

# COUR DE JUSTICE DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES

2 avril 2009

Affaire C-431/07 P

## **Bouygues Télécom SA c/ Commission des Communautés européennes**

- 1 Par leur pourvoi, Bouygues Télécom SA (ci-après «Bouygues Télécom») et Bouygues SA demandent à la Cour d'annuler l'arrêt du Tribunal de première instance des Communautés européennes du 4 juillet 2007, Bouygues et Bouygues Télécom/Commission (T-475/04, Rec. p. II-2097, ci-après l'«arrêt attaqué»), par lequel celui-ci a rejeté leur recours tendant à l'annulation de la décision de la Commission du 20 juillet 2004, relative à la modification des redevances dues par Orange et SFR au titre des licences UMTS (Universal Mobile Telecommunications System) (Aide d'État NN 42/2004 – France) (ci-après la «décision litigieuse»).

### **Le cadre juridique communautaire**

- 2 La directive 97/13/CE du Parlement européen et du Conseil, du 10 avril 1997, relative à un cadre commun pour les autorisations générales et les licences individuelles dans le secteur des services de télécommunications (JO L 117, p. 15), en vigueur à l'époque des faits du litige, prévoyait à son article 8, paragraphe 4:

«Les États membres peuvent modifier les conditions attachées à une licence individuelle dans des cas objectivement justifiés et de manière proportionnée. Ce faisant, les États membres notifient leur intention de manière appropriée et permettent aux parties intéressées de faire connaître leur point de vue sur les modifications proposées.»

- 3 L'article 9, paragraphe 2, premier tiret, de la même directive était ainsi libellé:

«Lorsqu'un État membre a l'intention d'octroyer des licences individuelles:

- il les octroie selon des procédures ouvertes, non discriminatoires et transparentes et, à cette fin, soumet tous les candidats aux mêmes procédures, à moins qu'il n'existe une raison objective de leur appliquer un traitement différencié.»

- 4 L'article 10, paragraphe 3, premier alinéa, de ladite directive disposait:

«Les États membres octroient ces licences individuelles sur la base de critères de sélection objectifs, non discriminatoires, transparents, proportionnés et détaillés. Lors de toute sélection, ils tiennent dûment compte de la nécessité de faciliter le développement de la concurrence et de maximiser les avantages pour les utilisateurs.»

- 5 L'article 11 de la directive 97/13 énonçait:

«1. Les États membres veillent à ce que les taxes imposées aux entreprises au titre des procédures d'autorisation aient uniquement pour objet de couvrir les frais administratifs afférents à la délivrance, à la gestion, au contrôle et à l'application des licences individuelles applicables. Les taxes applicables à une licence individuelle sont proportionnelles au volume de travail requis et sont publiées d'une manière appropriée et suffisamment détaillée pour que les informations soient facilement accessibles.

2. Nonobstant le paragraphe 1, dans le cas de ressources rares, les États membres peuvent autoriser leurs autorités réglementaires nationales à imposer des redevances afin de tenir compte de la nécessité d'assurer une utilisation optimale de cette ressource. Ces redevances

sont non discriminatoires et tiennent compte notamment de la nécessité de promouvoir le développement de services innovateurs et de la concurrence.»

- 6 La décision n° 128/1999/CE du Parlement européen et du Conseil, du 14 décembre 1998, relative à l'introduction coordonnée dans la Communauté d'un système de communications mobiles et sans fil (UMTS) de troisième génération (JO 1999, L 17, p. 1), encore en vigueur à la date des faits du litige, visait, aux termes de son article 1<sup>er</sup>, «[...] à faciliter l'introduction rapide et coordonnée de réseaux et de services UMTS compatibles dans la Communauté [...]».
- 7 L'article 3, paragraphe 1, de cette même décision disposait:  
  
«Les États membres prennent toutes les mesures nécessaires pour permettre, conformément à l'article 1<sup>er</sup> de la directive 97/13/CE, l'introduction coordonnée et progressive de services UMTS sur leur territoire le 1<sup>er</sup> janvier 2002 au plus tard [...]»

### **Les antécédents du litige**

- 8 Le 28 juillet 2000 le ministre de l'Industrie, de la Poste et des Télécommunications français a ouvert un appel à candidatures afin d'attribuer quatre licences pour l'introduction en France métropolitaine des systèmes de communications mobiles et sans fil UMTS. La date limite de dépôt des candidatures était fixée au 31 janvier 2001, celles-ci pouvant être retirées jusqu'au 31 mai 2001.
- 9 Étant donné que seuls deux dossiers de candidature ont été déposés, à savoir ceux de la Société française du radiotéléphone – SFR (ci-après «SFR») et de la société France Télécom mobiles, devenue, quelques mois plus tard, la société Orange France SA (ci-après «Orange»), un nouvel appel à candidatures est apparu nécessaire aux autorités françaises pour assurer une concurrence véritable.
- 10 Par deux lettres datées du 22 février 2001, rédigées en des termes identiques, le ministre de l'Économie et des Finances et le secrétaire d'État chargé de l'industrie ont donné des assurances aux dirigeants de SFR et d'Orange selon lesquelles «les modalités de l'appel à candidatures complémentaires [...] garantir[ai]ent un traitement équitable des opérateurs qui se verr[ai]ent finalement attribuer une licence».
- 11 Sans attendre le lancement de l'appel à candidatures complémentaires, deux premières licences UMTS ont été délivrées à SFR et à Orange par deux arrêtés du 18 juillet 2001. Ces deux licences étaient accordées contre le versement de redevances pour un montant total de 4 954 593 000 euros, à payer par tranches, la première venant à échéance le 31 septembre 2001 et la dernière le 30 juin 2016.
- 12 À la suite du lancement de l'appel à candidatures complémentaires, une troisième licence UMTS a été attribuée à Bouygues Télécom le 3 décembre 2002. En l'absence d'autres candidatures, la quatrième licence n'a pas été délivrée.
- 13 La troisième licence a été accordée contre le paiement de redevances comportant une part fixe, d'un montant de 619 209 795,27 euros, versée le 30 septembre de l'année de la délivrance de la licence ou lors de cette délivrance si celle-ci intervenait postérieurement à cette date, et une part variable, versée annuellement avant le 30 juin de l'année en cours au titre de l'utilisation des fréquences de l'année précédente et calculée en pourcentage du chiffre d'affaires réalisé au titre de l'utilisation desdites fréquences.
- 14 En outre, par deux autres arrêtés datés également du 3 décembre 2002 (JORF du 12 décembre 2002, p. 20498 et 20499), concernant respectivement SFR et Orange, le ministre délégué à l'industrie a, notamment, modifié les dispositions relatives aux redevances de mise à disposition et de gestion des fréquences, en adoptant des dispositions identiques à celles appliquées à Bouygues Télécom, telles que décrites au point précédent du présent arrêt.

- 15 Le 31 janvier 2003, la Commission des Communautés européennes, à la suite d'une plainte des requérantes dénonçant un ensemble de mesures d'aide qui auraient été adoptées par les autorités françaises en faveur de France Télécom, a ouvert la procédure d'examen visée à l'article 88, paragraphe 2, CE à l'égard de certaines de ces mesures, parmi lesquelles ne figurait pas la mesure d'alignement des redevances dues par SFR et Orange sur celles fixées pour Bouygues Télécom.
- 16 Par la décision litigieuse, la Commission a décidé, sur le fondement des dispositions de l'article 88 CE, de ne pas soulever d'objections à l'encontre de ladite mesure d'alignement desdites redevances au motif qu'elle ne comportait pas d'éléments d'aide au sens de l'article 87, paragraphe 1, CE.
- 17 Le 24 novembre 2004, les requérantes ont introduit un recours devant le Tribunal pour obtenir l'annulation de la décision litigieuse.

