SODBA SODIŠČA PRVE STOPNJE (četrti senat)

z dne 4. julija 2007 *

V zadevi T-475/04,

Bouygues SA, s sedežem v Parizu (Francija),

Bouygues Télécom SA, s sedežem v Boulogne-Billancourtu (Francija),

ki ju zastopajo L. Vogel, J. Vogel, B. Amory, A. Verheyden, F. Sureau in D. Théophile, odvetniki,

tožeči stranki,

proti

Komisiji Evropskih skupnosti, ki jo zastopata J. L. Buendia Sierra in C. Giolito, zastopnika,

tožena stranka,

* Jezik postopka: francoščina.

ob intervenciji

Francoske republike, ki jo zastopata G. de Bergues in S. Ramet, zastopnika,

Société française du radiotéléphone – SFR, s sedežem v Parizu (Francija), ki jo zastopata C. Vajda, QC, in A. Vincent, odvetnik,

Orange France SA, s sedežem v Montrougeu (Francija), ki jo zastopata A. Gosset-Grainville in S. Hautbourg, odvetnika,

intervenientke,

zaradi predloga za razglasitev ničnosti odločbe Komisije z dne 20. julija 2004 (Državna pomoč NN 42/2004 – Francija) o spremembi pristojbin, ki jih za UMTS (Universal Mobile Telecommunications System) dovoljenji dolgujeta družbi Orange France in SFR,

SODIŠČE PRVE STOPNJE
EVROPSKIH SKUPNOSTI (četrti senat),

v sestavi H. Legal, predsednik, I. Wiszniewska-Białecka, sodnica, in E. Moavero Milanesi, sodnik,

sodni tajnik: E. Coulon,

na podlagi pisnega postopka in obravnave z dne 14. marca 2007

izreka naslednjo

Sodbo

Pravni okvir

1 Člen 87(1) ES določa:

„Razen če ta pogodba ne določa drugače, je vsaka pomoč, ki jo dodeli država članica, ali kakršna koli vrsta pomoči iz državnih sredstev, ki izkrivlja ali bi lahko izkrivljala konkurenco z dajanjem prednosti posameznim podjetjem ali proizvodnji posameznega blaga, nezdružljiva s skupnim trgom, kolikor prizadene trgovino med državami članicami.“

2 V času dejanskega stanja sta bila uporabljiva akta sekundarnega prava Direktiva Evropskega parlamenta in Sveta 97/13/ES z dne 10. aprila 1997 o skupnem okviru za splošne avtorizacije in posamična dovoljenja na področju telekomunikacijskih storitev (UL L 117, str. 15) in Odločba Evropskega parlamenta in Sveta št. 128/1999 z dne 14. decembra 1998 o usklajenem uvajanju mobilnega in brezžičnega komunikacijskega sistema tretje generacije (UMTS) v Skupnost (UL 1999, L 17, str. 1).

3 Člen 3(3) Direktive 97/13 je določal:

„[…] države članice lahko posamično dovoljenje v skladu z Oddelkom III izdajo le, če imetnik dovoljenja pridobi dostop do omejenih stvarnih in drugih virov ali je podvržen posebnim obveznostim ali uživa posebne pravice […]“

4 Člen 8(4) Direktive 97/13 je določal:

„Države članice lahko spremenijo pogoje za posamično dovoljenje v objektivno upravičenih primerih in na sorazmeren način. Države članice v tem primeru o svoji nameri na ustrezen način obvestijo zainteresirane stranke in jim omogočijo, da podajo svoje mnenje o predlaganih spremembah.“

5 Člen 9(2) Direktive 97/13 je določal:

„Ko država članica namerava podeliti posamična dovoljenja:

— jih podeli v skladu z odprtimi, nediskriminatornimi in transparentnimi postopki in v ta namen kandidate podvrže istim postopkom, razen če ni objektivnega razloga, da se jih obravnava različno […]“

6 Člen 10(3) in (4) Direktive 97/13 je določal:

„3. Države članice taka posamična dovoljenja podelijo na podlagi meril izbora, ki morajo biti objektivna, nediskriminatorna, transparentna, sorazmerna in podrobna. Ves čas izbora morajo na primeren način posebej upoštevati, da se pospešuje razvoj konkurence in da je treba v največji meri doseči korist uporabnikov.

Države članice poskrbijo, da se informacije glede teh meril predhodno ustrezno objavijo in so lahko dostopne. Te informacije se objavijo v uradnem listu zadevne države članice.

4. Ko država članica ob začetku veljavnosti te direktive ali pozneje sama ali na predlog podjetja ugotovi, da se število posamičnih dovoljenj lahko poveča, sprejme ustrezne ukrepe za objavo in objavi razpis za podelitev dodatnih dovoljenj.“

7 Člen 11(2) Direktive 97/13 je določal:

„[…] države članice [lahko] svojim nacionalnim regulativnim organom, v primeru, da je treba poseči po omejenih virih, dovolijo, da določijo pristojbine, ki odražajo potrebo po zagotovitvi optimalne uporabe teh virov. Te pristojbine morajo biti nediskriminatorne in posebej upoštevati potrebo po spodbujanju razvoja inovativnih storitev in konkurence."

8 Člen 3(1) Odločbe št. 128/1999, katere namen v skladu z njenim členom 1 je bil „omogočiti hitro in usklajeno uvajanje UMTS omrežij in kompatibilnih UMTS storitev v Skupnost […]", je določal:

„Države članice najkasneje do 1. januarja 2002 sprejmejo vse potrebne ukrepe, da bi v skladu s členom 1 Direktive 97/13 zagotovile usklajeno in progresivno uvedbo UMTS storitev na svojem ozemlju […]"

9 V Franciji je člen L. 33-1 zakonika o pošti in telekomunikacijah, v različici, ki je veljala v času dejanskega stanja, določal:

„I – Minister za telekomunikacije odobri postavitev in izkoriščanje javnih omrežij.

Dovoljenje se lahko zavrne samo zaradi varovanja javnega reda ali zaradi potreb obrambe ali javne varnosti, tehničnih ovir glede razpoložljivosti frekvenc ali ko

predlagatelj nima tehničnih ali finančnih zmožnosti za trajno izpolnjevanje obveznosti, ki izhajajo iz pogojev za izvajanje njegove dejavnosti, ali je bil podvržen eni od sankcij iz členov L. 36-11, L. 39, L. 39-1, L. 39-2 in L. 39-4.

Za dovoljenje se uporabljajo pravila iz razpisne dokumentacije glede:

[…]

h) Uporabe dodeljenih frekvenc in na tej podlagi dolgovanih pristojbin ter stroškov njihovega upravljanja in nadzora nad njimi.

[…]

Dovoljenje se izda za obdobje petnajstih let.

[…]

V – Število dovoljenj je lahko omejeno zaradi tehničnih ovir glede razpoložljivosti frekvenc.

Minister za telekomunikacije v tem primeru na predlog Autorité de régulation des télécommunications (francoski organ za urejanje telekomunikacij) objavi načine in pogoje za dodelitev dovoljenj.

Dodelitev frekvenc mora v vsakem primeru zagotavljati pogoje za učinkovito konkurenco.“

Dejansko stanje

10 V Franciji sta bila na podlagi zakona št. 96-659 o ureditvi telekomunikacij z dne 26. julija 1996 (JORF z dne 27. julija 1996, str. 11384), ki je veljal v času dejanskega stanja, postavitev in izkoriščanje javnih omrežij izvedena na predlog novoustanovljenega Autorité de régulation des télécommunications (v nadaljevanju: ART), ki je preučeval prošnje za dovoljenja, ki jih je nato izdal minister za industrijo, pošto in telekomunikacije.

11 Ker je francoska vlada 6. junija 2000 sporočila svojo namero, da dodeli štiri dovoljenja za uvedbo mobilnih in brezžičnih komunikacijskih sistemov (UMTS, Universal Mobile Telecommunications System) tretje generacije, je minister za industrijo, pošto in telekomunikacije v skladu z veljavno objavo v uradnem listu Francoske republike (JORF) z dne 18. avgusta 2000 objavil odločbo ART št. 00-835 z dne 28. julija 2000, s katero so mu bili predlagani načini in pogoji za dodelitev dovoljenj za uvajanje mobilnih sistemov tretje generacije v matični Franciji, s čimer je bil razpis objavljen. Iz prilog k tej objavi po eni strani izhaja, da je za dodelitev dovoljenj, na podlagi katerih bi se omejenemu številu operaterjev omogočilo, da zasedejo javne frekvenčne pasove, bila določena pristojbina v skupnem znesku 32,5 milijarde francoskih frankov (4,954.593milijarde eurov), ki jo je bilo treba plačati v času petnajstletnega trajanja dovoljenja. Po drugi strani se je bilo treba na razpis prijaviti do 31. januarja 2001, prijavitelji pa so lahko svoje prijave umaknili do 31. maja 2001.

12 ART je 31. januarja 2001 v sporočilu za medije navedel, da sta bili vloženi samo dve vlogi, in sicer s strani družbe Société française du radiotéléphone – SFR (v nadaljevanju: družba SFR) in družbe France Télécom mobiles (ki je nekaj mesecev pozneje postala družba Orange France, v nadaljevanju: družba Orange), in da meni, da je za zagotovitev resnične konkurence treba objaviti dodaten razpis.

13 Predsednika in generalna direktorja družb France Télécom in Vivendi Universal (katere podružnica je družba SFR) sta ministra za gospodarstvo in finance ter državnega sekretarja za industrijo opozorila na nujnost spoštovanja načel enakosti javnih dajatev in učinkovite konkurence med operaterji pri odločanju o pogojih dodelitve bodočih dovoljenj.

