WYROK SĄDU PIERWSZEJ INSTANCJI (czwarta izba)

z dnia 4 lipca 2007 r. *

W sprawieT-475/04

Bouygues SA, z siedzibą w Paryżu (Francja),

Bouygues Télécom SA, z siedzibą w Boulogne-Billancourt (Francja),

reprezentowane przez adwokatów L. Vogla, J. Vogla, B. Amory'ego, A. Verheydena, F. Sureau oraz D. Théophile'a,

skarżący,

przeciwko

Komisji Wspólnot Europejskich, reprezentowanej przez J.L. Buendię Sierrę oraz C. Giolita, działających w charakterze pełnomocników,

strona pozwana,

* Język postępowania: francuski.

popieranej przez

Republikę Francuską, reprezentowaną przez G. de Berguesa oraz S. Ramet, działających w charakterze pełnomocników,

przez

Société française du radiotéléphone – SFR, z siedzibą w Paryżu (Francja), reprezentowaną przez C. Vajdę, QC, oraz adwokata A. Vincenta,

oraz przez

Orange France SA, z siedzibą w Montrouge (Francja), reprezentowaną przez adwokatów A. Gosseta-Grainville'a oraz S. Hautbourga,

interwenienci,

mającej za przedmiot stwierdzenie nieważności decyzji Komisji z dnia 20 lipca 2004 r. (Pomoc państwa NN 42/2004 – Francja) dotyczącej zmiany opłat należnych od Orange i SFR z tytułu udzielenia licencji na Universal Mobile Telecommunication System (UMTS).

SĄD PIERWSZEJ INSTANCJI
WSPÓLNOT EUROPEJSKICH (czwarta izba),

w składzie: H. Legal, prezes, I. Wiszniewska-Białecka i E. Moavero Milanesi, sędziowie,

sekretarz: E. Coulon,

uwzględniając procedurę pisemną i po przeprowadzeniu rozprawy w dniu 14 marca 2007 r.,

wydaje następujący

Wyrok

Ramy prawne

1 Artykuł 87 ust. 1 WE stanowi:

„Z zastrzeżeniem innych postanowień przewidzianych w niniejszym traktacie, wszelka pomoc przyznawana przez państwo członkowskie lub przy użyciu zasobów państwowych w jakiejkolwiek formie, która zakłóca lub grozi zakłóceniem konkurencji poprzez sprzyjanie niektórym przedsiębiorstwom lub produkcji niektórych towarów, jest niezgodna ze wspólnym rynkiem w zakresie, w jakim wpływa na wymianę handlową między państwami członkowskimi".

2 Prawem wtórnym, które obowiązywało w okresie właściwym dla okoliczności faktycznych, była dyrektywa 97/13/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 10 kwietnia 1997 r. w sprawie wspólnych przepisów ramowych dotyczących ogólnych zezwoleń i indywidualnych licencji w dziedzinie usług telekomunikacyjnych (Dz.U. L 117, str. 15) oraz decyzja 128/1999/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 14 grudnia 1998 r. w sprawie skoordynowanego wprowadzania we Wspólnocie systemu łączności ruchomej i bezprzewodowej trzeciej generacji (UMTS) (Dz.U. 1999, L 17, str. 1).

3 Artykuł 3 ust. 3 dyrektywy 97/13 stanowił:

„[…] Państwa członkowskie mogą udzielić indywidualnej licencji tylko wtedy, gdy podmiot korzystający z niej uzyska dostęp do rzadkich zasobów, bez względu na to, czy są to zasoby fizyczne, czy też zasoby innego rodzaju, lub wtedy gdy jest poddany szczególnym obowiązkom lub korzysta on ze szczególnych praw […]" [tłumaczenie nieoficjalne, podobnie jak wszystkie cytaty z tej dyrektywy poniżej].

4 Artykuł 8 ust. 4 dyrektywy 97/13 stanowił:

„Państwa członkowskie mogą zmienić warunki zawarte w indywidualnej licencji w obiektywnie uzasadnionych przypadkach i pod warunkiem zachowania zasady proporcjonalności. Dokonując tego, państwa członkowskie zgłaszają ten zamiar we właściwy sposób i pozwalają zainteresowanym stronom na przedstawienie ich stanowiska w kwestii proponowanych zmian".

5 Artykuł 9 ust. 2 dyrektywy 97/13 stanowił:

„Jeśli państwo członkowskie zamierza udzielić indywidualnych licencji

— udziela ich zgodnie z otwartymi, niedyskryminacyjnymi i przejrzystymi procedurami, które są jednakowe dla wszystkich kandydatów, chyba że istnieje obiektywny powód, aby traktować ich w różny sposób […]".

6 Artykuł 10 ust. 3 i 4 dyrektywy 97/13 stanowił:

„3. Państwa członkowskie udzielają licencji indywidualnych w oparciu o obiektywne, niedyskryminacyjne, przejrzyste, proporcjonalne i szczegółowe kryteria wyboru. Podczas każdej selekcji należycie uwzględniają konieczność sprzyjania rozwojowi konkurencji i dążenia do osiągnięcia jak największych korzyści po stronie użytkowników.

Państwa członkowskie zapewniają, że informacje o tych kryteriach będą uprzednio właściwie opublikowane w celu ułatwienia do nich dostępu. Dziennik urzędowy państwa członkowskiego zawiera odniesienie do publikacji tych informacji.

4. Jeśli w chwili wejścia w życie niniejszej dyrektywy lub później państwo członkowskie stwierdzi z własnej inicjatywy lub na wniosek przedsiębiorstwa, że liczba licencji indywidualnych może zostać zwiększona, ogłasza to i wzywa do składania ofert w celu udzielenia dodatkowych licencji".

7 Artykuł 11 ust. 2 dyrektywy 97/13 stanowił:

„[…] [W] przypadku niedostatecznych zasobów państwa członkowskie mogą zezwolić krajowym organom regulacyjnym na pobieranie opłat w celu uwzględnienia konieczności zapewnienia optymalnego wykorzystania tych zasobów. Wspomniane opłaty nie są dyskryminacyjne i uwzględniają zwłaszcza konieczność sprzyjania rozwojowi innowacyjnych usług i konkurencji".

8 Decyzja nr 128/1999, która zgodnie z art. 1 miała na celu „ułatwienie szybkiego i skoordynowanego wprowadzania we Wspólnocie kompatybilnych sieci i usług UMTS […]", stanowiła zgodnie z art. 3 ust. 1:

„Państwa członkowskie podejmują wszelkie konieczne działania zgodnie z art. 1 dyrektywy 97/13 w celu skoordynowanego i stopniowego wprowadzenia na ich terytorium usług UMTS najpóźniej do dnia 1 stycznia 2002 r. […]" [tłumaczenie nieoficjalne].

9 We Francji art. L. 33-1 kodeksu pocztowego i telekomunikacyjnego w brzmieniu obowiązującym w okresie właściwym dla okoliczności faktycznych stanowił:

„I — Zezwolenia na budowę i eksploatację sieci dostępnych dla ogółu udziela minister właściwy ds. telekomunikacji.

Odmowa udzielenia zezwolenia jest możliwa jedynie wtedy, gdy jest to podyktowane koniecznością utrzymania porządku publicznego albo względami obrony lub

bezpieczeństwa publicznego, ograniczeniami technicznymi związanymi z dostępnością częstotliwości lub gdy oferent nie jest w stanie z technicznego lub finansowego punktu widzenia trwale sprostać obowiązkom podyktowanym warunkami wykonywania jego działalności, lub gdy zastosowano wobec niego sankcje, o których mowa w art. L. 36-11, L. 39, L. 39-1, L. 39-2 i L. 39-4.

Udzielenie zezwolenia jest uzależnione od zastosowania zasad zawartych w specyfikacji, które dotyczą:

[…]

h) Wykorzystania przyznanych częstotliwości i opłat należnych z tego tytułu oraz w związku z kosztami zarządzania nimi oraz ich kontroli.

[…]

Zezwolenia udziela się na okres piętnastu lat

[…]

V — Liczba zezwoleń może być ograniczona ze względu na ograniczenia techniczne związane z dostępnością częstotliwości.

W tych przypadkach minister właściwy ds. telekomunikacji publikuje propozycję organu regulacji telekomunikacji, zasady oraz warunki przyznania zezwoleń.

Przyznanie częstotliwości musi w każdym razie pozwalać na zapewnienie warunków skutecznej konkurencji".

Okoliczności powstania sporu

10 We Francji pod rządami loi nº 96-659, du 26 juillet 1996, de réglementation des télécommunications (ustawy nr 96-659 z dnia 26 lipca 1996 r. w sprawie regulacji telekomunikacji, JORF z dnia 27 lipca 1996, str. 11384), obowiązującej w okresie właściwym dla okoliczności faktycznych, budowa i eksploatacja sieci dostępnych dla ogółu nastąpiły z inicjatywy nowo utworzonego organu regulacji telekomunikacji (dalej zwanego „ORT"), który rozpatrywał wnioski o udzielenie zezwolenia, które następnie były wydawane przez ministra przemysłu, poczty i telekomunikacji.

11 Ponieważ rząd francuski ogłosił w dniu 6 czerwca 2000 r. zamiar udzielenia czterech licencji na wprowadzenie systemów łączności ruchomej i bezprzewodowej trzeciej generacji (UMTS — Universal Mobile Telecommunications System), minister przemysłu, poczty i telekomunikacji zgodnie z obowiązującymi wówczas przepisami opublikował w JORF z dnia 18 sierpnia 2000 r. decyzję ORT nr 00-835, z dnia 28 lipca 2000 r., zaproponował rządowi zasady i warunki udzielenia zezwoleń na wprowadzenie we Francji (metropolii) systemów łączności ruchomej trzeciej generacji, tym samym otwierając przetarg. Z załączników do tego ogłoszenia wynika z jednej strony, że udzielenie zezwoleń, które prowadzi do przyznania ograniczonej liczbie operatorów korzyści w postaci zajęcia publicznego zakresu radiowego, powinno wiązać się z uiszczeniem opłaty o całkowitej łącznej kwocie wynoszącej 32,5 miliarda FRF (4,954 593 miliarda EUR), która miała być zapłacona w okresie ważności licencji ustalonym na 15 lat. Z drugiej strony ostateczny termin składania ofert został wyznaczony na dzień 31 stycznia 2001 r., natomiast oferenci mogli wycofać swoje oferty do dnia 31 maja 2001 r.

12 W dniu 31 stycznia 2001 r. ORT wskazał w komunikacie prasowym, że zostały złożone jedynie dwie oferty, to jest ofertę pochodzącą od Société française du radiotéléphone — SFR (zwanej dalej „SFR") i od France Télécom mobiles (kilka miesięcy później spółki Orange France, zwanej dalej „Orange"), oraz że jego zdaniem dla zapewnienia prawdziwej konkurencji niezbędne było przeprowadzenie uzupełniającego przetargu.

13 Zgodnie z tą informacją prezes i dyrektor generalny France Télécom oraz prezes i dyrektor generalny Vivendi Universal (której spółką zależną jest SFR) zwrócili uwagę ministra gospodarki i finansów oraz sekretarza stanu ds. przemysłu na konieczność zachowania zasad równego traktowania w zakresie obowiązków publicznych i skutecznej konkurencji pomiędzy operatorami podczas określania warunków udzielenia przyszłych licencji.

