 Evenzo hebben de UMTS-licenties, die vergunning verlenen om economische activiteiten uit te oefenen bestaande in de levering van mobieletelefoniediensten in de frequentieruimte, en waarbij het gaat om de verlening van het recht om de overeenkomstige openbare ruimte te bezetten of te gebruiken, een economische waarde, die de beheerder van deze ruimte in aanmerking dient te nemen wanneer hij het bedrag vaststelt van de door de betrokken exploitanten te betalen vergoedingen.

102 In de zaak die aanleiding heeft gegeven tot het arrest Aéroports de Paris/Commissie (arrest van 12 december 2000, T-128/98, Jurispr. blz. II-3929, punten 120 en 121), waarin het ging om de terbeschikkingstelling van luchthaveninstallaties aan luchtvaartmaatschappijen en dienstverrichters en de daarvoor door verzoekster, als beheerder van het openbare luchthaventerrein, vastgestelde vergoedingen, heeft het Gerecht geoordeeld dat het feit dat er naar nationaal recht een speciale bestuursregeling voor het openbaar domein bestaat, niet onverenigbaar is met de uitoefening op het openbaar domein van activiteiten van economische aard, en dat de

terbeschikkingstelling door Aéroports de Paris van luchthaveninstallaties bijdraagt tot het verrichten van diensten van economische aard op het openbaar domein, zodat zij een onderdeel is van haar economische activiteiten.

103 In hogere voorziening heeft het Hof geoordeeld dat wanneer luchthaveninstallaties ter beschikking worden gesteld van luchtvaartmaatschappijen en verschillende dienstverrichters, tegen betaling van een vergoeding waarvan het tarief door Aéroports de Paris vrij is vastgesteld, dit een activiteit van economische aard is (arrest Hof van 24 oktober 2002, Aéroports de Paris/Commissie, C-82/01 P, Jurispr. blz. I-9297, punt 78).

104 De uitoefening van overheidstaken sluit derhalve niet uit dat in het kader van het beheer van een schaars openbaar middel als de radiofrequenties, die de openbare frequentieruimte vormen ten aanzien waarvan een recht van toegang of gebruik kan worden toegekend, rekening wordt gehouden met economische gegevens. Derhalve vervullen de lidstaten zowel de rol van regulator van telecommunicatie als die van beheerder van het openbaar bezit dat de frequentieruimte vormt.

105 In dit verband volstaan de door de Commissie ter terechtzitting aangevoerde argumenten, volgens welke de betrokken goederen geen marktwaarde hebben omdat particuliere beheerders niet over een equivalent beschikken, niet om uit te sluiten dat deze goederen een staatsmiddel kunnen vormen.

106 Zelfs al hebben verzoeksters, gelet op de economische waarde van de licenties, gelijk wanneer zij stellen dat de nationale autoriteiten in casu voor een aanzienlijk deel hebben afgezien van staatsmiddelen, dan nog dient deze conclusie, met het oog op de betrokken schuldvordering, te worden genuanceerd, en vormt dit verlies aan middelen niet noodzakelijkerwijs staatssteun wegens de aard en de opzet van het stelsel.

107 Anders dan verzoeksters betogen, stond de schuldvordering op Orange en SFR waarvan de staat heeft afgezien, niet vast. In het kader van de procedure in verband met de eerste oproep tot het indienen van aanvragen hadden deze twee exploitanten namelijk 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 (zie de brieven van 22 februari 2001, genoemd in punt 14 supra), en voorts daarna op elk moment afstand kunnen doen van hun licenties en bijgevolg de betaling van de vergoeding staken, in het bijzonder wanneer zij zouden menen het slachtoffer te zijn van een ongelijke behandeling ten opzichte van Bouygues Télécom.