14 Minister za gospodarstvo in finance ter državni sekretar za industrijo sta z dopisoma z dne 22. februarja 2001 na enak način odgovorila vodilnima v zadevnih podjetjih, da vlada z njima deli ta dvojni cilj (spoštovanje načel enakosti javnih dajatev in učinkovite konkurence med operaterji) in da „[naj bi] dodatni načini razpisa, ki [naj bi] jih predlagala ART in vlada, zagotavljali enako obravnavanje operaterjev, ki [naj bi] jim bila na koncu dodeljena licenca“.

15 Pred objavo dodatnega razpisa sta bili julija 2001 izdani prvi dve dovoljenji. Državni sekretar za industrijo (ki je bil prav tako zadolžen za telekomunikacije) je z dvema odločbama z dne 18. julija 2001 (objavljeni v JORF z dne 21. avgusta 2001) družbi Orange in SFR pooblastil za postavitev in izkoriščanje javnega radiotehniškega UMTS omrežja tretje generacije ter za zagotavljanje javnih telefonskih storitev za obdobje petnajstih let. K odločbama priložena razpisna dokumentacija je med drugim določala, da je treba v skladu z določbami člena 36 finančnega zakona za leto 2001 plačati pristojbino za začetek uporabe in upravljanje UMTS frekvenc

v znesku 4,954.593 milijarde eurov (32.502.000.000 francoskih frankov) (finančni zakon, objavljen v JORF z dne 31. decembra 2000). Iz člena 36 tega zakona izhaja, da prvo plačilo zapade 31. septembra 2001 in zadnje 30. junija 2016.

16 Dodatni razpis, katerega cilj je bil izdati dve dovoljenji, ki še nista bili dodeljeni, se je začel z objavo odločbe ART št. 01-1202 z dne 14. decembra 2001 s strani ministra za telekomunikacije, s katero so mu bili predlagani načini in pogoji za dodelitev dovoljenj za uvedbo mobilnih sistemov tretje generacije v matično Francijo. ART je v odločbi med drugim navedel, da „so pogoji [tega drugega] postopka nadaljevanje pogojev prvega razpisa in [naj bi] z njimi bilo zagotovljeno zlasti spoštovanje načela enakosti med operaterji“. Prav tako je priporočil prilagoditev finančne obremenitve nosilcev dovoljenj in podaljšanje trajanja dovoljenj.

17 Finančni pogoji za dovoljenja so bili tako spremenjeni s členom 33 finančnega zakona za leto 2002 (objavljen v JORF z dne 28. decembra 2001), ki je spremenil člen 36 finančnega zakona za leto 2001, naveden v točki 15 zgoraj, tako da je bilo določeno, da je za zasedbo javnih frekvenčnih pasov treba plačati prvi del pristojbine v znesku 619.209.795,27 eura do 30. septembra v letu izdaje dovoljenja ali po izdaji dovoljenja, če je do nje prišlo po 30. septembru, in drugi del, izračunan v odstotku od ustvarjenega prometa na podlagi navedenih frekvenc, vsako leto do 30. junija tekočega leta za uporabo frekvenc v tem letu.

18 Minister za telekomunikacije je 29. decembra 2001 v JORF objavil obvestilo o plačilu pristojbin za uporabo imetnikom dodeljenih frekvenc, ki je povzemalo nove finančne pogoje, izhajajoče iz finančnega zakona.

19 Do 16. maja 2002, to je do izteka roka, določenega za prijavo na razpis, se je nanj prijavila samo družba Bouygues Télécom (v nadaljevanju: družba Bouygues Télécom), podružnica skupine Bouygues. ART je začel postopek preučevanja, ob zaključku katerega je bilo tretje dovoljenje izdano družbi Bouygues Télécom (glej točko 21 v nadaljevanju). Četrtega dovoljenja ni bilo mogoče dodeliti po krivdi prijavitelja na razpis.

20 Družbi Bouygues in Bouygues Télécom sta 4. oktobra 2002 pri Komisiji istočasno vložili prijavo zaradi ukrepov za pomoč, ki naj bi jih francoski organi sprejeli v korist družbe France Télécom in med katerimi je bila sprememba pristojbin, ki bi jih družbi Orange in SFR morali plačati, in ki jo je vlada naznanila po obravnavi finančnega zakona za leto 2002.

21 Minister za industrijo je z odločbo z dne 3. decembra 2002 (objavljena v JORF z dne 12. decembra 2002, str. 20490) družbo Bouygues Télécom pooblastil za postavitev in izkoriščanje javnega radiotehniškega UMTS omrežja tretje generacije in za zagotavljanje javnih telefonskih storitev. Dovoljenje, izdano za obdobje 20 let, zajema finančne pogoje iz točk 17 in 18 zgoraj glede pristojbin za začetek uporabe in upravljanje s frekvencami.

22 Minister za industrijo je poleg tega z dvema odločbama z dne 3. decembra 2002 (prav tako objavljeni v JORF z dne 12. decembra 2002), ki sta se nanašali na družbi Orange in SFR, spremenil odločbi z dne 18. julija 2001, navedeni v točki 15 zgoraj, in k odločbama priloženi specifikaciji, s katerima je bilo trajanje dovoljenja podaljšano na 20 let, določbe o pristojbinah za začetek uporabe in upravljanje s frekvencami pa so bile nadomeščene z enakimi določbami kot so bile uporabljene za družbo Bouygues Télécom, in sicer s spremenjenimi finančnimi pogoji, opisanimi v točki 17 zgoraj, ki so bili bistveno manj strogi kot začetni pogoji, določeni z odločbama z dne 18. julija 2001 (glej točko 15 zgoraj).

23 Komisija je 31. januarja 2003 Francosko republiko obvestila o svoji odločitvi, da sproži postopek iz člena 88(2) ES glede dveh ukrepov pomoči, ki sta se nanašala na ureditev davka od dohodka iz dejavnosti družbe France Télécom oziroma na finančne ukrepe, ki jih je sprejela država za pomoč temu podjetju (UL C 57, str. 5). Ti ukrepi so bili tudi predmet prijave, navedene v točki 20 zgoraj. Prav tako so bili predmet prijave združenja francoskih lokalnih skupnosti z dne 13. marca 2001.

24 Tožeči stranki sta z dopisom z dne 12. novembra 2003 Komisijo v skladu s členom 232 ES opomnili, naj sproži postopek iz člena 88(2) ES glede očitka o spremembi pristojbin, dolgovanih za dodelitev UMTS dovoljenj, ki je bil naveden tudi v njuni prijavi. Komisija jima je 11. decembra 2003 poslala začasen dopis.

25 Tožeči stranki sta tožbo na podlagi člena 232 ES vložili 21. februarja 2004 pri sodnem tajništvu Sodišča prve stopnje (zadeva T-81/04).

26 Komisija je 20. julija 2004 sprejela odločbo „Državna pomoč NN 42/2004 – Francija“ (v nadaljevanju: izpodbijana odločba), o kateri je obvestila Francosko republiko, glede spremembe pristojbin, ki sta jih družbi Orange in SFR dolgovali za UMTS dovoljenji, in ki je predstavljala enega od ukrepov, navedenih v prijavi, ki sta jo 4. oktobra 2002 vložili tožeči stranki. V tej odločbi, ki je predmet te tožbe, Komisija navaja, da se je odločila, da ne bo sprožila nobenih ugovorov zoper ukrep o spremembi zadevnih pristojbin, ki je predmet pritožbe, ker naj ta ukrep ne bi vseboval elementov pomoči v smislu člena 87(1) ES.

27 Komisija je uvodoma menila, da bi francoska vlada, upoštevajoč okvirnost smernic Skupnosti, lahko opredelila pogoje za dodelitev UMTS dovoljenj pod pogojem, da

se ravna po odprtem, nediskriminatornem in transparentnem postopku, in določila ustrezno pristojbino, da bi dosegla cilje, opredeljene v skladu s temi smernicami, kar pomeni, da bi sprememba zadevne pristojbine ustrezala cilju dodeliti čim večje število dovoljenj (uvodne izjave od 20 do 24 izpodbijane odločbe).

28 Prvič, po analizi očitanih ukrepov Komisija meni, da je prilagoditev pogojev za dovoljenja treh zadevnih operaterjev (ki pomeni znižanje pristojbin v korist družb Orange in SFR) smiselno izhajala iz sprva določenih pogojev, saj je bila določitev strožjih pogojev teoretična, ker sta družbi Orange in SFR imeli možnost, da umakneta svoji prijavi (uvodna izjava 27 izpodbijane odločbe).

29 Drugič, Komisija ocenjuje, da so francoski organi spoštovali dolžnost, ki izhaja iz prava Skupnosti in ki je določena z Direktivo 97/13, in sicer uporabo nediskriminatornih pogojev (uvodna izjava 28 izpodbijane odločbe).

30 Tretjič, Komisija meni, da pravo Skupnosti ne zahteva, da so pristojbine za UMTS dovoljenja določene v višini, ki ustreza domnevni tržni vrednosti, da države članice delujejo v okviru izvajanja svojih regulativnih funkcij in da podelitev dovoljenj ni primerljiva s tržno transakcijo. Glede tega, ali sprememba pristojbine pomeni selektivno prednost, Komisija ocenjuje, da so francoski organi v dveh postopkih, ki sta sledila en drugemu, za operaterje, ki pridobivajo isto dovoljenje, uporabili iste pogoje z isto razpisno dokumentacijo, in da ni bilo diskriminacije na podlagi dejstva, da so določeni operaterji svoje dovoljenje dobili eno leto prej (uvodne izjave od 29 do 33

izpodbijane odločbe). Komisija poleg tega navaja, da novi sistem določitve pristojbin, ki višjo fiksno pristojbino nadomešča z nižjo fiksno pristojbino, ki se plačuje letno in ki je sorazmerna s prometom, omogoča upoštevanje različnega položaja operaterjev v določenem času (uvodna izjava 34 izpodbijane odločbe).

