CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL
V. TRSTENJAK
8 oktober 2008 [1]

Inhoud

I — Toepasselijk recht . . . . . I - 2670

II — Voorgeschiedenis van het geschil . . . . . I - 2673

A — Toewijzing van de UMTS-licenties . . . . . I - 2673

B — Procedure voor de Commissie en litigieuze beschikking . . . . . I - 2674

III — Procesverloop voor het Gerecht en bestreden arrest . . . . . I - 2675

IV — Vorderingen in de procedure voor het Hof . . . . . I - 2676

V — Hogere voorziening van rekwiranten en argumenten van partijen . . . . . I - 2678

A — Eerste middel . . . . . I - 2678

B — Tweede middel . . . . . I - 2678

C — Derde middel . . . . . I - 2679

1. Eerste onderdeel . . . . . I - 2680

2. Tweede onderdeel . . . . . I - 2681

3. Derde onderdeel . . . . . I - 2681

D — Vierde middel . . . . . I - 2682

1. Eerste onderdeel . . . . . I - 2682

2. Tweede onderdeel . . . . . I - 2683

3. Derde onderdeel . . . . . I - 2684

VI — Juridische beoordeling . . . . . I - 2686

1 — Oorspronkelijke taal: Frans.

A — Derde en vierde middel . . . . . I - 2686

1. Inhoud van de brief van 22 februari 2001 (derde onderdeel van het derde middel) . . . . . I - 2687

2. Gedeeltelijke afstand van de schuldvorderingen op Orange en SFR en uitzondering op grond van de opzet van het stelsel (eerste onderdeel van het vierde middel) . . . . . I - 2689

a) Toepasselijkheid en rechtsgrondslag van de uitzondering op grond van de aard en de opzet van het onderhavige stelsel . . . . . I - 2690

b) Toepassing van de uitzondering op grond van de aard en de opzet van de communautaire kaderregeling . . . . . I - 2692

c) Conclusie . . . . . I - 2694

3. Niet-vaststaan van de schuldvorderingen (tweede onderdeel van het derde middel) . . . . . I - 2694

4. Selectief tijdsvoordeel (tweede onderdeel van het vierde middel) . . . . . I - 2696

a) Begrip voordeel in de zin van artikel 87, lid 1, EG . . . . . I - 2697

b) Argument gebaseerd op de uitzondering op grond van de aard en de opzet van de communautaire regeling . . . . . I - 2699

i) Onvermijdelijkheid van de eerdere toewijzing van de licenties aan Orange en SFR . . . . . I - 2700

ii) Onvermijdelijkheid van het toepassen van identieke voorwaarden op Orange, SFR en Bouygues Télécom op 3 december 2002 . . . . . I - 2701

c) Tussentijdse conclusie . . . . . I - 2704

5. Non-discriminatiebeginsel (derde onderdeel van het vierde middel) . . . . I - 2704

6. Eenheid van de procedure (eerste onderdeel van het derde middel) . . . . I - 2707

7. Tussentijdse conclusie . . . . . I - 2708

B — Tweede middel . . . . . I - 2708

C — Eerste middel . . . . . I - 2713

D — Tussentijdse conclusie . . . . . I - 2715

VII — Kosten . . . . . I - 2715

VIII — Conclusie . . . . . I - 2715

1. In hun hogere voorziening verzoeken Bouygues SA en Bouygues Télécom SA (hierna: „rekwiranten") het Hof van Justitie om vernietiging van het arrest van 4 juli 2007, Bouygues en Bouygues Télécom/Commissie (T-475/04; hierna: „bestreden arrest") [2], waarbij het Gerecht van eerste aanleg van de Europese Gemeenschappen hun beroep strekkende tot nietigverklaring van de beschikking van de Commissie van 20 juli 2004 (staatssteun NN 42/2004 — Frankrijk; hierna: „litigieuze beschikking") betreffende de wijziging met terugwerkende kracht van de door Orange en SFR te betalen vergoedingen voor de Universal Mobile Telecommunications System (UMTS)-licenties, heeft verworpen. [3]

I — Toepasselijk recht

2. 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."

3. Artikel 88, lid 3, EG bepaalt:

„De Commissie wordt van elk voornemen tot invoering of wijziging van steunmaatregelen tijdig op de hoogte gebracht, om haar opmerkingen te kunnen maken. Indien zij meent dat zulk een voornemen volgens artikel 87 onverenigbaar is met de gemeenschappelijke markt, vangt zij onverwijld de in het vorige lid bedoelde procedure aan. De betrokken lidstaat kan de voorgenomen maatregelen niet tot uitvoering brengen voordat de procedure tot een eindbeslissing heeft geleid."

4. Het gebruik van het etherspectrum voor de verlening van de UMTS-diensten is geregeld in 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 [4], 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. [5]

2 — Jurispr. blz. II-2097.
3 — PB 2005, C 275, blz. 3.
4 — PB L 117, blz. 15.
5 — PB 1999, L 17, blz. 1.

5. Artikel 3, lid 3, van richtlijn 97/13 bepaalt:

„De lidstaten dragen er zorg voor dat telecommunicatiediensten en/of telecommunicatienetwerken ofwel zonder machtiging, ofwel op basis van algemene machtigingen kunnen worden verstrekt, waar nodig aangevuld met rechten en verplichtingen die een individuele beoordeling van aanvragen vereisen en tot een of meer individuele vergunningen leiden. 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 overeenkomstig het bepaalde in hoofdstuk III."

6. Artikel 8, lid 4, van richtlijn 97/13 luidt als volgt:

„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."

7. Artikel 9, lid 2, van richtlijn 97/13 bepaalt:

„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 […]."

8. Artikel 10, leden 1, 3 en 4 van richtlijn 97/13 bepaalt:

„1. De lidstaten mogen het aantal individuele vergunningen voor de verschillende categorieën telecommunicatiediensten en voor de installatie en/of het bedrijf van telecommunicatie-infrastructuur slechts beperken voor zover dit vereist is om het efficiënte gebruik van radiofrequenties te waarborgen, dan wel voor de tijd die nodig is om voldoende nummers beschikbaar te stellen overeenkomstig de communautaire wetgeving.

[…]

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. […]

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."

9. Artikel 11, lid 2, van richtlijn 97/13 bepaalt:

„[…] 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."

10. Volgens de bewoordingen van artikel 1 van beschikking nr. 128/1999 heeft deze beschikking als doelstelling „het bevorderen van de spoedige en gecoördineerde invoering van compatibele UMTS-netwerken en -diensten in de Gemeenschap". Artikel 3, lid 1, van deze beschikking luidt 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 […]."

11. Hierna wordt naar de bepalingen van richtlijn 97/13 en beschikking nr. 128/1999 verwezen als „communautaire kaderregeling".

II — Voorgeschiedenis van het geschil

A — *Toewijzing van de UMTS-licenties*

12. Bij besluit van 28 juli 2000 hebben de Franse autoriteiten de procedure tot het indienen van aanvragen voor de toewijzing van vier UMTS-licenties ingeleid. De licenties zouden een looptijd van vijftien jaar hebben en de vergoeding voor een licentie zou in totaal 4,95 miljard EUR bedragen. De vier licenties zouden volgens de procedure van de „vergelijkende" inschrijving worden toegewezen. Hierdoor konden de Franse autoriteiten uit de exploitanten die zich bereid hadden verklaard 4,95 miljard EUR te betalen, diegenen kiezen die, gelet op een aantal criteria zoals de grootte en de snelheid van het opzetten van het netwerk, de kwaliteit van de geleverde diensten en de maatregelen ter bescherming van het milieu, de meest verstrekkende verplichtingen waren aangegaan.

13. De aanvragen moesten uiterlijk op 31 januari 2001 worden ingediend en de aanvragers konden ze tot en met 31 mei 2001 intrekken. Op 31 januari 2001 hadden slechts twee gegadigden dossiers ingediend, te weten de Société française du radiotéléphone — SFR (hierna: „SFR") en France Télécom mobiles [dat enkele maanden later Orange France (hierna „Orange") is geworden]. De andere exploitanten hebben zich vooral vanwege het hoge bedrag van de vergoedingen niet ingeschreven.

14. Als gevolg hiervan heeft de Autorité de régulation des télécommunications (Franse regelgevende instantie voor telecommunicatie; hierna: „ART") in een persbericht van 31 januari 2001 (dus de dag waarop de termijn van indiening van de aanvragen afliep) meegedeeld dat, om de zowel door de communautaire als door de Franse regelgeving nagestreefde ontwikkeling van een daadwerkelijke mededinging te bevorderen, een tweede, aanvullende oproep tot het indienen van aanvragen noodzakelijk was om het doel van de afgifte van vier licenties te verwezenlijken.

15. Als reactie op deze mededeling hebben Orange en SFR de minister van Economische Zaken en Financiën en de staatssecretaris voor Industrie gewezen op de noodzaak om bij de vaststelling van de voorwaarden voor de toekomstige licenties, de beginselen van gelijkheid voor de openbare lasten en daadwerkelijke mededinging tussen de exploitanten te eerbiedigen.

16. Bij twee gelijkluidende brieven van 22 februari 2001 hebben de minister van Economische Zaken en Financiën en de staatssecretaris voor Industrie SFR en Orange verzekerd dat de Franse regering de dubbele doelstelling van de eerbiediging van het beginsel van gelijkheid voor de openbare lasten en het beginsel van daadwerkelijke mededinging tussen de exploitanten met hen deelt, en dat de nadere voorschriften voor deze tweede oproep tot het indienen van aanvragen, een billijke behandeling zouden garanderen van alle exploitanten aan wie uiteindelijk een licentie zou worden verleend.

17. Op 31 mei 2001 heeft de ART meegedeeld dat Orange en SFR als gegadigden waren gekozen uit de eerste oproep. De ART heeft de regering voorgesteld een tweede oproep tot het indienen van aanvragen te doen, uiterlijk in de eerste zes maanden van 2002, waarbij zij aangaf dat deze tweede procedure met het vereiste van billijkheid van de met name financiële voorwaarden voor alle exploitanten rekening moest houden.

18. Op 18 juli 2001 zijn de eerste twee licenties aan SFR en Orange toegewezen en wel overeenkomstig de voorwaarden van de eerste procedure tot het indienen van aanvragen. [6]

19. Op 14 december 2001 is de tweede oproep tot het indienen van aanvragen gedaan. De ART heeft daarbij aangegeven dat de voorwaarden van deze tweede oproepprocedure de voortzetting waren van die van de eerste oproepprocedure en met name de eerbiediging van het beginsel van gelijke behandeling van exploitanten wilden waarborgen. Ook deed zij de aanbeveling om de licentievoorwaarden van de gegadigden van de eerste oproepprocedure aan te passen.

20. Op 16 mei 2002, de laatste dag voor het indienen van aanvragen in de tweede oproepprocedure, had alleen Bouygues Télécom als gegadigde een dossier ingediend. Op 27 september 2002 heeft de ART besloten de aanvrage van Bouygues Télécom te aanvaarden. De vierde UMTS-licentie is, bij gebreke van een aanvrager, niet toegewezen.

21. Bij besluiten van 3 december 2002 is de derde UMTS-licentie aan Bouygues Télécom toegewezen en zijn de licentievoorwaarden van Orange en SFR aangepast aan de voorwaarden van de licentie van Bouygues Télécom (hierna: „litigieuze wijziging"). Alle licenties hadden derhalve een looptijd van 20 jaar en een vergoeding, verdeeld in een eerste component ten bedrage van 619 miljoen EUR, te betalen op de datum van afgifte van de licentie, en een tweede, jaarlijks te betalen voor het gebruik van de frequenties, die een percentage bedroeg van de door het gebruik van die frequenties gegenereerde omzet. [7]

B — *Procedure voor de Commissie en litigieuze beschikking*

22. Op 4 oktober 2002 heeft de Commissie een klacht van rekwiranten ontvangen die tegen de litigieuze wijziging was gericht. Hierin hebben rekwiranten aangevoerd dat de litigieuze wijziging staatssteun was in de zin van artikel 87 EG. Deze klacht was een van de vele klachten van rekwiranten tegen de maatregelen van de Franse Staat met betrekking tot France Télécom.

6 — Zie punt 12 van deze conclusie.

7 — Zie voor andere technische wijzigingen van de voorwaarden, punt 17 van de litigieuze beschikking.

23. Op 31 januari 2003 heeft de Commissie de formele onderzoeksprocedure [8] met betrekking tot een aantal van die maatregelen ingeleid. De litigieuze wijziging behoorde niet tot die maatregelen. Op 12 november 2003 hebben rekwiranten de Commissie aangemaand om een standpunt in te nemen inzake hun klacht tegen de litigieuze wijziging. Op 21 februari 2004 hebben rekwiranten bij het Gerecht beroep ingesteld teneinde de nalatigheid van de Commissie om over de klacht te beslissen te laten vaststellen. Bij beschikking van 14 februari 2005 [9] heeft het Gerecht dit beroep niet-ontvankelijk verklaard.

24. In de litigieuze beschikking heeft de Commissie besloten geen bezwaren te maken tegen de litigieuze wijziging overeenkomstig artikel 88, lid 3, EG. Zij heeft die beschikking gebaseerd op het oordeel dat de litigieuze wijziging geen staatssteun was in de zin van artikel 87, lid 1, EG.

III — Procesverloop voor het Gerecht en bestreden arrest

25. Op 24 november 2004 hebben rekwiranten bij het Gerecht beroep tot nietigverklaring ingesteld tegen de litigieuze beschikking. De Franse Republiek, Orange en SFR zijn als interveniënt ter ondersteuning van de conclusies van de Commissie toegelaten.

26. Rekwiranten baseerden hun beroep met name op twee middelen, respectievelijk ontleend aan het feit dat de litigieuze wijziging staatssteun in de zin van artikel 87, lid 1, EG zou zijn geweest en dat de Commissie, daar de zaak ernstige moeilijkheden opriep, de formele onderzoeksfase in de zin van artikel 88, lid 2, EG had moeten inleiden.

27. In het bestreden arrest heeft het Gerecht het beroep van rekwiranten verworpen.

28. Het Gerecht heeft de conclusie van de Commissie dat er geen selectief voordeel bestond, bevestigd op grond van de volgende motivering.

29. In de eerste plaats heeft het Gerecht onderzocht of de maatregelen van de Franse autoriteiten Orange en SFR een selectief voordeel hadden opgeleverd. [10] In die context heeft het om te beginnen getoetst of de gedeeltelijke afstand door de Franse Staat van de vorderingen op Orange en SFR een selectief voordeel was geweest. [11] Het heeft deze vraag ontkennend beantwoord, waarbij

8 — Procedure van artikel 88, lid 2, EG.
9 — Beschikking van 14 februari 2005, Bouygues en Bouygues Télécom/Commissie (T-81/04).
10 — Zie punten 95-126 van het bestreden arrest.
11 — Zie punten 106-112 van het bestreden arrest.

het zich baseerde op het feit dat de betrokken vorderingen niet vaststonden [12] en de vaststelling dat de gedeeltelijke afstand onvermijdelijk was geweest wegens de aard en de opzet van het stelsel. [13]

30. Vervolgens heeft het Gerecht onderzocht of de eerdere toewijzing van de licenties aan Orange en SFR een selectief voordeel was geweest. [14] Het heeft deze vraag wederom ontkennend beantwoord, waarbij het zich baseerde op het feit dat Orange en SFR geen concurrentievoordeel hadden gehad ten opzichte van Bouygues Télécom [15] en op de noodzaak te voorkomen dat Orange en SFR enerzijds en Bouygues Télécom anderzijds ongelijk zouden worden behandeld, hetgeen in strijd zou zijn geweest met richtlijn 97/13. [16]

31. Ten tweede heeft het Gerecht de grief van rekwiranten onderzocht dat de Franse autoriteiten het non-discriminatiebeginsel niet zouden hebben nageleefd. [17] Het heeft deze grief afgewezen. [18]

32. Wat de procedurele grief betreft dat de Commissie de formele onderzoeksfase had moeten inleiden, was het Gerecht van oordeel dat de zaak geen ernstige moeilijkheden had opgeroepen en dat het inleiden van de formele onderzoeksfase derhalve niet nodig was. [19]

IV — Vorderingen in de procedure voor het Hof

33. Rekwiranten concluderen dat het het Hof behaagt:

— het bestreden arrest te vernietigen;

— subsidiair, de zaak voor een nieuwe beslissing met inachtneming van de rechtsopvatting van het Hof naar het Gerecht te verwijzen;

— de Commissie te verwijzen in alle kosten.

12 — Zie punt 107 van het bestreden arrest.
13 — Zie punten 108-112 van het bestreden arrest.
14 — Zie punten 113-125 van het bestreden arrest.
15 — Zie punten 115-122 van het bestreden arrest.
16 — Zie punten 123-125 van het bestreden arrest.
17 — Zie punten 127-154 van het bestreden arrest.
18 — Zie punt 155 van het bestreden arrest.
19 — Zie punten 86-93, 126 en 155-160 van het bestreden arrest.