14 W dwóch pismach z dnia 22 lutego 2001 r., które miały identyczną treść, minister gospodarki i finansów oraz sekretarz stanu ds. przemysłu odpowiedzieli dyrektorom wspomnianych przedsiębiorstw, że rząd podzielał ten podwójny cel (zachowanie zasad równego traktowania w zakresie obowiązków publicznych i skutecznej konkurencji pomiędzy operatorami) oraz że „zasady uzupełniającego przetargu, które zostaną zaproponowane przez ORT i rząd, [będą] gwarantować równe traktowanie operatorów, którym ostatecznie zostanie udzielona licencja".

15 Nie czekając na uzupełniający przetarg, dwie pierwsze licencje zostały wydane w lipcu 2001 r. W dwóch zarządzeniach z dnia 18 lipca 2001 r. (opublikowanych w JORF z dnia 21 sierpnia 2001 r.) sekretarz stanu ds. przemysłu [również wówczas właściwy w zakresie telekomunikacji] zezwolił SFR i Orange na budowę i eksploatację sieci radioelektrycznej trzeciej generacji dostępnej dla ogółu w standardzie UMTS i na świadczenie usługi telefonicznej na rzecz ogółu, a zezwolenie zostało udzielone na 15 lat. W specyfikacjach załączonych do zarządzeń w szczególności określono, że opłaty za udostępnianie i zarządzanie częstotliwościami UMTS zostaną uiszczone zgodnie z przepisami art. 36 ustawy budżetowej z 2001 r. w kwocie 4, 954 593 miliardów EUR (32 502 000 000 FRF), (ustawa budżetowa opublikowana

w JORF z dnia 31 grudnia 2000 r.) Z art. 36 tej ustawy wynika, że termin pierwszej płatności został przewidziany na dzień 31 września 2001 r., a ostatniej na dzień 30 czerwca 2016 r.

16 Uzupełniający przetarg, który miał na celu wydanie dwóch nieprzyznanych zezwoleń, został ogłoszony wraz z publikacją przez ministra ds. telekomunikacji decyzji ORT nr 01-1202 z dnia 14 grudnia 2001 r., w której zaproponowano mu zasady i warunki przyznania zezwoleń na wprowadzenie we Francji (metropolii) systemów łączności ruchomej trzeciej generacji. ORT wskazał w niej w szczególności, że „warunki [tej drugiej] procedury [były] kontynuacją pierwszej procedury przetargowej i zapewniały w szczególności poszanowanie zasady równego traktowania operatorów". Zalecała ona również dostosowanie obciążeń finansowych spoczywających na podmiotach posiadających licencję i wydłużenie okresu jej ważności.

17 Warunki finansowe mające zastosowanie do zezwoleń zostały również zmienione przez art. 33 ustawy budżetowej na 2002 r. (opublikowanej w JORG z dnia 28 grudnia 2001 r.), która zmieniła art. 36 ustawy budżetowej na 2001 r., o której mowa w pkt 15 powyżej, w celu zapewnienia, by opłata za korzyść wynikającą z zajęcia publicznego zakresu radiowego składała się z dwóch części, to jest z pierwszej części o kwocie 619 209 795,27 EUR płatnej w dniu 30 września roku, w którym wydano zezwolenie, lub w chwili wydania zezwolenia, jeśli następuje ono po dniu 30 września, oraz z drugiej części płatnej każdego roku do dnia 30 czerwca bieżącego roku z tytułu korzystania z częstotliwości w tym roku i by była obliczana jako procent od obrotu uzyskanego dzięki tym częstotliwościom.

18 Minister ds. telekomunikacji opublikował w JORF z dnia 29 grudnia 2001 r. opinię dotyczącą uiszczania opłat za korzystanie z częstotliwości przydzielonych podmiotom posiadającym licencje, uwzględniając nowe warunki finansowe wynikające z ustawy budżetowej.

19 W ostatnim dniu upływu terminu wyznaczonego do składania ofert, to jest w dniu 16 maja 2002 r., została złożona jedyna oferta pochodząca od spółki Bouygues Télécom (zwanej dalej „Bouygues Télécom"), będącej spółką zależną Bouygues. ORT otworzyła postępowanie, w wyniku którego trzecia licencja miała być wydana Bouygues Télécom (zob. pkt 21 poniżej). Czwarta licencja nie mogła zostać przyznana ze względu na brak kandydata.

20 Równocześnie w dniu 4 października 2002 r. Bouygues i Bouygues Télécom złożyły do Komisji skargę dotyczącą całości środków pomocowych, które miały zostać przyznane przez władze francuskie na rzecz France Télécom, wśród których znalazła się zmiana opłat należnych od Orange i SFR ogłoszona przez rząd w trakcie dyskusji na ustawą budżetową na 2002 r.

21 Przez zarządzenie z dnia 3 grudnia 2002 r. (opublikowane w JORF z dnia 12 grudnia 2002 r., str. 20490) wiceminister przemysłu zezwolił Bouygues Télécom na budowę i eksploatację sieci radioelektrycznej trzeciej generacji dostępnej dla ogółu w standardzie UMTS i na świadczenie usługi telefonicznej na rzecz ogółu. Zezwolenie, które zostało udzielone na okres 20 lat, uwzględniało warunki finansowe dotyczące opłat za udostępnienie i zarządzanie częstotliwościami, o których mowa w pkt 17 i 18 powyżej.

22 Ponadto w drodze dwóch zarządzeń z dnia 3 grudnia 2002 r. (także opublikowanych w JORF z dnia 12 grudnia 2002 r.), dotyczących odpowiednio Orange i SFR, wiceminister przemysłu zmienił zarządzenia z dnia 18 lipca 2001 r., o których mowa w pkt 15 powyżej, i specyfikacje załączone do nich w szczególności w celu wydłużenia do 20 lat zezwolenia i w celu zastąpienia przepisów dotyczących opłat za korzystanie i zarządzanie częstotliwościami przepisami o identycznej treści jak przepisy stosowane w przypadku Bouygues Télécom, to jest zmienionymi warunkami finansowymi opisanymi w pkt 17 powyżej, które wydawały się znacznie niższe od początkowych warunków przewidzianych w zarządzeniach z dnia 18 lipca 2001 r. (zob. pkt 15 powyżej).

23 W dniu 31 stycznia 2003 r. Komisja notyfikowała Republice Francuskiej swoją decyzję o wszczęciu postępowania na podstawie art. 88 ust. 2 WE w sprawie dwóch środków pomocowych dotyczących odpowiednio przepisów w zakresie podatku od działalności gospodarczej mającego zastosowanie do France Télécom oraz środków podjętych przez państwo wobec tego przedsiębiorstwa w celu jego wsparcia (Dz.U. C 57 str. 5). Skarga złożona do Komisji przez skarżące, o której mowa w pkt 20 powyżej, dotyczyła również tych środków. Były one także przedmiotem skargi złożonej do Komisji w dniu 13 marca 2001 r. przez związki francuskich jednostek samorządu lokalnego.

24 Pismem z dnia 12 listopada 2003 r. skarżące wezwały Komisję zgodnie z art. 232 WE do wszczęcia postępowania przewidzianego w art. 88 ust. 2 WE w przedmiocie zastrzeżenia dotyczącego zmiany opłat za udzielenie licencji na UMTS, które zostało również podniesione w ich skardze złożonej do Komisji. W dniu 11 grudnia 2003 r. Komisja skierowała do nich pismo tymczasowe.

25 Pismem zarejestrowanym w sekretariacie Sądu w dniu 21 lutego 2004 r. skarżące wniosły skargę na podstawie art. 232 WE (sprawa T-81/04).

26 W dniu 20 lipca 2004 r. Komisja wydała decyzję „Pomoc państwa NN 42/2004 — Francja" (zwaną dalej „zaskarżoną decyzją"), notyfikowaną Republice Francuskiej i dotyczącą zmiany opłat należnych od Orange i SFR z tytułu udzielenia licencji na UMTS, która była między innymi przedmiotem skargi złożonej do Komisji przez skarżące w dniu 4 października 2002 r. W tej decyzji, która jest przedmiotem niniejszej skargi, Komisja wskazała, że postanowiła nie wnosić zastrzeżeń wobec środka będącego przedmiotem skargi do niej złożonej i dotyczącej zmiany spornych opłat, ponieważ ten środek nie zwierał elementów pomocy w rozumieniu art. 87 ust. 1 WE.

27 Na wstępnie Komisja uznała, że ze względu na ograniczony charakter wspólnotowych ram prawnych rząd francuski miał prawo określić warunki udzielenia licencji

na UMTS, pod warunkiem stosowania otwartej, niedyskryminacyjnej i przejrzystej procedury, oraz ustalić opłatę na odpowiednim poziomie w celu osiągnięcia celów zdefiniowanych zgodnie z tymi ramami, a zmiana spornej opłaty odpowiadała wyznaczonemu celowi, to jest udzieleniu jak największej liczby licencji (motywy 20–24 zaskarżonej decyzji).

28 Analizując krytykowany środek, Komisja stwierdziła, po pierwsze, że zrównanie warunków licencji trzech zainteresowanych operatorów (odpowiadające obniżeniu opłat na korzyść Orange i SFR) wynikało pośrednio z warunków ustalonych na początku, ponieważ nałożenie na Orange i SFR ostrzejszych warunków było teoretyczne skoro Orange i SFR mogły wycofać się (motyw 27 zaskarżonej decyzji)

29 Po drugie, Komisja uznała, że władze francuskie tylko wypełniały zobowiązanie wynikające z prawa wspólnotowego, przewidziane przez dyrektywę 97/13, które wymagało stosowania niedyskryminacyjnych warunków (motyw 28 zaskarżonej decyzji)

30 Po trzecie, Komisja wskazała, że prawo wspólnotowe nie wymaga, aby opłaty należne z tytułu licencji na UMTS były ustalone na poziomie odpowiadającym rzekomej wartości rynkowej, że państwa członkowskie wykonują swoje zadania regulacyjne i że udzielenia licencji nie można przyrównać do transakcji rynkowej. Analizując, czy zmiana opłaty ma charakter selektywnej korzyści, Komisja uznała, że władze francuskie przyznały te same warunki operatorom uzyskującym tę samą licencję, według tej samej specyfikacji i w ramach dwóch procedur, z których jedna była kontynuacją drugiej, i że nie doszło do dyskryminacji jedynie z tego względu, że niektórzy operatorzy uzyskali licencję rok wcześniej (motywy 29–33 zaskarżonej decyzji). Zwróciła

ona również uwagę, że nowy system taryfowy, który zastąpił stałą i wysoką opłatę stałą i niższą opłatą połączoną z roczną opłatą obliczaną proporcjonalnie do obrotu, pozwala uwzględnić zmianę w czasie sytuacji operatorów (motyw 34 zaskarżonej decyzji).

31 Komisja wyprowadziła wniosek, że władze francuskie nie przyznały Orange i SFR korzyści, ale spełniły wymogi prawa wspólnotowego w zakresie obiektywnego i niedyskryminacyjnego traktowania operatorów (motyw 35 zaskarżonej decyzji).

32 Postanowieniem z dnia 14 lutego 2005 r. w sprawie T-81/04 Bouygues i Bouygues Télécom przeciwko Komisji, dotychczas niepublikowanym w Zbiorze, Sąd umorzył postępowanie w przedmiocie żądań mających na celu stwierdzenie zaniechania działania ze strony Komisji w odniesieniu do zastrzeżenia zawartego w skardze skarżących złożonej do Komisji i dotyczącego zmiany opłat należnych za udzielenie licencji na UMTS oraz odrzucił jako niedopuszczalne żądania przedstawione tytułem żądań ewentualnych, które miały na celu stwierdzenie nieważności decyzji zawartej w piśmie Komisji z dnia 11 grudnia 2003 r., o którym mowa w pkt 24 powyżej.