31 Komisija ugotavlja, da francoski organi družbama Orange in SFR niso dali prednosti, ampak so upoštevali zahteve prava Skupnosti glede objektivnega in nediskriminatornega obravnavanja operaterjev (uvodna izjava 35 izpodbijane odločbe).

32 Sodišče prve stopnje je s sklepom v zadevi Bouygues in Bouygues Télécom proti Komisiji z dne 14. februarja 2005 (T-81/04, neobjavljen v ZOdl.) odločilo, da o predlogih, naj se ugotovi, da je Komisija opustila sprejetje odločitve o očitku iz prijave tožečih strank glede spremembe dolgovanih pristojbin za dodelitev UMTS dovoljenj, ni treba odločati, in je podredne predloge za razglasitev ničnosti odločbe, ki je vsebovana v dopisu Komisije z dne 11. decembra 2003, navedenim v točki 24 zgoraj, zavrnilo kot nedopustne.

Postopek in predlogi strank

33 Tožeči stranki sta to tožbo vložili 24. novembra 2004 pri sodnem tajništvu Sodišča prve stopnje na podlagi člena 230 ES.

34 Predsednik četrtega senata je s tremi sklepi z dne 9. junija 2005 dopustil intervencijo Francoske republike in družb Orange in SFR v podporo navedbam Komisije.

35 Stranke so 20. februarja 2007 na zahtevo Sodišča prve stopnje z dne 12. februarja 2007 predložile kopijo prijave tožečih strank, ki je bila 4. oktobra 2002 vložena pri Komisiji.

36 Stranke so svoje ustne navedbe in odgovore na vprašanja Sodišča prve stopnje podale na obravnavi 14. marca 2007.

37 Družbi Bouygues in Bouygues Télécom Sodišču prve stopnje predlagata, naj:

— izpodbijano odločbo razglasi za nično;

— toženi stranki in intervenientkam solidarno naloži plačilo stroškov.

38 Komisija Sodišču prve stopnje predlaga, naj:

— tožbo zavrne kot neutemeljeno;

— tožečim strankam naloži plačilo stroškov.

39 Francoska republika Sodišču prve stopnje predlaga, naj:

— tožbo zavrne;

— tožečim strankam naloži plačilo stroškov.

40 Družba Orange Sodišču prve stopnje predlaga, naj:

— tožbo zavrne kot neutemeljeno;

— tožečim strankam naloži plačilo vseh stroškov postopka.

41 Družba SFR Sodišču prve stopnje predlaga, naj:

— tožbo zavrne kot neutemeljeno;

— tožečim strankam naloži plačilo vseh stroškov postopka.

Pravo

42 Tožeči stranki se sklicujeta na tri tožbene razloge. Prvič, zatrjujeta, da je izpodbijana odločba pomanjkljivo obrazložena. Drugič, trdita, da je Komisija kršila člen 87(1) ES, ker sprememba pristojbin družb Orange in SFR pomeni državno pomoč v smislu te določbe. Tretjič, podredno, trdita, da je z izpodbijano odločbo kršen člen

88(2) ES, ker bi glede na resne težave, ki jih je zadeva povzročila, Komisija morala začeti formalni postopek.

43 Najprej je treba preizkusiti formalni tožbeni razlog glede pomanjkljive obrazložitve in nato skupaj vsebinska tožbena razloga, to je kršitev člena 87(1) ES in člena 88(2) ES.

Prvi tožbeni razlog: pomanjkljiva obrazložitev izpodbijane odločbe

Trditve strank

44 Tožeči stranki trdita, da izpodbijana odločba ni dovolj obrazložena, ker, prvič, ne omogoča razumevanja logike sklepanja Komisije glede povezave med možnostjo, ki naj bi jo imeli družbi Orange in SFR, da umakneta svoji prijavi, in težavo francoskih organov, da jima določijo strožje pogoje. Drugič, zamuda dveh konkurenčnih operaterjev naj ne bi bila tehten razlog za sklep o neobstoju prednosti, ki bi lahko vplivala na konkurenco. Tretjič, izpodbijana odločba naj ne bi odgovarjala na očitke tožečih strank iz njune prijave, temveč naj bi se omejevala na ugotovitev, da se prijavitelja opirata na napačno premiso, in sicer, da bi pristojbina morala ustrezati tržni vrednosti dovoljenja. Četrtič, pomanjkljiva obrazložitev izpodbijane odločbe naj bi prav tako izhajala iz kršitve dolžnosti skrbnega ravnanja pri obravnavi prijave tožečih strank s strani Komisije.

45 Komisija zatrjuje, da je izpodbijana odločba dovolj obrazložena in da očitki tožečih strank izhajajo iz njunega vsebinskega nestrinjanja z obrazložitvijo te odločbe. Prvič, povezava med možnostjo družb Orange in SFR, da umakneta svoji prijavi, in spremembo pristojbin naj bi bila ob upoštevanju stanja v zadevnem sektorju očitna. Drugič, glede domnevno pomanjkljive obrazložitve v zvezi z neobstojem vplivov na konkurenco Komisija opozarja, da izpodbijana odločba ne temelji na tem razlogu. Tretjič, trdi, da je dovolj jasno odgovorila na očitke iz prijave tožečih strank. Četrtič, poudarjajoč, da je prijava tožečih strank navajala enajst ukrepov, Komisija zatrjuje, da so obtožbe glede opustitve ali kršitve dolžnosti skrbnega ravnanja neutemeljene in da se ti očitki poleg tega nanašajo na tretji tožbeni razlog.

Presoja Sodišča prve stopnje

46 Prvič, tožeči stranki izpodbijani odločbi vsebinsko očitata, da ni jasno obrazložena glede povezave med možnostjo umika prijav, ki jo je ugotovila Komisija in s katero naj bi družbi Orange in SFR razpolagali, če jima nacionalni organi z dopisoma z dne 22. februarja 2001, navedenima v točki 14 zgoraj, ne bi zagotovili, da bodo vsi operaterji obravnavani enako, in med domnevno nezmožnostjo francoskih organov, da družbama Orange in SFR določijo strožje finančne pogoje.

47 Komisija z izpodbijano odločbo ugotavlja, da je ART 31. januarja 2001 priporočil, da se objavijo dodatni razpisi, ki bi morali upoštevati zahtevo po enakih pogojih, zlasti finančnih (uvodna izjava 9 izpodbijane odločbe). Komisija poudarja (uvodne izjave od 10 do 12 izpodbijane odločbe), da bi družbi Orange in SFR lahko umaknili svoji prijavi do 31. maja 2001 in da je bila francoska vlada postavljena pred naslednjo

izbiro: če operaterjema ne bi zagotovila, da bosta v primeru novega razpisa, v katerem bi bila navedena nižja cena, enako obravnavana, bi tvegala, da bosta umaknila svoji prijavi, če pa bi jima zagotovila, da bosta enako obravnavana, bi operaterja pri razpisu vztrajala. Komisija dodaja, da so se francoski organi odločili za drugo rešitev zato, da bi postopek čim prej zaključili v skladu s svojimi evropskimi obveznostmi.

48 Iz ugotovitev Komisije izhaja, da je na jasen in podroben način predstavila možnosti, pred katerima so se po njenem mnenju znašli francoski organi, s tem da je dokazala tveganje za francoske organe, da bosta edina operaterja, ki sta se prijavila na razpis za dodelitev UMTS dovoljenja, umaknila svoji prijavi, če bi zanju obveljali strožji finančni pogoji kot pogoji, ki naj bi veljali za druge potencialne kandidate. Zato je treba prvi očitek tožečih strank zavrniti.

49 Drugič, tožeči stranki sta zatrjevali, da zamuda dveh konkurenčnih operaterjev ni tehten razlog za sklep o neobstoju prednosti, ki bi lahko vplivala na konkurenco.

50 Treba je ugotoviti, da se tak očitek ne nanaša na obrazložitev izpodbijane odločbe, temveč na utemeljenost njenih razlogov. Zato ga bo treba analizirati v okviru preizkusa zakonitosti izpodbijane odločbe.

51 Tretjič, tožeči stranki očitata Komisiji, da ni odgovorila na očitke iz njune prijave glede odpovedi terjatvi, kar predstavlja državno pomoč, ki naj bi jo odobrili državni organi, po eni strani, in po drugi strani glede začasne prednosti v korist družb Orange in SFR.

52 Komisija se v izpodbijani odločbi ne izreka o prvem očitku glede odpovedi terjatvi, drugega, glede začasne prednosti, pa zavrača zato, ker naj bi po eni strani utemeljitve prijaviteljev temeljile na napačni premisi, v skladu s katero bi pristojbina morala ustrezati tržni vrednosti dovoljenja, ki naj bi bila višja zaradi zadevne začasne prednosti (uvodna izjava 29 izpodbijane odločbe), in po drugi strani, ker obstoj take začasne prednosti ni bil dokazan (uvodna izjava 34 izpodbijane odločbe).

53 Treba je spomniti, da mora Komisija v zvezi z odločbo, s katero je bil ugotovljen neobstoj državne pomoči, ki jo je naznanil prijavitelj, prijavitelju navesti zadostne razloge, zaradi katerih okoliščine dejanskega in pravnega stanja, navedene v prijavi, niso bile zadosten dokaz za obstoj državne pomoči, ni pa dolžna zavzeti stališča glede okoliščin, ki so očitno postranske oziroma nepomembne ali zgolj drugotnega pomena (sodba Sodišča z dne 2. aprila 1998 v zadevi Komisija proti Sytraval, C-367/95 P, Recueil, str. I-1719, točka 64).