34. De Commissie concludeert dat het het Hof behaagt:

— de hogere voorziening gedeeltelijk niet-ontvankelijk en gedeeltelijk ongegrond te verklaren;

— rekwiranten in alle kosten van de procedure te verwijzen.

35. De Franse Republiek concludeert dat het het Hof behaagt:

— de hogere voorziening af te wijzen;

— rekwiranten in de kosten te verwijzen.

36. Orange concludeert dat het het Hof behaagt:

— de hogere voorziening in haar geheel af te wijzen;

— rekwiranten in alle kosten van de procedure te verwijzen.

37. SFR concludeert dat het het Hof behaagt:

— de hogere voorziening in haar geheel af te wijzen;

— rekwiranten in alle kosten te verwijzen.

38. Na afloop van de schriftelijke behandeling heeft op 11 september 2008 een terechtzitting plaatsgevonden, waaraan is deelgenomen door rekwiranten, de Commissie, de Franse Republiek, Orange en SFR. Ter terechtzitting hebben rekwiranten, de Commissie, de Franse Republiek, Orange en SFR hun schriftelijke opmerkingen aangevuld.

V — Hogere voorziening van rekwiranten en argumenten van partijen

39. Rekwiranten baseren hun hogere voorziening op vier middelen.

A — *Eerste middel*

40. In hun eerste middel betogen rekwiranten dat het Gerecht zijn motiveringsplicht heeft geschonden.

41. Volgens rekwiranten heeft het Gerecht zijn arrest niet voldoende onderbouwd, wat de uitzondering op grond van de aard en de opzet van het stelsel betreft. Het heeft niet uitgelegd wat de aard en de opzet van het stelsel waren; zijn omschrijving van het stelsel was onvoldoende gedetailleerd en tegenstrijdig. Wat het causale verband betreft, heeft het Gerecht niet uitgelegd waarom het vanwege de aard en de opzet van het stelsel onvermijdelijk was om enerzijds afstand te doen van de vorderingen op Orange en SFR en anderzijds deze ondernemingen eerder de licenties toe te wijzen.

42. De Commissie, de Franse regering, Orange en SFR betogen dat het Gerecht zijn motiveringsplicht niet heeft geschonden.

43. Het Gerecht heeft de opzet van het stelsel en ook het causale verband tussen de opzet van het stelsel en de afstand van de schuldvordering enerzijds en de eerdere toewijzing van de licenties aan Orange en SFR anderzijds voldoende onderbouwd.

B — *Tweede middel*

44. Met hun tweede middel voeren rekwiranten aan dat het Gerecht de beoordeling betreffende het bestaan van ernstige moeilijkheden en die van de juistheid van de litigieuze beschikking met elkaar heeft verward. Om vast te stellen dat de Commissie niet gehouden was de formele onderzoeksprocedure in te leiden, heeft het Gerecht, na de gegrondheid van alle argumenten van partijen te hebben onderzocht, enkel uitdrukkelijk verklaard dat dit onderzoek geen ernstige moeilijkheden had opgeroepen.

45. Volgens rekwiranten wordt het bestaan van ernstige moeilijkheden 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 standpunt vervat in de litigieuze beschikking.

46. De Commissie, de Franse regering, Orange en SFR voeren aan, dat het Gerecht aangaande de ernstige moeilijkheden geen verkeerd oordeel heeft gegeven.

47. De Commissie en de Franse regering merken om te beginnen op, dat de door het Gerecht gevolgde aanpak in overeenstemming was met de volgorde waarin rekwiranten zelf hun middelen in hun verzoek tot nietigverklaring voor het Gerecht hebben aangevoerd. De Commissie leidt daaruit af dat het argument van het omgekeerd te werk gaan, niet-ontvankelijk verklaard moet worden.

48. Wat de inhoud betreft, stelt de Commissie dat de door het Gerecht gevolgde aanpak niet tegenstrijdig was en niet op verwarring berustte. Het Gerecht heeft de vaste rechtspraak toegepast, dat in geval van ernstige moeilijkheden de beschikking op die ene grond nietig kan worden verklaard, ook al is niet vastgesteld dat de inhoudelijke beoordeling door de Commissie feitelijk of rechtens onjuist was. Volgens Orange en SFR heeft het Gerecht een onderscheid gemaakt tussen de procedurele rechten en de gegrondheid van de litigieuze beschikking, en heeft het geoordeeld dat de inhoudelijke beoordeling geen ernstige moeilijkheden had aangetoond.

49. Wat de argumenten ontleend aan de indeplaatsstelling van de beoordeling betreft, stelt de Commissie ten eerste dat rekwiranten naar hoofdzakelijk feitelijke en derhalve in het kader van een hogere voorziening niet-ontvankelijke kwesties verwijzen. Ten slotte heeft het Gerecht volgens de Commissie, de Franse regering, Orange en SFR zijn eigen beoordeling niet in de plaats van die van de Commissie gesteld. SFR en Orange zijn van mening dat het Gerecht in zijn beoordeling slechts beoogde te reageren op de door rekwiranten in hun beroep naar voren gebrachte argumenten. Volgens de Commissie was een dergelijke indeplaatsstelling hoe dan ook niet van invloed op het bestaan van ernstige moeilijkheden en de geldigheid van het arrest.

C — *Derde middel*

50. In hun derde middel betogen rekwiranten dat het Gerecht fouten heeft gemaakt bij de juridische kwalificatie van de feiten. Dit middel heeft drie onderdelen. Het eerste onderdeel is gericht tegen de juridische kwalificatie van het Gerecht wat de eenheid van de procedure voor het toekennen van UMTS-licenties betreft, het tweede onderdeel trekt de beoordeling in twijfel van het niet-vaststaan van de schuldvorderingen waarvan de staat afstand heeft gedaan, en het derde onderdeel heeft betrekking op de bewoordingen van de ministeriële brief van 22 februari 2001.

1. Eerste onderdeel

51. In het eerste onderdeel van het derde middel betogen rekwiranten dat het Gerecht de feiten juridisch onjuist heeft gekwalificeerd door te overwegen dat de twee successieve oproepen tot het indienen van aanvragen in het licht van het non-discriminatiebeginsel slechts één enkele procedure waren geweest en dat, in verband met de gelijke behandeling, de door Orange en SFR te betalen vergoedingen moesten worden afgestemd op die welke Bouygues Télécom verschuldigd was.

52. Volgens hen zou artikel 11 van richtlijn 97/13 voorschrijven dat de oproepen tot het indienen van aanvragen enkel aan de hand van hun inhoudelijke voorwaarden moeten worden beoordeeld. In dit verband verwijzen zij naar de verschillen tussen beide procedures wat de financiële voorwaarden, het tijdstip en de gegadigden betreft.

53. De Commissie, de Franse regering, Orange en SFR stellen voor, dit onderdeel af te wijzen.

54. Volgens de Commissie zou de kwalificatie van de beide oproepen tot het indienen van aanvragen als één enkele of als twee aparte procedures niet afdoen aan de conclusie dat de drie gegadigden zich in een soortgelijke situatie bevonden op het tijdstip van toewijzing van de licenties. Het Gerecht heeft zijn motivering gebaseerd op een vergelijking van de feitelijke situatie waarin Orange, SFR en Bouygues Télécom bevonden. Dit onderdeel is derhalve overbodig en tast de motivering van het Gerecht niet aan. Bovendien heeft het Gerecht alleen overgenomen hetgeen door de Franse autoriteiten was vastgesteld. Volgens de Commissie en Orange kan deze feitelijke vaststelling niet in het kader van een hogere voorziening worden getoetst.

55. De Commissie en de Franse regering menen dat de beide oproepen tot het indienen van aanvragen in hun geheel in aanmerking genomen moesten worden, met name wegens het aanvullend karakter van de tweede oproep en het feit dat deze tweede oproep een voortzetting was van de eerste. Volgens de Franse regering en Orange zou artikel 11 van richtlijn 97/13 de argumenten van rekwiranten niet ondersteunen.

56. SFR meent dat het Gerecht, door zich op de context van de opkomende UMTS-markt te baseren en in aanmerking te nemen dat geen van de exploitanten op die markt actief was, een terecht oordeel over de gelijke behandeling heeft gegeven. Ten slotte zouden, zo merkt de Commissie op, in een nieuwe procedure ab initio aan dezelfde exploitanten licenties op identieke voorwaarden zijn verstrekt.

2. Tweede onderdeel

57. In het tweede onderdeel van het derde middel betogen rekwiranten dat het Gerecht de feiten juridisch onjuist heeft gekwalificeerd, door de vorderingen van de Franse Staat op Orange en SFR als niet-vaststaand aan te merken.

58. In die context stellen zij dat, aangezien de aanpassing van de licentievoorwaarden van Orange en SFR op 3 december 2002 plaatsvond, het voor hen op dat tijdstip niet meer mogelijk was hun offerte in te trekken. Rekwiranten menen dat in die omstandigheden de vorderingen van de Franse Staat op Orange en SFR niet als niet-vaststaand konden worden aangemerkt.

59. Volgens de Commissie, de Franse regering, Orange en SFR stonden de vorderingen niet vast. Zij zijn van mening dat de Franse autoriteiten bij de brieven van 22 februari 2001 die een billijke behandeling garandeerden, afstand van hun vorderingen hebben gedaan op een tijdstip dat Orange en SFR hun aanbieding nog hadden kunnen intrekken. Zonder die brieven tot garantie van een billijke behandeling hadden Orange en SFR waarschijnlijk hun aanbieding ingetrokken.

60. Het zou volgens de Commissie, de Franse regering en Orange in elk geval gaan om een overbodig argument. Daar het Gerecht zich, volgens hen, in de eerste plaats heeft gebaseerd op het feit dat de afstand van schuldvordering onvermijdelijk was vanwege de aard en de opzet van het stelsel, zou het eventueel in twijfel trekken van het argument gebaseerd op het niet-vaststaan van de vorderingen dus niet afdoen aan de conclusie van het Gerecht dat er geen selectief voordeel bestond.

61. Orange vermeldt daar nog bij dat het, waar het gaat om de vergunningen om de openbare ruimte te bezetten, ook nà 31 mei 2001 mogelijk was de offertes in te trekken, aangezien de rechthebbenden op elk tijdstip van hun licentie afstand konden doen en derhalve konden stoppen met het betalen van de vergoeding.

3. Derde onderdeel

62. In het derde onderdeel van het derde middel betogen rekwiranten dat het Gerecht de feiten juridisch onjuist heeft gekwalificeerd door vast te stellen dat de Franse autoriteiten in de brief van 22 februari 2001 aan Orange en SFR een gelijke behandeling hadden gegarandeerd. Volgens hen zouden de Franse autoriteiten Orange en SFR een billijke, en niet een gelijke behandeling hebben gegarandeerd. Deze twee begrippen hebben niet dezelfde betekenis. Terwijl een gelijke behandeling een identieke behandeling zou verlangen, had een billijke behandeling in dit geval vereist dat de voorwaarden van de aan Orange en SFR toegekende licenties enerzijds, en de aan Bouygues Télécom toegekende licentie anderzijds, zouden verschillen.

63. De Commissie, de Franse regering, Orange en SFR menen dat rekwiranten zich in feite niet op een onjuiste juridische kwalificatie van de feiten beroepen, maar op een verkeerde voorstelling van de feiten. Zij zijn van mening dat het Gerecht de brieven van 22 februari 2001 niet verkeerd heeft uitgelegd. De Commissie preciseert dat de termen billijkheid en gelijkheid in het bestreden arrest als synoniem zijn gebruikt. Omdat de Commissie deze termen eveneens als synoniem heeft gebruikt, acht zij dit onderdeel niet-ontvankelijk, aangezien rekwiranten dit middel al in eerste aanleg naar voren hadden moeten brengen.

D — *Vierde middel*

64. Het vierde middel van de hogere voorziening betreft een schending van artikel 87 EG en bevat drie onderdelen. Het eerste onderdeel betreft de toepassing van de uitzondering op grond van de aard en de opzet van het stelsel, het tweede onderdeel trekt de beoordeling van het bestaan van een voordeel in twijfel en het derde onderdeel gaat over de toepassing van het non-discriminatiebeginsel.

1. Eerste onderdeel

65. In het eerste onderdeel van het vierde middel betogen rekwiranten dat de uitzondering op grond van de opzet van het stelsel ervan uitgaat dat het verschil in de voorwaarden inherent is aan het stelsel waarin dit verschil zich voordoet. Dat is in casu niet het geval. De door de Franse autoriteiten voorgestane oplossing was niet onvermijdelijk. Volgens rekwiranten was de opzet van het aan de orde zijnde stelsel, vier exploitanten te vinden op zodanige wijze dat de naleving van het gelijkheidsbeginsel werd gegarandeerd. Dit vereiste een keuze tussen enerzijds het ab initio overdoen van de toewijzingsprocedure met dezelfde voorwaarden voor alle gegadigden en anderzijds twee successieve oproepen tot het indienen van aanvragen, en wel op verschillende voorwaarden.

66. De keuze van de Franse autoriteiten om twee successieve oproepen te organiseren en de gegadigden van de twee procedures financieel gelijk te behandelen, was niet onvermijdelijk. Bovendien heeft deze keuze Orange en SFR een selectief voordeel opgeleverd, met name een eerdere toewijzing van de licenties en de garantie om als gegadigde te worden gekozen. Ten slotte moet de uitzondering op grond van de opzet van het stelsel zoveel mogelijk door maatregelen van algemene aard worden bereikt. De door de Franse autoriteiten voorgestane oplossing was echter geen maatregel van algemene aard.

67. De Commissie, de Franse regering, Orange en SFR betogen dat de opzet van het betrokken stelsel ervan uit zou gaan dat de verschillende criteria die de communautaire kaderregeling voor de toewijzing van UMTS-licenties in aanmerking neemt, worden toegepast, met name het scheppen van een door mededinging gekenmerkte markt en de naleving van de termijn van 1 januari 2002.

68. De door rekwiranten voorgestelde oplossing om de gehele toewijzingsprocedure ab initio over te doen zou de toepassing van deze criteria niet hebben kunnen garanderen. In de eerste plaats maakt deze oplossing het onmogelijk om de termijn van 1 januari 2002 na te leven. Ten tweede had het volledig overdoen van de toewijzingsprocedure het risico ingehouden dat de gegadigden van de eerste procedure hun beleid zouden hebben gewijzigd en geen aanvraag zouden hebben ingediend. In elk geval was de uitkomst van een ab initio overgedane procedure niet anders geweest, nu de enige gegadigden Orange, SFR en Bouygues Télécom zouden zijn geweest en de voorwaarden van de toegewezen licenties bij een ab initio overgedane procedure identiek zouden zijn geweest aan de voorwaarden die de gegadigden uiteindelijk hebben gekregen. De andere door rekwiranten voorgestelde oplossing, het organiseren van twee verschillende oproepen tot het indienen van aanvragen, maar op verschillende voorwaarden, zou het gelijkheidsbeginsel niet hebben eerbiedigd.

69. Volgens de Commissie was de garantie voor Orange en SFR om als gegadigden te worden gekozen, te wijten aan het besluit van Bouygues Télécom om bij de eerste oproepprocedure geen aanvraag in te dienen. Ten slotte hadden de doelstellingen van de communautaire kaderregeling voor de toewijzing van UMTS-licenties niet door maatregelen van algemene aard kunnen worden verwezenlijkt.

70. Volgens Orange is dit onderdeel niet-ontvankelijk, aangezien het ertoe strekt een nieuwe beoordeling te verkrijgen van de in eerste aanleg aangevoerde middelen.

2. Tweede onderdeel

71. Met het tweede onderdeel van het vierde middel betogen rekwiranten dat het Gerecht bij de toepassing van artikel 87 EG blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting waar het gaat om de beoordeling dat er geen tijdsvoordeel bestond wegens de eerdere toewijzing van de licenties aan Orange en SFR. Volgens rekwiranten had het Gerecht niet eerst kunnen vaststellen dat er voor Orange en SFR een potentieel tijdsvoordeel bestond wegens de eerdere licentietoewijzing, om vervolgens tot de conclusie te komen dat er geen sprake was van steun, op grond van het argument dat Orange en SFR hieruit in de praktijk geen voordeel hadden gehaald.

72. In dit verband betogen rekwiranten om te beginnen, dat het bestaan van een potentieel voordeel zou volstaan voor de vaststelling dat er sprake is van steun. Aangezien het begrip steun een objectief begrip is, had het Gerecht bij zijn beoordeling geen subjectieve aspecten in aanmerking mogen nemen die te maken hebben met het gedrag van de exploitanten op de markt of het daadwerkelijke effect van de steun op de markt. De omstandigheid dat de situatie van Orange en SFR als ondernemingen die een voordeel genoten, economisch niet gewijzigd was, is niet relevant voor de vaststelling dat er sprake was van steun. Het Gerecht had uitsluitend in aanmerking mogen nemen dat Orange en SFR een reëel en onmiddellijk voordeel hadden genoten wegens de eerdere toewijzing van de licenties.