### **L'arrêt attaqué**

- 18 À l'appui de leur recours en annulation, les requérantes ont notamment invoqué deux moyens tirés de la violation par la Commission, d'une part, de l'article 87, paragraphe 1, CE, la modification des redevances dues par Orange et SFR constituant, selon elles, une aide d'État au sens de cette disposition, et, d'autre part, de l'article 88, paragraphe 2, CE, dans la mesure où l'affaire soulevant des difficultés sérieuses, la Commission aurait dû ouvrir la procédure formelle prévue audit article 88.
- 19 Le Tribunal a traité conjointement ces deux moyens, en se prononçant uniquement sur l'existence de difficultés sérieuses. En effet, au point 93 de l'arrêt attaqué, il a considéré que, si de telles difficultés existaient, la décision litigieuse aurait pu être annulée pour ce seul motif, en raison de l'omission de l'examen contradictoire et approfondi prévu par le traité CE, même s'il n'était pas établi que les appréciations portées sur le fond par la Commission étaient erronées en droit ou en fait.
- 20 Dans le cadre de cet examen, aux points 95 à 126 de l'arrêt attaqué, le Tribunal a, en premier lieu, rejeté les arguments visant à démontrer l'existence d'un avantage sélectif, d'ordre temporel, dont Orange et SFR auraient bénéficié du fait que les deux premières licences UMTS ont été attribuées à ces deux sociétés avant que Bouygues Télécom n'obtienne l'attribution de la troisième licence. Il a également estimé, au point 126 du même arrêt, qu'une telle appréciation n'était pas constitutive d'une difficulté sérieuse.
- 21 À cet égard, le Tribunal a tout d'abord constaté, aux points 100 et 106 de l'arrêt attaqué, que lesdites licences avaient une valeur économique et que, par conséquent, il devait être concédé aux requérantes que les autorités françaises, en réduisant les redevances dues par Orange et SFR, avaient renoncé à des ressources d'État dans une proportion significative.
- 22 Toutefois, le Tribunal a ensuite relevé, au point 107 de l'arrêt attaqué, que les créances sur Orange et SFR auxquelles l'État français a renoncé n'étaient pas certaines. En effet «d'une part, dans le cadre de la procédure afférente au premier appel à candidatures, ces deux opérateurs auraient pu retirer leur candidature jusqu'au 31 mai 2001 si des assurances ne leur avaient pas été données qu'ils feraient l'objet d'un traitement égalitaire avec les autres opérateurs [...] et, d'autre part, il aurait toujours été possible par la suite auxdits opérateurs de renoncer au bénéfice de leur licence et, par conséquent, de cesser de payer la redevance, en particulier s'ils s'estimaient victimes d'une inégalité de traitement par rapport à Bouygues Télécom».
- 23 Le Tribunal a par ailleurs constaté, au point 111 de l'arrêt attaqué, que, en tout état de cause, l'abandon des créances en cause échappait à la qualification d'aide d'État en raison des spécificités du droit communautaire des télécommunications au regard du droit commun des aides d'État.

- 24 Enfin, le Tribunal, aux points 113 et 116 de l'arrêt attaqué, a jugé que, s'il existait une différence objective entre, d'une part, la situation d'Orange et de SFR et, d'autre part, celle de Bouygues Télécom quant au moment auquel les licences leur avaient été respectivement attribuées, des problèmes liés à la technologie de l'UMTS et à un contexte économique peu favorable au développement de celle-ci n'avaient pas permis aux premiers attributaires des licences d'accéder au marché et, partant, de tirer profit, en pratique, de l'avantage que l'antériorité de l'obtention de ces licences aurait pu leur procurer.
- 25 En tout état de cause, le Tribunal a, au point 123 de l'arrêt attaqué, conclu que «l'avantage virtuellement accordé à Orange et à SFR était le seul moyen d'éviter d'adopter, en méconnaissance de la directive 97/13, une mesure qui, vu la différence notable entre les deux régimes de redevance successivement conçus par les autorités nationales, aurait été discriminatoire au détriment de ces deux opérateurs alors que, d'une part, à la date de la modification litigieuse, du fait du retard pris par Orange et SFR dans le déploiement de leurs services UMTS, aucun opérateur n'était présent sur le marché [...] et que, d'autre part, les caractéristiques des licences des trois opérateurs concurrents sont identiques».
- 26 En deuxième lieu, aux points 127 à 156 de l'arrêt attaqué, le Tribunal a rejeté les allégations des requérantes visant à démontrer que la modification des redevances violait le principe de non-discrimination et a considéré que l'appréciation du respect de ce principe ne constituait pas non plus une difficulté sérieuse imposant l'ouverture de la procédure d'examen prévue à l'article 88 CE.
- 27 D'une part, aux points 134 et 136 de l'arrêt attaqué, le Tribunal a jugé que, en dépit des modalités de son organisation matérielle, la procédure d'attribution des licences UMTS avait constitué une procédure unique tendant à l'attribution de quatre licences et que, par conséquent, le respect du principe de non-discrimination devait s'appliquer en envisageant globalement les deux appels successifs à candidatures.
- 28 D'autre part, au point 148 de l'arrêt attaqué, le Tribunal a considéré que le contenu des trois licences étant identique et aucun opérateur n'ayant, à la date de la modification des redevances dues par Orange et SFR, accédé au marché, la solution retenue, consistant à modifier rétroactivement ces redevances, avait permis aux autorités françaises non seulement d'assurer l'égalité de traitement entre les trois opérateurs concernés, mais aussi d'éviter des retards dans le lancement des services UMTS visé par la directive 97/13.
- 29 En troisième lieu, aux points 157 et 158 de l'arrêt attaqué, le Tribunal a également jugé que ni la complexité de l'affaire ni la durée de la procédure devant la Commission n'ont été telles qu'il pouvait en être inféré que l'examen de la mesure d'alignement des redevances présentait des difficultés sérieuses.
- 30 Sur le fondement de ces considérations, le Tribunal a rejeté le recours dont il était saisi.

### **Les conclusions des parties**

- 31 Par leur pourvoi, les requérantes demandent à la Cour:
- d'annuler l'arrêt attaqué et de renvoyer l'affaire devant le Tribunal pour qu'il statue à nouveau en tenant compte du point de vue juridique développé par la Cour;
  - de condamner la Commission aux dépens.
- 32 La Commission ainsi que la République française, Orange et SFR concluent au rejet du pourvoi et à la condamnation des requérantes aux dépens.

### **Sur la demande de réouverture de la procédure orale**

- 33 Par acte déposé au greffe le 17 novembre 2008, les requérantes, en application de l'article 61 du règlement de procédure, ont demandé à la Cour de rouvrir la procédure orale.
- 34 À l'appui de leur demande, elles font valoir que certains points soulevés par M<sup>me</sup> l'avocat général dans ses conclusions sont nouveaux et susceptibles d'influencer la décision de la Cour.
- 35 À cet égard, il convient de rappeler que la Cour peut d'office ou sur proposition de l'avocat général, ou encore à la demande des parties, ordonner la réouverture de la procédure orale, conformément à l'article 61 de son règlement de procédure, si elle considère qu'elle est insuffisamment éclairée ou que l'affaire doit être tranchée sur la base d'un argument qui n'a pas été débattu entre les parties (voir, notamment, ordonnance du 4 février 2000, Emesa Sugar, C-17/98, Rec. p. I-665, point 18; arrêts du 29 avril 2004, Commission/Kvaerner Warnow Werft, C-181/02 P, Rec. p. I-5703, point 25, et du 26 juin 2008, Burda, C-284/06, non encore publié au Recueil, point 37).
- 36 Cependant, en l'espèce, l'avocat général entendu, la Cour considère qu'elle dispose de tous les éléments qui lui sont nécessaires pour statuer sur le pourvoi introduit par les requérantes et que ces éléments ont fait l'objet des débats menés devant elle. Par conséquent, il convient de rejeter la demande de réouverture de la procédure orale.

### **Sur le pourvoi**

- 37 À l'appui de leur pourvoi, les requérantes soulèvent quatre moyens tirés, respectivement, d'une violation de l'obligation de motivation, d'une erreur de droit quant à l'absence de difficultés sérieuses, d'erreurs dans la qualification juridique des faits et, enfin, de plusieurs erreurs de droit dans l'application de l'article 87 CE.

*Sur le premier moyen, tiré d'une violation de l'obligation de motivation concernant l'application de l'exception tirée de la nature et de l'économie du système*

#### Argumentation des parties

- 38 Par leur premier moyen, les requérantes reprochent au Tribunal de ne pas avoir fourni une motivation suffisante en ce qui concerne l'application au cas d'espèce de l'exception tirée de la nature et de l'économie du système, en tant que règle dérogatoire au principe selon lequel une différenciation favorisant une ou plusieurs entreprises est nécessairement constitutive d'un avantage sélectif. Plus spécifiquement, l'arrêt attaqué ne comporterait une motivation suffisamment explicite ni en ce qui concerne le contenu de cette exception ni au regard du lien de causalité entre celle-ci et le renoncement à des ressources d'État dans une proportion significative.
- 39 En particulier, les requérantes évoquent différentes hypothèses qui, selon elles, pourraient justifier la référence à la notion d'économie du système dans la présente affaire, à savoir la spécificité du droit communautaire des télécommunications au regard du droit commun des aides d'État, la nécessité de respecter la date de lancement du 1<sup>er</sup> janvier 2002, prévue à l'article 3, paragraphe 1, de la décision n° 128/1999, ou encore la recherche de quatre opérateurs afin d'assurer une concurrence suffisante. Néanmoins, les requérantes considèrent qu'aucune de ces hypothèses n'est déterminante ou, en tout état de cause, suffisamment motivée par le Tribunal.
- 40 La Commission, la République française, Orange et SFR estiment, en revanche, que l'arrêt attaqué est suffisamment motivé sur ce point, en se référant abondamment au cadre juridique ainsi qu'à la jurisprudence pertinente afin d'apprécier ladite exception.
- 41 Quant aux hypothèses invoquées par les requérantes, la Commission et SFR soutiennent que leur appréciation relève de l'analyse du bien-fondé de l'arrêt et non du respect de l'obligation de motivation. La République française fait valoir, à cet égard, que, contrairement à ce que

prétendent les requérantes, de telles hypothèses sont parfaitement cohérentes et complémentaires. SFR ajoute que, en tout état de cause, le premier moyen est irrecevable en raison du fait que les requérantes contestent, en réalité, l'appréciation des faits effectuée par le Tribunal.