54 Poleg tega se v skladu z ustaljeno sodno prakso ne zahteva, da so v obrazložitvi akta podrobno navedene vse upoštevne okoliščine dejanskega in pravnega stanja, treba pa jih je presojati glede na njihov kontekst ter skupek pravnih pravil, ki urejajo zadevni primer (glej zgoraj navedeno sodbo Komisija proti Sytraval, točka 63, in navedeno sodno prakso). Poleg tega je odločba, s katero se prijava glede državne pomoči zavrne zato, ker očitan ukrep pomeni prenos direktive in ne poskus dodelitve pomoči, dovolj obrazložena (v tem smislu glej sodbo Sodišča prve stopnje z dne 5. aprila 2006 v zadevi Deutsche Bahn proti Komisiji, T-351/02, ZOdl., str. II-1047, točka 120).

55 Najprej je treba pripomniti, da očitek glede odpovedi terjatve s strani države, s čimer naj bi bil dokazan prenos sredstev države v smislu člena 87(1) ES, glede katerega se Komisija v izpodbijani odločbi ni izrekla, nima učinka, ker je bilo z navedeno odločbo ugotovljeno, da državne pomoči ni zato, ker zaradi očitanega ukrepa družbama Orange in SFR ni bila dana nobena prednost. Ker je Komisija ugotovila, da elementi

pomoči v smislu člena 87(1) ES ne obstajajo zaradi neizpolnitve enega od kumulativno določenih pogojev, ki opredeljujejo pojem državne pomoči v smislu te določbe, ji ni bilo treba obrazložiti zavrnitve prijave prijaviteljev glede drugih elementov, ki opredeljujejo ta pojem. V vsakem primeru je bil očitek v smislu zgoraj navedene sodne prakse drugotnega pomena, saj je Komisija menila, da so bili navedeni prevladujoči razlogi, zaradi katerih naj bi bili ukrepi upravičeni, spoštovanje zahtev iz Direktive, zlasti spoštovanje načela prepovedi diskriminacije. V teh okoliščinah naj instituciji ne bi bilo mogoče očitati, da na ta očitek, ki hkrati nima učinka in je drugotnega pomena, ni odgovorila.

56 Komisija je z izpodbijano odločbo zavrnila utemeljitev glede začasne prednosti iz dveh razlogov. Institucija je po eni strani ocenila, da temelji na napačni premisi prijaviteljev, to je, da naj bi pristojbina morala ustrezati tržni vrednosti dovoljenja in da ima prej pridobljeno dovoljenje večjo vrednost. Komisija je po drugi strani menila, da je na podlagi preizkusa dejstev zatrjevano začasno prednost bilo treba relativizirati, torej jo zavrniti, ker sta družbi Orange in SFR zamujali pri vzpostavitvi njunega UMTS omrežja, in da družba Bouygues Télécom, ki bi lahko izkoristila tako zamudo, zaradi zatrjevane začasne prednosti tako ni bila oškodovana. Komisija je dodala, da je novi sistem pristojbina omogočil, da se *ratione temporis* upoštevajo različni položaji operaterjev.

57 Torej ni mogoče trditi, da izpodbijana odločba ni obrazložena glede zatrjevane začasne prednosti, saj je slednja z izpodbijano odločbo zavrnjena iz konceptualnega razloga in zaradi okoliščin. Utemeljenost ugotovitev Komisije glede obstoja začasne prednosti se ne presoja v okviru nadzora nad obrazložitvijo akta, kot je bilo opozorjeno v točki 50 zgoraj, temveč bo preizkušena v okviru nadzora nad zakonitostjo izpodbijane odločbe pri presoji razlogov, zaradi katerih je bilo odločeno, da ukrep ne pomeni državne pomoči.

58 Četrtič, tožeči stranki trdita, da bi bilo treba pomanjkljivo obrazložitev izpodbijane odločbe povezati s kršitvijo dolžnosti skrbnega ravnanja s strani Komisije pri obravnavanju njune prijave.

59 Ker je izpodbijana odločba dovolj obrazložena, je ta očitek treba zavrniti kot neučinkovit. Ali je kršitev dolžnosti skrbnega ravnanja mogoče povezati z očitkom kršitve člena 88(2) ES, bo preverjeno v tem okviru.

60 Iz vsega zgoraj navedenega izhaja, da je prvi tožbeni razlog glede obrazložitve izpodbijane odločbe treba zavrniti.

Drugi in tretji tožbeni razlog: kršitev člena 87(1) ES oziroma člena 88(2) ES

Trditve strank

61 Tožeči stranki trdita, da sprememba pristojbin, ki jih dolgujeta družbi Orange in SFR za UMTS dovoljenji, pomeni državno pomoč v smislu člena 87(1) ES.

62 Na prvem mestu naj bi prišlo do prenosa državnih sredstev, ker so se francoski organi odpovedali izterljivi terjatvi.

63 Na drugem mestu naj bi bila s spremembo zainteresiranim dana selektivna prednost.

64 Prvič, načelo prepovedi diskriminacije naj spremembe ne bi moglo upravičiti, kot to izhaja iz izpodbijane odločbe, ker Direktiva 97/13 ne določa, da je treba za dodelitev dovoljenj določiti iste pogoje, in ker sta bila izpeljana dva različna razpisna postopka.

65 Drugič, zaradi te spremembe naj bi bila družba Bouygues Télécom, katere položaj je drugačen od položaja družb Orange in SFR, diskriminirana.

66 Tretjič, ta selektivna prednost naj bi bila podeljena brezplačno. Francoska vlada naj bi se po eni strani odpovedala izterljivi terjatvi, medtem ko naj bi operaterja imela sredstva za plačilo sprva predvidenega zneska pristojbin, ki za ta operaterja predstavlja normalen strošek in legitimno ceno, ki ustreza tržni vrednosti dovoljenj; umik njunih prijav v primeru, da se ta znesek ne spremeni, pa naj bi bil povsem hipotetičen. Država naj bi po drugi strani družbama Orange in SFR dala začasno prednost in poudarila, da če bi bila prvotna cena taka kot cena po spremembah, bi potem torej kandidirali tudi drugi konkurenti. S tem, da sta družbi Orange in SFR pridobili dovoljenji eno leto in pol pred družbo Bouygues Télécom, pa naj bi jima bilo omogočeno, da izbereta najugodnejše frekvenčne bloke, pridobita prednostno pravico za nakup najboljših lokacij, izrabita svojo podobo inovativnega operaterja v škodo družbe Bouygues Télécom in pridobita dele trga, ne da bi bila podvržena resnični konkurenci. Okoliščina, da naj bi vsi operaterji zamujali z uvedbo UMTS, naj ne bi vplivala na te ugotovitve. Francoski organi naj bi poleg tega družbama Orange in SFR z dopisoma z dne 22. februarja 2001 zagotovili, da jima bo dovoljenje dodeljeno in da bodo zanju veljali ugodnejši pogoji iz dodatnega razpisa, ne da bi se od njiju zahtevalo, da se znova prijavita na razpis.

67 Na tretjem mestu naj bi sprememba pristojbin vplivala na konkurenco, v skladu s sodno prakso pa zadostuje potencialen vpliv. Vpliv pa naj bi bil resničen, ker naj bi

družbi Orange in SFR imeli možnost investirati zneske, s katerimi bi morali plačati pristojbine. Tako naj bi operaterja zanesljivo in prezgodaj vstopila na trg UMTS.

68 Tožeči stranki v svoji repliki zlasti izpodbijata utemeljitev Komisije iz njenega odgovora na tožbo, da naj bi francoska vlada delovala v okviru izvrševanja posebnih oblastvenih pravic pri upoštevanju javnega interesa, kar naj bi izključevalo obstoj selektivne prednosti in s tem državno pomoč. Trdita, prvič, da država z dodeljevanjem dovoljenj izvaja gospodarsko dejavnost, katere namen je pridobivanje dobička od uporabe javnih frekvenčnih pasov, drugič, da mora država, tudi pri izvrševanju oblastvenih funkcij, spoštovati pravila konkurence in tretjič, da v smislu sodne prakse narava in splošna shema sistema zadevne spremembe pristojbin ne upravičujeta.

69 Tožeči stranki v svoji utemeljitvi glede kršitve načela prepovedi diskriminacije ter gospodarskega značaja dejavnosti podelitve UMTS dovoljenj zatrjujeta, da Direktiva 97/13 določa načelo nedotakljivosti meril izbora ali pogojev za dodelitev, opredeljenih v okviru danega postopka, in da ne dovoljuje spremembe razpisnih pogojev, če postopek še ni zaključen, kot je to v obravnavanem primeru izhajalo iz dopisov francoskih organov z dne 22. februarja 2001. Tožeči stranki se prav tako sklicujeta na načela in pravila, uporabljiva za javna naročila in koncesije, in sicer na načeli transparentnosti in enakega obravnavanja, ki se uporabljata v primerljivih postopkih oddaje javnih naročil, in na načelo nedotakljivosti meril izbora ali pogojev za dodelitev v teh postopkih.

70 Tožeči stranki poleg tega zatrjujeta, da bi Komisija morala sprožiti postopek iz člena 88(2) ES, saj je zadeva povzročila resne težave, kar naj bi Komisija priznala.

71 Komisija glede pojmov selektivne prednosti in državnih sredstev najprej trdi, da tožeči stranki napačno razlagata uporabljivi pravni okvir. Slednji naj bi izhajal iz logike ureditve trga, ki v zvezi z dodelitvijo dovoljenj zahteva objektivno, nediskriminatorno in transparentno obravnavanje, ob upoštevanju tega, da se najbolje doseže korist uporabnikov, da se zagotovi optimalna uporaba omejenih virov in da se pospešuje razvoj konkurence. Francoski organi naj bi s tem, da niso stremeli k doseganju največjega dobička, temveč k zagotavljanju razvoja zdrave in pravične konkurence, delovali v okviru izvrševanja oblastvenih funkcij.