73. Bovendien heeft het Gerecht de bewijslast omgedraaid door te verlangen dat rekwiranten de gevolgen van het daadwerkelijke voordeel zouden aantonen. Aangezien het bestaan van het tijdsvoordeel is vastgesteld, zouden zij die dit voordeel hebben genoten, moeten bewijzen dat dit geen daadwerkelijke winst heeft opgeleverd.

74. Ten slotte heeft het Gerecht het recht onjuist toegepast doordat het in aanmerking heeft genomen dat geen enkele exploitant op de markt aanwezig was, terwijl artikel 87 EG van toepassing is in een potentiële mededingingssituatie.

75. De Commissie, de Franse regering, Orange en SFR stellen dat het Gerecht niet onjuist heeft geoordeeld. Rekwiranten hebben de analyse betreffende het bestaan van een selectief voordeel en die van het criterium van de aantasting van de mededinging met elkaar verward. Het voordeel moet een reëel voordeel zijn. Volgens de Franse regering mocht de Commissie met ontwikkelingen van nà de datum van de onderzochte maatregel rekening houden.

76. De Commissie, de Franse regering, Orange en SFR menen dat het Gerecht het recht niet onjuist heeft toegepast door te oordelen dat beide exploitanten geen voordeel hebben gehaald uit de eerdere toewijzing van licenties omdat zij niet op de markt aanwezig waren. Volgens de Commissie en Orange heeft het Gerecht terecht vastgesteld dat, wegens de vertraging in de UMTS-technologie, de eerdere toewijzing van de licenties geen technologisch voordeel heeft opgeleverd. Orange en SFR houden het ervoor dat het Gerecht soeverein heeft vastgesteld dat in casu Orange en SFR geen potentieel voordeel hebben genoten.

77. De Commissie voegt hieraan toe dat het argument gebaseerd op een onjuist begrip van mededinging niet opgaat, aangezien rekwiranten de vraag van de definitie van de markt en die van de toegang tot de markt met elkaar hebben verward. Met het criterium van de toegang tot de markt moest in de context van het onderhavige geval juist rekening worden gehouden.

78. Wat de omkering van de bewijslast betreft, heeft het Gerecht, zo meent de Commissie, enkel theoretisch de aanwezigheid van een daadwerkelijk voordeel vastgesteld en was het derhalve aan rekwiranten om aan te tonen dat dat voordeel bestond. Volgens de Commissie, de Franse regering en Orange is het aan degene die tegen een beschikking van de Commissie beroep instelt, aan te tonen dat de vaststelling van de Commissie ongegrond is.

3. Derde onderdeel

79. Met het derde onderdeel van het vierde middel betogen rekwiranten dat het Gerecht bij de toepassing van het non-discriminatiebeginsel blijk heeft gegeven van een onjuiste

rechtsopvatting. Zij stellen dat, aangezien Orange en SFR enerzijds en Bouygues Télécom anderzijds niet in dezelfde situatie verkeerden, hun gelijke behandeling door de Franse autoriteiten in strijd was met het non-discriminatiebeginsel.

80. In dit verband verwijzen rekwiranten naar het beginsel van onveranderbaarheid van de toewijzingsvoorwaarden, die een wijziging van het bedrag van de vergoedingen niet zouden toestaan. Bovendien komt de naleving van de in richtlijn 97/13 vervatte doeleinden niet voor onder de in artikel 87, lid 2, EG limitatief opgesomde uitzonderingen.

81. Rekwiranten vermelden daarbij dat de Franse autoriteiten voldoende tijd hebben gehad om vóór het verstrijken van de termijn van 1 januari 2002 de procedure ab initio over te doen.

82. Volgens de Commissie, de Franse regering, Orange en SFR daarentegen, heeft het Gerecht bij de toepassing van het non-discriminatiebeginsel geen blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting.

83. Orange acht dit onderdeel van het middel niet-ontvankelijk, aangezien rekwiranten enkel dezelfde argumenten als in eerste aanleg zouden herhalen.

84. De Commissie en Orange voeren aan, dat de drie houders van de UMTS-licenties zich in feite in dezelfde situatie bevonden, aangezien Orange en SFR niet werkelijk van de eerdere toewijzing van de licenties hadden geprofiteerd. De Franse regering en SFR zijn van mening dat in de context van één enkele selectieprocedure, ook al is deze in verschillende fasen verdeeld, het non-discriminatiebeginsel moet worden toegepast door de twee oproepen tot het indienen van aanvragen in hun geheel te beschouwen.

85. Volgens de Commissie gelden de op het gebied van overheidsopdrachten en concessies toepasselijke procedureregels niet. Wat de geoorloofdheid betreft van de wijziging van voorwaarden van de bij de eerste oproepprocedure toegewezen licenties, merkt de Commissie op dat het beginsel van onveranderbaarheid noch in richtlijn 97/13, noch in enige andere toepasselijke bepaling van gemeenschapsrecht wordt genoemd. Volgens Orange mag een dergelijk beginsel in elk geval geen afbreuk doen aan de naleving van het non-discriminatiebeginsel. Volgens de Commissie, SFR en Orange heeft richtlijn 97/13 uitdrukkelijk voorzien in de mogelijkheid om de toewijzingsvoorwaarden te wijzigen.

86. Ten slotte voert de Commissie aan, dat wanneer de staat optreedt ter regulering van de markt, het enkele feit dat een overheidsmaatregel de situatie van een onderneming

verbetert, niet automatisch betekent dat er sprake is van een steunmaatregel. In een dergelijk geval zou ten eerste moeten worden onderzocht of een onderneming een voordeel heeft, en ten tweede of de situatie van beide ondernemingen vergelijkbaar is, gelet op het doel dat de betrokken maatregel nastreeft.

87. Wat het op artikel 87, lid 2, EG gebaseerde argument betreft, benadrukken de Commissie en Orange dat rekwiranten het bestaan van steun en de verenigbaarheid van steun met de gemeenschappelijke markt door elkaar halen.

88. Wat het argument betreft dat de autoriteiten tijd hadden om vóór het verstrijken van de termijn op 1 januari 2002 de gehele procedure ab initio te herbeginnen, gaat het, volgens de Franse regering, om een beoordeling van feiten die in de fase van de hogere voorziening niet-ontvankelijk is. In elk geval hadden de autoriteiten geen tijd om de gehele procedure ab initio over te kunnen doen.

VI — Juridische beoordeling

89. Met hun derde en vierde middel trekken rekwiranten de conclusie van het Gerecht in twijfel dat er geen sprake is van staatssteun. Ik zal eerst deze middelen onderzoeken (A), daarna het tweede middel betreffende het bestaan van ernstige moeilijkheden (B), en ten slotte het eerste middel betreffende de onjuiste motivering (C).

A — *Derde en vierde middel*

90. In hun derde en vierde middel trekken rekwiranten de conclusie van het Gerecht in twijfel dat de litigieuze wijziging geen staatssteunelementen bevat. Ik merk op dat rekwiranten hun argumenten in het derde en het vierde middel hebben ingedeeld naargelang het soort fout dat zij stellen, en niet door de motivering van het Gerecht te volgen. Ik denk dat een onderzoek van de verschillende onderdelen van het derde en het vierde middel waarbij de volgorde van de motivering van het bestreden arrest wordt gevolgd [20], het onderzoek naar de gegrondheid van deze middelen gemakkelijker maakt.

91. Eerst onderzoek ik het derde onderdeel van het derde middel, dat een feitelijk aspect van de zaak betreft, namelijk de feitelijke beoordeling van de brief van de Franse autoriteiten van 22 februari 2001 (1).

92. Vervolgens onderzoek ik de onderdelen die zijn gericht tegen het gedeelte van het arrest waarin het Gerecht heeft vastgesteld dat

20 — Zie de beschrijving in de punten 27-32 van deze conclusie.

de gedeeltelijke afstand door de Franse Staat van de vorderingen op SFR en Orange geen selectief voordeel is [21], derhalve het eerste onderdeel van het vierde middel dat het argument op grond van de opzet van het stelsel betreft (2) en het tweede onderdeel van het derde middel dat het argument op grond van het niet-vaststaan van de schuldvorderingen betreft (3).

93. Daarna beoordeel ik het tweede onderdeel van het vierde middel, dat gericht is tegen de conclusie van het Gerecht dat het potentiële tijdsvoordeel vanwege de eerdere toewijzing van de licenties geen selectief voordeel is (4).

94. Ten slotte onderzoek ik de onderdelen die gericht zijn tegen het gedeelte van het arrest dat gaat over het non-discriminatiebeginsel, dat wil zeggen het eerste onderdeel van het derde middel (5) en het derde onderdeel van het vierde middel (6).

1. Inhoud van de brief van 22 februari 2001 (derde onderdeel van het derde middel)

95. Het derde onderdeel van het derde middel is gericht tegen punt 107 van het bestreden arrest. In dit punt heeft het Gerecht vastgesteld dat de Franse autoriteiten in de brieven van 22 februari 2001 de gegadigden van de eerste oproep tot het indienen van aanvragen, Orange en SFR, de verzekering hebben gegeven dat zij op dezelfde wijze zouden worden behandeld als de aanvragers van de tweede oproepprocedure.

96. Volgens rekwiranten zou deze vaststelling de inhoud van de brieven van 22 februari 2001 verkeerd uitleggen. Deze brieven zouden een „billijke" behandeling hebben gegarandeerd van de gegadigden van de eerste en van de tweede oproep tot het indienen van aanvragen. Het Gerecht had de inhoud van deze brieven echter beschouwd als een garantie van een „identieke" behandeling van deze twee categorieën gegadigden.

97. Allereerst moet worden vastgesteld dat rekwiranten — anders dan de titel van het derde middel suggereert — geen onjuiste juridische kwalificatie van de feiten aanvoeren. Een onjuiste juridische kwalificatie van de feiten bestaat erin dat een regel verkeerd op de feiten wordt toegepast. [22]

21 — Zie punten 95-126 van het bestreden arrest.

22 — Zie punt 3 van de conclusie van advocaat-generaal Van Gerven van 26 juni 1991 in de zaak Costacurta/Commissie (arrest van 21 november 1991, C-145/90 P, Jurispr. blz. I-5449); Lenaerts, K., Arts, D., Maselis, I., *Procedural Law of the European Union*, 2e druk, Londen 2006, blz. 457, punt 16-007.

98. Rekwiranten voeren echter aan dat het Gerecht de inhoud van de brieven van 22 februari 2001 verkeerd heeft beoordeeld. Het gaat dus om een onjuiste beoordeling van de feiten door het Gerecht en niet om een onjuiste juridische kwalificatie van de feiten. In het kader van een hogere voorziening die alleen rechtsvragen kan betreffen, kunnen rekwiranten de beoordeling van de feiten door het Gerecht niet in twijfel trekken, behalve wanneer zij betogen dat het Gerecht de feiten duidelijk verkeerd heeft opgevat. [23] Met de stelling dat de brieven van 22 februari 2001 in feite een andere inhoud hebben dan die waarvan het Gerecht is uitgegaan, voeren rekwiranten zo'n verkeerde opvatting aan.

99. Een fout die in eerste aanleg had kunnen worden, maar niet is bekritiseerd, is in hogere voorziening niet-ontvankelijk. [24] Omdat rekwiranten echter niet een fout lijken vast te stellen die reeds door de Commissie was gemaakt en door het Gerecht is herhaald, maar eerder een fout die uitsluitend door het Gerecht is gemaakt, is deze stelling, volgens mij, echter niet onontvankelijk.

100. Ik acht dit onderdeel derhalve ontvankelijk.

101. Dit onderdeel is echter ongegrond. Anders dan rekwiranten stellen, heeft het Gerecht niet vastgesteld dat de Franse autoriteiten de gegadigden van de eerste oproep tot het indienen van aanvragen ervan verzekerd hadden dat zij en de gegadigden van de tweede procedure „identiek" zouden worden behandeld.

102. Het Gerecht heeft in punt 107 van het bestreden arrest gesproken van behandeling „op dezelfde wijze", en verwezen naar punt 14 van dat arrest, waarin het de inhoud van de brieven van 22 februari 2001 heeft beschreven. Zoals het Gerecht in punt 14 van het bestreden arrest heeft overwogen, hadden de Franse autoriteiten in deze brieven een billijke behandeling van de gegadigden van de eerste en van de tweede oproep tot het indienen van aanvragen gegarandeerd, alsook de eerbiediging van de beginselen van gelijkheid voor de openbare lasten en daadwerkelijke mededinging tussen de exploitanten. [25] Aangezien de Franse autoriteiten de begrippen „gelijke" en „billijke" in deze brieven als synoniem lijken te hebben gebruikt, is het enkele feit dat het Gerecht het begrip van een behandeling „op dezelfde wijze" heeft gebruikt om de inhoud van deze brieven te beschrijven, geen verkeerde voorstelling van de feiten.

103. Rekwiranten voeren geen enkel ander argument aan ter staving van hun stelling dat het Gerecht de inhoud van de brieven van 22 februari 2001 verkeerd had voorgesteld door ze als een garantie voor een identieke behandeling uit te leggen. Ik geef derhalve in

23 — Arresten Hof van 1 juni 1994, Commissie/Brazzelli Lualdi e.a. (C-136/92 P, Jurispr. blz. I-1981, punt 49), en 2 maart 1994, Hilti/Commissie (C-53/92 P, Jurispr. blz. I-667, punt 42); Lenaerts, K., Arts, D., Maselis, I., op. cit. (zie voetnoot 22), blz. 455, punt 16-005.

24 — Lenaerts, K., Arts, D., Maselis, I., op. cit. (zie voetnoot 22), blz. 457, punt 16-006.

25 — Zie punt 14 van het bestreden arrest.

overweging het derde onderdeel van het derde middel ongegrond te verklaren.

2. Gedeeltelijke afstand van de schuldvorderingen op Orange en SFR en uitzondering op grond van de opzet van het stelsel (eerste onderdeel van het vierde middel)

104. Voor de overweging dat de gedeeltelijke afstand door de Franse Staat van de schuldvorderingen op Orange en SFR geen selectief voordeel was geweest, heeft het Gerecht zich op een uitzondering op grond van de aard en de opzet van het stelsel gebaseerd. [26] In die context heeft het Gerecht met name in aanmerking genomen dat de communautaire kaderregeling berustte op de gelijke behandeling van de exploitanten zowel bij de toewijzing van licenties als bij de berekening van eventuele vergoedingen, doch de lidstaten vrijliet in de keuze van de procedure voor toewijzing van de licenties, zolang de beginselen van vrije mededinging en gelijke behandeling werden geëerbiedigd. [27] Vervolgens heeft het Gerecht opgemerkt dat bij de toepassing van het begrip niet-discriminerende heffingen in artikel 11, lid 2, van richtlijn 97/13 rekening moet worden gehouden met het moment waarop elk van de betrokken exploitanten tot de markt is toegetreden. [28] Ten slotte heeft het overwogen dat van een steunelement geen sprake is, wanneer de modaliteiten van de licenties op dezelfde wijze aan alle betrokken exploitanten worden toegewezen. [29] Zijn conclusie was, dat de omstandigheid dat de staat heeft afgezien van middelen en dat hieruit een voordeel heeft kunnen voortvloeien voor degenen voor wie de verlaging van de vergoeding gold, niet volstond om te kunnen spreken van met de gemeenschappelijke markt onverenigbare staatssteun, aangezien de afstand van de schuldvorderingen onvermijdelijk was. [30]

105. Volgens rekwiranten heeft het Gerecht niet voldoende uitgelegd waarom de afstand inherent was aan de communautaire kaderregeling.

106. Allereerst merk ik op dat in het deel van het arrest dat met het onderhavige onderdeel wordt aangevochten [31], het Gerecht (enkel) de vraag heeft onderzocht of de gedeeltelijke afstand door de Franse Staat van de schuldvorderingen op Orange en SFR als een selectief voordeel beschouwd moet worden. Zijn conclusie over de onvermijdelijkheid vanwege de aard en de opzet van het stelsel, in punt 111 van het bestreden arrest, is derhalve beperkt tot de onvermijdelijkheid van de gedeeltelijke afstand van de schuldvorderingen op Orange en SFR. [32] In die context moet derhalve alleen de gegrondheid worden onderzocht van de motivering van het Gerecht met betrekking tot de onvermijdelijkheid van de gedeeltelijke afstand in verband met de uitzondering op grond van de aard en de opzet van het stelsel.