Postępowanie i żądania stron

33 Pismem zarejestrowanym w sekretariacie Sądu w dniu 24 listopada 2004 r. skarżące wniosły niniejszą skargę na podstawie art. 230 WE.

34 Trzema postanowieniami prezesa czwartej izby Sądu z dnia 9 czerwca 2005 r. Republika Francuska, Orange i SFR zostały dopuszczone do sprawy w charakterze interwenientów na poparcie żądań Komisji.

35 Na żądanie Sądu z dnia 12 lutego 2007 r. strony przedstawiły w dniu 20 lutego 2007 r. kopię skargi skarżących złożonej do Komisji w dniu 4 października 2002 r.

36 Na rozprawie w dniu 14 marca 2007 r. wysłuchane zostały wystąpienia stron i ich odpowiedzi na pytania Sądu.

37 Bouygues i Bouygues Télécom wnoszą do Sądu o:

— stwierdzenie nieważności zaskarżonej decyzji;

— obciążenie solidarnie pozwanej i interwenientów kosztami postępowania.

38 Komisja wnosi do Sądu o:

— oddalenie skargi jako bezzasadnej;

— obciążenie skarżących kosztami postępowania.

39 Republika Francuska wnosi do Sądu o:

— oddalenie skargi;

— obciążenie skarżących kosztami postępowania.

40 Orange wnosi do Sądu o:

— oddalenie skargi jako bezzasadnej;

— obciążenie skarżących wszystkimi kosztami postępowania w tej instancji.

41 SFR wnosi do Sądu o:

— oddalenie skargi jako bezzasadnej;

— obciążenie skarżących wszystkimi kosztami postępowania w tej instancji.

Co do prawa

42 Skarżące przedstawiają zarzuty trzech rodzajów. Po pierwsze, podnoszą one, że decyzja nie została uzasadniona. Po drugie, utrzymują, że Komisja naruszyła art. 87 ust. 1 WE, ponieważ zmiana opłat należnych od Orange i SFR stanowi pomoc państwa w rozumieniu tego postanowienia. Po trzecie, podnoszą one tytułem pomocniczym,

że zaskarżona decyzja narusza art. 88 ust. 2 WE, ponieważ Komisja powinna była wszcząć formalne postępowanie wyjaśniające, skoro sprawa nastręczała poważnych trudności.

43 Przede wszystkim należy zbadać zarzut formalny dotyczący braku uzasadnienia, a następnie łącznie zarzuty merytoryczne oparte na naruszeniu art. 87 ust. 1 WE i art. 88 ust. 2 WE.

W przedmiocie zarzutu pierwszego, opartego na braku uzasadnienia zaskarżonej decyzji

Argumenty stron

44 Skarżące utrzymują, że zaskarżona decyzja nie jest dostatecznie uzasadniona, ponieważ, po pierwsze, nie pozwala im na zrozumienie logiki rozumowania Komisji dotyczącego związku pomiędzy możliwością wycofania przez Orange i SFR ich ofert a trudnościami władz francuskich w nałożeniu na nie cięższych warunków. Po drugie, opóźnienie dwóch operatorów nie może stanowić ważnego uzasadnienia wniosku o braku korzyści mogącej wpłynąć na konkurencję. Po trzecie, w zaskarżonej decyzji Komisja nie odpowiedziała na zastrzeżenia wymienione przez skarżące w skardze do niej złożonej, lecz ograniczyła się do wskazania, że podmioty, które złożyły do niej skargę, opierają się na błędnym założeniu, że opłata powinna odpowiadać wartości rynkowej licencji. Po czwarte, brak uzasadnienia decyzji wynika także z niedołożenia staranności przez Komisję przy rozpatrywaniu skargi złożonej do niej przez skarżące.

45 Komisja podnosi, że zaskarżona decyzja jest wystarczająco uzasadniona i że zarzuty skarżących wynikają z tego, że nie zgadzają się one co do istoty z uzasadnieniem decyzji. Po pierwsze, związek pomiędzy możliwością wycofania przez Orange i SFR ich ofert i zmianą opłat jest oczywisty, biorąc pod uwagę realia omawianego sektora. Po drugie, jeśli chodzi o rzekomy brak uzasadnienia wpływu na konkurencję, Komisja podkreśla, że zaskarżona decyzja nie opiera się na takim uzasadnieniu. Po trzecie, utrzymuje ona, że wystarczająco wyraźnie odpowiedziała na zastrzeżenia zawarte w skardze złożonej do niej przez skarżące. Po czwarte, Komisja podkreśla, że skarga złożona do niej przez skarżące dotyczyła 11 środków i podnosi, że oskarżenia o brak działania lub brak staranności nie są uzasadnione i że ponadto te zastrzeżenia wchodzą w zakres trzeciego zarzutu.

Ocena Sądu

46 Po pierwsze, skarżące zarzucają zasadniczo, że zaskarżona decyzja nie zawiera jasnego uzasadnienia dotyczącego związku ustalonego przez Komisję pomiędzy możliwością wycofania przez Orange i SFR ich oferty w przypadku, gdyby władze krajowe nie udzieliły im w pismach z dnia 22 lutego 2001 r., o których mowa w pkt 14 powyżej, zapewnienia, że wszyscy operatorzy zostaną potraktowani w jednakowy sposób, a rzekomym brakiem możliwości nałożenia przez władze francuskie cięższych warunków finansowych na Orange i SFR.

47 W zaskarżonej decyzji Komisja zauważyła, że ORT zalecił w dniu 31 stycznia 2001 r. ogłoszenie uzupełniającego przetargu, który powinien uwzględniać wymóg równych warunków, w szczególności finansowych (motywy 9 zaskarżonej decyzji). Wskazała ona (motywy 10-12 zaskarżonej decyzji), że Orange i SFR mogły wycofać swoje oferty aż do dnia 31 maja 2001 r. i że rząd francuski stanął przed następującą alternatywą: jeśliby nie udzielił zapewnienia dwóm operatorom co do równego traktowania w przypadku, w którym nowy przetarg przewidywał obniżoną cenę, naraziłby się na ryzyko wycofania przez nich ofert, natomiast jeśliby udzielił im zapewnienia

o równym traktowaniu, dwaj operatorzy podtrzymaliby swoje oferty. Komisja dodaje, że w celu jak najszybszego zakończenia postępowania zgodnie ze zobowiązaniami europejskimi władze francuskie wybrały drugie rozwiązanie.

48 Z tych rozważań wynika, że Komisja przedstawiła w sposób jasny i szczegółowy informacje o alternatywie, przed którą — jej zdaniem — stanęły władze francuskie, zwracając uwagę na ryzyko wycofania się przez jedynych dwóch kandydatów do udzielenia licencji na UMTS, na jakie narażone były władze francuskie, jeśliby utrzymały cięższe warunki finansowe od warunków przyznanych innym potencjalnym kandydatom. Z tego względu pierwsze zastrzeżenie skarżących należy oddalić.

49 Po drugie, skarżące podnoszą, że opóźnienie dwóch konkurentów nie stanowi ważnego uzasadnienia wniosku o braku korzyści mogącej wpłynąć na konkurencję.

50 Należy stwierdzić, że taka krytyka nie dotyczy uzasadnienia zaskarżonej decyzji, ale zasadności poszczególnych elementów uzasadnienia decyzji. W konsekwencji analiza tej krytyki zostanie przeprowadzona w ramach analizy zgodności z prawem zaskarżonej decyzji pod względem materialnym.

51 Po trzecie, skarżące zarzucają Komisji, że nie odpowiedziała ona na zastrzeżenia wysunięte przez nie w skardze złożonej do Komisji dotyczące z jednej strony rezygnacji z wierzytelności, co stanowi pomoc państwa, którą przyznały władze krajowe, a z drugiej strony przewagi czasowej, z której skorzystały Orange i SFR.

52 W zaskarżonej decyzji Komisja nie ustosunkowała się do pierwszego zastrzeżenia dotyczącego rezygnacji z wierzytelności i odparła drugie zastrzeżenie dotyczące przewagi czasowej z jednej strony na tej podstawie, że argumentacja podmiotów, które złożyły skargę do Komisji opierała się na błędnym założeniu, iż opłata powinna odpowiadać wartości rynkowej licencji, która jest wyższa ze względu przewagę czasową (motyw 29 zaskarżonej decyzji), i z drugiej strony na tej podstawie, że istnienie takiej przewagi czasowej nie zostało udowodnione (motyw 34 zaskarżonej decyzji).

53 Należy przypomnieć, że jeśli chodzi o decyzję Komisji stwierdzającą niewystąpienie zarzucanej przez składającego skargę do Komisji pomocy państwa, to Komisja zobowiązana jest w każdym razie podać składającemu skargę w sposób odpowiedni przyczyny, dla których przywołane w złożonej do niej skardze okoliczności faktyczne i prawne nie były wystarczające do wykazania wystąpienia pomocy państwa. Jednakże Komisja nie jest zobowiązana do ustosunkowywania się do okoliczności, które są oczywiście nieistotne, pozbawione znaczenia lub czysto drugorzędne (wyrok Trybunału z dnia 2 kwietnia 1998 r. w sprawie C-367/95 P Komisja przeciwko Sytraval i Brink's France, Rec. str. I-1719, pkt 64).

54 Ponadto zgodnie z utrwalonym orzecznictwem nie ma wymogu, by uzasadnienie aktu wyszczególniało wszystkie istotne okoliczności faktyczne i prawne, ponieważ jego ocena winna uwzględniać okoliczności jego wydania, jak również całość przepisów prawa regulującego daną dziedzinę (zob. wyrok w sprawie Sytraval i Brink's France, pkt 63 oraz przywołane tam orzecznictwo). Oprócz tego decyzja oddalająca skargę złożoną do Komisji w dziedzinie pomocy państwa jest wystarczająco uzasadniona z tego względu, że kwestionowany środek stanowi wykonanie dyrektywy, nie zaś próbę przyznania pomocy (zob. podobnie wyrok Sądu z dnia 5 kwietnia 2006 r. w sprawie T-351/02 Deutsche Bahn przeciwko Komisji, Zb.Orz. str. II-1047, pkt 120).

55 W pierwszej kolejności należy podkreślić, że zastrzeżenie oparte na rezygnacji z wierzytelności państwowej, które miało na celu wykazanie wystąpienia transferu zasobów państwowych w rozumieniu art. 87 ust. 1 WE, do którego Komisja nie ustosunkowała się w zaskarżonej decyzji, jest bezskuteczne, ponieważ w zaskarżonej

decyzji stwierdzono, że nie wystąpiła pomoc państwa z powodu nieuzyskania jakiekolwiek korzyści przez Orange i SFR z tytułu kwestionowanego środka. Ponieważ Komisja stwierdziła brak jednego z kumulatywnych elementów charakteryzujących pojęcie pomocy państwa w rozumieniu tego przepisu, nie musiała ona uzasadniać oddalenia skargi złożonej do niej przez skarżące w świetle pozostałych elementów charakteryzujących to pojęcie. Zastrzeżenie było w każdym razie drugorzędne w rozumieniu cytowanego powyżej orzecznictwa z tego względu, że najważniejsze elementy uzasadnienia zdaniem Komisji, to jest spełnienie wymogów ustanowionych w dyrektywie, a w szczególności poszanowanie zasady niedyskryminacji, zostały wymienione dla uzasadnienia środka. W tych warunkach nie można zarzucać instytucji, że nie odpowiedziała na to zastrzeżenie, które jest jednocześnie bezskuteczne i drugorzędne.