72 Sprememba pristojbin družb Orange in SFR naj bi bila popolnoma v skladu z Direktivo 97/13 in Odločbo št. 128/1999, saj Direktiva zahteva, da so vsa podjetja, ki pridobivajo dovoljenje, enako obravnavana. Francoski organi naj s tem, da so spremenili pristojbine tako, da so prilagodili pogoje za vsa dovoljenja, družbama Orange in SFR ne bi dali selektivne prednosti, temveč naj bi sprejeli ukrepe v skladu z naravo in splošno shemo sistema regulacije. Zaradi neobstoja selektivne prednosti naj torej izguba državnih sredstev ne bi predstavljala državne pomoči.

73 Komisija zatrjuje, da Direktiva 97/13 predvideva možnost spremembe pogojev za dovoljenja in povečanje števila dovoljenj ter da direktive o javnih naročilih, na katere se sklicujeta tožeči stranki, v obravnavanem primeru niso uporabljive.

74 Komisija prav tako zatrjuje, da sporna sprememba pristojbin ni povzročila začasne prednosti za družbi Orange in SFR. Prvič, ocenjuje, da obstoj zatrjevane prednosti še zdaleč ni očiten, saj z ničemer ni dokazano, da naj bi bili frekvenčni bloki, dodeljeni prvima dvema operaterjema, najboljši. Zatrjevana prednostna pravica za nakup najboljših lokacij družb Orange in SFR naj bi, nasprotno, družbi Bouygues Télécom omogočila, da privarčuje na podrobnih raziskavah glede tega vprašanja. Čeprav sta družbi Orange in SFR svoji dovoljenji pridobili julija 2001, naj bi svoje UMTS storitve

začeli izvajati šele približno dve leti po tem, ko je družba Bouygues Télécom pridobila svoje dovoljenje, s čimer naj bi družba Bouygues Télécom lahko ustvarila dobiček. Nazadnje, za domnevno slab vpliv na podobo znamke družbe Bouygues Télécom, ker ni sodelovala pri prvem razpisu, naj ne bi bilo mogoče bremeniti francoskih organov, temveč naj bi ta izhajal iz strateške izbire družbe Bouygues Télécom.

75 Drugič, tudi če bi določena očitna prednost obstajala, bi bila več kot izravnana na dva načina. Proporcionalni letni davek na promet, določen z novim načinom izračuna pristojbin, naj bi po eni strani omogočal, da se natančno upoštevajo različni položaji operaterjev v določenem času. Vsaka morebitna prednost naj po drugi strani ne bi izhajala iz odločitve nacionalnih organov, temveč iz določenega tveganja, ki sta ga prevzeli družbi Orange in SFR pri prvem razpisu, saj poznejše spremembe pristojbin ni bilo mogoče predvideti.

76 Komisija nato trdi, da okoliščina, da naj bi ukrep, ki so ga sprejeli francoski organi, učinkoval na konkurenco, nikakor ne vpliva na njeno analizo, saj je namen regulativnih ukrepov v gospodarskem sektorju ravno vplivati na konkurenco in je v zvezi s tem očitan ukrep v obravnavanem primeru imel pozitivne učinke.

77 V zvezi z resnimi težavami, ki naj bi upravičile sprožitev formalnega postopka, Komisija navaja, da težav ni povzročil očitek, ki je predmet tega spora, temveč zgolj nekateri drugi ukrepi, navedeni v prijavi, zaradi katerih je sprožila postopek, določen v členu 88(2) ES.

78 Francoska republika navaja, da pristojni organ (ART), s tem da izda UMTS dovoljenje, izvaja dejavnost regulacije trga telekomunikacij in ne deluje kot gospodarski

subjekt, saj zahtevana pristojbina ni cena. Zatrjuje, da je bila sprememba pristojbin družb Orange in SFR izvedena v skladu z načelom prepovedi diskriminacije, določenim v Direktivi 97/13, z namenom zagotoviti enako obravnavanje vseh operaterjev, in da je bila upravičena zaradi narave in splošne sheme sistema. Dopisa francoskih organov z dne 22. februarja 2001 naj bi zgolj pojasnjevala, da bo načelo enakosti operaterjev spoštovano. Namen dveh zaporednih razpisov, ki sta drug drugega dopolnjevala, naj bi bil dodelitev enakovrednih dovoljenj, pojasnjeno pa je bilo, da bi družbi Orange in SFR lahko umaknili svoji ponudbi in se nato odpovedali dovoljenjem in da bi tako izvedba novega razpisa odložila začetek komercializacije UMTS storitev v nasprotju z roki, določenimi z Direktivo 97/13.

79 Francoska republika trdi, da sprememba pristojbin družb Orange in SFR tema operaterjema ni dala prednosti, možnost za zgodnji vstop na trg storitev UMTS, ki sta jo imela, pa je izhajala iz dodelitve dovoljenj pri prvem razpisu in ne iz navedene spremembe. Družba Bouygues Télécom, ki se je odločila, da v tem prvem postopku ne bo sodelovala, naj bi poleg tega lahko izravnala domnevno prednost svojih konkurentov. Tožeči stranki naj v zvezi s tem ne bi dokazali, da naj dodeljeni frekvenčni bloki ne bi bili enakovredni, družba Bouygues Télécom, ki je že razpolagala z lokacijami, potrebnimi za razširjanje UMTS, pa bi od zamude družb Orange in SFR lahko imela dobiček, če ne bi strateško izbrala alternativne rešitve za UMTS.

80 Družba Orange trdi, da sprememba pristojbin ni selektivna. Francoski organi so bili zavezani, da zaradi spoštovanja načela prepovedi diskriminacije, določenega v Direktivi 97/13, prilagodijo pogoje prvega razpisa pogojem dopolnilnega razpisa, družbe Orange, SFR in Bouygues Télécom pa so se, kot operaterji, ki želijo pridobiti enaka dovoljenja, nahajale v primerljivih položajih. Ti organi naj bi regulirali nastajajoči UMTS trg z namenom omogočiti razvoj popolnoma konkurenčnega trga v skladu s cilji Direktive 97/13.

81 Sprememba pristojbin naj družbama Orange in SFR ne bi dala prednosti. Družba Orange zatrjuje, da bi svojo vlogo lahko umaknila do 31. maja 2001, pa tega ni storila, ker je imela zagotovilo, da bodo francoski organi spoštovali načelo enakosti. Domnevna začasna prednost naj ne bi bila dokazana, ker sta družbi Orange in SFR svoje UMTS storitve začeli izvajati več kot dve leti po tem, ko je družba Bouygues Télécom pridobila svoje dovoljenje. Družba Bouygues Télécom, ki ni stavila na UMTS, naj bi poleg tega na trg lahko vstopila skoraj istočasno kot njena konkurenta.

82 Družba SFR zatrjuje, da je rešitev, ki so jo sprejeli francoski organi, da ne razveljavijo prvega razpisa, ampak da izvedejo drugega, vsem zainteresiranim operaterjem omogočila, da dajo ponudbe, družbi Bouygues Télécom pa je omogočila, da pridobi dovoljenje v zameno za pristojbino, s katero bo zadovoljna. Poleg tega so se na razpis prijavili skupno trije operaterji, s čimer jim je bilo zagotovljeno, da bodo dobili dovoljenje. Družbi Orange in SFR naj ne bi imeli nobene prednosti. Nasprotno, zaradi svoje poznejše prijave na razpis naj bi prednost imela družba Bouygues Télécom, zlasti zaradi tehnološkega napredka.

83 Francoski organi poleg tega niso nepreklicno razpolagali z delom terjatve, kateri so se odpovedali. Družbi Orange in SFR bi lahko svoji vlogi umaknili do 31. maja 2001, oziroma bi se dovoljenju za zasedbo javnega prostora vedno lahko odpovedali in prenehali plačevati ustrezne pristojbine. Poleg tega, če bi francoski organi ohranili pristojbine, ki bi jih družbi Orange in SFR sprva morali plačati, v znesku, skoraj osem krat višjem od zneska, ki bi ga morala plačati družba Bouygues Télécom, bi ta operater imel selektivno prednost.

Presoja Sodišča prve stopnje

84 Spor se nanaša na vprašanje, ali so francoski organi, s tem da so spremenili pristojbine, ki jih za UMTS dovoljenji dolgujeta družbi Orange in SFR, tema dvema

operaterjema dali prednost, ki predstavlja državno pomoč v smislu člena 87(1) ES. Z izpodbijano odločbo je bilo namreč ugotovljeno, da zaradi obravnavane spremembe družbi Orange in SFR nista imeli nobene prednosti in da zaradi neizpolnitve enega od kumulativno določenih pogojev, ki označujejo pojem državne pomoči v smislu člena 87(1) ES, očitan ukrep ni vseboval elementa pomoči v smislu te določbe.

85 Tožeči stranki v bistvu zatrjujeta dvoje. Po eni strani trdita, da očitan ukrep obsega zlasti začasno selektivno prednost, ki je bila dana brezplačno, saj so se francoski organi odpovedali znesku, ki je družbama Orange in SFR predstavljal normalen strošek, ki je ustrezal tržni vrednosti dovoljenj. Tožeči stranki po drugi strani trdita, da načelo prepovedi diskriminacije ni moglo upravičiti sporne pristojbine, ker je bila ta, nasprotno, diskriminatorna do družbe Bouygues Télécom.