107. Het Gerecht heeft zijn conclusie gebaseerd op de uitzondering op grond van de aard en de opzet van het stelsel. Aan de toepassing

26 — Zie punten 108-112 van het bestreden arrest.
27 — Zie punt 108 van het bestreden arrest.
28 — Zie punten 109 en 110 van het bestreden arrest.
29 — Zie punt 110 van het bestreden arrest.
30 — Zie punt 111 van het bestreden arrest.
31 — Zie punten 108-111 van het bestreden arrest.
32 — Zijn conclusie had geen betrekking op de onvermijdelijkheid van andere door de rekwiranten gestelde voordelen, zoals het gestelde tijdsvoordeel vanwege de eerdere toewijzing van de licenties of het gestelde voordeel van een gegarandeerde selectie.

in casu van deze uitzondering, die op het gebied van nationale stelsels van openbare lasten is ontwikkeld en toegepast, moeten enige opmerkingen worden gewijd wat de rechtsgrondslag van die uitzondering betreft (a). Daarna zal ik de toepassing van deze uitzondering door het Gerecht onderzoeken (b).

a) Toepasselijkheid en rechtsgrondslag van de uitzondering op grond van de aard en de opzet van het onderhavige stelsel

108. Alvorens zijn conclusie dat er geen sprake was van een selectief voordeel te baseren op de uitzondering op grond van de aard en de opzet van het stelsel, heeft het Gerecht verwezen naar de arresten Italië/Commissie [33], Spanje/Commissie [34], en AEM en AEM Torino. [35] Zoals deze arresten aangeven, is de uitzondering op grond van de aard en de opzet van het stelsel door de rechtspraak ontwikkeld op het gebied van de nationale stelsels van openbare lasten. [36] Volgens deze rechtspraak is een verschillende behandeling van ondernemingen geen selectief voordeel in de zin van artikel 87, lid 1, EG, indien dit verschil inherent is aan de aard en de opzet van het nationale stelsel van openbare lasten [37], of, met andere woorden, indien de logica van dit nationale stelsel van openbare lasten dat verschil meebrengt. [38]

109. Vanuit dogmatisch oogpunt kan deze uitzondering worden gelijkgesteld met de vraag of deze verschillende behandeling een specifiek voordeel oplevert. [39] Volgens een andere uitlegging wordt de uitzondering op grond van de aard en de opzet van het stelsel aangemerkt als een toepassing van een „rule of reason" op het gebied van de nationale stelsels van openbare lasten. [40]

110. Ongeacht de dogmatische classificatie ervan, merk ik op, dat voor de toepassing van de uitzondering op grond van de aard en de opzet van het stelsel doorslaggevend is of de betrokken verschillende behandeling inherent is aan de interne logica van het nationale stelsel van openbare lasten. De toepassing van deze uitzondering in het onderhavige geval, waar het niet gaat om een verschillende behandeling die voortvloeit uit de logica van een stelsel van openbare lasten, en ook niet om een verschil dat voorvloeit uit een nationaal stelsel, is derhalve verre van vanzelfsprekend.

33 — Arrest van 2 juli 1974, Italië/Commissie (173/73, Jurispr. blz. 709, punt 33).

34 — Arrest van 26 september 2002, Spanje/Commissie (C-351/98, Jurispr. blz. I-8031, punt 42)

35 — Arrest van 14 april 2005, AEM en AEM Torino (C-128/03 en C-129/03, Jurispr. blz. I-2861, punt 39).

36 — Het Hof heeft het bestaan van deze uitzondering voor de eerste keer in aanmerking genomen in het arrest Italië/Commissie (aangehaald in voetnoot 34, punt 33).

37 — Arrest Italië/Commissie (aangehaald in voetnoot 34, punt 33); arresten van 5 oktober 1999, Frankrijk/Commissie (C-251/97, Jurispr. blz. I-6639, punt 36), en 17 juni 1999, België/Commissie (C-75/97, Jurispr. blz. I-3671, punt 33).

38 — Arrest Gerecht van 6 maart 2002, Diputación Foral de Ávala/Commissie (T-92/00 en T-103/00, Jurispr. blz. II-1385, punt 60).

39 — Zie ondermeer arresten van 10 januari 2006, Cassa di Risparmio di Firenze e.a. (C-222/04, Jurispr. blz. I-289, punten 137 en 138); 15 december 2005, Unicredito Italiano (C-148/04, Jurispr. blz. I-11137, punt 51); 22 juni 2006, België en Forum 187/Commissie (C-182/03 en C-217/03, Jurispr. blz. I-5479, punt 119), en 15 december 2005, Italië/Commissie (C-66/02, Jurispr. blz. I-10901, punten 94-102). Vastgesteld moet echter worden dat in bepaalde arresten de selectieve aard van een maatregel en de uitzondering op grond van de aard en de opzet van het stelsel apart worden onderzocht; zie arrest van 22 november 2001, Ferring (C-53/00, Jurispr. blz. I-9067, punten 17 en 18), en arrest Gerecht van 10 april 2008, Nederland/Commissie (T-233/04, Jurispr. blz. II-591, punten 97-99), alsook de conclusie van advocaat-generaal Léger van 9 februari 2006 in de reeds aangehaalde zaak België en Forum 187/Commissie, punten 315-319.

40 — Zie Heidenhain, *Handbuch des Europäischen Beihilfenrecht*, München 2003, blz. 163.

111. Weliswaar was het Hof in het arrest AEM en AEM Torino van oordeel dat de interne logica van een nationaal stelsel van openbare lasten kan worden beïnvloed door regels van gemeenschapsrecht. In dit arrest heeft het Hof aanvaard dat een onderscheid in het nationale stelsel van openbare lasten, waarmee werd beoogd een voordeel te compenseren dat voor bepaalde ondernemingen uit de omzetting van een richtlijn voorvloeide, is terug te voeren op de aard en de opzet van dit stelsel van openbare lasten. [41] Toch kan mijns inziens, ook al wordt rekening gehouden met dit aspect van het arrest AEM en AEM Torino, de uitzondering op grond van de aard en de opzet van het stelsel van openbare lasten, zoals die in de rechtspraak is neergelegd, niet rechtstreeks in het onderhavige geval worden toegepast.

112. Gezien het specifieke karakter van de onderhavige zaak, zie ik ook geen noodzaak om deze uitzondering naar analogie toe te passen.

113. Volgens de rechtspraak van het Hof heeft artikel 87, lid 1, EG betrekking op de besluiten van de lidstaten, waardoor deze met het oog op de verwezenlijking van eigen economische en sociale doeleinden, eenzijdig en autonoom geldmiddelen ter beschikking van ondernemingen of andere rechtssubjecten stellen of hun voordelen verschaffen om de verwezenlijking van de nagestreefde economische of sociale doelstellingen te bevorderen. [42]

114. Aangezien artikel 87, lid 1, EG niet van toepassing is op maatregelen van de Europese wetgever [43], kunnen voordelen derhalve slechts als steunmaatregelen in de zin van artikel 87, lid 1, EG, worden aangemerkt, wanneer deze maatregelen meer in het bijzonder aan de staat kunnen worden toegerekend. [44] Een maatregel van een lidstaat die door het communautaire recht wordt vereist, kan derhalve niet als staatssteun in de zin van artikel 87, lid 1, EG worden aangemerkt. Daardoor zou in feite deze wettige handeling van de Europese wetgever aan de toetsing van artikel 87, lid 1, EG worden onderworpen. [45]

115. Volgens artikel 10 EG zijn de lidstaten verplicht om de regels van het communautaire recht ten uitvoer te leggen. Meer in het bijzonder bepaalt artikel 249, lid 3, EG dat een richtlijn verbindend is ten aanzien van het te bereiken resultaat voor elke lidstaat waarvoor zij bestemd is, en artikel 249, lid 4, EG dat een beschikking verbindend is in al haar onderdelen voor degenen tot wie zij uitdrukkelijk is gericht.

116. Onderzocht moet derhalve worden of de Franse autoriteiten, door gedeeltelijk afstand te doen van de schuldvorderingen op Orange en SFR, slechts hun verplichtingen zijn nagekomen die uit de communautaire kaderregeling voorvloeien en derhalve uit de artikelen 10 EG en 249, leden 3 en 4,

41 — Zie punten 39-43 van arrest AEM en AEM Torino (aangehaald in voetnoot 35).

42 — Arrest Hof van 27 maart 1980, Denkavit italiana (61/79, Jurispr. blz. 1205, punt 31), en arrest Gerecht van 5 april 2006, Deutsche Bahn/Commissie (T-351/02, Jurispr. blz. II-1047, punt 100).

43 — Arrest van 13 oktober 1982, Norddeutsches Vieh- und Fleischkontor e.a. (213/81–215/81, Jurispr. blz. 3583, punt 22); Heidenhain, op. cit. (zie voetnoot 40), blz. 23.

44 — Zie arrest van 16 mei 2002, Frankrijk/Commissie (C-482/99, Jurispr. blz. I-4397, punt 24 en aldaar aangehaalde rechtspraak), en arrest Deutsche Bahn/Commissie (aangehaald in voetnoot 42, punt 100).

45 — Een vergelijkbare aanpak heeft het Gerecht toegepast in zijn arrest Deutsche Bahn/Commissie (aangehaald in voetnoot 42, punten 100-105).

EG. Dan zou deze maatregel niet aan de Franse Staat kunnen worden toegerekend, maar in feite uit een handeling van de Europese wetgever voortvloeien en dus niet onder artikel 87, lid 1, EG vallen.

117. Kortom, de uitzondering op grond van de aard en de opzet van een nationaal stelsel van openbare lasten is, mijns inziens, weliswaar in casu niet van toepassing, maar een uitzondering gebaseerd op de onvermijdelijkheid van een nationale maatregel vanwege de aard en de opzet van de nationale kaderregeling kan in het onderhavige geval wel van toepassing zijn. Er dient derhalve te worden onderzocht, zoals het Gerecht heeft gedaan, of de gedeeltelijke afstand onvermijdelijk voorvloeide uit de onderhavige communautaire kaderregeling.

b) Toepassing van de uitzondering op grond van de aard en de opzet van de communautaire kaderregeling

118. Volgens rekwiranten zou het Gerecht niet hebben uitgelegd waarom de gedeeltelijke afstand van de schuldvorderingen op Orange en SFR onvermijdelijk was.

119. Om te beginnen lijkt het mij nuttig eraan te herinneren dat het Gerecht in het betrokken gedeelte van het bestreden arrest enkel de vraag heeft behandeld of de gedeeltelijke afstand van de schuldvorderingen op Orange en SFR onvermijdelijk was. [46]

120. Nadat de Franse autoriteiten hadden gekozen voor een zogenoemde procedure van „vergelijkende" selectie [47], hebben zij op 31 januari 2001 geconstateerd dat de eerste oproep tot het indienen van aanvragen gedeeltelijk was mislukt. Zij hebben vastgesteld dat de aanwezigheid van slechts twee exploitanten op de markt niet voldoende was om de ontwikkeling van een daadwerkelijke mededinging te waarborgen, en dat het gebrek aan gegadigden aan het hoge bedrag van de vergoedingen te wijten was.

121. Gelet op de verplichting van de lidstaten om overeenkomstig artikel 10, lid 4, van richtlijn 97/13 zo veel mogelijk licenties toe te wijzen teneinde de ontwikkeling van concurrentie op de UMTS-markt te waarborgen, konden de Franse autoriteiten zich niet bij de toewijzing van de UMTS-licenties aan Orange en SFR neerleggen, maar waren zij verplicht om andere exploitanten aan te trekken door voor de licenties voordeliger voorwaarden aan te bieden, in het bijzonder wat de hoogte van de vergoedingen betreft.

122. In verband met deze verplichting hebben de Franse autoriteiten moeten onder-

46 — Zie punt 106 van deze conclusie.

47 — Het Gerecht heeft overwogen dat de communautaire kaderregeling de Franse autoriteiten niet verplichtte om gebruik te maken van openbare veilingen; zie punt 108 van het bestreden arrest.

zoeken welke uitwerking een verlaging van het bedrag van de vergoedingen voor de toekomstige gegadigden zou hebben op de voorwaarden van de aan Orange en SFR toegewezen licenties. Zoals het Gerecht in het bestreden arrest heeft overwogen [48], waren de autoriteiten op grond van artikel 11, lid 2, van richtlijn 97/13 verplicht het non-discriminatiebeginsel na te leven. De Franse autoriteiten moesten derhalve gedeeltelijk afstand doen van de schuldvorderingen op Orange en SFR, aangezien zonder die afstand het beginsel dat tussen Orange en SFR en de toekomstige gegadigden niet mag worden gediscrimineerd, niet werd nageleefd.

123. Zoals het Gerecht heeft vastgesteld, is er sprake van discriminatie wanneer verschillende regels worden toegepast op vergelijkbare situaties of wanneer dezelfde regel wordt toegepast op verschillende situaties. [49] De beoordeling van die twee situaties naargelang zij al dan niet vergelijkbaar zijn in de zin van het non-discriminatiebeginsel, hangt evenwel met name af van de doelstellingen van de betrokken communautaire kaderregeling. [50]

124. Een belangrijke doelstelling van de communautaire kaderregeling was de noodzaak om overeenkomstig artikel 11, lid 2, van richtlijn 97/13, de ontwikkeling van de concurrentie te bevorderen. Op economisch gebied bestaat er evenwel een nauw verband tussen de concurrentie en het verbod van discriminatie. [51]

125. Een essentiële voorwaarde voor de ontwikkeling van een daadwerkelijke mededinging op de markt is dat voor billijke concurrentievoorwaarden tussen de verschillende marktdeelnemers wordt gezorgd. Een wijziging van de voorwaarden van de licenties van Orange en SFR was derhalve door artikel 11, lid 2, van richtlijn 97/13 noodzakelijk geworden, aangezien de toepassing van de oorspronkelijke voorwaarden van de eerste oproep tot het indienen van aanvragen op de licenties van Orange en SFR geen billijke concurrentievoorwaarden tussen Orange en SFR enerzijds en de toekomstige gegadigden anderzijds kon garanderen.

126. Uitgangspunt voor het garanderen van billijke concurrentievoorwaarden tussen exploitanten in een opkomende markt is, volgens mij, ten eerste dat aan alle exploitanten gelijke voorwaarden worden gegarandeerd. In deze context merk ik op dat — zoals het Gerecht heeft vastgesteld [52]– de verhou-

48 — Punt 108 van het bestreden arrest.

49 — Punt 129 van het bestreden arrest.

50 — Herny, R., stelt in „Principe d'égalité et principe de non-discrimination dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes", *L.G.D.J,*. 2003, blz. 357, dat er op zich geen gelijke of unieke situaties bestaan, maar dat de beoordeling van een situatie uitsluitend afhangt van het voorwerp en de doelstelling van de regel. Zie ook arresten van 13 februari 2003, Spanje/Commissie (C-409/00, Jurispr. blz. I-1487, punt 47); 8 november 2001, Adria-Wien Pipeline en Wietersdorfer & Peggauer Zementwerke (C-143/99, Jurispr. blz. I-8365, punten 41 en 42), en 3 maart 2005, Heiser (C-172/03, Jurispr. blz. I-1627, punt 40). Weliswaar hebben deze arresten betrekking op de uitlegging van artikel 87, lid 1, EG. Toch denk ik dat uit deze rechtspraak kan worden afgeleid dat bij de beoordeling of twee situaties vergelijkbaar dan wel verschillend zijn, rekening moet worden gehouden met de doelstellingen van de communautaire kaderregeling.

51 — Herny, R., op.cit. (zie voetnoot 50) blz. 263.

52 — Punt 145 van het bestreden arrest.

ding tussen het bedrag van de in de eerste procedure van Orange en SFR verlangde vergoedingen en het bedrag dat de Franse autoriteiten passend hadden geacht om nadere gegadigden aan te trekken, 8 tot 1 bedroeg. Het lijkt mij duidelijk [53] dat een verlaging van het bedrag van de schuldvorderingen die oorspronkelijk voor de gegadigden van de eerste procedure waren vastgesteld, noodzakelijk was om billijke concurrentievoorwaarden tussen Orange en SFR enerzijds en de toekomstige gegadigden anderzijds te garanderen. [54]

c) Conclusie

127. Blijkens bovenstaande overwegingen heeft het Gerecht terecht in punt 111 van het bestreden arrest kunnen constateren dat de gedeeltelijke afstand van de schuldvorderingen op Orange en SFR onvermijdelijk was. Gelet op het feit dat deze overwegingen nogal voor de hand lagen en tijdens de procedure voor de Commissie reeds aan de orde waren geweest, is het Gerecht mijns inziens niet te kort geschoten in zijn uitleg waarom de afstand van de schuldvorderingen Orange en SFR onvermijdelijk was.

128. Ik geef derhalve in overweging het eerste onderdeel van het vierde middel af te wijzen, met vervanging van de motivering van het Gerecht betreffende de rechtsgrondslag van de uitzondering op grond van de aard en de opzet van het stelsel.

3. Niet-vaststaan van de schuldvorderingen (tweede onderdeel van het derde middel)

129. Het Gerecht heeft in punt 107 van het bestreden arrest vastgesteld dat de schuldvordering van de staat niet vaststond, aangezien de gegadigden nog tot 31 mei 2001 de mogelijkheid hadden hun aanvragen in te trekken en daarna om afstand van hun licentie te doen en de betaling van de vergoeding te staken.

130. Dit wordt door rekwiranten betwist. Volgens hen heeft de Franse Staat op 3 december 2002 gedeeltelijk afstand gedaan van de schuldvorderingen op Orange en SFR. Op dat moment konden Orange en SFR hun aanvragen niet meer intrekken.