108 Bovendien berust de communautaire kaderregeling inzake telecommunicatiediensten, zoals die is neergelegd in richtlijn 97/13 en beschikking nr. 128/1999, op de gelijke behandeling van de exploitanten bij de toewijzing van licenties en de berekening van eventuele vergoedingen, en laat zij de lidstaten vrij in de keuze van de procedure voor toewijzing van de licenties, zolang de beginselen van vrije mededinging en gelijke behandeling worden geëerbiedigd. Derhalve mogen de lidstaten, hoewel zij gebruik kunnen maken van openbare veilingen, ook, zoals in casu, kiezen voor een procedure van vergelijkende selectie, aangezien het er in wezen om draait dat de exploitanten, met name op het gebied van vergoedingen, gelijk worden behandeld.

109 In die zin heeft het Hof, toen het werd verzocht om uitlegging van artikel 11, lid 2, van richtlijn 97/13, dat vergoedingen betreft, in voormeld arrest Connect Austria (punt 90) beklemtoond dat de vergoedingen die van de verschillende exploitanten worden gevraagd, economisch gelijkwaardig moeten zijn. Bovendien heeft het Hof, na te hebben opgemerkt dat voor de vaststelling van de hoogte van de vergoedingen ingewikkelde economische beoordelingen nodig zijn en dat de nationale autoriteiten derhalve niet mogen worden verplicht om daarbij starre criteria te hanteren, zolang zij zich aan de uit het gemeenschapsrecht voortvloeiende limieten houden, gepreciseerd dat de verwijzende rechter de economische waarde van de betrokken concessies moet onderzoeken en daarbij inzonderheid rekening moet houden met de omvang van de toegekende frequentiespectra, het moment waarop elk van de betrokken exploitanten tot de markt is toegetreden, en het belang om een volledig gamma van mobieletelecommunicatiesystemen te kunnen aanbieden (punten 92 en 93).

110 Ook al heeft het aan de exploitanten toegekende recht van gebruik van de frequentieruimte een economische waarde, het als vergoeding te betalen bedrag kan derhalve enkel staatssteun vormen wanneer er, bij verder gelijke omstandigheden, een verschil bestaat tussen de prijs die elk van de betrokken exploitanten heeft betaald, waarbij eraan zij herinnerd dat volgens het Hof rekening moet worden gehouden met het moment waarop elk van de betrokken exploitanten tot de markt is toegetreden (arrest Connect Austria, reeds aangehaald, punt 93). Besluiten de nationale autoriteiten daarentegen algemeen dat de licenties gratis worden toegewezen, dat zij worden toegewezen na een openbare veiling of dat deze toewijzing geschiedt op basis van een uniform tarief, dan is van een steunelement geen sprake, wanneer deze modaliteiten op dezelfde wijze worden toegepast op alle betrokken exploitanten.

111 Bijgevolg volstaat 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 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, zoals opgemerkt in punt 107 hierboven, niet vaststond.

112 Derhalve doet het, gelet op de aard en de opzet van het stelsel van richtlijn 97/13 en beschikking nr. 128/1999, niet ter zake dat Orange en SFR in staat zouden zijn geweest om de aanvankelijke vergoedingen te betalen en zelfs deze vergoedingen zouden hebben aangemerkt als de juiste prijs van de licenties, wat het Gerecht dan ook niet behoeft na te gaan.

113 Evenwel moet met verzoeksters worden vastgesteld dat er objectief gezien een verschil bestaat tussen de situatie van Orange en SFR en die van Bouygues Télécom voor wat betreft het moment waarop zij hun respectieve licenties kregen toegewezen. Vaststaat dat Orange en SFR elk hun licentie kregen toegewezen bij twee besluiten van 18 juli 2001 en dat Bouygues Télécom de hare heeft verworven krachtens een

besluit van 3 december 2002. Verzoeksters' argument dat het feit dat Orange en SFR over licenties beschikten die zo'n anderhalf jaar eerder waren afgegeven, de concurrenten van Bouygues Télécom een voordeel heeft kunnen opleveren, is op het eerste gezicht niet irrelevant.

114 Een voordeel kan namelijk zowel voortkomen uit de vaststelling van een lagere prijs voor een goed met een identieke waarde als uit de vaststelling van een identieke prijs voor een goed met een lagere waarde.