#### Appréciation de la Cour

- 42 Il convient de rappeler d'emblée que l'obligation de motiver les arrêts qui incombe au Tribunal en vertu des articles 36 et 53, premier alinéa, du statut de la Cour de justice n'impose pas à celui-ci de fournir un exposé qui suivrait exhaustivement et un par un tous les raisonnements articulés par les parties au litige. La motivation peut donc être implicite, à condition qu'elle permette aux intéressés de connaître les raisons pour lesquelles les mesures en question ont été prises et à la Cour de disposer des éléments suffisants pour exercer son contrôle juridictionnel (arrêts du 18 mai 2006, Archer Daniels Midland et Archer Daniels Midland Ingrédients/Commission, C-397/03 P, Rec. p. I-4429, point 60, et du 8 février 2007, Groupe Danone/Commission, C-3/06 P, Rec. p. I-1331, point 46).
- 43 Or, il convient de constater que, en l'espèce, le Tribunal a indiqué les raisons pour lesquelles il a considéré que l'abandon des créances en cause échappait à la notion d'aide d'État incompatible avec le droit communautaire en raison de l'économie du système du droit des télécommunications.
- 44 En effet, le Tribunal a, notamment aux points 108 à 110 de l'arrêt attaqué, longuement expliqué les caractéristiques de l'encadrement communautaire des services de télécommunications résultant de la directive 97/13 et de la décision n° 128/1999. En particulier, il a jugé que cet encadrement exige que les États membres, tout en étant libres de choisir la procédure d'octroi des licences UMTS, doivent néanmoins respecter le principe d'égalité de traitement des opérateurs, compte tenu du moment auquel chacun des opérateurs concernés accède au marché.
- 45 En outre, selon le point 109 de l'arrêt attaqué, la jurisprudence communautaire a déjà interprété l'article 11, paragraphe 2, de ladite directive comme exigeant que les redevances imposées aux différents opérateurs soient équivalentes en termes économiques.
- 46 Il s'ensuit, selon le Tribunal, que les autorités françaises, dans les circonstances de l'espèce, n'avaient pas d'autre possibilité que celle consistant à réduire le montant des redevances dues par Orange et SFR et, donc, d'abandonner les créances en cause, afin de rendre ce montant équivalent à celui dû par Bouygues Télécom.
- 47 Dès lors, il résulte clairement desdits points 108 à 110 que les circonstances justifiant, en l'espèce, l'application de l'exception tirée de l'économie du système, à savoir l'obligation pour les autorités nationales de respecter les exigences d'égalité de traitement spécifiquement posées par le droit communautaire des télécommunications, ont été clairement identifiées par le Tribunal.
- 48 Par ailleurs, les autres hypothèses évoquées par les requérantes procèdent d'une lecture erronée de l'arrêt attaqué.
- 49 En effet, contrairement à ce que soutiennent les requérantes, d'une part, le Tribunal n'a nullement examiné la nécessité de respecter la date du 1<sup>er</sup> janvier 2002, prévue à l'article 3, paragraphe 1, de la décision n° 128/1999 comme étant celle à laquelle les services UMTS devaient être introduits sur le territoire des États membres, en tant que caractéristique du système. Il n'a en réalité tenu compte de cet élément, au point 141 de l'arrêt attaqué, qu'afin d'apprécier les raisons pour lesquelles les autorités françaises ont décidé de ne pas reprendre ab initio la procédure d'attribution.
- 50 D'autre part, il résulte expressément des points 11 et 138 de l'arrêt attaqué que la nécessité de «sélectionner un nombre suffisant d'opérateurs pour que la concurrence puisse être

effectivement assurée dans le secteur» a été prise en considération par le Tribunal non pas comme une caractéristique du système, mais uniquement pour conclure que le premier appel à candidatures n'avait pas abouti à un résultat satisfaisant, eu égard à la nécessité de garantir que la concurrence soit assurée dans le secteur, et que, par conséquent, d'autres opérateurs devaient être recherchés.

- 51 Enfin, s'agissant de l'insuffisance de motivation de l'arrêt attaqué quant au lien de causalité entre la nature du système et l'abandon des créances sur Orange et SFR, il suffit de relever que le Tribunal, au point 123 dudit arrêt, a précisé les raisons pour lesquelles il a conclu à l'existence d'un tel lien, en jugeant que, les caractéristiques des trois licences UMTS étant identiques, le maintien du montant initial des redevances dues par Orange et SFR aurait nécessairement comporté une violation, au détriment de ces dernières, des obligations spécifiquement posées en matière d'égalité de traitement par le droit communautaire des télécommunications.
- 52 Au vu des considérations qui précèdent, il y a lieu de conclure que la motivation de l'arrêt attaqué permet, à suffisance de droit, de comprendre les raisons pour lesquelles le Tribunal a jugé que, en raison de l'économie du système, la réduction des redevances dues par Orange et SFR et, donc, l'abandon des créances sur celles-ci ne pouvaient pas être considérés comme une aide d'État.

- 53 Le premier moyen doit dès lors être rejeté comme non fondé.

*Sur le deuxième moyen, tiré d'une erreur de droit quant à l'absence de difficultés sérieuses*

Argumentation des parties

- 54 Par leur deuxième moyen, les requérantes font valoir que le Tribunal a confondu l'appréciation de l'existence d'une difficulté sérieuse et celle du bien-fondé de la décision litigieuse. En particulier, afin d'établir que la Commission n'était pas tenue d'ouvrir la phase d'examen approfondi, le Tribunal se serait borné à ajouter formellement, à la fin de l'examen de la pertinence de chacun des moyens invoqués par les parties, qu'un tel examen n'était pas constitutif d'une difficulté sérieuse.
- 55 En réalité, l'existence de difficultés sérieuses serait confirmée par le fait que, dans l'arrêt attaqué, le Tribunal lui-même aurait substitué son appréciation à celle de la Commission sur plusieurs questions complexes, en désavouant en partie l'analyse contenue dans la décision litigieuse.
- 56 La Commission conteste la recevabilité dudit moyen dans la mesure où celui-ci n'aurait pas été soulevé en première instance. Pour sa part, la République française fait valoir que, devant le Tribunal, les requérantes n'avaient soutenu qu'à titre subsidiaire la nécessité d'ouvrir la procédure formelle d'examen des aides prévue à l'article 88 CE.
- 57 En ce qui concerne le fond, la Commission, la République française, SFR et Orange soutiennent que la démarche suivie par le Tribunal est correcte en droit et ne relève pas d'une confusion. En outre, selon Orange, le Tribunal a précisément effectué une analyse du type de celle exigée par les requérantes. La Commission ajoute que les éléments sur lesquels le Tribunal s'est fondé sont les mêmes que ceux sur lesquels repose la décision litigieuse. Cela prouverait que de tels éléments étaient suffisants afin de trancher les questions auxquelles se sont référées les requérantes.
- 58 Quant au prétendu désaveu de l'analyse de la Commission, la République française soutient que le Tribunal n'a pas substitué sa propre appréciation à celle de la Commission, l'arrêt attaqué étant très largement fondé sur l'analyse contenue dans la décision litigieuse. La Commission, SFR et Orange estiment, en outre, que les différentes appréciations effectuées par le Tribunal ne visaient qu'à répondre aux arguments invoqués par les requérantes dans leur recours. En particulier, SFR ajoute que le Tribunal n'aurait pas pu examiner l'absence d'une difficulté sérieuse sans se livrer à une analyse plus approfondie des éléments dont disposait la

Commission. En tout état de cause, selon cette dernière, une telle argumentation est non seulement irrecevable, en ce qu'elle porte sur l'appréciation de faits, mais elle ne parvient même pas à établir en quoi une appréciation du Tribunal différente de celle de la Commission serait susceptible d'avoir des conséquences sur l'existence de difficultés sérieuses et sur la validité de l'arrêt attaqué.