131. Ik meen dat dit onderdeel van het middel niet ter zake dienend is. Een onderdeel is niet ter zake dienend indien het geen afbreuk kan doen aan de bestreden conclusie. [55] Het Gerecht heeft zijn beoordeling dat de gedeeltelijke afstand geen selectief voordeel is, op twee argumenten gebaseerd, enerzijds op het niet-vaststaan van de schuldvorderingen en anderzijds op de uitzondering op grond van de

53 — In hun hogere voorziening lijken rekwiranten overigens niet het beginsel in twijfel te trekken dat de Franse autoriteiten gedeeltelijk van hun schuldvorderingen op Orange en SFR mochten afzien. Volgens hen was een van de opties van de Franse autoriteiten om de gehele procedure ab initio over te doen, hetgeen tot identieke voorwaarden voor alle uit die nieuwe procedure gekozen gegadigden zou hebben geleid. Hetgeen rekwiranten daarentegen bekritiseren is, dat de werkwijze van de Franse autoriteiten Orange en SFR een voordeel heeft verschaft in de vorm van een eerdere toewijzing van de licenties en een garantie om te worden uitgekozen.

54 — Zoals ik reeds hierboven heb aangegeven (zie punten 106 en 119 van deze conclusie), beperkt dit onderzoek zich tot de vraag of de gedeeltelijke afstand van de schuldvorderingen op Orange en SFR onvermijdelijk was. De beoordeling van de werkwijze van de Franse autoriteiten om twee opeenvolgende procedures te organiseren en met terugwerkende kracht identieke voorwaarden voor de gegadigden van beide procedures te laten gelden, is een andere vraag. Die vraag zal later worden onderzocht (zie punten 143-179 van deze conclusie).

55 — Arrest van 12 juli 2001, Commissie en Frankrijk/TF1 (C-302/99 P en C-308/99 P, Jurispr. blz. I-5603, punten 26-29); Lenaerts, K., Arts, D., Maselis, I., op. cit. (zie voetnoot 22), blz. 465, punt 16-019.

aard en de opzet van het stelsel. Aangezien het eerste onderdeel van het vierde middel, gericht tegen de motivering van het Gerecht die op de uitzondering op grond van de aard en de opzet van het stelsel is gebaseerd, moet worden afgewezen [56], kan deze motivering op zich de beslissing van het Gerecht genoegzaam rechtvaardigen. De eventuele gebreken in de motivering gebaseerd op het niet-vaststaan van de schuldvorderingen, zijn derhalve in elk geval niet van invloed op het dictum van het bestreden arrest. Dit onderdeel is dus niet ter zake dienend.

132. Wat de gegrondheid van dit onderdeel van het middel betreft, meen ik dat om te beginnen onderscheid moet worden gemaakt tussen enerzijds de periode van 31 januari 2001 tot en met 31 mei 2001 en anderzijds de litigieuze wijziging van 3 december 2002.

133. Op 31 januari 2001 hebben de Franse autoriteiten vastgesteld dat twee gegadigden een aanvraag hadden ingediend en dat dit niet voldoende was om een daadwerkelijke mededinging op de UMTS-markt te waarborgen. Zij hebben derhalve medegedeeld dat een tweede oproep tot het indienen van aanvragen noodzakelijk zou zijn. Hierna hebben Orange en SFR contact met de Franse autoriteiten opgenomen en gevraagd om de beginselen van gelijkheid voor de openbare lasten en daadwerkelijke mededinging tussen de exploitanten te eerbiedigen.

134. Op dat moment hadden Orange en SFR nog hun aanvragen kunnen intrekken. Zoals de Commissie heeft vastgesteld, was de mogelijkheid dat Orange en SFR de voorwaarden van de eerste oproep tot het indienen van aanvragen zouden hebben aanvaard, indien de voorwaarden van de tweede oproepprocedure veel voordeliger waren, nogal theoretisch. [57]

135. Gelet hierop, meen ik dat de vorderingen van de Franse Staat op Orange en SFR terecht als niet-vaststaand konden worden aangemerkt, althans vanaf het moment dat de Franse autoriteiten hun voornemen hadden aangekondigd om een tweede oproep tot het indienen van aanvragen te doen, met duidelijk voordeliger voorwaarden.

136. In die context hebben de Franse autoriteiten op expliciet verzoek van Orange en SFR een billijke behandeling met de gegadigden van de tweede oproepprocedure gegarandeerd. Op grond van deze garantie konden Orange en SFR ervan uitgaan dat de voorwaarden van hun licenties zouden worden aangepast, voor zover dit noodzakelijk was om een billijke behandeling te garanderen. Het was derhalve vóór 31 mei 2001 duidelijk dat de voorwaarden van de aan Orange en SFR toegewezen licenties een aanpassingsbeding bevatten. Omdat de Franse autoriteiten hadden medegedeeld dat het bedrag van de vergoedingen veel lager zou worden voor de gegadigden van de tweede oproepprocedure, bevatte dit aanpassingsbeding derhalve reeds

56 — Zie punten 104-128 van deze conclusie.

57 — Zie punt 27 van de litigieuze beschikking.

de garantie van een gedeeltelijke afstand van de schuldvorderingen op Orange en SFR. Dit heeft de Commissie in de litigieuze beschikking [58] vastgesteld, waarbij zij overwoog dat „de bijstelling met terugwerkende kracht reeds impliciet voortvloeide uit de overeengekomen voorwaarden van de licenties van de eerste oproep". Ik denk niet dat het in die omstandigheden mogelijk is om de schuldvorderingen op Orange en SFR als vaststaande en onbetwiste vorderingen aan te merken.

137. Kortom, vóór de garantie van een billijke behandeling in de brieven van 22 februari 2001 moesten de vorderingen op Orange en SFR derhalve geacht worden niet vast te staan. Nà die brieven was duidelijk dat de voorwaarden van de aan Orange en SFR toegewezen licenties een beding van gedeeltelijke afstand bevatten. Gelet hierop, kan het feit dat Orange en SFR hun aanvragen op 3 december 2002 niet meer konden intrekken, dus geen afbreuk doen aan de conclusie van het Gerecht in punt 107 van het bestreden arrest, dat het om een gedeeltelijke afstand van niet vaststaande schuldvorderingen ging.

138. Ik geef derhalve in overweging het tweede onderdeel van het derde middel als niet ter zake dienend af te wijzen en subsidiair ongegrond te verklaren.

58 — Zie punt 27 van de litigieuze beschikking.

4. Selectief tijdsvoordeel (tweede onderdeel van het vierde middel)

139. In de punten 113 tot en met 122 van het bestreden arrest heeft het Gerecht onderzocht of de eerdere toewijzing van de licenties aan Orange en SFR deze ondernemingen een selectief tijdsvoordeel op Bouygues Télécom had opgeleverd. Na de eerdere toewijzing van de licenties als een potentieel voordeel te hebben aangemerkt [59], heeft het Gerecht vastgesteld dat Orange en SFR niet van dit potentiële voordeel hadden geprofiteerd [60] en in punt 122 van het bestreden arrest de conclusie getrokken dat de eerdere toewijzing van de licenties aan Orange en SFR geen mededingingsvoordeel ten nadele van Bouygues Télécom had gevormd.

140. In de punten 123 tot en met 126 van het bestreden arrest heeft het Gerecht hieraan toegevoegd dat een virtueel aan Orange en SFR verleend voordeel hoe dan ook de enige manier was om in overeenstemming met de vereisten van de communautaire kaderregeling te handelen.

141. In het tweede onderdeel van het vierde middel stellen rekwiranten dat het Gerecht blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting waar het ging om het begrip steun in de zin van artikel 87, lid 1, EG. Aangezien het Gerecht in punt 113 van het bestreden arrest heeft vastgesteld dat er sprake was van een potentieel voordeel, zou dat voor het bestaan van steun in de zin van artikel 87, lid 1, EG hebben volstaan.

59 — Zie punten 113-115 van het bestreden arrest.
60 — Zie punten 115-121 van het bestreden arrest.

142. Allereerst lijkt dit onderdeel mij niet ter zake dienend. [61] Het Gerecht heeft zijn conclusie, dat het gestelde tijdsvoordeel geen selectief voordeel was, enerzijds gebaseerd op de beoordeling dat Orange en SFR hiervan niet hebben geprofiteerd (punten 113-122 van het bestreden arrest) en anderzijds op de vaststelling dat het verstrekken van het gestelde tijdsvoordeel de enige manier was om in overeenstemming met de vereisten van de communautaire kaderregeling te handelen (punten 123-125 van het bestreden arrest). Rekwiranten lijken het subsidiaire argument van het Gerecht in de punten 123 tot en met 125 van het bestreden arrest niet formeel in twijfel te hebben getrokken. Dit onderdeel lijkt mij derhalve niet ter zake dienend, aangezien de eventuele gebreken van de motivering in de punten 113 tot en met 122 van het bestreden arrest niet van invloed zijn op de subsidiaire motivering in de punten 123 tot en met 125 van het bestreden arrest, en de conclusie van het Gerecht derhalve onverlet laten.

143. Wat de gegrondheid van dit onderdeel betreft, zal ik eerst onderzoeken hoe het begrip voordeel in de zin van artikel 87, lid 1, EG in de punten 113 tot en met 122 van het bestreden arrest wordt toegepast (a). Daarna zal ik beoordelen of de aangevochten conclusie kan worden gebaseerd op de subsidiaire motivering in de punten 123 tot en met 125 van het bestreden arrest, die steunt op de uitzondering op grond van de aard en de opzet van de communautaire kaderregeling (b).

61 — Zoals hierboven is vermeld (zie punt 131 van deze conclusie), is een onderdeel van een middel niet ter zake dienend, indien de aangevochten conclusie op een andere motivering kan worden gebaseerd en het onderdeel dus geen afbreuk kan doen aan de aangevochten conclusie.

a) Begrip voordeel in de zin van artikel 87, lid 1, EG

144. In het bestreden arrest heeft het Gerecht eerst vastgesteld dat het feit dat Orange en SFR over licenties beschikten die zo'n anderhalf jaar eerder waren afgegeven, hun in beginsel een selectief voordeel ten opzichte van Bouygues Télécom heeft kunnen opleveren. [62] Daarna heeft het de conclusie getrokken dat Orange en SFR niet van dit potentiële voordeel hadden geprofiteerd [63] en dat de Commissie, toen zij de litigieuze beschikking gaf, kon vaststellen dat Orange en SFR in de praktijk niet van het tijdsvoordeel van hun eerder afgegeven licenties hadden geprofiteerd en er derhalve van kon uitgaan dat Orange en SFR in feite geen mededingingsvoordeel ten nadele van Bouygues Télécom hadden genoten. [64]

145. Rekwiranten betogen met name dat de eerdere toewijzing van de licenties per se een reëel en onmiddellijk voordeel was. Doordat het Gerecht het bestaan van een voordeel van de hand heeft gewezen, omdat Orange en SFR niet van dit voordeel zouden hebben kunnen profiteren, bevatte zijn arrest een onjuiste rechtsopvatting. Voor het begrip steun in de zin van artikel 87, lid 1, EG is het niet van belang of de situatie van de begunstigde in de loop van de tijd was verbeterd.

146. Deze grief is, mijns inziens, gegrond.

62 — Zie punten 113 en 114 van het bestreden arrest.
63 — Zie punten 115-121 van het bestreden arrest.
64 — Zie punt 122 van het bestreden arrest.

147. Het bestaan van steun in de zin van artikel 87, lid 1, EG veronderstelt dat een overheidsmaatregel een onderneming begunstigt ten opzichte van een andere onderneming. [65] Ik merk op dat, toen Orange en SFR hun licenties hebben verkregen, zij de enige ondernemingen waren die toegang konden krijgen tot de UMTS-markt. Volgens mij werden Orange en SFR, doordat alleen zij tot de UMTS-markt toegang konden krijgen, gunstig behandeld ten opzichte van de andere ondernemingen.

148. In de punten 116 tot en met 122 van het bestreden arrest heeft het Gerecht uitgesloten dat er sprake was van steun, door vast te stellen dat de begunstigden niet van deze voordelige behandeling hebben kunnen profiteren. Volgens mij is deze aanpak onjuist.

149. In de eerste plaats lijkt mij de vraag of de begunstigden van een overheidsmaatregel hebben kunnen profiteren, eerder betrekking te hebben op de gevolgen voor de concurrentieverhouding tussen de ondernemingen dan op het bestaan van het voordeel.

150. Weliswaar kan een voordeel dat aan een op een markt opererende onderneming wordt toegekend, de mededinging vervalsen of dreigen te vervalsen ten nadele van andere ondernemingen die op diezelfde markt actief zijn. Het verband tussen het voordeel en de distorsie van de mededinging is derhalve nogal duidelijk. [66] De omgekeerde conclusie, dat het ontbreken van een distorsie van de mededinging aangeeft dat er geen voordeel bestaat, strookt echter niet met artikel 87, lid 1, EG. Laatstgenoemd artikel is van toepassing zowel op steunmaatregelen die de concurrentie vervalsen als op steunmaatregelen die de concurrentie dreigen te vervalsen. Omdat het niet nodig is dat een steunmaatregel de concurrentie daadwerkelijk vervalst, kan dus uit de post-factumvaststelling dat Orange en SFR niet van de eerdere afgifte van hun licenties hadden geprofiteerd, niet worden geconcludeerd dat er geen voordeel bestond.

151. In de tweede plaats moet het onderzoek of er sprake is van steun, geschieden op het tijdstip dat de overheidsmaatregel is genomen. [67] Het lijkt mij derhalve niet mogelijk om het bestaan van een voordeel voor Orange en SFR uit te sluiten op grond van een post-factumonderzoek van het concurrentievoordeel dat Orange en SFR uit een gunstige behandeling hebben gehaald. Het is hoe dan ook onjuist om, zoals het Gerecht in punt 122 van het bestreden arrest heeft gedaan, te zien naar de concurrentievoordelen op het tijdstip dat de Commissie haar beschikking heeft vastgesteld. Aangezien concurrentievoordelen van een overheidsmaatregel in de loop

65 — Arresten van 27 januari 1998, Ladbroke Racing/Commissie (T-67/94, Jurispr. blz. II-1, punt 52), en 7 juni 2006, Ufex e.a./Commissie (T-613/97, Jurispr. blz. II-1531, punt 67).

66 — Cremer, W., „Artikel 87", in Callies, Ch., en Ruffert, M., *Kommentar zu EU-Vertrag und EG-Vertrag,* uitg. Beck, 3e druk 2007, blz. 1176, punt 21.

67 — Zie in die zin arrest van 16 mei 2002, Frankrijk/Commissie (aangehaald in voetnoot 44, punt 71). Volgens dit arrest „moet worden uitgegaan van de periode waarin de [...] steunmaatregelen zijn genomen, en dus niet van een latere situatie". Hoewel dit punt naar de toepassing van het criterium van een voorzichtige investeerder in een marktconomie verwijst, denk ik dat, wat het relevante tijdstip betreft, deze regel in casu van toepassing kan zijn. Zie ook arrest Adria-Wien Pipeline en Wietersdorfer & Peggauer Zementwerke (aangehaald in voetnoot 51, punt 41), volgens hetwelk het niet van belang is dat de situatie van de begunstigde in de loop van de tijd niet is gewijzigd. De toepassingsvoorwaarden moeten derhalve worden onderzocht op het tijdstip waarop de overheidsmaatregel is genomen.

van de tijd kunnen veranderen, kan het bestaan van een voordeel niet afhankelijk zijn van het tijdstip waarop de Commissie haar beschikking heeft vastgesteld. [68]

152. In de derde plaats kan de motivering van het Gerecht ook niet worden gebaseerd op het argument dat bij de toewijzing van de licenties aan Orange en SFR te voorzien was dat zij van deze gunstige behandeling geen profijt zouden hebben. Integendeel, de Franse autoriteiten hadden besloten om de gehele toewijzingsprocedure niet ab initio over te doen, juist om te garanderen dat een minimum aantal exploitanten vanaf 1 januari 2002 op de UMTS-markt aanwezig kon zijn. Toen de licenties aan Orange en SFR werden toegewezen, kon derhalve niet worden uitgesloten dat deze exploitanten daardoor op de UMTS-markt actief konden worden vóór de toekomstige gegadigden.

153. Doordat het Gerecht op grond van een post-factumonderzoek van de concurrentievoordelen die Orange en SFR uit de eerdere toewijzing van de licenties hebben kunnen halen, het bestaan van een selectief voordeel heeft uitgesloten, geeft zijn motivering in de punten 113 tot en met 122 van het bestreden arrest derhalve blijk van een onjuiste rechtsopvatting.