115 In casu lijken de belanghebbenden evenwel niet van dit potentiële voordeel te hebben geprofiteerd.

116 Uit het dossier blijkt dat Orange en SFR, die zich geconfronteerd zagen met problemen die samenhingen met de UMTS-technologie en een voor de ontwikkeling ervan ongunstig economisch klimaat, met vertraging te kampen hadden bij de start van hun diensten, waarmee in het geval van SFR pas medio 2004 en in het geval van Orange pas eind 2004, dus meer dan twee jaar nadat Bouygues Télécom haar eigen licentie had verworven, een aanvang werd gemaakt. Geconstateerd moet worden dat de concurrenten van Bouygues Télécom in de praktijk geen voordeel hebben kunnen halen uit het tijdsvoordeel van de eerdere toewijzing van hun licenties om met hun UMTS-diensten van start te gaan voordat het Bouygues Télécom op grond van de toewijzing van een licentie mogelijk was haar eigen diensten aan te bieden. De door Orange en SFR opgelopen vertraging heeft dus tot gevolg gehad dat hun tijdsvoordeel werd geneutraliseerd.

117 Bovendien kunnen verzoeksters hun stelling dat Orange en SFR door de eerdere toewijzing van hun licenties in staat waren gunstigere frequentieblokken uit te kiezen, ononderbroken netwerken te construeren, het toegestane bereik te vergroten, het risico van storing te verkleinen en het sluiten van overeenkomsten tussen exploitanten over en weer van de grens te bevorderen, met geen enkel feitelijk element staven.

118 Verzoeksters stellen ook dat Orange en SFR zich de beste locaties hebben kunnen toe-eigenen, voordeel konden halen — ten nadele van Bouygues Télécom — uit het imago van innoverend exploitant en delen van de markt konden veroveren zonder daadwerkelijke concurrentie te ondervinden.

119 Wat in de eerste plaats de gestelde toe-eigening van de locaties betreft, merken verzoeksters op dat toen Bouygues Télécom haar zendvergunningen ontving, Orange en SFR reeds beschikten over een groot aantal vergunningen, die waren geconcentreerd in de belangrijkste Franse steden. Al aangenomen dat deze informatie juist is, opgemerkt moet worden dat het, gelet op de aanzienlijke verschillen in economische en commerciële strategie en in technologische keuzes en, bijgevolg, in de benadering van de markt tussen deze exploitanten en Bouygues Télécom, moeilijk lijkt om hieruit nuttige conclusies te trekken met betrekking tot de mogelijke ongunstige beïnvloeding van de mededinging. Verzoeksters tonen in ieder geval noch aan dat op het moment waarop Bouygues Télécom haar licentie verwierf de beste locaties reeds waren toegeëigend, noch dat zij geen installatievergunningen had kunnen verwerven, noch dat zij daardoor bijzondere beperkingen had ondervonden bij de keuze van de locaties die zij nodig had voor het ontwikkelen van haar diensten.

120 Wat in de tweede plaats het argument betreft dat het merkimago van Bouygues Télécom kon worden aangetast door het feit dat haar concurrenten op een eerdere datum een licentie hadden verworven, moet worden vastgesteld dat van een dergelijk gevolg niet is gebleken. Bovendien beklemtonen de interveniërende partijen, zonder op dit punt te zijn tegengesproken, dat Bouygues Télécom in eerste instantie had gekozen voor een andere technologie dan die van UMTS en de start van haar UMTS-diensten had uitgesteld in afwachting van een verbeterde versie van het systeem. Gezien deze verschillen in strategische keuzes tussen de exploitanten, kan de invloed van de datum van afgifte van de licenties op het merkimago van de betrokken ondernemingen niet worden geacht een aanzienlijk verschil op te leveren tussen hun respectieve situaties.

121 In de derde plaats hebben verzoeksters hun stelling dat Orange en SFR delen van de markt hebben kunnen veroveren zonder daadwerkelijke concurrentie te

ondervinden, niet gestaafd. Afgezien daarvan kan verzoeksters' argument niet overtuigen, gelet op de specifieke strategie van Bouygues Télécom op de UMTS-markt, ten aanzien waarvan niet wordt bestreden dat deze afwijkt van die van de twee andere exploitanten die bij het onderhavige geding betrokken zijn.