#### Appréciation de la Cour

- 59 Il y a lieu de relever d'emblée que, contrairement à ce que soutient la Commission, ce moyen ne critique pas la validité de la décision litigieuse, mais reproche au Tribunal d'avoir commis une erreur de droit lorsqu'il a examiné le contenu de cette décision afin de vérifier l'existence de difficultés sérieuses.
- 60 Il s'ensuit que le deuxième moyen est recevable.
- 61 S'agissant du bien-fondé de ce moyen, il convient de rappeler que, selon une jurisprudence constante, la procédure prévue à l'article 88, paragraphe 2, CE revêt un caractère indispensable dès lors que la Commission éprouve des difficultés sérieuses pour apprécier si une aide est compatible avec le marché commun. La Commission ne peut donc s'en tenir à la phase préliminaire d'examen visée à l'article 88, paragraphe 3, CE pour prendre une décision favorable à une aide que si elle est en mesure d'acquiescer la conviction, au terme d'un premier examen, que cette aide est compatible avec le marché commun. En revanche, si ce premier examen a conduit la Commission à acquiescer la conviction contraire, ou même n'a pas permis de surmonter toutes les difficultés soulevées par l'appréciation de la compatibilité de cette aide avec le marché commun, la Commission a le devoir de s'entourer de tous les avis nécessaires et d'ouvrir, à cet effet, la procédure prévue à l'article 88, paragraphe 2, CE (voir, notamment, arrêts du 19 mai 1993, *Cook/Commission*, C-198/91, Rec. p. I-2487, point 29; du 2 avril 1998, *Commission/Sytraval et Brink's France*, C-367/95 P, Rec. p. I-1719, point 39, et du 17 juillet 2008, *Athinaïki Techniki/Commission*, C-521/06 P, non encore publié au Recueil, point 34).
- 62 En l'occurrence, ainsi qu'il résulte également du titre même de la partie concernée de l'arrêt attaqué, laquelle traite des «[...] deuxième et troisième moyens, tirés, respectivement, de la méconnaissance de l'article 87, paragraphe 1, CE et de l'article 88, paragraphe 2, CE», le Tribunal a examiné, aux points 95 à 160 de l'arrêt attaqué, le deuxième moyen du recours, tiré d'une violation de l'article 87, paragraphe 1, CE et portant sur l'interprétation de la notion d'avantage sélectif et du principe de non-discrimination, concomitamment avec le troisième moyen du recours, tiré, quant à lui, d'une violation de l'article 88, paragraphe 2, CE, au motif que la Commission avait omis d'ouvrir la phase formelle d'examen, même si l'examen de la mesure d'alignement des redevances présentait des difficultés sérieuses.
- 63 Cette approche est justifiée en considération du fait que, ainsi que l'a relevé M<sup>me</sup> l'avocat général aux points 208 et 214 de ses conclusions, la notion de difficultés sérieuses revêtant un caractère objectif, l'existence de celles-ci doit être recherchée non seulement dans les circonstances de l'adoption de l'acte attaqué, mais également dans les appréciations sur lesquelles s'est fondée la Commission (voir, à cet égard, arrêt *Cook/Commission*, précité, points 30 et 31).
- 64 Or, le Tribunal a précisément conduit un tel examen lorsqu'il a analysé les raisons pour lesquelles la Commission avait considéré que la mesure d'alignement des redevances ne constituait pas un avantage sélectif et qu'elle n'enfreignait pas le principe de non-discrimination.
- 65 Le juge de première instance n'a, dès lors, commis aucune erreur de droit lorsqu'il a examiné les appréciations de la Commission afin d'évaluer si celles-ci avaient été établies sur la base d'informations suffisantes et à même d'exclure l'existence de toute difficulté sérieuse.
- 66 Au demeurant, dans leur pourvoi, les requérantes elles-mêmes reconnaissent que c'est à juste titre que le Tribunal a, au point 93 de l'arrêt attaqué, déduit de la jurisprudence qu'il y avait «lieu d'examiner les arguments développés par les requérantes à l'encontre de la décision [litigieuse] au regard de l'existence d'une difficulté sérieuse. En effet, si de telles difficultés existaient, la

décision pourrait être annulée pour ce seul motif, en raison de l'omission de l'examen contradictoire et approfondi prévu par le traité, même s'il n'était pas établi que les appréciations portées sur le fond par la Commission étaient erronées en droit ou en fait».

- 67 En tout état de cause, le traitement concomitant des deux moyens du recours exigeait que le Tribunal ne se limite pas uniquement à évaluer l'existence de difficultés sérieuses, mais réponde également aux arguments soulevés par les requérantes, au soutien de leur deuxième moyen d'annulation, portant sur le bien-fondé même des appréciations de la Commission.
- 68 Or, il convient de constater, à cet égard, que les substitutions de motifs alléguées par les requérantes ne constituent, en réalité, que des réponses aux arguments de ces dernières.
- 69 Ainsi, n'est pas fondée, en premier lieu, l'argumentation des requérantes selon laquelle le Tribunal aurait substitué sa propre appréciation à la motivation de la décision litigieuse lorsqu'il a considéré, aux points 105, 109 et 110 de l'arrêt attaqué, que les services UMTS ont une valeur de marché.
- 70 En effet, ainsi qu'il résulte dudit point 105 et comme l'a relevé M<sup>me</sup> l'avocat général au point 222 de ses conclusions, ce n'est qu'au cours de l'audience devant le Tribunal que la Commission a soutenu la position contraire, à savoir que lesdits services n'ont pas de valeur économique, alors que la décision litigieuse s'appuyait sur d'autres considérations. Dans ces conditions, il ne saurait y avoir substitution de motifs de la part du juge de première instance.
- 71 Il en va de même en ce qui concerne, en deuxième lieu, l'affirmation selon laquelle le Tribunal aurait substitué sa propre appréciation à la motivation de la décision litigieuse lorsque, aux points 113 à 121 de l'arrêt attaqué, il a considéré qu'Orange et SFR ont bénéficié d'un avantage temporel potentiel du fait de l'antériorité de la délivrance de leurs licences.
- 72 En effet, même à supposer que, en répondant à un argument des requérantes, le Tribunal ait abouti à une conclusion différente de celle retenue par la Commission dans la décision litigieuse, il n'en demeure pas moins qu'il a, à titre subsidiaire et sans opérer aucune substitution de motifs, énoncé, aux points 123 à 125 de l'arrêt attaqué, la motivation de la Commission selon laquelle l'inexistence d'un avantage sélectif tenait à l'application des règles de l'encadrement communautaire des services de télécommunications.
- 73 En troisième lieu, ne saurait non plus être accueillie l'argumentation par laquelle les requérantes font valoir que le Tribunal a substitué son appréciation à celle de la Commission lorsqu'il a considéré, aux points 131 et 132 de l'arrêt attaqué, qu'Orange et SFR, d'une part, et Bouygues Télécom, d'autre part, ne se trouvaient pas dans une situation comparable du fait que cette dernière société a supporté le risque de ne pas pouvoir déployer ou de ne pouvoir déployer qu'avec retard ses services UMTS.
- 74 Il y a lieu de constater, à cet égard, que la décision litigieuse avait exclu toute discrimination en raison non pas du caractère comparable de la situation des trois opérateurs concernés, mais de l'application de l'encadrement communautaire des services de télécommunications, qui aurait exigé la solution retenue par les autorités françaises. Par conséquent, l'existence ou l'absence d'une situation comparable entre ces opérateurs au regard des risques assumés par ceux-ci n'était pas un élément susceptible d'influencer la position de la Commission.
- 75 En quatrième et dernier lieu, est également dénuée de fondement l'allégation selon laquelle le Tribunal aurait substitué son appréciation à celle de la Commission lorsqu'il a analysé, aux points 137 à 153 de l'arrêt attaqué, les diverses options qui s'ouvriraient aux autorités françaises et leurs incidences sur l'égalité de traitement des tributaires.
- 76 En réalité, ainsi que l'a relevé M<sup>me</sup> l'avocat général au point 225 de ses conclusions, la Commission avait déjà analysé ces options dans la décision litigieuse, de sorte que le Tribunal n'a aucunement substitué son appréciation à celle de la Commission.

77 Eu égard aux considérations qui précèdent, il convient dès lors de constater que, même si le Tribunal, lors de l'examen de certains des arguments soulevés par les requérantes en première instance, est parvenu à des conclusions différentes de celles auxquelles avait abouti la Commission dans la décision litigieuse, aucune des appréciations du Tribunal n'est susceptible de remettre en cause le bien-fondé de celle-ci ni de révéler l'existence de difficultés sérieuses.