154. Aangezien het Gerecht zijn conclusie, dat er geen sprake is van een selectief voordeel vanwege de eerdere toewijzing van de licenties aan Orange en SFR, niet alleen op deze onjuiste motivering heeft gebaseerd, maar ook op de uitzondering op grond van de aard en de opzet van het stelsel, moet worden onderzocht of dit subsidiaire argument de conclusie van het Gerecht kan dragen.

b) Argument gebaseerd op de uitzondering op grond van de aard en de opzet van de communautaire regeling

155. Het Gerecht heeft overwogen dat „het virtueel aan Orange en SFR verleende voordeel" hoe dan ook de enige manier was om te vermijden dat een maatregel moest worden genomen die in strijd was met de communautaire kaderregeling. [69] In die context heeft het met name verwezen naar het aanzienlijke verschil tussen de twee successieve vergoedingenstelsels die de nationale autoriteiten hadden ontwikkeld, naar het feit dat op de datum van de litigieuze wijziging geen exploitant op de UMTS-markt aanwezig was, en naar het feit dat de licenties van de drie exploitanten identiek waren. [70]

156. Door vast te stellen dat de eerdere toewijzing van de licenties aan Orange en SFR onvermijdelijk was, heeft het Gerecht zich wederom op de uitzondering op grond van de aard en de opzet van de communautaire kaderregeling gebaseerd. [71]

68 — Een dergelijke aanpak zou bovendien niet stroken met het beginsel van voorafgaande kennisgeving van staatssteun.

69 — Zie punt 123 van het bestreden arrest.

70 — Zie punt 123 van het bestreden arrest.

71 — Wat de rechtsgrondslag van deze uitzondering betreft, verwijs ik naar de punten 108-117 van deze conclusie.

157. Ik merk op dat het Gerecht in de punten 123 tot en met 126 van het bestreden arrest enkel heeft uitgelegd waarom de toepassing van dezelfde voorwaarden onvermijdelijk was. Volgens mij is de motivering van het Gerecht in de punten 123 tot en met 126 van het arrest onvoldoende.

158. Gelet op het feit dat de eerdere toewijzing van de licenties aan Orange en SFR op zich de concurrentieverhouding tussen enerzijds Orange en SFR en anderzijds de toekomstige gegadigden ongunstig kon beïnvloeden, moet een vaststelling dat er in verband met de uitzondering op grond van de aard en de opzet van de communautaire kaderregeling geen selectief voordeel is, op twee elementen berusten. Ten eerste moest de eerdere toewijzing van de licenties aan Orange en SFR, die op 18 juli 2001 heeft plaatsgevonden, onvermijdelijk zijn volgens de communautaire kaderregeling (i). Ten tweede moest de toepassing van identieke licentievoorwaarden op Orange, SFR en Bouygues Télécom, die op 3 december 2002 heeft plaatsgevonden, door de communautaire kaderregeling worden beheerst, ondanks het feit dat Orange en SFR hun licenties vóór Bouygues Télécom hadden gekregen (ii).

i) Onvermijdelijkheid van de eerdere toewijzing van de licenties aan Orange en SFR

159. Zoals ik hierboven reeds heb vermeld, heeft het Gerecht in de punten 123 tot en met 126 van het bestreden arrest niet gemotiveerd waarom het onvermijdelijk was om de licenties eerder aan Orange en SFR toe te wijzen. Het Gerecht heeft dit echter uitgelegd in het deel van het bestreden arrest dat gaat over de naleving van het non-discriminatiebeginsel. [72]

160. Het Gerecht heeft in aanmerking genomen dat de lidstaten ingevolge beschikking nr. 128/1999 verplicht waren alle nodige maatregelen te treffen om vóór 1 januari 2002 op hun grondgebied de gecoördineerde en geleidelijke invoering van UMTS-diensten mogelijk te maken. [73] Die termijn was een van de dwingende elementen van de communautaire kaderregeling.

161. Volgens het Gerecht zou het organiseren van een nieuwe procedure ab initio vóór het verstrijken van die termijn niet mogelijk zijn geweest. [74] Dit wordt door rekwiranten betwist. Volgens hen was het organiseren van een nieuwe procedure ab initio wel mogelijk geweest. In dit verband moet eraan worden herinnerd dat, aangezien een hogere voorziening voor het Hof alleen rechtsvragen kan betreffen, de beoordeling van de feiten door het Gerecht niet in het kader daarvan kan worden aangevochten. [75] Omdat rekwiranten alleen de feitelijke beoordeling door het

72 — Zie punten 127-154 van het bestreden arrest. In dit verband wijs ik erop dat de aanpak van het Gerecht om het bestaan van een selectief voordeel (punten 95-126 van het bestreden arrest), en de naleving van het non-discriminatiebeginsel (punten 127-154 van het bestreden arrest) apart te onderzoeken, mij onjuist lijkt. Of er al dan niet sprake is van steun, hangt af van de vraag of de maatregelen van de Franse autoriteiten op grond van de communautaire kaderregeling werden vereist. Omdat het non-discriminatiebeginsel deel uitmaakt van deze communautaire kaderregeling, had het Gerecht het non-discriminatiebeginsel als een element van de communautaire kaderregeling moeten onderzoeken.

73 — Zie punten 141 en 142 van het bestreden arrest.

74 — Zie punt 141 van het bestreden arrest.

75 — Arrest Commissie/Brazzelli Lualdi e.a. (aangehaald in voetnoot 23); Lenaerts, K., Arts, D., Maselis, I., op. cit. (zie voetnoot 22), blz. 453, punt 16-003.

Gerecht in twijfel trekken en geen onjuiste rechtsopvatting met betrekking tot de beoordeling van de feiten aanvoeren, moet deze grief van rekwiranten niet-ontvankelijk worden verklaard.

162. Overigens hadden de autoriteiten, wanneer de gehele procedure ab initio was overgedaan, geriskeerd dat de aanvragen van Orange en SFR opnieuw aan de orde zouden worden gesteld, en daarmee de mogelijkheid dat deze twee gegadigden vanaf 1 januari 2002 op de UMTS-markt aanwezig zouden zijn. [76]

163. Gelet op het feit dat de communautaire kaderregeling van de Franse autoriteiten vereiste, het mogelijk te maken dat voldoende exploitanten, en, bij gebreke daarvan, een minimum aantal exploitanten vanaf 1 januari 2002 toegang tot de UMTS-markt zouden krijgen, meen ik dat het Gerecht terecht heeft vastgesteld dat het overdoen van de procedure ab initio geen optie in overeenstemming met de communautaire kaderregeling zou zijn geweest. Integendeel, op grond van de communautaire kaderregeling waren de Franse autoriteiten verplicht om — zoals zij hebben gedaan — eerst de licenties aan Orange en SFR toe te wijzen om te waarborgen dat vanaf 1 januari 2002 een minimum aantal exploitanten op de UMTS-markt aanwezig kon zijn.

164. Ik stel dus in de eerste plaats vast dat de eerdere toewijzing van de licenties aan Orange en SFR van 18 juli 2001 een onvermijdelijk gevolg was van de communautaire kaderregeling.

ii) Onvermijdelijkheid van het toepassen van identieke voorwaarden op Orange, SFR en Bouygues Télécom op 3 december 2002

165. Zoals ik hierboven heb vermeld [77], was niet alleen de eerdere toewijzing van de licenties aan Orange en SFR wellicht een onvermijdelijk gevolg van de aard en de opzet van de communautaire kaderregeling, maar ook het besluit van de Franse autoriteiten van 3 december 2002 om voor de licenties van Orange, SFR en Bouygues dezelfde voorwaarden te laten gelden.

166. Volgens rekwiranten hadden de Franse autoriteiten voor enerzijds Orange en SFR en anderzijds Bouygues Télécom verschillende voorwaarden moeten laten gelden. Onderzocht dient derhalve te worden of het toepassen van dezelfde voorwaarden onvermijdelijk uit de communautaire kaderregeling voortvloeide dan wel of een gedifferentieerde behandeling was vereist. Dit onderzoek moet gebeuren op het tijdstip dat de maatregel is genomen, derhalve op 3 december 2002.

76 — Zie punt 146 van het bestreden arrest.

77 — Zie punt 158 van deze conclusie.

167. Zoals het Gerecht heeft vastgesteld, moesten de Franse autoriteiten het non-discriminatiebeginsel in acht nemen. [78] Ook heeft het Gerecht overwogen dat de van de verschillende exploitanten gevraagde vergoedingen economisch gelijkwaardig moesten zijn. [79]

168. Ik herinner eraan dat de Franse autoriteiten verplicht waren om billijke concurrentievoorwaarden te garanderen tussen de exploitanten op de UMTS-markt. [80] Een basisvoorwaarde voor de ontwikkeling van een daadwerkelijke mededinging op een markt is, mijn inziens, dat billijke concurrentievoorwaarden tussen de verschillende exploitanten worden gewaarborgd. Uitgangspunt voor de garantie van billijke concurrentievoorwaarden tussen de exploitanten in een opkomende markt, is ten eerste dat voor alle exploitanten gelijke voorwaarden worden gegarandeerd. In beginsel moesten derhalve alle exploitanten op de markt op dezelfde wijze worden behandeld, tenzij er omstandigheden zijn die een gedifferentieerde behandeling rechtvaardigen.

169. Het feit dat Orange en SFR hun licenties eerder dan Bouygues Télécom hebben gekregen, is een omstandigheid die de concurrentieverhouding tussen de exploitanten ongunstig had kunnen beïnvloeden. Het effect van deze omstandigheid op de concurrentieverhouding tussen Orange, SFR en Bouygues Télécom moest derhalve in aanmerking worden genomen.

170. In de eerste plaats moet derhalve worden onderzocht wat het effect is van die omstandigheid en in hoeverre hiermee rekening is gehouden in het door de Franse autoriteiten toegepaste vergoedingsmodel.

171. In die context merk ik om te beginnen op dat de tweede component van dit vergoedingsmodel gebaseerd is op de met de licentie gegenereerde omzet. Een eerdere toegang van Orange en SFR tot de UMTS-markt zou derhalve invloed gehad hebben op de hoogte van hun vergoedingen. Het door de Franse autoriteiten op alle exploitanten toegepaste vergoedingsmodel hield derhalve rekening met de mogelijkheid dat Orange en SFR zich vóór de toekomstige gegadigden op de markt zouden begeven.

172. Weliswaar was op 3 december 2002, dus toen de Franse autoriteiten besloten het nieuwe vergoedingsmodel op alle exploitanten toe te passen, geen exploitant op de markt aanwezig. Het toepassen van het nieuwe vergoedingsmodel had echter niet noodzakelijk een gelijke en ongedifferentieerde behandeling van de exploitanten tot gevolg, nu daarin met de ontwikkelingen van nà 3 december 2002 rekening kon worden gehouden. Indien de eerdere toewijzing van licenties een eerdere toegang tot de markt had bewerkstelligd, dan zou het nieuwe vergoedingsmodel hiermee rekening hebben gehouden.

173. Met betrekking tot de mogelijkheid die Orange en SFR hadden om vóór 3 december 2002 op de markt actief te worden, heeft het

78 — Zie punt 123 van het bestreden arrest.

79 — Punt 109 van het bestreden arrest met verwijzing naar het arrest van 22 mei 2003, Connect Austria (C-462/99, Jurispr. blz. I-5197, punt 90).

80 — Zie artikel 10, lid 3, en artikel 11, lid 2, van richtlijn 97/13/EG.

Gerecht geconstateerd dat er problemen waren die samenhingen met de UMTS-technologie en het voor de ontwikkeling ervan ongunstig economisch klimaat. [81] Het feit dat Orange en SFR uit hun licenties geen voordeel hebben kunnen halen, was derhalve niet aan een gebrek aan initiatief of verdienste van deze exploitanten te wijten.

174. Wat, in de tweede plaats, de andere door rekwiranten gestelde voordelen betreft, heeft het Gerecht vastgesteld dat deze voordelen niet bestonden of in elk geval de concurrentieverhouding tussen de exploitanten op de UMTS-markt niet ongunstig hebben beïnvloed. [82]

175. Volgens rekwiranten heeft het Gerecht de bewijslast omgekeerd door eerst het bestaan van een potentieel tijdsvoordeel te aanvaarden en vervolgens rekwiranten te verzoeken het bewijs te leveren van de daadwerkelijke gevolgen van dat voordeel.

176. Mijns inziens is deze kritiek ongegrond. Om te beginnen wordt in de context van de subsidiaire motivering in de punten 123 tot en met 126 van het bestreden arrest, die op de uitzondering op grond van de aard en de opzet van het stelsel is gebaseerd, het bestaan van een voordeel in de zin van artikel 87, lid 1, EG niet vastgesteld. [83] Verder bestaat er weliswaar een duidelijk verband tussen de eerdere toewijzing van de licenties en een potentieel eerder toetreden tot de markt; tussen de eerdere toewijzing van de licenties en de door rekwiranten in eerste aanleg gestelde voordelen, zoals beschreven in de punten 117 tot en met 121 van het bestreden arrest, is een dergelijk verband echter niet evident. Volgens mij hadden rekwiranten derhalve met argumenten moeten staven waarom de eerdere toewijzing van de licenties tot deze gestelde voordelen had geleid en welke invloed deze gestelde voordelen op de concurrentieverhouding tussen Orange en SFR enerzijds en Bouygues Télécom anderzijds hadden gehad. Ten slotte is het aan rekwirante als partij die tegen een beschikking van de Commissie beroep instelt, aan te tonen dat de vaststelling van de Commissie onjuist is. [84]

177. Concluderend stel ik vast dat het nieuwe vergoedingsmodel rekening hield met het potentiële effect dat de eerdere toewijzing van de licenties kon hebben op het tijdstip waarop de exploitanten zich op de markt zouden begeven en dat er geen andere gevolgen voor de concurrentieverhouding tussen exploitanten waren vastgesteld. Volgens mij heeft het Gerecht derhalve terecht kunnen overwegen dat het nieuwe vergoedingsmodel niet discriminerend was. [85]

81 — Zie punt 116 van het bestreden arrest.

82 — Zie punten 117-126 van het bestreden arrest.

83 — Het argument van rekwiranten richt zich tegen de onjuiste redenering van het Gerecht in de punten 113-122 van het bestreden arrest.

84 — Arrest van 10 mei 1990, Sens/Commissie (T-117/89, Jurispr. blz. II-185, punt 20).

85 — Zie punt 109 van het bestreden arrest met verwijzing naar arrest van 22 mei 2003, Connect Austria (aangehaald in voetnoot 79, punt 90).

c) Tussentijdse conclusie

178. De eerdere toewijzing van de licenties aan Orange en SFR en het toepassen van het nieuwe vergoedingsmodel op Orange, SFR en Bouygues Télécom waren derhalve onvermijdelijk. Zoals het Gerecht heeft vastgesteld [86], was de wijze waarop de Franse autoriteiten zijn opgetreden de enige manier om hun verplichtingen op grond van de communautaire kaderregeling na te komen. Bijgevolg acht ik de conclusie van het Gerecht, dat er geen selectief voordeel vanwege de eerdere toewijzing van de licenties was, terecht.

179. Ik geef derhalve in overweging het tweede onderdeel van het vierde middel af te wijzen, waarbij de motivering van het Gerecht gedeeltelijk wordt vervangen. [87]

5. Non-discriminatiebeginsel (derde onderdeel van het vierde middel)

180. In het derde onderdeel van het vierde middel beroepen rekwiranten zich op een onjuiste rechtsopvatting met betrekking tot de toepassing van artikel 87, lid 1, EG, bij de tenuitvoerlegging van het non-discriminatiebeginsel.

181. Volgens Orange is dit middel niet-ontvankelijk, aangezien rekwiranten slechts dezelfde argumenten als in eerste aanleg zouden herhalen.

182. Het is juist, dat een onderdeel van een middel waarin reeds in eerste aanleg genoemde argumenten worden herhaald, niet-ontvankelijk kan zijn. [88] Dit is echter alleen het geval indien het onderdeel niet vraagt om een toetsing van het arrest van het Gerecht, maar eerder om een tweede beoordeling van het geschil ten gronde. [89] In dat geval is het onderdeel in wezen gericht tegen de rechtshandeling die in eerste aanleg is aangevochten en niet tegen het arrest van het Gerecht. Indien een rekwirant daarentegen betoogt, zoals in het onderhavige geval, dat het Gerecht van een onjuiste rechtsopvatting blijk heeft gegeven door de motivering van de Commissie waarin dezelfde fout werd gemaakt, te bevestigen, is dit onderdeel gericht tegen het arrest van het Gerecht en derhalve ontvankelijk. [90]

183. Rekwiranten baseren hun middel met name op het non-discriminatiebeginsel, de onveranderbaarheid van de voorwaarden van de eerste oproep tot het indienen van aanvragen en artikel 87, lid 2, EG.

86 — Zie punt 148 van het bestreden arrest.

87 — Door de motivering van het Gerecht te vervangen, kan ook de onjuiste aanpak van het Gerecht, het bestaan van een selectief voordeel (in de punten 95-126 van het bestreden arrest) en de naleving van het non-discriminatiebeginsel (in de punten 127-154 van het bestreden arrest) apart te onderzoeken, worden verholpen (zie voetnoot 73 van deze conclusie).

88 — Lenaerts, K., Arts, D., Maselis, I., op. cit. (zie voetnoot 22), blz. 463, punt 16-017.