56 W drugiej kolejności w zaskarżonej decyzji Komisja odparła argument dotyczący przewagi czasowej z dwóch powodów. Z jednej strony instytucja ta uznała, że opierał się on na błędnym założeniu podmiotów, które złożyły skargę do Komisji, że opłata powinna odpowiadać wartości rynkowej licencji i że wcześniej uzyskana licencja miała większą wartość. Z drugiej strony Komisja stwierdziła, że analiza okoliczności faktycznych prowadziła do relatywizacji, względnie odrzucenia rzekomej przewagi czasowej, ponieważ Orange i SFR były spóźnione z budową sieci UMTS, i że Bouygues Télécom, która mogła skorzystać z tego opóźnienia, nie ucierpiała zatem z powodu rzekomej przewagi czasowej. Komisja dodała, że nowy system opłat pozwalał na uwzględnienie zmiany sytuacji operatorów ratione temporis.

57 Nie można zatem podnosić, że zaskarżona decyzja nie została uzasadniona w odniesieniu do rzekomej przewagi czasowej, której istnienie, wręcz przeciwnie, kwestionuje ona z dwóch powodów, z których pierwszy ma charakter konceptualny, a drugi jest związany z okolicznościami faktycznymi. Zasadność oceny Komisji w odniesieniu do istnienia przewagi czasowej nie wchodzi w zakres kontroli uzasadnienia aktu, jak przypomniano w pkt 50 powyżej, i w konsekwencji zostanie przeanalizowana w ramach kontroli zgodności z prawem zaskarżonej decyzji pod względem materialnym, to jest w ramach kontroli podstaw odmowy przyznania środkowi charakteru pomocy państwa.

58 W czwartej kolejności skarżące utrzymują, że brak uzasadnienia zaskarżonej decyzji należy powiązać z niedołożeniem staranności przez Komisję przy rozpatrywaniu skargi do niej złożonej.

59 Ponieważ zaskarżona decyzja jest wystarczająco uzasadniona, zastrzeżenie to należy oddalić jako bezskuteczne. W związku z tym, że zarzucany brak staranności może być połączony z zastrzeżeniem opartym na naruszeniu art. 88 ust. 2 WE, zostanie on zbadany w tym kontekście.

60 Z powyższych rozważań wynika, że należy oddalić pierwszy zarzut dotyczący uzasadnienia zaskarżonej decyzji.

W przedmiocie zrzutów drugiego i trzeciego, opartych odpowiednio na naruszeniu art. 87 ust. 1 WE i art. 88 ust. 2 WE

Argumenty stron

61 Skarżące utrzymują, że zmiana opłat należnych od Orange i SFR z tytułu udzielenia licencji na UMTS stanowi pomoc państwa w rozumieniu art. 87 ust. 1 WE.

62 W pierwszej kolejności doszło do transferu zasobów państwa, ponieważ władze francuskie zrezygnowały z dochodzenia wymagalnej wierzytelności.

63 W drugiej kolejności zmiana opłat przyznaje zainteresowanym selektywną korzyść.

64 Po pierwsze, nie można jej uzasadnić zasadą niedyskryminacji, jak wskazano w zaskarżonej decyzji, ponieważ dyrektywa 97/13 nie wymaga ustalenia identycznych warunków udzielenia licencji i ponieważ zostały zorganizowane dwie odrębne procedury przetargowe.

65 Po drugie, przeciwnie, ta zmiana jest dyskryminacyjna względem Bouygues Télécom, której sytuacja jest odmienna od Orange i SFR.

66 Po trzecie, ta selektywna korzyść została przyznana bez świadczenia wzajemnego. Z jednej strony rząd francuski zrezygnował z wymagalnej wierzytelności, chociaż dwóch operatorów dysponowało środkami do zapłacenia pierwotnie przewidzianej kwoty opłat, ponieważ stanowiły one dla nich normalne obciążenie i miały uzasadnioną cenę odpowiadającą wartości rynkowej licencji. Wycofanie przez nich ofert w przypadku utrzymania tej kwoty było czysto hipotetyczne. Z drugiej strony państwo przyznało Orange i SFR przewagę czasową, zważywszy na to, że jeśli opłata w zmienionej kwocie zostałaby zastosowana od samego początku, inni konkurencji złożyliby oferty. Tymczasem uzyskanie licencji półtora roku przed Bouygues Télécom pozwoliło Orange i SFR wybrać najkorzystniejsze pasma częstotliwości, skorzystać z pierwszeństwa do nabycia najlepszych terenów i z wizerunku innowacyjnego operatora na niekorzyść Bouygues Télécom oraz zdobyć udziały w rynku bez prawdziwej konkurencji. Okoliczność, że wszyscy operatorzy opóźniali się we wprowadzeniu UMTS, nie ma wpływu na te twierdzenia. Ponadto w pismach z dnia 22 lutego 2001 r. władze francuskie zagwarantowały Orange i SFR, że zostanie im udzielona licencja i że skorzystają one z lepszych warunków uzupełniającego przetargu bez potrzeby składania nowych ofert.

67 W trzeciej kolejności zmiana opłat ma wpływ na konkurencję, a zgodnie z orzecznictwem wystarczy, aby był to potencjalny wpływ. Tymczasem wpływ był rzeczywisty,

ponieważ Orange i SFR miały możliwość zainwestowania kwot, które powinny były posłużyć do uiszczenia opłat. W ten sposób dwóch operatorów definitywnie i przedwcześnie weszło na rynek UMTS.

68 W replice skarżące kwestionują w szczególności argumentację przedstawioną przez Komisję w odpowiedzi na skargę, że rząd francuski wykonywał prerogatywy władzy państwowej w interesie ogólnym, co wykluczało występowanie selektywnej korzyści, a zatem pomocy państwa. Po pierwsze, utrzymują one, że państwo, które udziela licencji, wykonuje działalność gospodarczą, dążąc do czerpania zysku z wykorzystania publicznego zakresu radiowego, a po drugie, że nawet wykonując władcze zadania, państwo musi przestrzegać reguł konkurencji, i po trzecie, że zmiana spornych opłat nie jest uzasadniona rodzajem ani strukturą systemu w rozumieniu orzecznictwa.

69 W argumentacji dotyczącej naruszenia zasady niedyskryminacji i gospodarczego charakteru działalności związanej z udzielaniem licencji UMTS skarżące podnoszą, że dyrektywa 97/13 ustanawia zasadę nienaruszalności kryteriów selekcji lub warunków udzielenia zezwoleń określonych w ramach danego postępowania i nie pozwala na zmianę warunków przetargu, jeśli procedura nie została jeszcze zamknięta, tak jak wynikało to w niniejszym przypadku z pism władz francuskich z dnia 22 lutego 2001 r. Skarżące odwołują się także do zasad i przepisów mających zastosowanie do zamówień publicznych i koncesji, to jest do zasad przejrzystości i równego traktowania, mających zastosowanie do procedur porównawczych oraz do zasady nienaruszalności kryteriów selekcji lub warunków udzielania zezwoleń w ramach tych procedur.

70 Skarżące ponadto podnoszą, że Komisja miała obowiązek wszcząć postępowanie przewidziane w art. 88 ust. 2 WE, ponieważ sprawa nastręczała poważnych trudności, co także przyznała Komisja.

71 Komisja podnosi w pierwszej kolejności w odniesieniu do pojęć selektywnej korzyści i zasobów państwa, że skarżące błędnie interpretują obowiązujące ramy prawne. Podstawą tych ram jest logika regulacji rynku, która stawia wymóg obiektywnego, niedyskryminacyjnego i przejrzystego traktowania przy udzielaniu licencji z uwzględnieniem konieczności osiągnięcia jak największych korzyści po stronie użytkowników, zapewnienia optymalnego wykorzystania rzadkich zasobów i sprzyjania rozwojowi konkurencji. Władze francuskie wykonywały swoje zadania władcze, dążąc nie do uzyskania jak największych korzyści, ale do zapewnienia rozwoju zdrowej i równej konkurencji.

72 Jej zdaniem zmiana opłat Orange i SFR jest w pełni zgodna z dyrektywą 97/13 i z decyzją nr 128/1999, ponieważ dyrektywa stawia wymóg równego traktowania wszystkich przedsiębiorstw uzyskujących licencję. Zatem władze francuskie, zmieniając opłaty i zrównując warunki wszystkich licencji, nie przyznały selektywnej korzyści Orange i SFR, ale wydały środki zgodne z rodzajem i strukturą systemu regulacyjnego. Tymczasem wobec braku korzyści selektywnej utrata zasobów państwowych nie stanowi pomocy państwa.

73 Komisja podnosi, że dyrektywa 97/13 przewiduje możliwość zmiany warunków licencji i zwiększenia ich liczby oraz że dyrektywy w sprawie zamówień publicznych, powołane przez skarżące, nie mają zastosowania w niniejszym przypadku.

74 Komisja także podnosi, że zmiana spornych opłat nie dała Orange i SFR przewagi czasowej. Po pierwsze, jest ona zdania, że istnienie rzekomej korzyści jest mało oczywiste, ponieważ nic nie dowodzi, że pasma częstotliwości przyznane dwóm pierwszym operatorom były lepsze. Pierwszeństwo nabycia lepszych terenów przez Orange i SFR, wręcz przeciwnie, pozwoliło Bouygues Télécom na zaoszczędzenie środków, które wydałaby na szczegółowe analizy w tym zakresie. Ponadto chociaż Orange i SFR uzyskały licencje w lipcu 2001 r., rozpoczęły świadczenie usług UMTS dopiero

około dwa lata po uzyskaniu przez Bouygues Télécom licencji. Bouygues Télécom mogła skorzystać z tego opóźnienia. Wreszcie rzekomy zły wizerunek znaku Bouygues Télécom wynikający z nieuczestniczenia w pierwszej procedurze przetargowej nie może wynikać ze strategicznego wyboru zainteresowanej.

75 Po drugie, nawet jeśli przyjąć występowanie pewnej oczywistej korzyści to została ona nadmiernie wyrównana z dwóch względów. Z jednej strony roczna opłata proporcjonalna do obrotu, którą przewidywały nowe zasady obliczania opłat, pozwala dokładnie uwzględnić zmianę sytuacji operatorów w czasie. Z drugiej strony wszelka ewentualna korzyść jest wynikiem nie decyzji władz krajowych, ale pewnego ryzyka, które wzięły na siebie Orange i SFR podczas pierwszego przetargu, ponieważ nic wówczas nie pozwalało w szczególności przewidzieć późniejszej zmiany opłat.

76 Komisja podnosi w drugiej kolejności, że okoliczność, iż środek wydany przez władze francuskie miał wpływ na konkurencję, nie ma żadnego wpływu na jej analizę, ponieważ środki regulacji sektora gospodarczego, których głoszonym celem było właśnie oddziaływanie na konkurencję oraz kwestionowany środek, miały w niniejszym przypadku pozytywne skutki w tym zakresie.

77 Jeśli chodzi o poważne trudności, które uzasadniały otwarcie formalnego postępowania, Komisja wskazuje, że trudności nie stwarzało zastrzeżenie będące przedmiotem niniejszego sporu, lecz jedynie niektóre inne środki, o których mowa w skardze złożonej do Komisji, które doprowadziły do otwarcia postępowania przewidzianego w art. 88 ust. 2 WE.