78 Le deuxième moyen invoqué par les requérantes au soutien de leur pourvoi doit dès lors être rejeté comme non fondé.

*Sur le quatrième moyen, tiré d'erreurs commises dans l'application de l'article 87 CE*

79 Le quatrième moyen, qu'il convient d'examiner avant le troisième moyen, est divisé en trois branches.

Sur les première et deuxième branches du quatrième moyen

– Argumentation des parties

80 Par la première branche de ce moyen, les requérantes allèguent que le Tribunal a commis une erreur de droit en concluant que l'exception tirée de l'économie du système rendait, en l'espèce, inévitable l'abandon des créances sur Orange et SFR par l'État français. En réalité, l'économie du système nécessitant la recherche d'un plus grand nombre d'opérateurs, les autorités françaises auraient pu soit reprendre entièrement la procédure ab initio, soit, comme en l'espèce, lancer un nouvel appel à candidatures.

81 Toutefois, dans ce dernier cas, lesdites autorités auraient dû appliquer des conditions économiques différentes. En effet, contrairement à ce que le Tribunal a jugé, celles-ci n'auraient entraîné aucune discrimination, étant donné que les attributaires initiaux n'étaient pas placés dans une situation identique à celle dans laquelle se seraient trouvés ceux qui auraient été sélectionnés à la suite d'un nouvel appel à candidatures, puisque, d'une part, ces attributaires étaient assurés de conserver leur licence UMTS sans que celle-ci puisse être remise en cause par de nouveaux candidats et, d'autre part, ils disposaient d'une antériorité constituant par elle-même un avantage évident.

82 Selon Orange et SFR cette branche du quatrième moyen est irrecevable, dans la mesure où elle vise à obtenir une nouvelle appréciation des moyens invoqués en première instance.

83 En tout état de cause, la Commission, la République française, SFR et Orange soutiennent que le Tribunal a examiné les autres options susceptibles d'être envisagées par les autorités françaises et a conclu, au regard de la nécessité de respecter non seulement les principes d'égalité de traitement et de libre concurrence, mais aussi l'échéance du 1<sup>er</sup> janvier 2002 prévue à l'article 3, paragraphe 1, de la décision n° 128/1999, que l'option finalement retenue par ces dernières était la seule permettant d'assurer le respect de ces principes et que, partant, elle s'imposait comme «inévitabile».

84 Par la seconde branche du quatrième moyen, les requérantes relèvent que le Tribunal a commis plusieurs erreurs de droit lorsqu'il a conclu à l'inexistence d'un avantage sélectif au profit d'Orange et de SFR.

– Appréciation de la Cour

85 Il convient de relever d'emblée que sont irrecevables les deux arguments soulevés par les requérantes au soutien de leur affirmation selon laquelle l'imposition de redevances UMTS à Orange et à SFR d'un montant différent de celles exigées de Bouygues Télécom n'aurait pas entraîné une discrimination au détriment des deux premiers attributaires.

86 En effet il résulte des articles 225 CE, 58, premier alinéa, du statut de la Cour de justice et 112, paragraphe 1, sous c), du règlement de procédure de cette dernière qu'un pourvoi doit indiquer

de façon précise les éléments critiqués de l'arrêt dont l'annulation est demandée ainsi que les arguments juridiques qui soutiennent de manière spécifique cette demande (ordonnance du 11 novembre 2003, Martinez/Parlement, C-488/01 P, Rec. p. I-13355, point 40, et arrêt du 11 septembre 2007, Lindorfer/Conseil, C-227/04 P, Rec. p. I-6767, point 45 et jurisprudence citée).

- 87 Or, au soutien du premier de ces deux arguments, selon lequel Orange et SFR étaient assurées de conserver leur licence sans qu'elle puisse être remise en cause par d'autres candidats, les requérantes n'allèguent aucune erreur de droit quant à la partie de la motivation de l'arrêt attaqué, en particulier le point 144 de celui-ci, dans laquelle le Tribunal a considéré que les trois opérateurs se trouvaient dans une situation comparable.
- 88 Quant au second desdits arguments, selon lequel SFR et Orange auraient profité d'un avantage résultant de l'antériorité de l'attribution de leurs licences, force est de constater également que les requérantes n'invoquent aucun argument de nature à remettre en cause l'appréciation opérée par le Tribunal à cet égard, notamment aux points 115 à 122 de l'arrêt attaqué.
- 89 En ce qui concerne les autres arguments soulevés dans le cadre de la seconde branche du quatrième moyen, il convient de relever que, contrairement aux allégations d'Orange et de SFR, ils ne se limitent pas à réitérer les moyens invoqués en première instance, mais sont en réalité dirigés contre une partie essentielle de la motivation de l'arrêt attaqué, notamment les points 108 à 111 de celui-ci, et que, partant, ils sont recevables.
- 90 S'agissant du bien-fondé de ces arguments, il y a lieu de rappeler que le Tribunal a constaté, au point 108 de l'arrêt attaqué, que la directive 97/13 et la décision n° 128/1999 laissent aux États membres une marge d'appréciation quant au choix de la procédure d'octroi des licences, dès lors que sont respectés les principes de libre concurrence et d'égalité de traitement.
- 91 Le Tribunal a déduit de cette constatation, sans être contesté par les requérantes à cet égard, que les États membres pouvaient opter pour une procédure de sélection comparative, l'essentiel étant que les opérateurs se voient appliquer le même traitement, notamment en matière de redevances.
- 92 En l'espèce, les autorités françaises, dans la mise en œuvre de ladite marge d'appréciation, ont décidé d'attribuer les licences UMTS au moyen précisément d'une procédure de sélection comparative. Ainsi que l'a relevé le Tribunal au point 12 de l'arrêt attaqué, ce n'est qu'en raison de l'échec partiel du premier appel à candidatures, qui n'avait pas permis d'octroyer un nombre de licences suffisant pour qu'une véritable concurrence soit assurée sur le marché des services de télécommunications, que ces autorités se sont trouvées dans la nécessité de rechercher d'autres attributaires.
- 93 Or, dans une telle situation, trois options s'offraient auxdites autorités, ainsi que l'admettent les requérantes elles-mêmes, à savoir reprendre la procédure ab initio, lancer un appel à candidatures complémentaires sans modifier rétroactivement le montant des redevances UMTS dues par Orange et SFR ou encore lancer un tel appel assorti d'une modification rétroactive desdites redevances.
- 94 Dans les circonstances de l'espèce, ainsi que l'a retenu le Tribunal au point 141 de l'arrêt attaqué, l'option de reprendre ab initio la procédure aurait compromis le respect de la date du 1<sup>er</sup> janvier 2002 fixée à l'article 3, paragraphe 1, de la décision n° 128/1999 comme étant celle à laquelle la directive 97/13 devait être mise en œuvre par les États membres en ce qui concerne l'introduction coordonnée et progressive des services UMTS sur leur territoire. De même, comme le juge de première instance l'a relevé à bon droit aux points 144 et 145 dudit arrêt, l'option consistant à exiger d'Orange et de SFR le paiement de redevances largement supérieures à celles demandées à Bouygues Télécom, alors qu'aucun des trois opérateurs n'avait encore, pour des raisons ne relevant pas uniquement de leur volonté, accédé au marché et que les caractéristiques de ces licences étaient identiques, aurait constitué une discrimination à l'encontre d'Orange et de SFR.