86 Tožeči stranki s postopkovnega stališča prav tako zatrjujeta, da sta se v prijavi, ki sta jo vložili pri Komisiji, sklicevali na resne težave in da bi zato po prvem preverjanju institucija morala sprožiti postopek iz člena 88(3) ES, ki določa, da če ta institucija oceni, da načrt pomoči glede na člen 87 ES ni združljiv s skupnim trgom, nemudoma sproži postopek iz člena 88(2) ES.

87 V okviru postopka nadzora iz člena 88 ES je po eni strani treba razlikovati med predhodno stopnjo preverjanja pomoči po členu 88(3) ES, katere edini cilj je omogočiti Komisiji, da oblikuje prvo mnenje o delni ali popolni združljivosti obravnavane pomoči, in po drugi strani med formalno stopnjo preverjanja iz člena 88(2) ES, katere namen je Komisiji omogočiti, da se v celoti seznani z vsemi podatki zadeve (sodbi Sodišča z dne 19. maja 1993 v zadevi Cook proti Komisiji, C-198/91, Recueil,

str. I-2487, točka 22, z dne 15. junija 1993 v zadevi Matra proti Komisiji, C-225/91, Recueil, str. I-3203, točka 16, in zgoraj navedena sodba Komisija proti Sytraval in Brink's France, točka 38).

88 Edini namen začetne stopnje preverjanja iz člena 88(3) ES je Komisiji dati čas za razmislek in zadostno preiskavo, da bi lahko oblikovala prvo mnenje o načrtih za pomoči, o katerih je bila obveščena, in brez poglobljenega preverjanja ugotovila, ali so združljivi s Pogodbo ali pa, nasprotno, ugotovila, da njihova vsebina v tem pogledu ustvarja dvome (sodba Sodišča z dne 15. februarja 2001 v zadevi Avstrija proti Komisiji, C-99/98, Recueil, str. I-1101, točki 53 in 54).

89 Formalna stopnja preverjanja iz člena 88(2) ES, ki Komisiji omogoča, da se popolnoma seznani z vsemi podatki zadeve, preden sprejme odločitev, je nujna, kadar ima Komisija resne težave pri presoji, ali je pomoč združljiva s skupnim trgom (zgoraj navedena sodba Sodišča Matra proti Komisiji, točka 33).

90 Komisija se tako lahko pri sprejemanju odločitve, ki pomoči ne ugovarja, omeji na predhodno stopnjo preverjanja iz člena 88(3) ES samo, če je po zaključku tega preverjanja lahko prepričana, da je ta načrt združljiv s Pogodbo.

91 Če pa po tem prvem preverjanju Komisija ugotovi nasprotno ali če ne more preseči vseh težav pri presoji združljivosti te pomoči s skupnim trgom, mora pridobiti vsa potrebna obvestila in v ta namen sprožiti formalni postopek preverjanja iz člena 88(2) ES (sodba Sodišča z dne 20. marca 1984 v zadevi Nemčija proti Komisiji,

84/82, Recueil, str. 1451, točka 13, zgoraj navedene sodbe Cook proti Komisiji, točka 29, Matra proti Komisiji, točka 33, in Komisija proti Sytraval in Brink's France, točka 39).

92 Ker je bila izpodbijana odločba sprejeta, ne da bi bil sprožen formalni postopek preverjanja, jo je Komisija lahko zakonito sprejela samo, če prvo preverjanje prijave, ki so jo vložili prijavitelji, ni povzročalo resnih težav.

93 Zato je treba utemeljitve tožečih strank zoper izpodbijano odločbo preveriti glede na obstoj resnih težav. Če bi namreč take težave obstajale, bi bilo mogoče zgolj zaradi tega odločbo razglasiti za nično, in sicer iz razloga opustitve kontradiktornega in poglobljenega preverjanja, ki ga določa Pogodba, tudi če ne bi bilo dokazano, da je Komisija pri presoji temelja prijave napačno uporabila pravo ali napačno ugotovila dejansko stanje.

94 Vprašanje domnevnega obstoja začasne prednosti, ki predstavlja državno pomoč, in vprašanje spoštovanja načela prepovedi diskriminacije je treba preveriti zaporedoma.

— Obstoj selektivne prednosti

95 Komisija je z izpodbijano odločbo menila, „da ni [bilo] dokazano, da je bila družbama Orange in SFR s prezgodnjo dodelitvijo UMTS dovoljenja dana kakršnakoli prednost, ki bi lahko vplivala na konkurenco, upoštevajoč skupno zamudo vseh operaterjev pri vzpostavitvi UMTS omrežja“ in da „se novi sistem določitve pristojbin za dovoljenja

[…] [lahko] šteje za primernejšega, saj *ratione temporis* upošteva različne položaje operaterjev v posebnem kontekstu dodeljevanja dovoljenj v Franciji“ (uvodna izjava 34 izpodbijane odločbe).

96 Da bi tožeči stranki dokazali selektivnost spremembe UMTS pristojbin, navajata, da sta zaradi slednje družbi Orange in SFR imeli začasno prednost, ker sta svoji dovoljenji dobili prej v škodo družbe Bouygues Télécom, ki je za dovoljenje, ki je začelo učinkovati šele po začetku učinkovanja dovoljenj njenih konkurentov, plačala enako ceno, kar predstavlja diskriminacijo tega operaterja.

97 Tožeči stranki v tem okviru izpodbijata, da je sporno spremembo mogoče razumeti kot upravičen ukrep zaradi narave in splošne sheme sistema, s čimer bi se ta sprememba izognila, da bi bila opredeljena kot državna pomoč (sodbe Sodišča z dne 2. julija 1974 v zadevi Italija proti Komisiji, 173/73, Recueil, str. 709, točka 33; z dne 26. septembra 2002 v zadevi Španija proti Komisiji, C-351/98, Recueil, str. I-8031, točka 42, in z dne 14. aprila 2005 v združenih zadevah AEM in AEM Torino, C-128/03 in C-129/03, ZOdl., str. I-2861, točka 39). Menita, da naj dodelitev dovoljenj za mobilno telefonijo ne bi bila zgolj regulativna dejavnost, temveč gospodarska dejavnost.

98 Tožeči stranki v zvezi s tem zatrjujeta, da imajo UMTS dovoljenja tržno vrednost in da nacionalni organi, s tem da jih dodeljujejo, delujejo kot gospodarski subjekti, ki stremijo k doseganju najvišje cene z namenom ekonomsko valorizirati upravljanje z javnimi frekvenčnimi pasovi. Dodajata, da sta družbi Orange in SFR to ceno sprejeli v zameno za pravico uporabe javnega prostora. Zato so nacionalni organi, s tem da so občutno znižali sprva določen znesek pristojbin, ki ga je bilo treba plačati, in se tako odpovedali znatnemu delu terjatve, ki so jo imeli do zadevnih operaterjev, v korist slednjih prenesli državna sredstva.

99 Iz spisa izhaja, da je bila pristojbina sprva določena v znesku 4,954.593 milijarde eurov, ki bi ga bilo treba plačati po obrokih v času trajanja dovoljenja, in da pristojbina, kot izhaja iz izpodbijane spremembe, odslej sestavlja prvi del v znesku 619.209.795,27 eura, ki ga je treba plačati do 30. septembra v letu izdaje dovoljenja ali po izdaji dovoljenja, če je do nje prišlo po 30. septembru, in drugi del, izračunan v odstotku od realiziranega prometa na podlagi navedenih frekvenc, ki ga je treba plačati vsako leto do 30. junija tekočega leta za uporabo frekvenc v tem letu (glej točki 11 in 17 zgoraj). Taka sprememba pomeni najmanj potencialno izgubo državnih sredstev, v katero so v obravnavanem primeru nacionalni organi privolili.

100 Iz sodbe Sodišča z dne 22. maja 2003 v zadevi Connect Austria (C-462/99, Recueil, str. I-5197, točka 93), v kateri so obravnavane pristojbine, naložene operaterjem, ki delujejo na različnih trgih mobilnih telekomunikacijskih storitev, izhaja, da imajo dovoljenja ekonomsko vrednost.

101 Na isti način imajo UMTS dovoljenja, na podlagi katerih se lahko izvajajo gospodarske dejavnosti storitev UMTS mobilne telefonije in ki so podlaga za zasedbo ali uporabo ustreznega javnega prostora, ekonomsko vrednost, ki jo upravljavec navedenega prostora upošteva pri določitvi zneska pristojbin, ki ga morajo plačati zadevni operaterji.

102 V zadevi iz sodbe Aéroports de Paris proti Komisiji (sodba z dne 12. decembra 2000, T-128/98, Recueil, str. II-3929, točki 120 in 121), ki je obravnavala dajanje na razpolago letaliških instalacij letalskim družbam in ponudnikom storitev in pristojbine, ki jih je na tej podlagi določila tožeča stranka kot upravljavka letališča v splošni rabi, je Sodišče prve stopnje menilo, da obstoj posebne ureditve javnega dobra ni nezdružljiv

z izvajanjem gospodarskih dejavnosti na javnem področju in da je dajanje na razpolago letaliških instalacij s strani Aéroports de Paris pomenilo izvajanje gospodarskih storitev na javnem področju in da je prispevalo k njegovi gospodarski dejavnosti.

103 Sodišče, pri katerem je bila vložena pritožba, je razsodilo, da dajanje na razpolago letaliških instalacij letalskim družbam in različnim ponudnikom storitev v zameno za plačilo pristojbine, katere višino svobodno določa Aéroports de Paris, pomeni gospodarsko dejavnost (sodba Sodišča z dne 24. oktobra 2002 v zadevi Aéroports de Paris proti Komisiji, C-82/01 P, Recueil, str. I-9297, točka 78).