122 Derhalve kon de Commissie, toen zij de bestreden beschikking gaf, vaststellen dat Orange en SFR in de praktijk niet hadden geprofiteerd van het tijdsvoordeel dat gelegen was in het feit dat hun licenties eerder waren afgegeven. De Commissie kon er bijgevolg van uitgaan dat Orange en SFR in feite geen mededingingsvoordeel hadden genoten ten nadele van Bouygues Télécom.

123 Het virtueel aan Orange en SFR verleende voordeel was hoe dan ook de enige manier 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.

124 Wat dit laatste punt betreft, tonen verzoeksters namelijk niet aan dat de intrinsieke kenmerken van de UMTS-licenties die aan de drie exploitanten waren afgegeven, verschillen vertoonden, en werd reeds geconstateerd dat het feit dat de licenties van Orange en SFR eerder waren toegewezen, in casu geen nadelige gevolgen heeft gehad voor Bouygues Télécom.

125 Zoals de Commissie, ondersteund door interveniëntes, namelijk uiteenzet, zijn de kenmerken van de verschillende toegewezen frequentiekavels gelijkwaardig, zoals blijkt uit het door verzoeksters in het dossier opgenomen advies betreffende de

nadere voorschriften en de voorwaarden voor de toewijzing van vergunningen voor de invoering in Europees Frankrijk van UMTS, dat bij het besluit van de ART van 28 juli 2000 is gevoegd. Evenmin wordt betwist dat de beschikbare apparatuur binnen alle frequentiebanden functioneert. Bovendien is de door verzoeksters genoemde omstandigheid dat Orange en SFR in staat waren om gezamenlijke frequentieblokken te vormen met hun in het buitenland gevestigde dochterondernemingen, irrelevant, aangezien Bouygues Télécom niet over dergelijke dochterondernemingen beschikt.

126 Uit het voorgaande volgt dat het gestelde tijdsvoordeel niet is aangetoond en dat deze beoordeling geen ernstige moeilijkheid oproept op grond waarvan de Commissie de formele onderzoeksprocedure had moeten inleiden met betrekking tot de gestelde steun.

— Non-discriminatiebeginsel

127 In de bestreden beschikking overweegt de Commissie dat „de Franse autoriteiten" met de maatregel ter afstemming van de litigieuze vergoedingen „enkel artikel 11, lid 2, van richtlijn 97/13 hebben nageleefd, dat vereist dat de vergoedingen niet-discriminerend zijn", en dat zij „enkel een uit het gemeenschapsrecht voortvloeiende verplichting hebben toegepast" (punt 28 van de bestreden beschikking), namelijk die tot het eerbiedigen van het non-discriminatiebeginsel.

128 Verzoeksters zijn van mening dat de Franse autoriteiten, om een niet-discriminerende behandeling van de exploitanten te waarborgen, de voorwaarden — met name die betreffende de vergoedingen — op basis waarvan Orange en SFR hun respectieve licenties toegewezen hadden gekregen, hadden moeten handhaven, aangezien

de twee successieve oproepen tot het indienen van aanvragen afzonderlijke procedures vormden. Zij beroepen zich in dit verband op de toepasselijke regeling inzake overheidsopdrachten, en in het bijzonder op het beginsel van onveranderbaarheid van de selectiecriteria of toewijzingsvoorwaarden, en betogen dat de nationale autoriteiten de eerste oproep tot het indienen van aanvragen hadden moeten annuleren en de selectie van begin af aan hadden moeten overdoen, wanneer zij van mening waren dat het niet mogelijk was om de voorwaarden te handhaven die reeds met de in eerste instantie geselecteerde exploitanten waren overeengekomen.

129 Volgens vaste rechtspraak is er sprake van discriminatie, wanneer verschillende regels worden toegepast op vergelijkbare situaties of wanneer dezelfde regel wordt toegepast op verschillende situaties (zie met name arresten Hof van 14 februari 1995, Schumacker, C-279/93, Jurispr. blz. I-225, punt 30, en 13 februari 1996, Gillespie e.a., C-342/93, Jurispr. blz. I-475, punt 16).