- 95 En d'autres termes, l'application de l'une de ces deux options n'aurait pas permis aux autorités françaises de respecter les exigences du droit communautaire.
- 96 Dans ces conditions, dans le cadre de l'option finalement retenue par lesdites autorités, l'abandon des créances en cause résultant de la mesure d'alignement rétroactif des redevances UMTS dues par Orange et SFR sur celles imposées à Bouygues Télécom présentait un caractère inévitable.
- 97 En effet, seule une telle option était susceptible, à l'époque des faits, d'une part, de réduire les risques d'un lancement tardif des services UMTS, étant donné qu'elle permettait de s'assurer qu'au moins deux licences soient attribuées à la date prévue à l'article 3, paragraphe 1, de la décision n° 128/1999. D'autre part, cette option permettait également d'exclure que les trois opérateurs subissent une discrimination, compte tenu du fait que l'alignement des redevances avait pour but précis de prendre en compte la circonstance que, au moment de l'attribution de la licence à Bouygues Télécom, aucun des trois opérateurs n'avait encore, pour des raisons indépendantes de leur volonté, accédé au marché, de sorte que leur situation était, de ce fait, comparable.
- 98 Il s'ensuit que, dans ces circonstances, le Tribunal n'a commis aucune erreur de droit en jugeant que l'encadrement communautaire des services de télécommunications et, notamment, le principe de non-discrimination, exigeait que les autorités françaises alignent les redevances dues par Orange et SFR sur celles dues par Bouygues Télécom.
- 99 Par conséquent, il y a lieu de déclarer la première branche du quatrième moyen partiellement irrecevable et partiellement non fondée.
- 100 Cette première branche devant être écartée, il en résulte que la deuxième branche du quatrième moyen doit être déclarée inopérante.
- 101 En effet, il y a lieu de rappeler que, selon une jurisprudence constante de la Cour, la qualification d'aide requiert que toutes les conditions visées à l'article 87, paragraphe 1, CE soient remplies (voir arrêt du 15 juillet 2004, Pearle e.a., C-345/02, Rec. p. I-7139, point 32 et jurisprudence citée).
- 102 L'article 87, paragraphe 1, CE énonce quatre conditions cumulatives. Premièrement, il doit s'agir d'une intervention de l'État ou au moyen de ressources d'État. Deuxièmement, cette intervention doit être susceptible d'affecter les échanges entre États membres. Troisièmement, elle doit accorder un avantage à son bénéficiaire. Quatrièmement, elle doit fausser ou menacer de fausser la concurrence (arrêt Pearle e.a., précité, point 33 et jurisprudence citée).
- 103 Or, ainsi qu'il résulte de l'examen de la première branche du quatrième moyen, le Tribunal n'a commis aucune erreur de droit lorsque, au point 111 de l'arrêt attaqué, il a jugé que, en l'espèce, le renoncement à des ressources d'État n'était pas susceptible de caractériser l'existence d'une aide d'État, dans la mesure où l'abandon des créances sur Orange et SFR était inévitable du fait de l'économie du système.
- 104 Il s'ensuit que, dans le cas d'espèce, la première des conditions mentionnées au point 102 du présent arrêt, nécessaires afin d'établir l'existence d'une aide d'État, fait défaut.
- 105 Dès lors, la deuxième branche du quatrième moyen, portant sur l'existence d'un avantage en faveur d'Orange et de SFR, n'est, en tout état de cause, pas susceptible d'affecter le bien-fondé de la conclusion du Tribunal quant à l'inexistence en l'espèce d'une aide d'État.

Sur la troisième branche du quatrième moyen

- Argumentation des parties

- 106 Par la troisième branche de leur quatrième moyen, les requérantes font valoir que le Tribunal a commis une erreur de droit dans l'application du principe de non-discrimination.
- 107 Elles soutiennent, tout d'abord, qu'Orange et SFR, d'une part, et Bouygues Télécom, d'autre part, n'étaient pas dans la même situation au moment où il a été procédé à l'alignement des redevances, étant donné que les licences UMTS ont été délivrées pour l'exercice d'une activité à des dates distinctes. Ensuite, la modification des critères d'attribution des licences aurait été juridiquement impossible, au regard tant du principe de l'intangibilité de ceux-ci dans le cadre d'une procédure de mise en concurrence que de la directive 97/13. Enfin, le respect des objectifs prescrits par les directives communautaires, notamment cette directive 97/13, ne figurerait pas au nombre des dérogations limitativement énumérées à l'article 87, paragraphe 2, CE.
- 108 En revanche, selon Orange et la Commission, les trois attributaires des licences UMTS se trouvaient de facto dans la même situation, Orange et SFR n'ayant pas profité matériellement de ces licences. Dans ces conditions, le principe de non-discrimination aurait imposé, inévitablement, l'alignement rétroactif des redevances. En tout état de cause, Orange conteste la recevabilité de cette branche du quatrième moyen dans la mesure où la mise en œuvre du principe de non-discrimination a déjà été contestée, sur la base des mêmes arguments, devant le Tribunal.
- 109 Quant à la licéité de la modification des conditions d'attribution des licences, d'une part, la Commission relève que le Tribunal a constaté que ledit principe d'intangibilité ne figure ni dans la directive 97/13 ni dans aucune autre disposition applicable du droit communautaire. En tout état de cause, selon Orange, un tel principe n'est pas susceptible de remettre en cause l'obligation de respecter le principe de non-discrimination. D'autre part, selon la Commission, SFR et Orange, la possibilité de modifier les conditions d'attribution des licences est expressément prévue par la directive 97/13. La République française fait valoir, à cet égard, qu'une telle modification était non seulement possible, mais même obligatoire au sens de l'article 11, paragraphe 2, de ladite directive, selon lequel les redevances doivent être non discriminatoires.
- 110 Enfin, la Commission, la République française, SFR et Orange soutiennent que le Tribunal n'a pas considéré la directive 97/13 comme une dérogation, s'ajoutant à celles déjà prévues à l'article 87, paragraphe 2, CE, à l'interdiction des aides incompatibles visée au paragraphe 1 de ce même article. En revanche, le Tribunal n'aurait fait référence à cette directive que pour donner un fondement juridique à l'impossibilité de qualifier d'aide d'État la mesure d'alignement des redevances.

– Appréciation de la Cour

- 111 S'agissant tout d'abord de l'argument des requérantes selon lequel le Tribunal aurait considéré à tort qu'Orange et SFR, d'une part, et Bouygues Télécom, d'autre part, se trouvaient dans la même situation, il y a lieu de constater que, contrairement à ce que soutient Orange, cet argument est recevable.
- 112 À cet égard, il convient de rappeler que, dès lors qu'un requérant conteste l'interprétation ou l'application du droit communautaire faite par le Tribunal, les points de droit examinés en première instance peuvent être à nouveau discutés dans le cadre d'un pourvoi (voir arrêt du 13 juillet 2000, Salzgitter/Commission, C-210/98 P, Rec. p. I-5843, point 43). En effet, si un requérant ne pouvait fonder de la sorte son pourvoi sur des moyens et arguments déjà utilisés devant le Tribunal, la procédure de pourvoi serait privée d'une partie de son sens (voir, notamment, arrêt du 6 mars 2003, Interporc/Commission, C-41/00 P, Rec. p. I-2125, point 17, et ordonnance Martinez/Parlement, précitée, point 39).
- 113 Or, l'argument relatif à l'identité de la situation des trois opérateurs concernés répond à de telles exigences, en ce qu'il vise précisément à contester l'analyse de celle-ci effectuée par le Tribunal au regard du principe de non-discrimination.

- 114 Quant au fond, il convient de relever que, ainsi que le rappellent les requérantes à juste titre, selon une jurisprudence constante, une discrimination ne peut consister que dans l'application de règles différentes à des situations comparables ou bien dans l'application de la même règle à des situations différentes (arrêts du 14 février 1995, Schumacker, C-279/93, Rec. p. I-225, point 30, et du 18 décembre 2007, Laval un Partneri, C-341/05, Rec. p. I-11767, point 115).
- 115 En l'espèce, l'antériorité des licences UMTS attribuées à Orange et à SFR n'aurait pu justifier, voire exiger, la fixation des redevances y afférentes à un montant supérieur à celui de la redevance due par Bouygues Télécom que si la valeur économique de ces licences pouvait être considérée, du seul fait de cette antériorité, comme supérieure à celle de la licence attribuée à cette dernière société.
- 116 Toutefois, il est clair que tel n'est pas le cas en l'occurrence.
- 117 En effet, le Tribunal a constaté, au point 116 de l'arrêt attaqué, qu'Orange et SFR n'ont pas pu utiliser les licences qui leur avaient été attribuées.
- 118 Or, ainsi que le Tribunal l'a rappelé à juste titre aux points 100 et 110 de l'arrêt attaqué, s'il est certes vrai qu'une licence a une valeur économique, cette valeur dépend du moment de l'accès au marché de chacun des opérateurs concernés (voir, également, arrêt du 22 mai 2003, Connect Austria, C-462/99, Rec. p. I-5197, point 93).
- 119 En d'autres termes, la valeur économique d'une licence résulte, en particulier, de la possibilité dont dispose l'attributaire de celle-ci de se prévaloir des droits qui sont attachés à cette licence, à savoir, en l'espèce, la possibilité d'occuper le domaine public hertzien en vue de l'exploitation de la technologie de l'UMTS.
- 120 Or, ainsi que le Tribunal l'a constaté audit point 116 de l'arrêt attaqué sans être contredit par les requérantes dans le cadre du présent pourvoi, il est constant que, à la date de l'attribution de la licence à Bouygues Télécom, le 3 décembre 2002, Orange et SFR n'avaient pas encore pu lancer leurs services UMTS et, donc, exploiter leurs licences, et cela pour des raisons qui échappaient à leur volonté, à savoir des problèmes liés à la technologie de l'UMTS et un contexte économique peu favorable au développement de celle-ci. Par conséquent la valeur économique des licences attribuées à Orange et à SFR ne pouvait être, du seul fait de leur antériorité, supérieure à celle de la licence octroyée à Bouygues Télécom.
- 121 En outre, aux points 119 à 121 de l'arrêt attaqué, le Tribunal a également écarté, sans que les requérantes ne mettent en cause cette appréciation dans le cadre du présent pourvoi, les arguments de ces dernières visant à démontrer que l'antériorité de l'attribution des licences à Orange et à SFR leur avait procuré des avantages en ce qui concerne la préemption des sites, l'image de marque et la conquête de parts de marché.
- 122 Dès lors, le fait que les licences ont été attribuées à des dates différentes aux trois opérateurs concernés ne permet pas de considérer que ces derniers, à la date de l'attribution de la licence à Bouygues Télécom, se trouvaient dans une situation différente au regard de l'objectif de la directive 97/13, à savoir celui d'assurer que les opérateurs accèdent au marché de l'UMTS dans les mêmes conditions.
- 123 Par conséquent, le Tribunal n'a commis aucune erreur de droit en jugeant que les trois opérateurs concernés se trouvaient dans la même situation.
- 124 S'agissant ensuite de la prétendue existence d'un principe d'intangibilité des critères d'attribution, il y a lieu de relever que, d'une part, contrairement à ce que soutiennent les requérantes, la Cour, au point 60 de son arrêt du 7 décembre 2000, Telaustria et Telefonadress (C-324/98, Rec. p. I-10745), s'est limitée à confirmer que les entités adjudicatrices sont tenues de respecter le principe de non-discrimination, même lorsqu'elles concluent des contrats qui sont exclus du champ d'application de la directive 93/38/CEE du Conseil, du 14 juin 1993, portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de