78 Republika Francuska wskazuje, że gdy właściwy organ ORT przyznaje licencję na UMTS, to wykonuje on działalność związaną z regulacją rynku telekomunikacyjnego,

a nie działa jako operator gospodarczy, ponieważ opłata należna z tego tytułu nie stanowi ceny. Utrzymuje ona, że zmiana opłat dla Orange i SFR nastąpiła zgodnie z zasadą niedyskryminacji przewidzianą w dyrektywie 97/13 dla zapewnienia równego traktowania wszystkich operatorów oraz że była ona uzasadniona rodzajem i strukturą systemu. W pismach z dnia 22 lutego 2001 r. władze francuskie jedynie stwierdziły, że zasada równości operatorów będzie przestrzegana. Dwa kolejne przetargi, z których jeden uzupełniał drugi, miały na celu przyznanie równoważnych licencji, zaznaczając, że Orange i SFR mogły wycofać swoje oferty, a następnie zrezygnować z swoich licencji, i że organizacja nowego przetargu opóźniłaby sprzedaż usług UMTS, co miałoby niekorzystny wpływ na zachowanie terminów wyznaczonych w dyrektywie 97/13.

79 Republika Francuska twierdzi, że zmiana opłat dla Orange i SFR nie wiązała się z przyznaniem korzyści tym operatorom, ponieważ możliwość przedwczesnego wejścia na rynek usług UMTS wynikała z przyznania im licencji wskutek pierwszego przetargu, a nie ze wspomnianej zmiany opłat. Bouygues Télécom, która postanowiła nie brać udziału w pierwszej procedurze, mogła ponadto wyrównać rzekomą korzyść swoich konkurentów. W tym względzie skarżące nie wykazały, że przyznane pasma częstotliwości nie były równoważne, a Bouygues Télécom, która dysponowała już terenami niezbędnymi do uruchomienia UMTS, mogła wykorzystać na swoją korzyść opóźnienie Orange i SFR, jeśliby nie dokonała strategicznego wyboru alternatywnego rozwiązania w stosunku do UMTS.

80 Orange utrzymuje, że zmiana opłat nie miała charakteru selektywnego. Aby zachować zasadę niedyskryminacji, o której mowa w dyrektywie 97/13, władze francuskie były zobowiązane do zrównania warunków pierwszego przetargu z warunkami uzupełniającego przetargu, ponieważ sytuacje Orange, SFR i Bouygues Télécom, jako operatorów pragnących uzyskać identyczne licencje, były porównywalne. Te władze działały w charakterze regulatora wschodzącego rynku UMTS w celu umożliwienia rozwoju w pełni konkurencyjnego rynku zgodnie z celami dyrektywy 97/13.

81 Zmiana opłat nie wiązała się z przyznaniem korzyści Orange i SFR. Orange podnosi, że mogła wycofać swój wniosek aż do dnia 31 maja 2001 r. i że powstrzymała się od tego, ponieważ uzyskała zapewnienie od władz francuskich, że zasada równości będzie przez nie przestrzegana. Istnienie przewagi czasowej, które jest tu podnoszone, nie zostało wykazane, ponieważ Orange i SFR uruchomiły swoje usługi UMTS około dwa lata po uzyskaniu przez Bouygues Télécom licencji. Ponadto Bouygues Télécom, która nie postawiła na UMTS, była w stanie zająć pozycję na rynku prawie w tym samym czasie co jej konkurenci.

82 SFR twierdzi, że rozwiązanie przyjęte przez władze francuskie, by nie anulować pierwszego przetargu, lecz aby zorganizować drugi przetarg, pozwoliło wszystkim zainteresowanym operatorom złożyć oferty, a Bouygues Télécom uzyskać licencję w zamian za opłatę, która ją satysfakcjonowała. Ponieważ ponadto trzej operatorzy złożyli oferty w celu uzyskania zaproponowanych czterech licencji, byli pewni, że otrzymają licencję. Orange i SFR nie uzyskały żadnej korzyści. Natomiast Bouygues Télécom wyciągnęła korzyść ze złożenia swojej późniejszej oferty zwłaszcza pod względem rozwoju technologicznego.

83 Ponadto władze francuskie nie dysponowały w nieodwołalny sposób częścią wierzytelności, z której zrezygnowały. Orange i SFR mogły wycofać swoje oferty do dnia 31 maja 2001 r. i nadal mogły następnie zrezygnować z pozwolenia na zajęcie publicznego zakresu radiowego i przestać płacić odpowiednią opłatę. Ponadto gdyby władze francuskie podtrzymały pierwotnie zażądane od Orange i SFR opłaty w wysokości około ponad osiem razy większej w stosunku do wysokości kwoty Bouygues Télécom, ten operator uzyskałby selektywną korzyść.

Ocena Sądu

84 Spór dotyczy kwestii, czy zmieniając opłaty należne od Orange i SFR z tytułu licencji UMTS, władze francuskie przyznały tym dwóm operatorom korzyść stanowiącą

pomoc państwa w rozumieniu art. 87 ust. 1 WE. W istocie w zaskarżonej decyzji wyciągnięto wniosek, że sporna zmiana nie skutkowała przyznaniem korzyści na rzecz Orange i SFR oraz że skoro jedna z kumulatywnych przesłanek charakteryzujących pojęcie pomocy w rozumieniu art. 87 ust. 1 WE nie została spełniona, kwestionowany środek nie zawierał elementu pomocy państwa w rozumieniu tego przepisu.

85 Skarżące wysuwają zasadniczo argumenty dwojakiego rodzaju. Z jednej strony podnoszą, że kwestionowany środek zawiera selektywną korzyść w szczególności o charakterze czasowym, przyznaną bez świadczenia wzajemnego, ponieważ władze francuskie zrezygnowały z pobrania kwoty, która dla Orange i SFR stanowiła normalne obciążenie odpowiadające rynkowej wartości licencji. Z drugiej strony skarżące podnoszą, że zmiana spornej opłaty nie mogła być uzasadniona zasadą niedyskryminacji, ponieważ, wręcz przeciwnie, miała charakter dyskryminacyjny w stosunku do Bouygues Télécom.

86 Z punktu widzenia proceduralnego skarżące również podnoszą, że skarga złożona przez nie do Komisji nastręczała poważnych trudności i że instytucja ta powinna była w konsekwencji wszcząć postępowanie, o którym mowa w art. 88 ust. 3 WE. Przepis ten stanowi, że jeśli ta instytucja uznaje, że plan pomocy nie jest zgodny ze wspólnym rynkiem w rozumieniu artykułu 87 WE, wszczyna bezzwłocznie procedurę przewidzianą w art. 88 ust. 2 WE.

87 W ramach postępowania przewidzianego w art. 88 WE należy wyróżnić dwa etapy: po pierwsze, badanie wstępne ustanowione w art. 88 ust. 3, które ma na celu wyłącznie umożliwienie Komisji sformułowania pierwszej opinii na temat częściowej lub całkowitej zgodności danej pomocy ze wspólnym rynkiem, a po drugie formalne postępowanie wyjaśniające przewidziane w art. 88 ust. 2 WE, mające na celu umożliwienie Komisji uzyskania pełnych informacji dotyczących wszystkich danych w sprawie (wyroki Trybunału z dnia 19 maja 1993 r. w sprawie C-198/91 Cook prze-

ciwko Komisji, Rec. str. I-2487, pkt 22, z dnia 15 czerwca 1993 r. w sprawie C-225/91 Matra przeciwko Komisji, Rec. str. I-3203, pkt 16, i ww. wyrok w sprawie Komisja przeciwko Sytraval i Brink's France, pkt 38).

88 Badanie wstępne, o którym mowa w art. 88 ust. 3 WE, ma na celu jedynie zapewnienie Komisji czasu do namysłu i do przeprowadzenia kontroli pozwalającej na sformułowanie pierwszej opinii w sprawie zgłoszonych planów pomocy, tak by mogła stwierdzić bez pogłębionego badania, że są one zgodne z traktatem albo wprost przeciwnie, że ich zawartość wzbudza wątpliwości pod tym względem (wyrok Trybunału z dnia 15 lutego 2001 r. w sprawieC-99/98 Austria przeciwko Komisji, Rec. str. I-1101, pkt 53 i 54).

89 Formalna część postępowania wyjaśniającego przewidziana w art. 88 ust. 2 WE, która pozwala Komisji uzyskać całkowitą jasność co do całości danych w sprawie przed podjęciem decyzji, nabiera nieodzownego charakteru, jeżeli Komisja napotka poważne trudności w ocenie, czy pomoc jest zgodna ze wspólnym rynkiem (ww. wyrok w sprawie Matra przeciwko Komisji, pkt 33).

90 Komisja może zatem ograniczyć się do etapu badania wstępnego przewidzianego w art. 88 ust. 3 WE przy podejmowaniu decyzji o niewnoszeniu zastrzeżeń w odniesieniu do pomocy tylko pod warunkiem, że jest w stanie w toku tego badania nabrać przeświadczenia, iż projekt jest zgodny z traktatem.

91 Natomiast jeżeli to pierwsze badanie spowoduje, że Komisja nabierze odmiennego przeświadczenia albo nawet nie da ono możliwości usunięcia pojawiających się trudności w ocenie zgodności tej pomocy ze wspólnym rynkiem, Komisja ma obowiązek zapoznać się ze wszystkimi koniecznymi punktami widzenia i wszcząć w tym celu formalne postępowanie wyjaśniające przewidziane w art. 88 ust. 2 WE (wyrok

Trybunału z dnia 20 marca 1984 r. w sprawie 84/82 Niemcy przeciwko Komisji, Rec. str. 1451, pkt 13, ww. wyrok w sprawie Cook przeciwko Komisji, pkt 29, ww. wyrok w sprawie Matra przeciwko Komisji, pkt 33, oraz ww. wyrok w sprawie Komisja przeciwko Sytraval i Brink's France, pkt 39).

92 Ponieważ decyzja została wydana bez wszczęcia etapu formalnego postępowania wyjaśniającego, Komisja mogła wydać ją zgodnie z prawem, jeśli skarga złożona do niej przez skarżących nie nastręczała poważnych trudności.

93 Należy zatem zbadać argumenty przedstawione przez skarżących w stosunku do zaskarżonej decyzji dotyczące istnienia poważnych trudności. W rzeczywistości gdyby takie trudności pojawiły się, można by było stwierdzić nieważność decyzji jedynie na tej podstawie, że nie zostało przeprowadzone kontradyktoryjne i pogłębione badanie przewidziane przez traktat, nawet jeśli nie wykazano, że ocena merytoryczna dokonana przez Komisję zawierała błędy co do prawa i co do okoliczności faktycznych.

94 Należy zbadać kolejno kwestię istnienia rzekomej przewagi czasowej stanowiącej pomoc państwa, a następnie kwestię przestrzegania zasady niedyskryminacji.

— W przedmiocie istnienia selektywnej korzyści

95 W zaskarżonej decyzji Komisja stwierdziła, że „nie udowodni[ono], iż przedwczesne uzyskanie licencji UMTS wiązało się z przyznaniem jakiejkolwiek korzyści dla Orange i SFR, mogącej wpłynąć na konkurencję, z uwagi na opóźnienie wszystkich operatorów w uruchomieniu sieci UMTS" i że „nowy system taryf licencyjnych […] [mógł] być uznany za bardziej odpowiedni dla uwzględnienia zmienionej sytuacji

ratione temporis operatorów w szczególnym kontekście przyznawania licencji we Francji" (motyw 34 zaskarżonej decyzji).

96 W celu wykazania selektywnego charakteru zmiany opłat UMTS skarżące wskazują, że doprowadziła ona do powstania przewagi czasowej po stronie Orange i SFR ze względu na ich wcześniejsze licencje na niekorzyść Bouygues Télécom, która zapłaciła identyczną cenę za licencję ważną później niż licencje jej konkurentów, co stanowiło dyskryminacje w stosunku do tego operatora.