104 Izvrševanje oblastvenih funkcij torej ne izključuje, da je v okviru upravljanja z omejenimi javnimi viri kot so javne radiofrekvence, glede katerih se lahko dodeli pravica dostopa ali pravica uporabe, treba upoštevati gospodarske dejavnike. Države članice tako hkrati regulirajo telekomunikacije in upravljajo z javno lastnino, pod katero spadajo frekvenčni pasovi.

105 V zvezi s tem utemeljitve, ki jih je Komisija podala na obravnavi in v skladu s katerimi obravnavane dobrine nimajo tržne vrednosti, ker zasebni upravljavci ne razpolagajo z enakovrednimi dobrinami, ne bi zadostovale, da bi bilo izključeno, da so take dobrine lahko državna sredstva.

106 Vendar, tudi če bi tožečima strankama priznali, upoštevajoč ekonomsko vrednost dovoljenj, da so se v obravnavanem primeru nacionalni organi odpovedali pomembnemu delu državnih sredstev, bi bilo treba po eni strani glede na obravnavano terjatev ta sklep omiliti, po drugi strani pa zaradi narave in splošne sheme sistema ta izguba sredstev ne pomeni nujno državne pomoči.

107 V zvezi s terjatvijo države do družb Orange in SFR, ki se ji je država odrekla, ta terjatev, v nasprotju s tem kar trdita tožeči stranki, ni bila gotova. V okviru postopka pri prvem razpisu bi ta dva operaterja po eni strani namreč lahko umaknila svoji prijavi do 31. maja 2001, če jima ne bilo zagotovljeno, da bosta obravnavana enako kot drugi operaterji (glej dopisa z dne 22. februarja 2001, navedena v točki 14 zgoraj), po drugi strani pa je vedno obstajala možnost, da se navedena operaterja v nadaljevanju odpovesta svojima dovoljenjema in posledično prenehata plačevati pristojbino, zlasti če bi ocenila, da sta žrtvi neenakega obravnavanja v primerjavi z družbo Bouygues Télécom.

108 Poleg tega smernice Skupnosti glede telekomunikacijskih storitev, kot so bile določene z Direktivo 97/13 in z Odločbo 128/1999, temeljijo na enakem obravnavanju operaterjev pri dodelitvi dovoljenj ter pri določitvi morebitnih pristojbin in državam članicam prepuščajo svobodno izbiro postopka za podelitev dovoljenj, pri tem pa morajo države članice spoštovati načela svobodne konkurence in enakega obravnavanja. Če se države članice lahko zatečejo k javnim dražbam, potem se, kot v obravnavanem primeru, prav tako lahko odločijo za primerjalni izbirni postopek, pri tem pa je bistveno, da se operaterje obravnava enako, zlasti glede pristojbin.

109 V tem smislu je Sodišče pri razlagi člena 11(2) Direktive 97/13 glede pristojbin v zgoraj navedeni sodbi Connect Austria (točka 90) poudarilo, da morajo biti pristojbine, naložene različnim operaterjem, enakovredne v ekonomskem smislu. Poleg tega, potem ko je Sodišče poudarilo, da določitev zneska pristojbin zahteva zapletene ocene ekonomskih dejavnikov in da takrat nacionalni organi v tem pogledu niso zavezani spoštovati strogih meril, če ostanejo v mejah, ki izhajajo iz prava Skupnosti, je pojasnilo, da mora predložitveno sodišče preveriti ekonomsko vrednost zadevnih dovoljenj v času vstopa na trg vsakega zadevnega operaterja, upoštevajoč zlasti pomembnost različnih frekvenčnih sklopov, ki so bili dodeljeni, in sposobnost predložiti popolno ponudbo sistemov mobilnih telekomunikacij (točki 92 in 93).

110 Tudi če ima operaterjem dodeljena pravica uporabe frekvenčnega pasu ekonomsko vrednost, znesek, ki ga je treba plačati iz naslova pristojbine ne more pomeniti državne pomoči, razen če – s tem, da vsi drugi dejavniki ostanejo enaki –ne obstaja razlika v ceni, ki jo je plačal vsak od zadevnih operaterjev, pri tem pa je treba spomniti, da Sodišče meni, da je treba upoštevati čas vstopa na trg posameznega operaterja (zgoraj navedena sodba Connect Austria, točka 93). Nasprotno, če se nacionalni organi na splošno odločijo, da bodo dovoljenja dodeljena brezplačno, prek javne dražbe ali pa na podlagi enotne tarife, potem elementov pomoči ni, pod pogojem, da so uporabljeni načini enaki za vse zadevne operaterje.

111 Okoliščina, da se je država lahko odrekla sredstvom in da so na podlagi tega upravičenci do znižanja pristojbine lahko imeli prednost, zato ne zadošča za ugotovitev obstoja državne pomoči, nezdružljive s skupnim trgom, upoštevajoč posebnosti prava Skupnosti glede telekomunikacij v povezavi s skupnim pravom državnih pomoči. Obravnavana odpoved terjatvi je bila namreč neizogibna zaradi splošne sheme sistema ter zaradi dejstva, poudarjenega v točki 17 zgoraj, da terjatev ni bila gotova.

112 Okoliščina, da Sodišču prve stopnje ni treba presojati verjetnosti, ali bi družbi Orange in SFR plačali prvotne pristojbine, tudi če bi ocenili, da te pristojbine ustrezajo pravični ceni dovoljenj, je nepomembna, upoštevajoč naravo in splošno shemo sistema iz Uredbe 97/13 in Odločbe št. 128/1999.

113 Vendar je treba pritrditi tožečima strankama, da razlika med položajem družb Orange in SFR in položajem družbe Bouygues Télécom objektivno obstaja glede časa dodelitve dovoljenj. Ugotovljeno je, da sta družbi Orange in SFR dovoljenje dobili na podlagi odločb z dne 18. julija 2001 in da je družba Bouygues Télécom svoje dovoljenje dobila na podlagi odločbe z dne 3. decembra 2002. Utemeljitev tožečih

strank, da bi to, da sta družbi Orange in SFR dovoljenji pridobili eno leto in pol prej, lahko dalo prednost konkurentom družbe Bouygues Télécom, na prvi pogled ni nepomembna.

114 Prednost namreč lahko izhaja tudi iz nižje določene cene za dobrino enake vrednosti kot iz enako določene cene za manj vredno dobrino.

115 Vendar se zdi, da v obravnavanem primeru ta potencialna prednost zainteresiranim ni koristila.

116 Iz spisa izhaja, da sta družbi Orange in SFR, soočeni s težavami glede UMTS tehnologije in ekonomskim ozadjem, ki ni bilo ugodno za njen razvoj, zamujali z začetkom izvajanja svojih storitev, ki jih je družba SFR lahko začela izvajati šele v sredini leta 2004, družba Orange pa konec leta 2004, kar je več kot dve leti po tem, ko je družba Bouygues Télécom pridobila svoje dovoljenje. Treba je ugotoviti, da konkurenta družbe Bouygues Télécom v praksi nista mogla ustvariti dobička na podlagi začasne prednosti zaradi predhodne pridobitve njunih dovoljenj za začetek izvajanja UMTS storitev preden družbi Bouygues Télécom ni bilo podeljeno dovoljenje za začetek izvajanja njenih storitev. Zamuda družb Orange in SFR je tako nevtralizirala njuno začasno prednost.

117 Poleg tega, čeprav tožeči stranki trdita, da sta družbi Orange in SFR zaradi predhodne pridobitve dovoljenj lahko izbrali ugodnejše frekvenčne bloke, razpolagali z možnostjo postavitve neprekinjenih omrežij, razširili področje, za katerega sta bili pooblaščeni, zmanjšali verjetnost motenj ter zagotovili sporazume med mejnimi operaterji, v oporo tem trditvam ne navajata nobenih dokazov.

118 Tožeči stranki prav tako zatrjujeta, da sta družbi Orange in SFR lahko prej kupili najboljše lokacije, izrabili svojo podobo inovativnega operaterja v škodo družbe Bouygues Télécom in pridobili dele trga, ne da bi bili podvrženi resnični konkurenci.

119 Prvič, glede domnevne prednostne pravice pri nakupu lokacij tožeči stranki navajata, da sta družbi Orange in SFR že razpolagali z velikim številom dovoljenj v glavnih francoskih mestih, ko je družba Bouygues Télécom pridobila dovoljenja za oddajanje. Tudi če bi bile te navedbe pravilne, je treba poudariti, da se ob upoštevanju občutnih razlik glede ekonomskih in trgovinskih strategij, tehnološke izbire in potemtakem dostopa do trga med tema operaterjema in družbo Bouygues Télécom zdi težko ugotoviti morebitni vpliv na konkurenco. V nobenem primeru tožeči stranki nista dokazali, da so bile takrat, ko je družba Bouygues Télécom pridobila dovoljenje, najboljše lokacije že kupljene niti da naj ta ne bi mogla pridobiti dovoljenja za postavitev ali pa naj bi zato imela posebne težave pri izbiri lokacij, potrebnih za razvoj svojih storitev.

120 Drugič, glede utemeljitve, da naj bi zgodnja pridobitev dovoljenja konkurentov lahko škodovala podobi znamke družbe Bouygues Télécom, je treba ugotoviti, da tak učinek ni dokazan. Poleg tega intervenientke trdijo, ne da bi jim kdo ugovarjal, da se je družba Bouygues Télécom sprva odločila, da bo stavila na tehnologijo, alternativno UMTS tehnologiji in je začetek izvajanj svojih UMTS storitev odgodila, čakajoč na izboljšano različico sistema. Glede na take razlike v strateških izbirah operaterjev ni mogoče šteti, da vpliv časa izdaje dovoljenj na podobo znamk zadevnih podjetij predstavlja opazno razliko med njihovimi položaji.