l'énergie, des transports et des télécommunications (JO L 199, p. 84), sans aucunement établir l'existence d'un tel principe d'intangibilité.

- 125 D'autre part, comme l'a relevé M<sup>me</sup> l'avocat général au point 192 de ses conclusions, il ressort de l'article 11, paragraphe 2, de la directive 97/13 que le montant des redevances devait prendre en compte la nécessité de promouvoir le développement des services innovateurs et de la concurrence. Or, il n'est pas contesté en l'espèce que, si les autorités françaises n'avaient pas adopté la mesure d'alignement des redevances UMTS, elles se seraient exposées à un risque sérieux de retrait des candidatures d'Orange et de SFR. Dès lors, c'est précisément en vue de garantir le développement de la concurrence que les redevances dues par les deux premiers attributaires ont été modifiées pour les aligner sur celles mises à la charge de Bouygues Télécom.
- 126 Enfin, est également non fondé l'argument selon lequel le Tribunal aurait commis une erreur de droit en considérant que la directive 97/13 a introduit une dérogation à l'article 87, paragraphe 1, CE qui s'ajoutait à celles limitativement énumérées au paragraphe 2 du même article.
- 127 En effet, ainsi que l'a relevé M<sup>me</sup> l'avocat général au point 196 de ses conclusions, il convient de rappeler que l'article 87, paragraphe 2, CE énonce les dérogations à la règle de l'incompatibilité des aides d'État avec le traité.
- 128 Or, en concluant, à la lumière notamment de la directive 97/13, que la mesure d'alignement des redevances dues par Orange et SFR sur celles mises à la charge de Bouygues Télécom ne constituait pas une aide d'État, le Tribunal n'a pu étendre le contenu de l'article 87, paragraphe 2, CE, cette disposition ne s'appliquant qu'à des mesures constitutives précisément d'une aide d'État.
- 129 Aucune des trois branches du quatrième moyen n'étant susceptible d'être accueillie, celui-ci doit être rejeté.

*Sur le troisième moyen, tiré d'erreurs commises dans la qualification juridique des faits*

- 130 Le troisième moyen invoqué par les requérantes, qui est tiré d'erreurs prétendument commises par le Tribunal dans la qualification juridique des faits, est également divisé en trois branches.
- 131 La République française et SFR contestent, à titre liminaire, la recevabilité de ce moyen en ce qu'il viserait, en chacune de ses branches, à critiquer l'appréciation de faits opérée par le Tribunal.

Sur la première branche du troisième moyen

– Argumentation des parties

- 132 Par la première branche de leur troisième moyen, les requérantes font valoir que, en qualifiant les deux procédures successives d'attribution des licences UMTS de procédure unique, le Tribunal a commis une erreur dans la qualification juridique des faits. En particulier, en application de l'article 11 de la directive 97/13, le juge de première instance aurait dû se limiter à l'analyse des modalités d'organisation matérielle de la procédure et aurait donc dû conclure qu'il s'agissait bien de deux procédures distinctes. Or, ce serait sur la base d'une telle erreur que le Tribunal a conclu à tort à l'absence de discrimination, en considérant que la situation des trois attributaires desdites licences était similaire, alors que, en réalité, elle aurait été différente.
- 133 La Commission, à titre principal, ainsi que la République française, SFR et Orange, à titre subsidiaire, estiment que le Tribunal était en droit de considérer que la procédure d'attribution des licences UMTS avait constitué en réalité une procédure unique. À cet égard, ledit État membre, SFR et Orange relèvent que la référence à l'article 11 de la directive 97/13 n'est pas pertinente en l'espèce.

- 134 En tout état de cause, selon la Commission, cette branche est inopérante étant donné que le caractère unique de la procédure n'a pas été déterminant pour l'appréciation du respect du principe d'égalité de traitement par le Tribunal, celui-ci ayant pris en considération non seulement les modalités d'organisation de l'appel à candidatures, mais aussi les effets de celui-ci. En outre, elle soutient que le principe de non-discrimination doit s'appliquer en envisageant globalement les deux appels à candidatures successifs.
- 135 SFR considère que le Tribunal a correctement interprété le principe d'égalité de traitement en se fondant sur le contexte du marché émergent de l'UMTS et en retenant qu'aucun des opérateurs concernés n'avait accédé à ce marché.
- 136 Enfin, la Commission fait valoir que, dans le cadre d'une nouvelle procédure d'attribution, les mêmes opérateurs se seraient vu délivrer des licences UMTS à des conditions identiques.

– Appréciation de la Cour

- 137 Il y a lieu de rappeler qu'il résulte des articles 225 CE et 58, premier alinéa, du statut de la Cour de justice que le pourvoi est limité aux questions de droit. Dès lors, le Tribunal est seul compétent pour constater les faits, sauf dans le cas où l'inexactitude matérielle de ses constatations résulterait des pièces du dossier qui lui ont été soumises, et pour apprécier ces faits. L'appréciation des faits ne constitue pas, sous réserve du cas de la dénaturation des éléments de preuve produits devant le Tribunal, une question de droit soumise, comme telle, au contrôle de la Cour (arrêts du 2 mars 1994, Hilti/Commission, C-53/92 P, Rec. p. I-667, point 42; du 21 juin 2001, Moccia Irme e.a./Commission, C-280/99 P à C-282/99 P, Rec. p. I-4717, point 78, et du 7 juin 2007, Wunenburger/Commission, C-362/05 P, Rec. p. I-4333, point 66).
- 138 Or, en l'occurrence, il convient de relever que le Tribunal, afin de conclure à l'unicité de la procédure, n'a nullement appliqué, contrairement à ce que soutiennent les requérantes, l'article 11 de la directive 97/13, lequel, d'ailleurs, ne fournit aucun critère juridique pour apprécier si une procédure d'attribution de licences est unique ou comprend plusieurs phases successives. En réalité, il s'est limité à constater, d'une part, au point 11 de l'arrêt attaqué, que la procédure d'attribution des licences avait pour objectif d'octroyer quatre licences et, d'autre part, aux points 12, 14 et 15 du même arrêt, que, les autorités françaises n'ayant pas atteint leur objectif initial, qui était d'attribuer ces quatre licences, elles ont organisé un «appel à candidatures complémentaires».
- 139 C'est dans le cadre de son appréciation de ces circonstances que le Tribunal en a déduit, au point 134 de l'arrêt attaqué, que, «en dépit des modalités de son organisation matérielle, la procédure d'attribution des licences UMTS, initiée au mois de juillet 2000 par les autorités françaises, a constitué en réalité une procédure unique».
- 140 Dans ces conditions, la question de savoir si lesdites autorités ont organisé une seule ou bien deux procédures est une question tenant à l'appréciation des faits opérée par le Tribunal et non, comme le soutiennent les requérantes, une question de droit liée à la qualification juridique de ces faits au regard de l'article 11 de la directive 97/13.
- 141 Les requérantes n'alléguant pas que le Tribunal se serait livré à une dénaturation des faits ou des éléments de preuve qui lui ont été soumis, la première branche du troisième moyen doit, dès lors, être déclarée irrecevable.