130 Blijkens het dossier kregen Orange, SFR en Bouygues Télécom hun respectieve licenties toegewezen na afloop van de twee in de punten 11 tot en met 22 hierboven omschreven procedures tot het indienen van aanvragen: Orange en SFR krachtens besluiten van 18 juli 2001 en Bouygues Télécom krachtens een besluit van 3 december 2002.

131 Anders dan haar concurrenten Orange en SFR, heeft Bouygues Télécom, door bij de eerste oproep geen aanvraag in te dienen, zulks in verband met de hoogte van het bedrag van de vergoeding, het risico gelopen dat zij haar UMTS-diensten niet of slechts met vertraging zou kunnen opzetten, welk risico vanuit het oogpunt van mededinging schadelijke gevolgen kon hebben voor haar, in vergelijking met deze twee exploitanten.

132 Dit objectieve verschil in situatie als gevolg van het feit dat Orange en SFR gehoor hebben gegeven aan de eerste oproep tot het indienen van aanvragen en Bouygues Télécom aan de tweede, moet worden gelegd naast de identieke voorwaarden die uiteindelijk aan hen werden toegestaan. Aldus komt de bestreden beschikking erop

neer dat voor twee ondernemingen die, door meteen een aanvraag in te dienen, niet hetzelfde risico hebben genomen als Bouygues Télécom, de gunstigere voorwaarden gelden die laatstbedoelde onderneming zijn toegestaan in het kader van een procedure waaraan zij niet hebben deelgenomen.

133 De eventuele discriminatie waarvan Bouygues Télécom aldus slachtoffer zou zijn geworden, dient te worden onderzocht binnen het betrokken procedurele kader, teneinde de in casu op de nationale autoriteiten rustende verplichtingen te kunnen vaststellen.

134 Opgemerkt zij 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 die tot doel had vier licenties toe te wijzen voor het opzetten van het UMTS-systeem in Frankrijk (zie punt 11 supra). Het was het gedeeltelijk mislukken van de eerste oproep dat een aanvullende oproep noodzakelijk maakte, nog geen zes maanden na toewijzing van de eerste twee licenties (zie punten 15 en 16 supra), teneinde een daadwerkelijke mededinging te waarborgen op een opkomende markt en de twee andere licenties te kunnen toewijzen. Beide oproepen tot het indienen van aanvragen waren formeel identiek voor wat betreft opzet en verloop (publiciteit, tijdschema, etc.).

135 In dit verband dient het argument van verzoeksters inzake de op het gebied van overheidsopdrachten en concessies toepasselijke procedureregels, die in casu niet van toepassing zijn, ondoeltreffend te worden verklaard. Het door verzoeksters naar voren gebrachte beginsel van onveranderbaarheid van de selectiecriteria of toewijzingsvoorwaarden wordt noch genoemd in richtlijn 97/13, noch in enige andere toepasselijke bepaling van gemeenschapsrecht. Integendeel, artikel 8, lid 4, van richtlijn 97/13 bepaalt dat de lidstaten de aan een individuele vergunning verbonden voorwaarden in objectief gerechtvaardigde gevallen en op evenredige wijze mogen wijzigen.

136 Binnen de context van één enkele selectiehandeling, ook al is deze — zoals in de onderhavige zaak — in verschillende fases verdeeld, moet het non-discriminatiebeginsel dus worden toegepast door de twee oproepen tot het indienen van aanvragen als één geheel te onderzoeken.

137 In dit kader zou een andere oplossing dan die waartoe de nationale autoriteiten waren gekomen, de gelijkheid van behandeling tussen de drie betrokken exploitanten niet op een bevredigendere manier hebben kunnen verwezenlijken.

138 In de gegeven omstandigheden beschikten de nationale autoriteiten uiteindelijk immers over drie mogelijkheden, nadat zij hadden vastgesteld dat op grond van de eerste oproep tot het indienen van aanvragen niet voldoende exploitanten konden worden geselecteerd om een daadwerkelijke mededinging in de sector te waarborgen.