89 — Beschikking van 23 mei 2007, Smanor e.a./Commissie (C-99/07 P, punten 34-36).

90 — Beschikking van 11 november 2003, Martinez/Parlement (C-488/01 P, Jurispr. blz. I-13355, punten 39-41).

184. Wat de gegrondheid van het op het non-discriminatiebeginsel gebaseerde argument betreft, herinner ik eraan dat er sprake is van discriminatie, wanneer verschillende regels worden toegepast op vergelijkbare situaties of wanneer dezelfde regel wordt toegepast op verschillende situaties. [91]

185. Volgens rekwiranten was de door de Franse autoriteiten toegepaste handelwijze discriminerend. Zij voeren aan dat Orange en SFR als gegadigden van de eerste oproep tot het indienen van aanvragen en Bouygues Télécom als gegadigde van de tweede oproep tot het indienen van aanvragen zich niet in dezelfde situatie bevonden.

186. Derhalve moet worden onderzocht of Orange en SFR enerzijds, en Bouygues Télécom anderzijds, zich feitelijk en rechtens in dezelfde situatie bevonden. Zoals hierboven reeds is aangegeven [92], is het voor het aantonen van discriminatie niet voldoende te verwijzen naar verschillen tussen twee groepen. Aangezien de rechtsbron van het non-discriminatiebeginsel in casu artikel 11, lid 2, van richtlijn 97/13 is, gaat het om de vraag of de door rekwiranten gestelde omstandigheden volgens de doelstellingen van deze richtlijn en de communautaire kaderregeling van belang waren. [93]

187. Ik breng in herinnering dat de gedeeltelijke afstand door de Franse Staat van de schuldvorderingen op Orange en SFR werd vereist door de communautaire kaderregeling. [94] Bij dit onderdeel van het middel moet derhalve uitsluitend worden onderzocht of de aanpak van de Franse autoriteiten, waarbij de gehele procedure niet ab initio werd overgedaan, discriminerend was. [95]

188. Rekwiranten betogen dat een dergelijke handelwijze in strijd was met het beginsel van onveranderbaarheid, op grond waarvan de Franse autoriteiten verplicht zouden zijn geweest om op de gegadigden van de eerste oproep tot het indienen van aanvragen een ander stelsel toe te passen dan op de gegadigden van de tweede oproep tot het indienen van aanvragen. Het beginsel van onveranderbaarheid van de voorwaarden van de eerste oproep tot het indienen van aanvragen zou Orange en SFR in een rechtssituatie hebben gebracht die anders is dan die van Bouygues Télécom.

189. In dit verband merk ik om te beginnen op dat — zoals het Gerecht in het bestreden arrest heeft overwogen — het beginsel van onveranderbaarheid noch in richtlijn 97/13, noch in beschikking nr. 128/1999 is vervat. [96] Volgens mij bevat het communautaire kader juist elementen die tegen het beginsel van onveranderbaarheid ingaan.

91 — Zie de rechtspraak aangehaald in punt 129 van het bestreden arrest: arresten 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).

92 — Zie punt 123 van deze conclusie.

93 — Zie punt 123 van deze conclusie.

94 — Zie punten 104-128 van deze conclusie

95 — Zoals ik hierboven (voetnoot 72 van deze conclusie) heb vermeld, had het Gerecht de naleving van het non-discriminatiebeginsel moeten toetsen in het kader van het onderzoek naar het bestaan van een selectief voordeel. Rekwiranten hebben dit onderdeel van het arrest echter niet aangevochten.

96 — Zie punt 135 van het bestreden arrest.

190. In het bestreden arrest heeft het Gerecht zijn motivering gebaseerd op het argument dat artikel 8, lid 4, van richtlijn 97/13 in een mogelijkheid tot wijziging van de voorwaarden voorzag. Zoals artikel 8, lid 1, van richtlijn 97/13 aangeeft, zijn de in dit artikel bedoelde voorwaarden de voorwaarden die in de punten 2 tot en met 4 van de bijlage bij richtlijn 97/13 worden opgesomd. Hoewel het bedrag van de vergoedingen niet expliciet in deze punten wordt genoemd, merk ik op dat in punt 4.9 van de bijlage wordt gepreciseerd dat de lijst van voorwaarden geldt, onverminderd alle andere wettelijke voorwaarden die niet specifiek zijn voor de telecommunicatiesector. Artikel 8, lid 1, van richtlijn 97/13 bepaalt daarentegen dat de voorwaarden slechts betrekking mogen hebben op de in artikel 7 van richtlijn 97/13 omschreven situaties die verlening van een dergelijke vergunning rechtvaardigen. Ik stel vast dat de in dit artikel opgenoemde voorwaarden niet expliciet naar het bedrag van de vergoedingen verwijzen. Gelet op deze bepalingen acht ik het geoorloofd om de gegrondheid van het op artikel 8, lid 4, van richtlijn 97/13 gebaseerde argument van het Gerecht in twijfel te trekken.

191. Toch doet dit geen afbreuk aan de conclusie van het Gerecht, dat het beginsel van onveranderbaarheid niet van toepassing is. Ook al zou artikel 8, lid 4, van richtlijn 97/13 niet het bedrag van de vergoedingen betreffen, kan, volgens mij, uit de bepalingen van richtlijn 97/13 worden afgeleid dat een latere wijziging van het bedrag van de vergoedingen mogelijk moet zijn.

192. Zoals ik reeds hierboven heb aangegeven [97], zijn de lidstaten verplicht om zoveel mogelijk licenties toe te wijzen en, wanneer zij vaststellen dat het mogelijk is verdere licenties toe te wijzen, een oproep te doen tot het indienen van aanvragen voor bijkomende licenties. [98] Artikel 11, lid 2, van richtlijn 97/13 bepaalt dat bij het bedrag van de vergoedingen met name rekening moet worden gehouden met de noodzaak de ontwikkeling van innovatieve diensten en concurrentie te bevorderen. Ik leid daaruit af dat een lidstaat gehouden kan zijn — zoals in casu het geval was — het bedrag van de vergoedingen naar beneden bij te stellen, indien dat nodig is om verdere gegadigden aan te trekken. In dat geval zal hij moeten onderzoeken of het non-discriminatiebeginsel [99] en de verplichting om billijke concurrentievoorwaarden te garanderen [100] een wijziging van het bedrag van de vergoedingen voor de bestaande licenties noodzakelijk maken. Geen enkele bepaling in richtlijn 97/13 verlangt, wanneer een verdere licentie wordt toegekend, de toewijzing van alle licenties ab initio over te doen. De opzet van het stelsel van richtlijn 97/13 voorziet derhalve, althans impliciet, in de wijziging van het bedrag van de vergoedingen voor bestaande licenties.

193. Het op de onveranderbaarheid van de toewijzingsvoorwaarden gebaseerde argument van rekwiranten moet derhalve terzijde worden geschoven. Aangezien het communautaire kader geen beginsel van onveranderbaarheid bevat, meen ik dat de omstandigheid dat Orange en SFR enerzijds, en Bouygues Télécom anderzijds, gegadigden van twee

97 — Zie punt 121 van deze conclusie.
98 — Zie artikel 10, lid 4, van richtlijn 97/13.
99 — Zie artikel 10, lid 3, van richtlijn 97/13.
100 — Zie artikel 10, lid 3, van richtlijn 97/13.

opeenvolgende oproepprocedures waren, hen niet in een verschillende rechtssituatie heeft geplaatst in de zin van het non-discriminatiebeginsel vervat in artikel 11, lid 2, van richtlijn 97/13.

194. De toepassing van het beginsel van onveranderbaarheid veronderstelt mijns inziens hoe dan ook licentievoorwaarden die in voldoende mate onveranderbaar zijn. In het onderhavige geval hadden de Franse autoriteiten evenwel een wijziging gegarandeerd van de voorwaarden van de aan Orange en SFR toegewezen licenties voordat deze licenties hun waren toegewezen en zelfs vóór het verstrijken van de termijn waarbinnen Orange en SFR hun aanbieding konden intrekken. [101] Gesteld al dat er een „beginsel van onveranderbaarheid" zou gelden, lijken mij de voorwaarden van de aan Orange en SFR toegewezen licenties, die een wijzigingsvoorbehoud bevatten [102], niet in voldoende mate onveranderbaar.

195. Ik ben bijgevolg van mening dat, gelet op de doeleinden van de communautaire kaderregeling, Orange en SFR enerzijds, en Bouygues Télécom anderzijds, zich niet in een verschillende rechtssituatie bevonden. De handelwijze van de Franse autoriteiten was derhalve niet in strijd met het non-discriminatiebeginsel in de zin van artikel 11, lid 2, van richtlijn 97/13.

196. Ten slotte dient het argument van rekwiranten, dat de naleving van de doelstellingen van de communautaire regeling voor de toewijzing van UMTS-licenties niet bedoeld is in artikel 87, lid 2, EG, van de hand worden gewezen Het gaat hier om het onderzoek van de vraag of er een selectief voordeel is in de zin van artikel 87, lid 1, EG en niet van de vraag of een steun met de gemeenschappelijke markt verenigbaar is op grond van artikel 87, lid 2, EG.

197. Ik geef derhalve in overweging het derde onderdeel van het vierde middel af te wijzen.

6. Eenheid van de procedure (eerste onderdeel van het derde middel)

198. In het eerste onderdeel van het derde middel laken rekwiranten een fout in de juridische kwalificatie van de feiten betreffende de eenheid van de procedure.

199. De Commissie en Orange achten dit onderdeel niet-ontvankelijk. Weliswaar kan de vraag of de twee oproepen tot het indienen van aanvragen aangemerkt moeten worden als één enkele dan wel als twee aparte procedures, op het eerste gezicht een feitelijke vaststelling lijken. Toch denk ik dat achter dit feitelijk aspect een rechtsvraag schuilt. Zoals ik hierboven reeds heb vermeld [103], bestaat een

101 — Zie punten 132-137 van deze conclusie.
102 — Zie punt 137 van deze conclusie.
103 — Zie punt 97 van deze conclusie.

fout bij de juridische kwalificatie van de feiten erin dat een regel verkeerd op de feiten wordt toegepast. Een rechtsschending kan niet alleen bestaan wanneer een rechtsregel verkeerd wordt uitgelegd, maar ook wanneer aan een bepaalde feitelijke situatie een onjuiste juridische kwalificatie wordt gegeven.

200. Omdat de betrokken regel het in artikel 11, lid 2, van richtlijn 97/13 vervatte non-discriminatiebeginsel is, dat eraan in de weg staat dat verschillende regels op vergelijkbare situaties worden toegepast of dat dezelfde regel op verschillende situaties wordt toegepast, moet, volgens mij, de vraag of het om één enkele procedure dan wel om twee aparte procedures ging, in feite worden uitgelegd als de vraag of Orange en SFR als gegadigden van de eerste oproep tot het indienen van aanvragen en Bouygues Télécom als gegadigde van de tweede, konden worden geacht zich in dezelfde situatie te bevinden in de zin van het non-discriminatiebeginsel vervat in artikel 11, lid 2, van richtlijn 97/13. Deze vraag is een rechtsvraag en derhalve ontvankelijk.

201. Wat de gegrondheid van deze vraag betreft, herinner ik eraan dat het, om aan te tonen dat er sprake is van discriminatie, niet voldoende is naar de verschillen tussen twee groepen te verwijzen. De betrokken omstandigheden moeten, gelet op de doelstellingen van het communautaire kader, relevant zijn. [104] In verband met de argumenten die in het kader van het derde onderdeel van het vierde middel zijn vermeld, en waarnaar ik verwijs [105], heeft de omstandigheid dat Orange en SFR gegadigden van de eerste oproep tot het indienen van aanvragen waren en Bouygues Télécom gegadigde van de tweede, hen niet in een verschillende situatie geplaatst in de zin van artikel 11, lid 2, van richtlijn 97/13.

202. Ik geef derhalve in overweging het eerste onderdeel van het derde middel af te wijzen.

7. Tussentijdse conclusie

203. Mitsdien geef ik in overweging het derde en het vierde middel in hun geheel af te wijzen, waarbij de motivering van het Gerecht gedeeltelijk wordt vervangen.

B — *Tweede middel*

204. In de procedure in eerste aanleg hebben rekwiranten aangevoerd dat de klacht die zij bij de Commissie hadden ingediend, ernstige moeilijkheden had opgeroepen, en de Commissie derhalve de in artikel 88, lid 3, EG bedoelde formele onderzoeksfase had moeten inleiden. [106]

104 — Zie punten 123 en 186 van deze conclusie.
105 — Zie punten 180-197 van deze conclusie.
106 — Zie punt 87 van het bestreden arrest.

205. Het Gerecht heeft deze grief in de punten 86 tot en met 93 van het bestreden arrest behandeld. Het heeft overwogen dat de formele onderzoeksfase volstrekt noodzakelijk was wanneer de Commissie bij de beoordeling of een steunmaatregel verenigbaar was met de gemeenschappelijke markt, ernstige moeilijkheden ondervond. [107] Daarna heeft het onderzocht of de door rekwiranten tegen de litigieuze beschikking ingebrachte argumenten ernstige moeilijkheden hadden opgeroepen. [108] In het kader van dat onderzoek heeft het Gerecht eerst de gegrondheid onderzocht van de grief van rekwiranten dat er geen selectief voordeel was, en vervolgens vastgesteld dat de beoordeling van de Commissie op dit punt geen ernstige moeilijkheden had opgeroepen. [109] Daarna heeft het Gerecht onderzocht of de Franse autoriteiten het non-discriminatiebeginsel in acht hadden genomen. Het heeft vastgesteld dat dit onderzoek geen ernstige moeilijkheden had opgeroepen. [110]

206. Volgens rekwiranten zou de Commissie aldus de beoordeling van ernstige moeilijkheden en die van de gegrondheid van de beschikking met elkaar hebben verward.

207. Om te beginnen moet eraan worden herinnerd dat volgens de rechtspraak de Commissie het onderzoek van de overheidsmaatregel tot de inleidende fase kan beperken, indien zij na een eerste onderzoek tot de overtuiging is gekomen dat de maatregel geen steun in de zin van artikel 87, lid 1, EG vormt of in elk geval verenigbaar is met de gemeenschappelijke markt. [111] Indien zij daarentegen op grond van het eerste onderzoek niet alle gerezen moeilijkheden heeft weten op te lossen, is zij verplicht de formele onderzoeksprocedure in te leiden. [112]

208. Het begrip ernstige moeilijkheden is een objectief begrip. Of dergelijke moeilijkheden zich hebben voorgedaan, moet zowel aan de hand van de omstandigheden waarin de betrokken overheidsmaatregel is vastgesteld als van de inhoud ervan worden beoordeeld. [113] Het staat derhalve aan de Commissie om op grond van de feitelijke en juridische gegevens van de zaak te beslissen, of de moeilijkheden bij het onderzoek van de overheidsmaatregel, de inleiding van de formele onderzoeksprocedure noodzakelijk maken. [114] Hoewel de bevoegdheid van de Commissie om een formele onderzoeksprocedure in te leiden, een gebonden bevoegd-

107 — Zie punten 89-91 van het bestreden arrest.
108 — Zie punt 93 van het bestreden arrest.
109 — Zie punt 126 van het bestreden arrest.
110 — Zie punt 155 van het bestreden arrest.

111 — Arrest Hof van 2 april 1998, Commissie/Sytraval en Brink's France (C-367/95 P, Jurispr. blz. I-1719, punten 38 en 39); arresten Gerecht van 12 februari 2008, BUPA e.a./Commissie, (T-289/03, Jurispr. blz. II-81, punt 329); 1 december 2004, Kronofrance/Commissie (T-27/02, Jurispr. blz. II-4177, punt 52), en 8 november 1990, Barbi/Commissie (T-73/89, Jurispr. blz. II-619, punt 42). Zie voor een diepgaande analyse van de verhouding tussen de inleidende fase en de formele onderzoeksprocedure punten 17-19 van de conclusie van advocaat-generaal Tesauro van 31 maart 1993 in de zaak Cook/Commissie (arrest van 19 mei 1993, C-198/91, Jurispr. blz. I-2487), en punten 37 en 38 van de conclusie van advocaat-generaal Van Gerven van 28 april 1993 in de zaak Matra/Commissie (arrest van 15 juni 1993, C-225/91, Jurispr. blz. I-3203).
112 — Arresten van 15 september 1998, BP Chemicals/Commissie (T-11/95, Jurispr. blz. II-3235, punt 166); 18 september 1995, SIDE/Commissie (T-49/93, Jurispr. blz. II-2501, punt 58), en 15 maart 2001, Prayon-Rupel/Commissie (T-73/98, Jurispr. blz. II-867, punt 42).
113 — Arrest Prayon-Rupel/Commissie (aangehaald in voetnoot 112, punt 47).
114 — Arrest Prayon-Rupel/Commissie (aangehaald in voetnoot 112, punt 43).

heid is, beschikt zij toch over een bepaalde beoordelingsmarge om de omstandigheden van de zaak vast te stellen en te onderzoeken, teneinde uit te maken of deze ernstige moeilijkheden doen rijzen. [115]

209. Hoewel het Hof niet sluitend heeft gedefinieerd welke omstandigheden erop kunnen wijzen dat er van ernstige moeilijkheden sprake is [116], merk ik op dat de rechtspraak de hiernavolgende drie soorten aanwijzingen in aanmerking heeft genomen.