Sur la deuxième branche du troisième moyen

– Argumentation des parties

- 142 Par la deuxième branche du troisième moyen, les requérantes reprochent au Tribunal d'avoir commis une erreur dans la qualification juridique des faits en considérant que les créances en cause, qui ont été abandonnées par l'État français, étaient incertaines.

- 143 À cet égard, les requérantes font valoir, d'une part, que les licences UMTS ont été délivrées à Orange et à SFR par deux arrêtés du 18 juillet 2001, soit postérieurement à l'expiration du délai dans lequel la faculté de retrait des candidatures pouvait être exercée, ce délai ayant expiré le 31 mai 2001. Elles soutiennent, d'autre part, que la seule faculté pour les opérateurs de renoncer au bénéfice de leur licence ne permet pas de conclure que les créances en cause étaient incertaines, étant donné que, selon une jurisprudence constante, une créance n'est incertaine que lorsque son existence est subordonnée à la survenance d'un événement futur et éventuel ou à la réalisation d'une condition suspensive.
- 144 En revanche, la Commission, la République française, SFR et Orange estiment que lesdites créances étaient incertaines.
- 145 Elles soutiennent en particulier que, sans les assurances selon lesquelles Orange et SFR feraient l'objet d'un traitement équitable, contenues dans les lettres ministérielles du 22 février 2001, ces deux sociétés auraient probablement retiré leurs candidatures, le délai pour l'exercice de la faculté de retrait n'ayant pas encore expiré à cette date. En outre, selon la Commission, lesdites créances, avant l'attribution des licences auxdites sociétés par les arrêtés du 18 juillet 2001, n'étaient pas encore exigibles.
- 146 Orange ajoute que, s'agissant d'autorisations d'occupation du domaine public, la faculté de retrait subsistait après le 31 mai 2001, étant donné que les attributaires des licences pouvaient renoncer à tout moment à celles-ci et, par conséquent, cesser de payer les redevances y afférentes.
- 147 En tout état de cause, selon la Commission, la République française et Orange, cette deuxième branche du troisième moyen est inopérante dans la mesure où elle est dirigée contre un motif surabondant de l'arrêt attaqué, le Tribunal ayant également fondé son appréciation selon laquelle l'abandon des créances en cause ne constituait pas une aide d'État sur des motifs tirés de l'exception relative à l'économie du système.

– Appréciation de la Cour

- 148 Il convient de rappeler que les griefs dirigés contre un motif surabondant d'une décision du Tribunal ne sauraient entraîner l'annulation de cette décision et sont donc inopérants (voir, notamment, arrêt du 28 juin 2005, Dansk Rørindustri e.a./Commission, C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P à C-208/02 P et C-213/02 P, Rec. p. I-5425, point 148 et jurisprudence citée).
- 149 Or, d'une part, ainsi que l'a relevé M<sup>me</sup> l'avocat général au point 131 de ses conclusions, si le Tribunal, au point 106 de l'arrêt attaqué, a reconnu que les autorités françaises avaient, en l'espèce, renoncé à des ressources d'État dans une proportion significative, tout en relevant que celles-ci présentaient un caractère incertain, il n'en demeure pas moins que le juge de première instance a, au point 111 du même arrêt, jugé que «la circonstance que l'État ait pu renoncer à des ressources et qu'un avantage ait pu en résulter pour les bénéficiaires de la réduction de la redevance ne suffit pas à caractériser l'existence d'une aide d'État incompatible avec le marché commun compte tenu des spécificités du droit communautaire des télécommunications au regard du droit commun des aides d'État. En effet, l'abandon de créance ici en cause était inévitable du fait de l'économie du système, outre le fait [...] que ladite créance n'était pas certaine.»
- 150 Il y a lieu, d'autre part, de rappeler que, pour les raisons exposées aux points 87 à 95 du présent arrêt, le moyen des requérantes dirigé contre les motifs de l'arrêt attaqué et portant sur la justification tirée de la nature ainsi que de l'économie du système au regard de l'abandon de ressources de l'État n'est pas fondé.
- 151 Dans ces conditions, même à supposer que les requérantes soient recevables et fondées à soutenir que le Tribunal a commis une erreur de droit en qualifiant les créances en cause d'incertaines, force est de constater qu'une telle erreur, à la supposer établie, ne serait, en tout

état de cause, pas en mesure d'infirmer la conclusion à laquelle le Tribunal est parvenu au point 111 de l'arrêt attaqué.

152 Il y a lieu, dès lors, d'écarter la deuxième branche du troisième moyen comme inopérante.

Sur la troisième branche du troisième moyen

– Argumentation des parties

153 Par la troisième branche de leur troisième moyen, les requérantes allèguent que le Tribunal a dénaturé les termes des lettres ministérielles du 22 février 2001 en énonçant qu'elles portaient sur une promesse d'un «traitement égalitaire» avec les autres opérateurs, alors que, en réalité, la garantie ne portait que sur un «traitement équitable». Or, l'engagement ministériel d'un traitement équitable ne pourrait pas constituer une promesse d'alignement rétroactif du montant des redevances dues par les premiers attributaires de licences UMTS sur celui de la licence attribuée postérieurement. Une telle dénaturation des lettres en question serait de nature à vicier l'ensemble de l'arrêt du Tribunal.

154 Selon la Commission, cet argument est irrecevable en raison du fait que la question de l'équivalence sémantique des termes «équité» et «égalité» constitue un argument nouveau. Orange estime également que ce même argument est irrecevable, au motif qu'il remet en question une appréciation des faits effectuée par le Tribunal.

155 En tout état de cause, la Commission considère, à l'instar de ce que relève Orange à titre subsidiaire, que cette branche du troisième moyen est inopérante, étant donné que les promesses ministérielles n'ont pas joué un rôle essentiel dans les constatations et le raisonnement du Tribunal.

156 À titre subsidiaire, la Commission estime que les requérantes ne parviennent pas à réfuter les conclusions du Tribunal selon lesquelles les deux attributaires initiaux n'ont en réalité pas bénéficié d'un avantage. La République française et SFR, pour leur part, soutiennent qu'il est exclu que le Tribunal ait dénaturé le contenu desdites lettres.

– Appréciation de la Cour

157 Comme le font valoir la Commission et Orange, cette branche du troisième moyen est également inopérante.

158 En effet, il ressort clairement des points 153 et 154 de l'arrêt attaqué que le Tribunal a fondé son appréciation de la nécessité pour les autorités françaises de réduire les redevances dues par SFR et Orange sur le principe de l'égalité de traitement, ainsi que l'exige la directive 97/13.

159 En d'autres termes, le juge de première instance n'a nullement considéré que la mesure d'alignement des redevances était dictée par les assurances de «traitement équitable» fournies par lesdites autorités dans les lettres ministérielles du 22 février 2001.

160 Par conséquent, même à supposer recevable et fondé l'argument des requérantes selon lequel le Tribunal a manifestement dénaturé le contenu de ces lettres en ce qui concerne lesdites assurances, il n'en demeure pas moins qu'une telle dénaturation n'aurait, en tout état de cause, aucune conséquence sur le bien-fondé de l'arrêt attaqué.

161 Dès lors, au vu de la jurisprudence rappelée au point 148 du présent arrêt, il y a lieu d'écarter cette branche du troisième moyen.

162 Aucun des quatre moyens invoqués par les requérantes au soutien de leur pourvoi n'étant susceptible d'être accueilli, celui-ci doit être rejeté comme partiellement irrecevable et partiellement non fondé.

### **Sur les dépens**

- 163 Aux termes de l'article 69, paragraphe 2, du règlement de procédure, applicable à la procédure de pourvoi en vertu de l'article 118 du même règlement, toute partie qui succombe est condamnée aux dépens, s'il est conclu en ce sens.
- 164 La Commission, Orange et SFR ayant conclu à la condamnation des requérantes et ces dernières ayant succombé en leurs moyens, il y a lieu de les condamner aux dépens de la présente instance.
- 165 En vertu de l'article 69, paragraphe 4, dudit règlement, également applicable en vertu de l'article 118 de celui-ci, les États membres qui sont intervenus au litige supportent leurs propres dépens. Dès lors, il y a lieu de décider que la République française supporte ses propres dépens.

Par ces motifs, la Cour (première chambre) déclare et arrête:

- 1) Le pourvoi est rejeté.**
- 2) Bouygues SA et Bouygues Télécom SA sont condamnées aux dépens.**
- 3) La République française supporte ses propres dépens.**