139 Als eerste mogelijkheid hadden zij kunnen verklaren dat de eerste oproep tot het indienen van aanvragen was mislukt, en de gehele procedure van begin af aan kunnen overdoen, waarbij zij de vergoeding hadden kunnen vaststellen in overeenstemming met de bepalingen van het gewijzigde stelsel.

140 Deze oplossing zou evenwel tot dezelfde uitkomst hebben geleid, aangezien hoe dan ook in feite dezelfde exploitanten, namelijk Orange, SFR en Bouygues Télécom, de enige aanvragers zouden zijn geweest en aan hen uiteindelijk licenties zouden zijn afgegeven die in wezen identiek waren aan die welke zij daadwerkelijk hebben verworven.

141 Deze mogelijkheid zou echter, tegen de achtergrond van het gemeenschapsrecht inzake telecommunicatie, ten minste één bezwaar hebben opgeleverd. Zij zou namelijk hebben geleid tot een vertraging bij de start van de betrokken diensten, die ingevolge beschikking nr. 128/1999 (zie punt 8 supra) diende te geschieden op uiterlijk 1 januari 2002, van welke vertraging de Commissie melding maakt in de bestreden beschikking en die rechtstreeks toe te schrijven zou zijn geweest aan de Franse autoriteiten.

142 Bijgevolg zou de Franse Republiek, hoewel ook volgens deze eerste mogelijkheid de gelijkheid van behandeling had kunnen worden geëerbiedigd, het risico hebben gelopen de uitvoering van de betrokken gemeenschapsbepalingen te vertragen en daardoor de in dit verband op haar rustende verplichtingen niet na te komen.

143 Als tweede mogelijkheid hadden de nationale autoriteiten de procedure kunnen voortzetten en een tweede oproep tot het indienen van aanvragen kunnen doen uitgaan, doch, in tegenstelling tot de feitelijk gekozen oplossing, zonder de door Orange en SFR verschuldigde vergoedingen af te stemmen op die welke Bouygues Télécom moest betalen.

144 In een dergelijk geval zouden Orange en SFR in strijd met het non-discriminatiebeginsel anders zijn behandeld dan Bouygues Télécom, gelet op de gelijkwaardigheid van de licenties en op het feit dat er op de datum van wijziging van de vergoeding geen enkele exploitant op de markt aanwezig was. Voorts zou deze oplossing niet in overeenstemming zijn geweest met de criteria voor de vaststelling van de vergoedingen die het Hof heeft aangegeven in voormeld arrest Connect Austria (zie punt 109 supra).

145 Hadden de Franse autoriteiten het aanvankelijk voor Orange en SFR geldende vergoedingenstelsel gehandhaafd, dan zou er een gevaar hebben bestaan voor schending van de in richtlijn 97/13 verankerde vereisten van non-discriminatie en evenredigheid, zulks wegens de ongelijkheid van behandeling en de discrepantie tussen het aanvankelijke en het gewijzigde stelsel, die zich volgens niet-betwiste gegevens van SFR als ongeveer 1 tot 8 tot elkaar verhouden. Een dergelijk verschil tussen de bedragen van de verschuldigde vergoedingen zou hebben geduid op een discriminerende situatie ten gunste van Bouygues Télécom en ten nadele van de twee andere exploitanten.

146 Bovendien hadden de twee aanvankelijk geselecteerde exploitanten in dat geval afstand kunnen doen van hun licentie, hetgeen de Franse autoriteiten zou hebben gedwongen om, teneinde een daadwerkelijke mededinging in de betrokken sector te waarborgen, een derde oproep tot het indienen van aanvragen te doen uitgaan, waardoor de start van de betrokken diensten nog meer zou zijn vertraagd.

147 Als derde mogelijkheid konden de nationale autoriteiten een tweede oproep tot het indienen van aanvragen doen uitgaan, waarin met name financiële voorwaarden naar beneden waren bijgesteld, en de genoemde voorwaarden voor de toegewezen licenties met terugwerkende kracht wijzigen.