210. Een eerste soort aanwijzing kan voorvloeien uit de strekking van de besprekingen tussen de Commissie en de betrokken lidstaat tijdens de voorbereidende fase. [117]

211. In deze context stel ik vast dat het Gerecht heeft verwezen naar schriftelijke stukken in deze zaak, waarin de Commissie melding heeft gemaakt van een uitzonderlijke complexiteit. [118] Het Gerecht heeft echter uitgelegd dat deze schriftelijke stukken geen betrekking hadden op de litigieuze maatregel, maar op andere maatregelen die aanleiding hebben gegeven tot een formele onderzoeksprocedure. Deze aanwijzing wees derhalve niet op het bestaan van ernstige moeilijkheden. Ik stel vast dat rekwiranten deze vaststelling van het Gerecht niet in twijfel hebben getrokken. [119]

212. Een tweede soort aanwijzing is de termijn die tijdens de voorbereidende fase van het betrokken onderzoek is verstreken.

213. Indien die termijn aanzienlijk langer is geweest dan normaal is voor een voorbereidende fase, kan dat een aanwijzing zijn voor ernstige moeilijkheden. [120] In de punten 158 en 160 van het bestreden arrest heeft het Gerecht overwogen dat de Commissie, gelet op haar werklast, onder meer in verband met andere klachten van rekwiranten, niet onredelijk lang over het onderzoek had gedaan. Het Gerecht heeft derhalve, althans impliciet, vastgesteld dat de verstreken termijn niet op ernstige moeilijkheden wees. Deze analyse van het Gerecht hebben rekwiranten ook niet in twijfel getrokken.

214. Een derde soort aanwijzing voor het bestaan van ernstige moeilijkheden, zijn de beoordelingen waarop de Commissie zich

115 — Arrest Prayon-Rupel/Commissie (aangehaald in voetnoot 112, punt 43).

116 — Zie punt 43 van de conclusie van advocaat-generaal Alber van 18 mei 2000 in de zaak Portugal/Commissie (arrest van 3 mei 2001, C-204/97, Jurispr. blz. I-3175).

117 — Zie punt 45 van de conclusie van advocaat-generaal Van Gerven van 28 april 1993 in de zaak Matra/Commissie (aangehaald in voetnoot 111), en arrest Gerecht van 10 mei 2000, SIC/Commissie (T-46/97, Jurispr. blz. II-2125, punt 4).

118 — Zie punt 157 van het bestreden arrest.

119 — In hun hogere voorziening verwijzen rekwiranten enkel naar de punten 93, 94, 126 en 155 van het bestreden arrest.

120 — Arrest van 20 maart 1984, Duitsland/Commissie (84/82, Jurispr. blz. 1451, punten 15-17); arresten SIC/Commissie (aangehaald in voetnoot 117, punten 102-107), en Prayon-Rupel/Commissie (aangehaald in voetnoot 112, punten 53-85); conclusie van advocaat-generaal Alber van 18 mei 2000 in de zaak Portugal/Commissie (aangehaald in voetnoot 116, punt 43).

heeft gebaseerd om aan het einde van de voorbereidende fase een beslissing te nemen. Deze beoordelingen kunnen moeilijkheden oproepen die de inleiding van de formele onderzoeksfase kunnen rechtvaardigen. [121]

215. Het verifiëren van deze aanwijzing veronderstelt, volgens mij, derhalve dat eerst de inhoudelijke beoordelingen worden aangeduid waarop de Commissie zich heeft gebaseerd, om daarna te toetsen of de Commissie over de noodzakelijke gegevens beschikte voor de beoordelingen waarop zij zich heeft gebaseerd. [122]

216. Gelet op bovenstaande overwegingen komt het mij eerder voor dat het Gerecht, door te werk te gaan zoals het in casu heeft gedaan, niet van een onjuiste rechtsopvatting blijk heeft gegeven. De werkwijze van het Gerecht lijkt mij veeleer de aangewezen weg. Aangezien het aan de Commissie staat de gronden te kiezen waarop zij een besluit baseert, moeten eerst de beoordelingen worden aangeduid waarop de Commissie haar besluit heeft gebaseerd, om daarna te verifiëren of zij over de voldoende gegevens beschikte om tot de relevante beoordelingen te komen.

121 — Arresten Cook/Commissie (aangehaald in voetnoot 111, punt 31); SIC/Commissie (aangehaald in voetnoot 116, punten 74-85); Prayon-Rupel/Commissie (aangehaald in voetnoot 112, punten 86-107), en conclusie van advocaat-generaal Alber in de zaak Portugal/Commissie (aangehaald in voetnoot 116, punten 45-51).

122 — Zie de werkwijze van het Gerecht in het arrest van 13 januari 2004, Thermenhotel Stoiser Franz e.a./Commissie (T-158/99, Jurispr. blz. II-1).

217. Wat de kritiek betreft dat die vaststelling slechts van formele aard zou zijn geweest, meen ik dat een uitgebreide motivering niet nodig is, indien uit de inhoudelijke analyse van de beoordelingen van de Commissie blijkt dat zij over alle noodzakelijke gegevens beschikte.

218. Concluderend stel ik vast dat het Gerecht rekening heeft gehouden met drie typische aanwijzingen die op ernstige moeilijkheden kunnen wijzen en dat geen van die aanwijzingen op het bestaan van ernstige moeilijkheden wees. Wat de derde door rekwiranten aangevoerde aanwijzing betreft, leidt de door het Gerecht gevolgde methode mijns inziens niet tot een onjuiste rechtsopvatting in zijn arrest.

219. Bovendien voeren rekwiranten aan dat het Gerecht gedeeltelijk afstand heeft genomen van de litigieuze beschikking, door zelf op zoek te gaan naar complexe vervangende beoordelingen. Dat zou op de noodzaak van een formele onderzoeksprocedure hebben gewezen.

220. In dit verband merk ik ten eerste op dat niet het feit dat noodzakelijke beoordelingen ingewikkeld zijn, de inleiding van een formele onderzoeksprocedure noodzakelijk maakt. [123] De inleiding van een formele onderzoeksprocedure is enkel noodzakelijk indien de Commissie ernstige moeilijkheden onder-

123 — Arrest BUPA e.a./Commissie (aangehaald in voetnoot 111, punt 333).

vindt bij de beoordelingen waarop zij haar besluit baseert. Alleen wanneer de Commissie niet in staat is geweest deze moeilijkheden tijdens de voorbereidende fase op te lossen, is de formele onderzoeksprocedure derhalve noodzakelijk.

221. Ten tweede voeren rekwiranten aan dat het Gerecht afstand heeft genomen van de motivering van de Commissie en zijn eigen motivering daarvoor in de plaats heeft gesteld. Indien deze bewering gegrond zou zijn, zou dit op zichzelf een onjuiste rechtsopvatting zijn die tot vernietiging van het bestreden arrest kan leiden. Het Gerecht heeft niet de bevoegdheid om zijn eigen motivering in de plaats van die van de Commissie te stellen. [124] De juistheid van deze bewering dient derhalve te worden onderzocht.

222. Wat om te beginnen de kritiek van rekwiranten betreft dat het Gerecht de redenering van de Commissie betreffende de economische waarde van de licenties in twijfel zou hebben getrokken, merk ik op dat deze kritiek betrekking heeft op de argumenten die door de Commissie ter terechtzitting zijn aangevoerd. [125] De beschikking van de Commissie was evenwel gebaseerd op het niet vaststaan van de licenties [126], op de onvermijdelijkheid van de maatregelen van de Franse autoriteiten vanwege de aard en de opzet van de communautaire kaderregeling [127], en op het argument dat de licenties niet tegen marktprijzen mochten worden overgedragen. [128] Het in twijfel trekken van de argumenten betreffende de economische waarde van de licenties tast derhalve de motivering van de litigieuze beschikking niet aan.

223. Vervolgens betogen rekwiranten dat het Gerecht in de punten 113 tot en met 121 van het bestreden arrest zijn beoordeling, dat er geen sprake was van een selectief voordeel vanwege het feit dat de schuldvorderingen eerder bestonden, in de plaats had gesteld van die van de Commissie. In dit verband stel ik vast dat de motivering van het Gerecht in de punten 113 tot en met 121 onjuist is. Zowel in de subsidiaire motivering van het Gerecht in de punten 123 tot en met 125 van het bestreden arrest, als in de motivering van de Commissie in de litigieuze beschikking [129], wordt het feit dat er geen selectief voordeel is, echter gebaseerd op het argument dat de toepassing van dezelfde voorwaarden voor alle exploitanten onvermijdelijk was op grond van de regels van het communautaire kader.

224. Bovendien gaat het bij de in de punten 131 en 132 van het bestreden arrest omschreven verschillende risico's die Orange en SFR als gegadigden van de eerste oproep tot het indienen van aanvragen ten opzichte van Bouygues Télécom hebben genomen, om een subsidiair argument van het Gerecht, aangezien de onvermijdelijkheid van de gedeeltelijke afstand en het toepassen van identieke voorwaarden op grond van de opzet van de communautaire kaderregeling het beslissende argument was.

124 — Lenaerts, K., Arts, D., Maselis, I., op.cit. (zie voetnoot 22), blz. 456, punt 16-005.

125 — Zoals het Gerecht in punt 105 van het bestreden arrest expliciet heeft overwogen, heeft het de argumenten die door de Commissie ter terechtzitting zijn aangevoerd, in twijfel getrokken. Het heeft niet naar de motivering van de litigieuze beschikking verwezen.

126 — Zie punt 27 van de litigieuze beschikking.

127 — Zie punt 28 van de litigieuze beschikking.

128 — Zie punt 29 van de litigieuze beschikking.

129 — Zie punt 28 van de litigeuze beschikking.

225. Wat ten slotte de analyse betreft van de verschillende mogelijkheden die voor de Franse autoriteiten openstonden, merk ik op dat de Commissie met name in de punten 11, 12, 22, 23 en 26 tot en met 28 van de litigieuze beschikking met die mogelijkheden rekening had gehouden, en het Gerecht derhalve niet zijn eigen motivering in de plaats van die van de Commissie heeft gesteld.

226. Blijkens bovenstaande overwegingen is de kritiek van de indeplaatsstelling van de motivering ongegrond. Rekwiranten kunnen derhalve niet met een beroep op dit argument betogen dat de Commissie ernstige moeilijkheden had ondervonden.

227. Ik geef derhalve in overweging het tweede middel van rekwiranten ongegrond te verklaren.

C — *Eerste middel*

228. Volgens rekwiranten heeft het Gerecht zijn motiveringsplicht geschonden.

229. In herinnering dient te worden gebracht dat de motivering van een arrest van het Gerecht op duidelijke en ondubbelzinnige wijze de redenering moet laten zien, zodat betrokkenen de redenen voor het door het Gerecht gewezen arrest kunnen kennen en de bevoegde rechter zijn rechterlijk toezicht kan uitoefenen. [130]

230. Rekwiranten hebben in de eerste plaats kritiek op het feit dat het Gerecht zich op de uitzondering op grond van de aard en de opzet van het stelsel heeft gebaseerd, zonder de opzet van het stelsel voldoende te omschrijven. Zijn omschrijving van het stelsel zou niet voldoende gedetailleerd en ook tegenstrijdig zijn geweest.

231. Hoewel ik van mening ben dat iedere uitzondering op grond van de aard en de opzet van het stelsel uitdrukkelijk moet worden gemotiveerd, lijkt de kritiek van rekwiranten mij in casu ongegrond.

232. Het Gerecht heeft de relevante aspecten van de communautaire kaderregeling en de daaruit voor de Franse autoriteiten voortvloeiende verplichtingen beschreven. [131] Aangezien de communautaire kaderregeling verschillende doelstellingen nastreefde (met name het vinden van vier exploitanten om een voldoende mededinging te waarborgen [132], de inachtneming van het non-discriminatiebe-

130 — Arresten van 20 februari 1997, Commissie/Daffix (C-166/95 P, Jurispr. blz. I-983, punt 24); 7 mei 1998, Somaco/Commissie (C-401/96 P, Jurispr. blz. I-2587, punt 53), en 13 december 2001, Cubero Vermurie/Commissie (C-446/00 P, Jurispr. blz. I-10315, punt 20); Lenaerts, K., Arts, D., Maselis, I., op. cit. (zie voetnoot 22), blz. 457, punt 16-008.

131 — Zie met name de beschrijving van de communautaire kaderregeling in de punten 2-8, en in de punten 108-112, 123-125 en 134-148 van het bestreden arrest.

132 — Zie met name punt 134 van het bestreden arrest.

ginsel [133] en het beginsel van een vrije mededinging [134], alsook de inachtneming van de uiterste datum van 1 januari 2002 [135]), maakt het feit dat het Gerecht naar de verschillende doelstellingen van dit stelsel heeft verwezen, zijn motivering niet tegenstrijdig.

233. In de tweede plaats stellen rekwiranten dat het Gerecht het causale verband tussen de aard en de opzet van het stelsel en de gedeeltelijke afstand van de schuldvorderingen op Orange en SFR niet voldoende heeft gespecificeerd.

234. In dit verband stel ik vast dat het om de onvermijdelijkheid van de gedeeltelijke afstand van de schuldvorderingen op Orange en SFR vanwege de aard en de opzet van de communautaire kaderregeling te verklaren, niet nodig was naar alle aspecten van de communautaire kaderregeling te verwijzen. Op dit punt volstond het te verwijzen naar de beginselen van de gelijke behandeling van de exploitanten bij de vaststelling van de vergoedingen en naar de noodzaak van de ontwikkeling van een daadwerkelijke mededinging. [136]

235. In de derde plaats zal ik, hoewel rekwiranten niet uitdrukkelijk bekritiseren dat het Gerecht het causaal verband tussen de aard en de opzet van het stelsel en de eerdere toewijzing van de licenties aan Orange en SFR niet voldoende had gespecificeerd, deze grief volledigheidshalve ook behandelen.

236. Het Gerecht heeft in de punten 123 tot en met 125 van het bestreden arrest weliswaar niet uitgelegd waarom de eerdere toewijzing onvermijdelijk was. [137] Toch heeft het Gerecht die verklaring gegeven in de punten 139 tot en met 142 van het bestreden arrest, waar het naar de verplichting van de Franse autoriteiten tot inachtneming van de uiterste datum van 1 januari 2002 heeft verwezen. Voor rekwiranten was het derhalve mogelijk om de reden van de onvermijdelijkheid van de eerdere toewijzing van de licenties te kennen, en voor het Hof om zijn rechterlijk toezicht uit te oefenen. Bijgevolg levert het feit dat het Gerecht in de punten 139 tot en met 142 van het bestreden arrest de reden van de onvermijdelijkheid niet heeft genoemd, dus geen wezenlijke schending van de motiveringsplicht op.

237. Naar mijn mening is het eerste middel derhalve ongegrond. Ik geef dan ook in overweging om het af te wijzen.

133 — Zie met name punt 108 van het bestreden arrest.
134 — Zie met name punten 108 en 134 van het bestreden arrest.
135 — Zie met name punten 141 en 142 van het bestreden arrest.
136 — Zie punten 106, 107 en 118-124 van deze conclusie.
137 — Zoals hierboven is vermeld (zie punt 157 van deze conclusie), heeft het Gerecht in deze punten enkel uitgelegd waarom de toepassing van identieke voorwaarden op de licenties van Orange, SFR en Bouygues Télécom onvermijdelijk was.

D — *Tussentijdse conclusie*

238. Mijns inziens moeten alle middelen van rekwiranten worden afgewezen. De hogere voorziening van rekwiranten dient derhalve in haar geheel te worden afgewezen.

VII — Kosten

239. Volgens artikel 69, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering van het Hof, dat krachtens artikel 118 van datzelfde reglement op de procedure in hogere voorziening van toepassing is, wordt de in het ongelijk gestelde partij in de kosten verwezen, voor zover dat is gevorderd. Lid 4, eerste alinea, van voormeld artikel 69 bepaalt dat de lidstaten die in het geding zijn tussengekomen, hun eigen kosten dragen.

240. Aangezien de Commissie, de Franse regering, Orange en SFR hebben gevorderd dat Bouygues en Bouygues Télécom in de kosten worden verwezen en Bouygues en Bouygues Télécom in het ongelijk zijn gesteld, moeten Bouygues en Bouygues Télécom in de kosten worden verwezen.

241. De Franse Republiek draagt haar eigen kosten.

VIII — Conclusie

242. Om deze redenen geef ik het Hof in overweging als volgt te beslissen:

1) de hogere voorziening wordt afgewezen;

2) rekwiranten worden in de kosten verwezen;

3) de Franse Republiek draagt haar eigen kosten.