97 W tym zakresie skarżące kwestionują, jakoby sporna zmiana mogła być analizowana jako środek, który jest uzasadniony przez rodzaj oraz strukturę systemu, co wyłączałoby jego kwalifikację jako pomoc państwa (zob. wyroki Trybunału z dnia 2 lipca 1974 r. w sprawie 173/73 Włochy przeciwko Komisji, Rec. str. 709, pkt 33, z dnia 26 września 2002 r. w sprawieC-351/98 Hiszpania przeciwko Komisji, Rec. str. I-8031, pkt 42, oraz z dnia 14 kwietnia 2005 r. w sprawach połączonych C-128/03 i C-129/03 AEM oraz AEM Torino, Zb.Orz. str. I-2861, pkt 39). Z ich punktu widzenia udzielenie licencji na telefonię ruchomą nie stanowi czystej działalności regulacyjnej, lecz działalność gospodarczą.

98 W tym względzie skarżące podnoszą, że licencje na UMTS mają wartość rynkową oraz że władze krajowe, które udzielają tych licencji, działają jako operator gospodarczy dążący do uzyskania jak najkorzystniejszej ceny w celu podniesienia pod względem gospodarczym wartości zarządzania publicznym zakresem radiowym. Dodają one, że ta cena została zaakceptowana przez Orange i SFR w zamian za prawo używania przestrzeni publicznej. W konsekwencji zmniejszając znacznie kwotę, którą należało zapłacić z tytułu opłaty w pierwotnie określonej wysokości, władze krajowe dokonały transferu zasobów państwa na korzyść dwóch wspomnianych operatorów poprzez rezygnację z istotnej części wierzytelności, która im przysługiwała względem nich.

99 Z akt sprawy wynika, że pierwotna opłata została ustalona w wysokości 4,954 593 mld EUR i miała być zapłacona w transzach podczas całego okresu ważności licencji i że po kwestionowanej zmianie opłata składa się z jednej części o kwocie 619 209 795,27 EUR płatnej w dniu 30 września roku, w którym wydano zezwolenie, lub w chwili wydania zezwolenia, jeśli następuje ono po dniu 30 września, oraz z drugiej części płatnej każdego roku do dnia 30 czerwca bieżącego roku z tytułu korzystania z częstotliwości w tym roku i obliczanej jako procent od obrotu uzyskanego dzięki tym częstotliwościom (zob. pkt 11 i 17 powyżej). Taka zmiana wiąże się przynajmniej potencjalnie ze utratą zasobów państwa, na którą zgodziły się w niniejszym przypadku władze krajowe.

100 Z wyroku Trybunału z dnia 22 maja 2003r. w sprawie C-462/99 Connect Austria Rec. str. I-5197, pkt 93, w którym chodziło o opłaty nałożone na operatorów działających na różnych rynkach usług telekomunikacji ruchomej, wynika, że opłaty mają wartość rynkową.

101 W ten sam sposób licencje na UMTS, które zezwalają na wykonywanie działalności gospodarczej polegającej na świadczeniu usług telefonii ruchomej w przestrzeni radiowej i które należy uważać jako prawo do zajmowania lub używania odpowiedniego publicznego zakresu radiowego, mają wartość gospodarczą, którą zarządca tego zakresu musi uwzględnić przy określaniu kwoty opłat, które będą wymagane od danych operatorów.

102 W wyroku z dnia 12 grudnia 2000 r. w sprawie T-128/98 Aéroports de Paris przeciwko Komisji, Rec. str. II-3929, pkt 120 i 121, w której kwestią sporną było udostępnienie przedsiębiorstwom lotniczym oraz usługodawcom urządzeń w porcie lotniczym oraz opłaty ustalone z tego tytułu przez skarżącą jako zarządcę portu lotniczego będącego własnością publiczną, Sąd stwierdził, że istnienie w prawie krajowym specjalnego systemu nadzoru nad własnością publiczną nie było niezgodne z wykonywaniem działalności gospodarczej związanej z własnością publiczną i że udostępnienie przez Aéroports de Paris urządzeń w portach lotniczych składało się na wyko-

nywanie usług o charakterze gospodarczym w ramach własności publicznej i było częścią jej działalności gospodarczej.

103 Trybunał, do którego zostało wniesione odwołanie, orzekł, że działalnością o charakterze gospodarczym jest udostępnianie urządzeń w portach lotniczych przedsiębiorstwom lotniczym i różnym usługodawcom w zamian za uiszczenie opłaty, której stawka jest swobodnie ustalana przez Aéroports de Paris (wyrok Trybunału z dnia 24 października 2002 r. w sprawie C-82/01 P Aéroports de Paris przeciwko Komisji, Rec. str. I-9297, pkt 78).

104 Wykonywanie zadań władczych nie wyklucza zatem uwzględnienia danych o charakterze gospodarczym w ramach zarządzania własnością rzadkich zasobów publicznych takich jak częstotliwości radiowe będące częścią publicznej przestrzeni radiowej, w stosunku do której może być przyznane prawo dostępu lub używania. W ten sposób państwa członkowskie pełnią zarazem rolę regulatora telekomunikacji i rolę zarządcy własnością publiczną, którą stanowi przestrzeń radiowa.

105 W tym względzie argumenty przedstawione na rozprawie przez Komisję, której zdaniem sporne dobra nie mają wartości rynkowej, ponieważ nie mają równoważnika w rękach zarządców prywatnych, nie mogą wystarczyć do wykluczenia tezy, że takie dobra mogą stanowić zasoby państwa.

106 Jednak, nawet jeśli uwzględniając wartość gospodarczą licencji, należy przyznać skarżącym, że w niniejszym przypadku władze krajowe zrezygnowały w znacznym zakresie z zasobów państwa, z jednej strony ten wniosek musi zostać zróżnicowany w świetle spornej wierzytelności, a z drugiej strony utrata zasobów nie stanowi koniecznie pomocy państwa z powodu rodzaju i struktury systemu.

107 Jeśli chodzi o wierzytelność państwa względem Orange i SFR, z której ono zrezygnowało, to wbrew twierdzeniom skarżących nie była ona pewna. Rzeczywiście z jednej strony w ramach procedury dotyczącej pierwszego przetargu dwaj wspomniani operatorzy mogli wycofać swoje oferty do dnia 31 maja 2001 r., gdyby nie zapewniono ich, że będą traktowani na równi z innymi operatorami (zob. pisma z dnia 22 lutego 2001, o których mowa w pkt 14 powyżej), a z drugiej strony nadal mogli oni zrezygnować z licencji i w konsekwencji przestać uiszczać opłatę, w szczególności jeśli uważali, że są ofiarami nierównego traktowania w porównaniu z Bouygues Télécom.

108 Ponadto wspólnotowe ramy prawne dla usług telekomunikacyjnych, które ustanowione zostały w dyrektywie 97/13 i w decyzji nr 128/1999, opierają się na równym traktowaniu operatorów w zakresie udzielenia licencji, jak również określania ewentualnych opłat, oraz pozostawiają państwom członkowskim swobodę w wyborze procedury przyznawania licencji, jeśli tylko przestrzegane są zasady wolnej konkurencji i równego traktowania. W ten sposób skoro państwa członkowskie mogą stosować aukcje publiczne, mogą także, jak w niniejszym przypadku, wybrać procedurę selekcji porównawczej, gdyż najważniejsze jest, aby operatorzy byli traktowani w ten sam sposób, w szczególności w zakresie opłat.

109 W tym znaczeniu Trybunał, do którego zwrócono się o wykładnię art. 11 ust. 2 dyrektywy 97/13 dotyczącego opłat, podkreślił w wyżej wymienionym w pkt 90 wyroku w sprawie Connect Austria, że opłaty nałożone na różnych operatorów muszą być równoważne pod względem gospodarczym. Ponadto po wskazaniu, że ustalenie kwoty opłat implikuje złożoną ocenę ekonomiczną i że z tego powodu władze krajowe nie mogą być zobowiązane do przestrzegania ścisłych kryteriów, jeśli mieszczą się one w granicach określonych przez prawo wspólnotowe, Trybunał zaznaczył, że sąd krajowy powinien sprawdzić wartość gospodarczą licencji, uwzględniając w szczególności wielkość przydzielonych pasm częstotliwości, moment dostępu przez każdego zainteresowanego operatora do rynku oraz zakres możliwości przedstawienia pełnej oferty systemów telekomunikacji ruchomej (pkt 92 i 93).

110 Dlatego nawet jeśli prawo do korzystania z przestrzeni radiowej przyznane operatorom ma wartość gospodarczą, kwota, którą należy uiścić tytułem opłaty, będzie mogła stanowić pomoc państwa przy założeniu, że pozostałe warunki pozostają niezmienne, gdy istnieje różnica w cenie zapłaconej przez każdego operatora, przy czym należy przypomnieć, że zdaniem Trybunału należy wziąć pod uwagę moment dostępu do rynku z punktu widzenia każdego operatora (ww. wyrok w sprawie Connect Austria, pkt 93). Natomiast jeśli władze krajowe postanowią ogólnie, że licencje zostaną przyznane nieodpłatnie, że nastąpi to w wyniku aukcji publicznej lub też na podstawie jednolitej taryfy, nie można mówić o pomocy państwa, jeśli te zasady są stosowane w identyczny sposób do wszystkich zainteresowanych operatorów.

111 W konsekwencji okoliczność, że państwo mogło zrezygnować z zasobów i że mogła z tego wyniknąć korzyść dla beneficjentów obniżki opłaty, nie wystarcza do spełnienia warunków istnienia pomocy państwa niezgodnej ze wspólnym rynkiem, biorąc pod uwagę szczególny charakter wspólnotowego prawa telekomunikacji w stosunku do powszechnego prawa z zakresu pomocy państwa. W rzeczywistości rezygnacja ze spornej tu wierzytelności była nieunikniona z uwagi na strukturę systemu, poza tym, że jak wskazano w pkt 107 powyżej, wspomniana wierzytelność nie była pewna.

112 Z tego względu biorąc pod uwagę rodzaj i strukturę systemu dyrektywy 97/13 i decyzji nr 128/1999 nie ma znaczenia okoliczność, której prawdopodobieństwa nie musi oceniać Sąd, że Orange i SFR były w stanie zapłacić pierwotne opłaty, czy też że uznały, iż te opłaty odpowiadały prawidłowej cenie licencji,.

113 Należy zatem stwierdzić wraz ze skarżącymi, że obiektywnie istnieje różnica pomiędzy sytuacją Orange i SFR a sytuacją Bouygues Télécom pod względem momentu, w którym zostały im udzielone licencje. Nie ulega wątpliwości, że licencje zostały przyznane Orange i SFR w dwóch zarządzeniach z dnia 18 lipca 2001 r. i że Bouygues Télécom uzyskała licencję na podstawie decyzji z dnia 3 grudnia 2002 r. Po

dokonaniu pierwszej analizy argument skarżących, że wcześniejsze uzyskanie licencji przez Orange i SFR, rzędu półtora roku, mogło przysporzyć korzyści konkurentom Bouygues Télécom, nie jest pozbawione znaczenia.

114 W rzeczywistości korzyść może wynikać również z niższej ceny ustalonej dla dobra o identycznej wartości lub z identycznej ceny ustalonej dla dobra, które ma mniejszą wartość.

115 Jednak wydaje się, że w niniejszym przypadku zainteresowani nie odnieśli tej potencjalnej korzyści.

116 Z akt sprawy wynika, że Orange i SFR, które stanęły przed problemami związanymi z technologią UMTS i z sytuacją gospodarczą mało sprzyjającą jej rozwojowi, odnotowały opóźnienia w uruchomieniu ich usług, które mogły wykonywać dopiero od połowy 2004 r. w przypadku SFR i pod koniec 2004 r. w przypadku Orange, to jest dwa lata po uzyskaniu przez Bouygues Télécom licencji. Należy stwierdzić, że konkurenci Bouygues Télécom nie mogli w praktyce czerpać korzyści z przewagi czasowej powstałej dzięki uzyskaniu licencji w celu uruchomienia usług UMTS przed uzyskaniem licencji przez Bouygues Télécom pozwalającej jej na uruchomienie własnych usług. Opóźnienie Orange i SFR zneutralizowało w ten sposób przewagę czasową tych dwóch operatorów.