148 Door deze oplossing — waarvoor in casu werd gekozen — kon de gelijke behandeling worden gewaarborgd van de enige drie exploitanten die aanvragen hadden ingediend in dit algemene procedurele kader binnen de eerder in herinnering gebrachte context van identieke licenties en een opkomende markt waarop ten tijde van de wijziging van de vergoeding nog geen enkele exploitant actief was. De door de nationale autoriteiten gekozen mogelijkheid heeft de Franse Republiek tevens in staat gesteld vertragingen bij de start van de in richtlijn 97/13 bedoelde UMTS-diensten te voorkomen.

149 Tevens zij opgemerkt dat de uitkomst niet anders zou zijn geweest wanneer de afstemming van de financiële voorwaarden voor de toewijzing van de licenties enkel zou hebben gewerkt vanaf de datum van de wijziging van de litigieuze vergoedingen, in plaats van terug te werken tot de datum van afgifte ervan, zoals in casu was besloten.

150 Uit het dossier blijkt namelijk dat Orange en SFR op 3 december 2002, de datum van de wijzigingsbesluiten, conform de betaling in termijnen die was voorzien in de oorspronkelijke bepalingen, een bedrag hadden betaald dat volgens de gewijzigde bepalingen overeenstemde met de eerste component van de vergoeding, die bij afgifte van de licentie verschuldigd was. De tweede component die was voorzien in de gewijzigde bepalingen, en die was gerelateerd aan de door het gebruik van de frequenties gegenereerde omzet, had pas behoeven te worden betaald nadat de exploitanten met hun UMTS-diensten van start waren gegaan, wat Orange en SFR op de bovengenoemde datum van de besluiten waarbij hun licenties werden gewijzigd en van het besluit waarbij Bouygues Télécom de hare kreeg toegewezen, nog niet hadden gedaan.

151 Derhalve had de bij Orange en SFR toegepaste wijziging van de regeling in casu dezelfde gevolgen voor de drie concurrerende exploitanten en was het in dit opzicht irrelevant of deze wijziging al dan niet met terugwerkende kracht plaatsvond.

152 Derhalve kon de Commissie, ondanks het feit dat identieke voorwaarden waren vastgesteld voor de succesvolle deelnemers aan verschillende selectieprocedures, er in de bestreden beschikking van uitgaan dat het nieuwe vergoedingenstelsel niet discriminerend was voor Bouygues Télécom.

153 Integendeel, de door richtlijn 97/13 vereiste gelijke behandeling van exploitanten dwong in casu juist tot afstemming van de door Orange en SFR te betalen vergoedingen op die welke Bouygues Télécom verschuldigd was.

154 Hieraan wordt niet afgedaan door het argument van verzoeksters dat de wijziging discriminerend was omdat Orange en SFR door hun grotere financiële draagkracht, vergeleken met die van hun concurrenten, in staat waren om deel te nemen aan de eerste oproep tot het indienen van aanvragen en een licentie te verwerven, aangezien de eerdere toewijzing van de licenties hen niet daadwerkelijk heeft bevoordeeld en voorts de gelijke behandeling van de exploitanten dwong tot het gelijktrekken van de vergoedingen.

155 Uit het voorgaande volgt dat Bouygues Télécom door de wijziging van de litigieuze vergoeding niet is gediscrimineerd en dat deze beoordeling geen ernstige moeilijkheid opriep die de inleiding van de formele procedure van onderzoek van de gestelde steun noodzakelijk maakte.

156 In deze omstandigheden kon de Commissie, zonder zich op het standpunt te stellen dat er sprake was van ernstige moeilijkheden, op goede gronden concluderen dat de bekritiseerde nationale maatregel geen steunelement in de zin van artikel 87, lid 1, EG bevatte.