117 Ponadto, chociaż skarżące podnoszą, że Orange i SFR z uwagi na wcześniej uzyskane licencje mogły wybrać lepsze pasma częstotliwości i wykorzystać możliwość zbudowania sieci bez przerw w dostawie, zwiększenia dozwolonego zakresu i zmniejszenia ryzyka zakłóceń oraz ułatwienia porozumień pomiędzy operatorami na granicach, nie przedstawiły one żadnej okoliczności faktycznej na poparcie tych twierdzeń.

118 Skarżące podnoszą także, że Orange i SFR mogły skorzystać z pierwszeństwa do nabycia najlepszych terenów i z wizerunku innowacyjnego operatora na niekorzyść Bouygues Télécom oraz zdobyć udziały w rynku bez prawdziwej konkurencji.

119 W pierwszej kolejności, jeśli chodzi o pierwszeństwo do nabycia rzekomych terenów, skarżące wskazują, że gdy Bouygues Télécom uzyskała zezwolenia na nadawanie, Orange i SFR dysponowały już licznymi zezwoleniami, które głównie dotyczyły najważniejszych miast francuskich. Jeśli przyjąć, że te informacje są prawdziwe, to należy wskazać, że biorąc pod uwagę istotne różnice pod względem strategii gospodarczej i handlowej, jak również wyborów technologicznych i w konsekwencji podejścia do rynku pomiędzy tymi operatorami i Bouygues Télécom, trudne wydaje się wyciągnięcie użytecznych wniosków, jeśli chodzi o potencjalny wpływ na konkurencję. W każdym razie skarżące nie dowiodły, że w momencie, w którym Bouygues Télécom uzyskała licencję, najlepsze tereny zostały już zajęte ani że nie mogła ona uzyskać zezwoleń na otworzenie działalności i że była też szczególnie ograniczona z tego względu w wyborze niezbędnych terenów do rozwoju swoich usług.

120 W drugiej kolejności w odniesieniu do argumentu, że uzyskanie wcześniej licencji przez konkurentów Bouygues Télécom mogło zaszkodzić wizerunkowi znaku towarowego tego przedsiębiorstwa, należy stwierdzić, że taki skutek nie wystąpił. Ponadto interwenienci podkreślają, czemu nie zaprzeczono, że Bouygues Télécom w pierwszej fazie postawiła na alternatywną technologię w stosunku do UMTS i odłożyła na później uruchomienie swoich usług UMTS w oczekiwaniu na ulepszoną wersję systemu. W świetle takich różnic w wyborze strategicznym pomiędzy operatorami nie można uznać, że wpływ daty wydania licencji na wizerunek znaku towarowego zainteresowanych przedsiębiorstw wprowadza istotną różnicę w odniesieniu do ich sytuacji.

121 W trzeciej kolejności skarżące utrzymują, że Orange i SFR mogły zdobyć udziały w rynku bez prawdziwej konkurencji, lecz to twierdzenie nie jest niczym poparte.

Ponadto argument skarżących nie przekonuje, biorąc pod uwagę specyficzną strategię Bouygues Télécom na rynku UMTS, która bezsprzecznie odróżnia się od strategii dwóch innych operatorów, których dotyczy niniejszy spór.

122 Zatem w dniu wydania decyzji Komisja mogła stwierdzić, że Orange i SFR nie skorzystały z przewagi czasowej, którą stanowiło wcześniejsze uzyskanie licencji. W konsekwencji Komisja mogła uznać, że Orange i SFR nie miały przewagi konkurencyjnej na niekorzyść Bouygues Télécom.

123 W każdym razie korzyść teoretycznie przyznana Orange i SFR była jedynym środkiem pozwalającym uniknąć - z naruszeniem dyrektywy 97/13 - wydania środka, który ze względu na istotną różnicę pomiędzy dwoma systemami opłat kolejno ustanowionych przez władze krajowe byłby dyskryminacyjny względem tych dwóch operatorów, podczas gdy z jednej strony w momencie spornej zmiany z uwagi na opóźnienie Orange i SFR w uruchomieniu ich usług UMTS żaden z operatorów nie był obecny na rynku, tak jak to wcześniej zostało ustalone, i podczas gdy z drugiej strony cechy charakterystyczne licencji trzech operatorów konkurujących ze sobą były identyczne.

124 Co się tyczy tej ostatniej kwestii, skarżące nie udowodniły, że licencje UMTS wydane trzem operatorom wykazywały różnice z punktu widzenia ich wewnętrznych cech charakterystycznych, a poprzednio ustalono, że przyznanie wcześniej licencji Orange i SFR nie miało w niniejszym przypadku negatywnego wpływu na Bouygues Télécom.

125 Jak wyjaśnia Komisja, popierana przez interwenientów, cechy charakterystyczne różnych przydzielonych pasm częstotliwości są równoważne, co również wynika z opinii włączonej do akt sprawy przez skarżące dotyczącej zasad i warunków

udzielenia zezwoleń na wprowadzenie we Francji (metropolii) UMTS, załączonej do decyzji ORT z dnia 28 lipca 2000 r. Nie jest także kwestionowane, że urządzenia, które są do dyspozycji, działają we wszystkich pasmach częstotliwości. Ponadto okoliczność wspomniana przez skarżące, że Orange i SFR mogły utworzyć wspólne zakresy częstotliwości wraz z ich spółkami zależnymi zagranicą, jest bez znaczenia, ponieważ Bouygues Télécom nie ma takich spółek zależnych.

126 Z powyższych rozważań wynika, że rzekoma przewaga czasowa nie została wykazana i że ta ocena nie stwarza poważnej trudności, w świetle której Komisja powinna była wszcząć formalne postępowanie wyjaśniające dotyczące pomocy.

— W przedmiocie zasady niedyskryminacji

127 W zaskarżonej decyzji Komisja stwierdziła, że w celu zrównania spornych opłat „władze francuskie zastosowały się jedynie do art. 11 ust. 2 dyrektywy 97/13, który wymaga, aby opłaty miały charakter niedyskryminacyjny" i że „zastosowały się jedynie do zobowiązania wynikającego z prawa wspólnotowego" (motyw 28 zaskarżonej decyzji), to jest do przestrzegania zasady niedyskryminacji.

128 Skarżące uważają, że aby zapewnić niedyskryminacyjne traktowanie operatorów, władze francuskie powinny były utrzymać warunki, w szczególności warunki taryfowe, na podstawie których Orange i SFR uzyskały odpowiednie licencje, ponieważ dwa kolejne przetargi stanowiły odrębne procedury. Powołują się one w tym względzie na przepisy mające zastosowanie w dziedzinie zamówień publicznych,

w szczególności na zasadę nienaruszalności kryteriów lub warunków przyznawania zamówień i podnoszą, że władze krajowe powinny były anulować pierwszy przetarg i od nowa rozpocząć selekcję, jeśli uznały, że utrzymanie warunków już ustalonych z wybranymi w pierwszej kolejności operatorami jest niemożliwe.

129 Z utrwalonego orzecznictwa wynika, że dyskryminacja polega na stosowaniu różnych zasad w porównywalnych sytuacjach lub też na stosowaniu tej samej zasady w różnych sytuacjach (zob. w szczególności wyroki z dnia 14 lutego 1995 r. w sprawieC-279/93 Schumacker, Rec. str. I-225, pkt 30, oraz z dnia 13 lutego 1996 r. w sprawie C-342/93 Gillespie i in., Rec. str. I-475, pkt 16).

130 Z akt sprawy wynika, że w wyniku dwóch przetargów opisanych w pkt 11-22 powyżej Orange i SFR przyznano licencje na mocy zarządzeń z dnia 18 lipca 2001 r., a Bouygues Télécom na mocy zarządzenia z dnia 3 grudnia 2002 r.

131 Bouygues Télécom - w odróżnieniu do jej konkurentów Orange i SFR - nie składając oferty w ramach pierwszego przetargu ze względu na kwotę opłaty, wzięła na siebie ryzyko, że nie będzie mogła uruchomić swoich usług UMTS lub że będzie mogła uruchomić je dopiero z opóźnieniem, które mogło przynieść jej szkodę z punktu widzenia konkurencji, porównywalnie do tych dwóch operatorów.

132 Tę obiektywną różnicę sytuacji wynikającą z faktu, że Orange i SFR odpowiedziały na pierwsze, a Bouygues Télécom na drugie zaproszenie do składania ofert, należy powiązać z identycznymi warunkami, które ostatecznie zostały im przyznane. W ten sposób wskutek zaskarżonej decyzji dwa przedsiębiorstwa, które natychmiast

złożyły oferty i nie podjęły takiego samego ryzyka co Bouygues Télécom, skorzystały z lepszych warunków, które zostały przyznane temu przedsiębiorstwu w ramach procedury, w której nie uczestniczyły.

133 Ewentualna dyskryminacja, której ofiarą miała być Bouygues Télécom, powinna zostać przeanalizowana w świetle spornych ram proceduralnych w celu określenia obowiązków, które w niniejszym przypadku ciążą na władzach krajowych.

134 Należy zauważyć, że pomimo sposobu, w jaki faktycznie przebiegła organizacją procedury udzielania licencji UMTS, zapoczątkowanej w lipcu 2000 r. przez władze francuskie, stanowiła ona w rzeczywistości jedyną procedurę, która miała na celu przyznanie czterech licencji na wprowadzenie systemu UMTS we Francji (zob. pkt 11 powyżej). Po części bezowocna procedura pierwszego przetargu sprawiła, że uzupełniający przetarg stał się konieczny w niecałe sześć miesięcy po przyznaniu pierwszych dwóch licencji (zob. pkt 15 i 16 powyżej) w celu zapewnienia skutecznej konkurencji na wschodzącym rynku i umożliwienia przyznania dwóch pozostałych licencji, a dwa przetargi zostały pomyślane i odbyły się w identyczny sposób pod względem formalnym (ogłoszenie, kalendarz…).

135 W tym względzie należy oddalić jako bezskuteczną argumentację skarżących opartą na zasadach proceduralnych mających zastosowanie w dziedzinie zamówień publicznych i koncesji, które nie mają zastosowania w niniejszym przypadku. Jeśli chodzi natomiast o zasadę nienaruszalności kryteriów selekcji lub warunków przyznawania zamówień, na które powołują się skarżące, to ani w dyrektywie 97/13, ani w żadnym innym przepisie prawa wspólnotowego mającym tu zastosowanie nie ma o niej mowy. Wręcz przeciwnie, dyrektywa 97/13 przewiduje w art. 8 ust. 4, że państwa członkowskie mogą zmienić warunki zawarte w indywidualnej licencji w obiektywnie uzasadnionych przypadkach i pod warunkiem zachowania zasady proporcjonalności.

136 W kontekście jednej selekcji, chociaż zorganizowanej w kilku etapach, tak jak w niniejszym przypadku, zasada niedyskryminacji musi więc być stosowana z uwzględnieniem w całości dwóch przetargów.

137 W tym kontekście inne rozwiązanie aniżeli rozwiązanie przyjęte przez władze krajowe nie pozwoliłoby na bardziej satysfakcjonująca realizację zasady równego traktowania tych trzech operatorów.