157 Hoewel de Commissie in haar schriftelijke stukken in de zaak die aanleiding heeft gegeven tot de reeds aangehaalde beschikking Bouygues en Bouygues Télécom/Commissie, melding maakte van een uitzonderlijke complexiteit, had deze vermelding, anders dan verzoeksters betogen, geen betrekking op de in het onderhavige beroep aan de orde zijnde maatregel, maar op de reeks van maatregelen die aan de orde waren in de klacht, waarin elf maatregelen werden bekritiseerd. De Commissie heeft overigens, daar zij van mening was dat sommige van deze maatregelen ernstige moeilijkheden opriepen, daarvoor op 31 januari 2003 de procedure van artikel 88, lid 2, EG aangevangen. Deze procedure werd afgesloten met de vaststelling van twee beschikkingen van 2 augustus 2004, betreffende respectievelijk de voor France Télécom geldende regeling inzake bedrijfsbelasting [C(2004) 3061] en een door de staat aan France Télécom toegekend aandeelhoudersvoorschot [C(2004) 3060], die thans voorwerp vormen van beroepen voor het Gerecht (Frankrijk/Commissie, T-425/04, Frankrijk/Commissie, T-427/04, France Télécom/Commissie, T-444/04, Bouygues en Bouygues Télécom/Commissie, T-450/04, AFORS Télécom/Commissie, T-456/04 en France Télécom/Commissie, T-17/05).

158 Verzoeksters' stelling dat de Commissie blijk heeft gegeven van een gebrek aan voortvarendheid bij de behandeling van de hier aan de orde zijnde nationale maatregel die in hun op 4 oktober 2002 ingediende klacht werd bekritiseerd en ten aanzien waarvan de instelling in de bestreden beschikking van 20 juli 2004 haar standpunt heeft bepaald, is niet alleen ondoeltreffend, maar wordt bovendien niet gestaafd. De Commissie mag namelijk aan de bij haar ingediende klachten verschillende maten van prioriteit toekennen (arrest Hof van 4 maart 1999, Ufex e.a./Commissie, C-119/97 P, Jurispr. blz. I-1341, punt 88).

159 Aangezien bovengenoemde klacht — die bijna 90 bladzijden telt, de bijlagen niet meegerekend — een reeks van elf maatregelen betrof, moet worden vastgesteld dat de Commissie, die drie en een halve maand na het indienen van de klacht ten aanzien van bepaalde hierin genoemde maatregelen de procedure van artikel 88, lid 2, EG heeft aangevangen en bijgevolg de klacht gedeeltelijk heeft behandeld, waarbij zij juist prioriteit heeft toegekend aan die maatregelen die ernstige moeilijkheden opriepen, gelet op haar werklast en de door haar te beoordelen vaststelling van prioriteiten bij

het onderzoek, de behandeling kon uitstellen van de maatregel die volgens haar geen ernstige moeilijkheden opriep, zonder dat haar in dit opzicht een gebrek aan voortvarendheid kan worden verweten.

160 In deze context wijst de periode van één jaar, tien maanden en vijftien dagen tussen het indienen van de klacht en de bestreden beschikking niet op een gebrek aan voortvarendheid van de zijde van de Commissie.

161 Op grond van al het voorgaande dient het beroep te worden verworpen, zonder dat behoeft te worden ingegaan op de overige criteria van artikel 87, lid 1, EG, aangezien een van de cumulatieve voorwaarden voor de kwalificatie als staatssteun niet is vervuld.

Kosten

162 Volgens artikel 87, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering van het Gerecht wordt de in het ongelijk gestelde partij in de kosten verwezen, voor zover dat is gevorderd. Aangezien verzoeksters in het ongelijk zijn gesteld, moeten zij hoofdelijk worden verwezen in hun eigen kosten, alsmede in de kosten van de Commissie en van Orange en SFR, interveniëntes aan de zijde van de Commissie.

163 Overeenkomstig artikel 87, lid 4, eerste alinea, van het Reglement voor de procesvoering draagt de Franse Republiek haar eigen kosten.

HET GERECHT VAN EERSTE AANLEG (Vierde kamer),

rechtdoende, verklaart:

1) Het beroep wordt verworpen.

2) Bouygues SA en Bouygues Télécom SA zullen hoofdelijk hun eigen kosten alsmede die van de Commissie en van Orange France SA en Société française du radiotéléphone — SFR dragen.

3) De Franse Republiek zal haar eigen kosten dragen.

Legal Wiszniewska-Białecka Moavero Milanesi

Uitgesproken ter openbare terechtzitting te Luxemburg op 4 juli 2007.

De griffier

E. Coulon

De president van de Vierde kamer

H. Legal