138 W istocie biorąc pod uwagę okoliczności niniejszego przypadku, wydaje się, że władze krajowe miały do dyspozycji ostatecznie trzy możliwości po tym, jak stwierdziły, że pierwszy przetarg nie pozwolił na wybór takiej liczby operatorów, która wystarczyłaby do zapewnienia skutecznej konkurencji w tym sektorze.

139 Według pierwszej opcji te władze oświadczyłyby, że pierwszy przetarg był bezowocny i rozpoczęłyby od nowa procedurę, ustalając opłatę zgodnie z przepisami odpowiadającemu zmienionemu uregulowaniu.

140 Wydaje się jednak, że takie rozwiązanie nie miałoby znaczenia dla wyniku procedury, ponieważ faktycznie ci sami operatorzy, to jest Orange, SFR oraz Bouygues Télécom, byliby jedynymi kandydatami i udzielono by im in fine zasadniczo takich samych licencji, jakie w rzeczywistości uzyskali.

141 Natomiast taka opcja stanowiłaby przynajmniej pewien problem w świetle wspólnotowego prawa telekomunikacji. W istocie pociągnęłaby ona za sobą opóźnienie w uruchomieniu omawianych tu usług, które to uruchomienie zostało przewidziane najpóźniej na dzień 1 stycznia 2002 r. w decyzji nr 128/1999 (zob. pkt 8 powyżej). W zaskarżonej decyzji Komisja wspomniała o tym opóźnieniu, którym należałoby obarczyć bezpośrednio władze krajowe.

142 W konsekwencji, chociaż równe traktowanie mogłoby zostać zapewnione w ramach pierwszej opcji, Republika Francuska podjęłaby ryzyko opóźnienia wykonania spornych przepisów wspólnotowych oraz uchybienia w tym zakresie zobowiązaniom.

143 Według drugiej opcji władze krajowe kontynuowałyby procedurę, ogłaszając drugi przetarg, ale w odróżnieniu od rozwiązania przyjętego w rzeczywistości, bez zrównania opłat Orange i SFR z opłatą Bouygues Télécom.

144 Orange i SFR zostałyby w takim przypadku potraktowane inaczej niż Bouygues Télécom z naruszeniem zasady niedyskryminacji, biorąc pod uwagę równą wartość licencji i fakt, że w momencie zmiany opłaty żaden z operatorów nie był obecny na rynku. Ponadto takie rozwiązanie nie odpowiadałoby warunkom ustalania opłat określonym przez Trybunał w wyżej wymienionym wyroku w sprawie Connect Austria (zob. pkt 109 powyżej).

145 Gdyby władze francuskie utrzymały pierwotny system opłat dla Orange i SFR, wymogi niedyskryminacji i proporcjonalności, które nakłada dyrektywa 97/13, nie zostałyby spełnione ze względu na nierówne traktowanie i dysproporcję wyrażającą się w przybliżeniu stosunkiem od 1 do 8 według informacji SFR, którym nie zaprzeczono, pomiędzy pierwotnym systemem i zmienionym systemem. Taka różnica pomiędzy kwotami należnych opłat odzwierciedlałaby dyskryminującą sytuację sprzyjającą Bouygues Télécom i niekorzystną dla dwóch pozostałych operatorów.

146 Ponadto w takim przypadku dwóch pierwotnie wybranych operatorów mogłoby zrezygnować z ich licencji, co zmusiłoby władze francuskie do ogłoszenia trzeciego przetargu w celu zapewnienia skutecznej konkurencji w omawianym sektorze i tym samym opóźniłoby uruchomienie omawianych usług.

147 Według trzeciej opcji władze krajowe ogłosiłyby drugi przetarg, ustalając warunki w szczególności finansowe, które zostałyby obniżone i zmieniłyby retroaktywnie te warunki w odniesieniu do przyznanych licencji.

148 To rozwiązanie, które zostało przyjęte w niniejszym przypadku, pozwoliło zapewnić równe traktowanie trzech operatorów, którzy byli jedynymi kandydatami w ramach tej całej procedury we wcześniej przypomnianym kontekście identycznych licencji i wschodzącego rynku, na którym żaden z operatorów nie był obecny w momencie zmiany opłaty. Wybór tej opcji przez władze francuskie umożliwił Republice Francuskiej uniknąć opóźnień w uruchomieniu usług UMTS, o których mowa w dyrektywie 97/13.

149 Należy także wskazać, że zrównanie finansowych warunków przyznania licencji począwszy od momentu zmiany spornych opłat, a nie retroaktywnie od dnia ich wydania, tak jak zostało postanowione w niniejszym przypadku, nie doprowadziłoby do innego wyniku.

150 W istocie z akt sprawy wynika, że w dniu wydania zarządzeń z dnia 3 grudnia 2002 r., zawierających zmiany, Orange i SFR zgodnie z przewidzianym w pierwotnych przepisach rozłożeniem zapłaty uregulowały kwotę odpowiadającą według zmienionych przepisów pierwszej części opłaty, płatnej w momencie wydania licencji. Jeśli chodzi o drugą część przewidzianą w zmienionych przepisach, związaną z obrotem uzyskanym z tytułu używania częstotliwości, to powinna była ona zostać zapłacona dopiero po uruchomieniu usług UMTS przez operatorów, czego Orange i SFR jeszcze nie rozpoczęły w chwili wydania wspomnianych zarządzeń zmieniających ich licencje oraz zarządzenia przyznającego licencję Bouygues Télécom.

151 Wydaje się zatem, że zmiana przepisów stosowanych do Orange i SFR okazała się w tych okolicznościach neutralna dla trzech operatorów konkurujących ze sobą, ponieważ kwestia, czy ta zmiana miała retroaktywny charakter, czy też nie, nie ma w tym zakresie znaczenia.

152 Pomimo przyznania identycznych warunków zwycięzcom różnych procedur selekcji Komisja mogła w tej sytuacji uznać, że nowy system opłat nie był dyskryminacyjny na niekorzyść Bouygues Télécom.

153 Wymóg równego traktowania operatorów, który nakłada dyrektywa 97/13, wręcz przeciwnie oznaczał, że w takich okolicznościach jak w niniejszym przypadku należało zrównać opłaty należne od Orange i SFR z opłatą Bouygues Télécom.

154 Argument skarżących, że zmiana wprowadzała dyskryminację, ponieważ dzięki większym możliwościom finansowym w stosunku do swoich konkurentów Orange i SFR mogły odpowiedzieć na pierwszy przetarg i uzyskać licencje, nie podważa powyżej przeprowadzonej oceny, ponieważ z jednej strony wcześniejsze przyznanie licencji nie postawiło ich faktycznie w korzystniejszej sytuacji, a z drugiej strony równe traktowanie operatorów wymagało wyrównania opłat.

155 Z powyższych rozważań wynika, że zmiana spornej opłaty nie wprowadzała dyskryminacji na niekorzyść Bouygues Télécom i że ta ocena nie nastręczała poważnych trudności, które wymagałyby wszczęcia formalnego postępowania wyjaśniającego.

156 W tych warunkach Komisja mogła zgodnie z prawem stwierdzić, nie uznając, że pojawiły się poważne trudności, że kwestionowany środek krajowy nie zawiera elementu pomocy państwa w rozumieniu art. 87 ust. 1 WE.

157 Wprawdzie w pismach dotyczących sprawy, w której zostało wydane wyżej wymienione postanowienie Bouygues i Bouygues Télécom przeciwko Komisji, Komisja wskazuje na szczególną złożoność, lecz ta wzmianka, wbrew twierdzeniom skarżących, dotyczyła nie środka spornego w niniejszym postępowaniu, ale całości środków, o których doniesiono w skardze złożonej do Komisji, która odnosiła się do 11 środków. Ponadto Komisja, uznając, że niektóre z nich nastręczały poważnych trudności, wszczęła postępowanie przewidziane w art. 88 ust. 2 WE w dniu 31 stycznia 2003 r. w odniesieniu do niektórych z nich, które zakończyło się wydaniem dwóch decyzji w dniu 2 sierpnia 2004 r. dotyczących odpowiednio systemu podatku od działalności gospodarczej zastosowanego do France Télécom [C(2004) 3061] oraz pożyczki na akcjonariusza przyznanej France Télécom przez państwo [C(2004) 3060], które obecnie są przedmiotem postępowania przed Sądem (sprawy T-425/04 Francja przeciwko Komisji, T-427/04 Francja przeciwko Komisji, T-444/04 France Télécom przeciwko Komisji, T-450/04 Bouygues i Bouygues Télécom, T-456/04 AFORS Télécom przeciwko Komisji, T-17/05 France Télécom przeciwko Komisji).

158 Skarżące podnoszą, że Komisja nie dochowała należytej staranności w badaniu środka krajowego, który został przez nie zakwestionowany w skardze złożonej do Komisji w dniu 4 października 2002 r., do której ta instytucja ustosunkowała się w zaskarżonej decyzji z dnia 20 lipca 2004 r. Twierdzenie to nie tylko jest bezskuteczne, ale także nie zostało udowodnione. Komisja może w rzeczywistości przyznać różny stopień pierwszeństwa skargom, które zostały do niej złożone (wyrok Trybunału z dnia 4 marca 1999 r. sprawie C-119/97 P Ufex i in. przeciwko Komisji, Rec. str. I-1341, pkt 88).

159 Ponieważ wspomniana skarga złożona do Komisji, która zwierała około 90 stron, nie licząc załączników, dotyczyła wszystkich 11 środków, należy uznać, że wszczynając postępowanie przewidziane w art. 88 ust. 2 WE trzy i pół miesiąca po złożeniu tej skargi w odniesieniu do niektórych środków, o których mowa w skardze, i w konsekwencji rozpatrując po części skargę i przyznając pierwszeństwo właśnie środkom

nastręczającym poważne trudności, Komisja mogła z uwagi na obłożenie pracą i priorytety analizy, które ona sama określa, przełożyć rozpatrzenie środka, który jej zdaniem nie nastręczał poważnych trudności.

160 W tej sytuacji okres jednego roku, dziesięciu miesięcy i piętnastu dni, który upłynął od złożenia skargi do Komisji do wydania zaskarżonej decyzji, nie świadczy o braku staranności ze strony Komisji.

161 W świetle wszystkich powyższych rozważań Sąd musi oddalić skargę bez badania pozostałych kryteriów określonych w art. 87 ust. 1 WE, ponieważ jedna z kumulatywnych przesłanek, która jest niezbędna do kwalifikacji środka jako pomocy państwa, nie została spełniona.

W przedmiocie kosztów

162 Zgodnie z art. 87 § 2 regulaminu Sądu kosztami zostaje obciążona, na żądanie strony przeciwnej, strona przegrywająca sprawę. Ponieważ skarżące przegrały sprawę, należy obciążyć je solidarnie, poza ich własnymi kosztami, również kosztami Komisji oraz kosztami Orange i SFR występującymi w sprawie w charakterze interwenientów na poparcie żądań Komisji.

163 Republika Francji pokrywa własne koszty zgodnie z art. 87 § 4 zdanie pierwsze regulaminu Sądu.

Z powyższych względów

SĄD (czwarta izba)

orzeka, co następuje:

1) **Skarga zostaje oddalona.**

2) **Bouygues SA i Bouygues Télécom SA pokryją solidarnie własne koszty, koszty Komisji oraz koszty Orange France SA i Société française du radiotéléphone – SFR.**

3) **Republika Francuska pokrywa własne koszty**

Legal Wiszniewska-Białecka Moavero Milanesi

Wyrok ogłoszono na posiedzeniu jawnym w Luksemburgu w dniu 4 lipca 2007 r.

Sekretarz Prezes

E. Coulon H. Legal