121 Tretjič, čeprav tožeči stranki trdita, da sta družbi Orange in SFR lahko pridobili dele trga, ne da bi bili podvrženi resnični konkurenci, ta trditev ni dokazana. Sicer

pa utemeljitev tožečih strank ni prepričljiva upoštevajoč posebno strategijo družbe Bouygues Télécom na UMTS trgu, glede katere ni sporno, da se razlikuje od strategije drugih dveh operaterjev, na katera se ta spor nanaša.

122 Zdi se torej, da je Komisija z izpodbijano odločbo pravilno ugotovila, da družbi Orange in SFR dejansko nista imeli koristi od začasne prednosti, ki sta jo imeli na podlagi prej pridobljenih dovoljenj. Komisija je zato pravilno menila, da družbi Orange in SFR dejansko nista razpolagali s konkurenčno prednostjo v škodo družbe Bouygues Télécom.

123 Navidezna prednost družb Orange in SFR je bila v vsakem primeru sredstvo za preprečitev, da bi bil v nasprotju z Direktivo 97/13 sprejet ukrep, ki bi bil glede na opazno razliko med dvema sistemoma pristojbin, ki so ju nacionalni organi zaporedoma zasnovali, diskriminatoren do teh dveh operaterjev, medtem ko po eni strani v času sporne spremembe zaradi zamude družb Orange in SFR pri začetku izvajanja njunih UMTS storitev na trgu ni bil prisoten noben operater, kot je bilo že ugotovljeno, in so po drugi strani dovoljenja treh konkurenčnih operaterjev enaka.

124 Glede slednjega tožeče stranke namreč ne dokazujejo, da se UMTS dovoljenja, izdana trem operaterjem, razlikujejo glede na njihove bistvene značilnosti, predhodno pa je bilo ugotovljeno, da dejstvo, da sta bili dovoljenji družbama Orange in SFR dodeljeni prej, v obravnavanem primeru ni imelo neugodnih posledic za družbo Bouygues Télécom.

125 Kot je namreč navedla Komisija ob podpori intervenientk, so različne dodeljene frekvence enakovredne, kot izhaja iz obvestila o načinih in pogojih dodelitve dovoljenj za uvedbo UMTS v matično Francijo, ki je priloženo k odločbi ART z dne

28. julija 2000, in ki sta ga posredovali tožeči stranki in se nahaja v spisu. Nadalje ni izpodbijano, da razpoložljiva oprema deluje v vseh frekvenčnih pasovih. Poleg tega je okoliščina, ki jo navajata tožeči stranki, da bi družbi Orange in SFR lahko ustvarili skupne frekvenčne bloke s svojimi podružnicami v tujini, nepomembna, ker družba Bouygues Télécom nima takih podružnic.

126 Iz navedenega izhaja, da domnevna začasna prednost ni dokazana in da presoja tega ne povzroča resne težave, zaradi katere bi Komisija morala sprožiti formalni postopek preverjanja domnevne pomoči.

— Načelo prepovedi diskriminacije

127 Komisija je z izpodbijano odločbo menila, da so francoski organi s prilagoditvijo spornih pristojbin „[…] upoštevali zgolj člen 11(2) Direktive 97/13, ki zahteva, da so pristojbine nediskriminatorne“ in da „so upoštevali zgolj dolžnost, ki izhaja iz prava Skupnosti“ (uvodna izjava 28 izpodbijane odločbe), in sicer spoštovanje načela prepovedi diskriminacije.

128 Tožeči stranki ocenjujeta, da bi morali francoski organi, zato da bi zagotovili nediskriminatorno obravnavanje, ohraniti zlasti tarifne pogoje, na podlagi katerih sta bili družbama Orange in SFR izdani njuni dovoljenji, ker sta dva zaporedna razpisa predstavljala dva različna postopka. V zvezi s tem se sklicujeta na pravila, uporabljiva za javna naročila, zlasti na načelo nedotakljivosti meril izbora ali pogojev za dodelitev,

in zatrjujeta, da bi nacionalni organi morali prvi postopek razpisa razveljaviti in ponovno od začetka opraviti izbor, če so ocenili, da ni mogoče ohraniti že dogovorjenih pogojev s prvotno izbranima operaterjema.

129 V skladu z ustaljeno sodno prakso diskriminacija pomeni uporabo različnih pravil v podobnih položajih ali uporabo istega pravila v različnih položajih (glej zlasti sodbi Sodišča z dne 14. februarja 1995 v zadevi Schumacker, C-279/93, Recueil, str. I-225, točka 30, in z dne 13. februarja 1996 v zadevi Gillespie in drugi, C-342/93, Recueil, str. I-475, točka 16).

130 Iz spisa izhaja, da sta bili po zaključku dveh razpisnih postopkov, opisanih v točkah od 11 do 22 zgoraj, družbama Orange in SFR dovoljenji dodeljeni z odločbama z dne 18. julija 2001 in družbi Bouygues Télécom z odločbo z dne 3. decembra 2002.

131 Družba Bouygues Télécom je v nasprotju s svojima konkurentoma, družbama Orange in SFR, s tem da se ni prijavila na prvi razpis zaradi zneska pristojbine, prevzela tveganje, da ne bo mogla začeti izvajati svojih UMTS storitev ali pa da jih bo lahko začela izvajati z zamudo, to je tveganje, ki bi lahko povzročilo škodo njeni konkurenčnosti v primerjavi z drugima dvema operaterjema.

132 To objektivno razliko v položajih, ki je posledica dejstva, da sta se družbi Orange in SFR prijavili na prvi razpis, družba Bouygues Télécom pa na drugega, je treba presojati ob upoštevanju enakih pogojev, ki so jim bili nazadnje postavljeni. Izpodbijana odločba je tako podjetjema, ki nista prevzela istega tveganja kot družba Bouygues

Télécom, koristila, saj so zanju takoj začeli veljati ugodnejši pogoji, ki so veljali za družbo Bouygues Télécom v okviru postopka, v katerem nista sodelovali.

133 Morebitno diskriminacijo, katere žrtev naj bi bila družba Bouygues Télécom, je tako treba preveriti glede na obravnavani postopkovni okvir z namenom, da se ugotovi kakšne obveznosti imajo nacionalni organi v obravnavanem primeru.

134 Treba je opozoriti, da je bil postopek dodelitve UMTS dovoljenj, ki so ga julija 2000 sprožili francoski organi, kljub vsebinskim razlikam v izvedbi dejansko en sam postopek za dodelitev štirih dovoljenj za uvedbo UMTS sistema v Francijo (glej točko 11 zgoraj). Zaradi delno neuspešnega prvega razpisa je bil po manj kot šestih mesecih po podelitvi prvih dveh dovoljenj (glej točki 15 in 16 zgoraj) objavljen dodatni razpis z namenom zagotoviti učinkovito konkurenco na nastajajočem trgu in podeliti drugi dve dovoljenji, razpisa pa sta bila zasnovana in sta se odvijala na formalno enak način (objava, časovni razpored, …).

135 V zvezi s tem je treba utemeljitev tožečih strank glede postopkovnih pravil, ki se uporabijo pri javnih naročilih in koncesijah, ki v obravnavanem primeru niso uporabljiva, zavrniti kot neučinkovito. Načelo nedotakljivosti meril izbora ali pogojev za dodelitev, na katerega se tožeči stranki sklicujeta, pa se ne nahaja niti v Direktivi 97/13 niti v nobeni drugi uporabljivi določbi prava Skupnosti. Nasprotno, Direktiva 97/13 v členu 8(4) določa, da države članice lahko spremenijo pogoje za posamično dovoljenje v objektivno upravičenih primerih in na sorazmeren način.

136 V zvezi z enim samim izbirnim postopkom v obravnavani zadevi, kljub temu da je izpeljan v več fazah, je torej treba načelo prepovedi diskriminacije na splošno uporabiti upoštevajoč dva razpisa.

137 V tem okviru drugačna rešitev kot ta, ki so jo sprejeli nacionalni organi, ne bi omogočila zadovoljivega enakega obravnavanja vseh treh zadevnih operaterjev.

138 V okoliščinah obravnavanega primera se namreč zdi, da so nacionalni organi, po tem ko so ugotovili, da pri prvem razpisu ni bilo mogoče izbirati zadostnega števila operaterjev, da bi se učinkovito zagotovila konkurenca v sektorju, imeli na voljo tri možnosti.

139 V skladu s prvo možnostjo bi ti organi prvi razpis razglasili za neuspešnega in ponovno sprožili vse postopke ter določili pristojbino v skladu s spremenjeno ureditvijo.

140 Vendar se zdi, da ta rešitev ne bi vplivala na izid postopka, ker bi bili dejansko v vsakem primeru edini prijavitelji na razpis isti operaterji, in sicer družbe Orange, SFR in Bouygues Télécom, in bi jim nazadnje bila izdana vsebinsko enaka dovoljenja kot dovoljenja, ki so jih dejansko pridobili.

141 Ta možnost bi glede na pravo Skupnosti v zvezi s telekomunikacijami predstavljala najmanj nevšečnost. Povzročila bi namreč zamudo pri začetku izvajanja zadevnih storitev, določenem najkasneje za 1. januar 2002 z Odločbo št. 128/1999 (glej točko 8 zgoraj), to je zamudo, ki jo je Komisija poudarila v izpodbijani odločbi in za katero bi bili neposredno krivi francoski organi.

142 Čeprav bi lahko bilo tudi s to prvo možnostjo enako obravnavanje zadovoljivo spoštovano, je Francoska republika prevzela tveganje za zamudo pri začetku uporabe zadevnih določb Skupnosti in zato ni izpolnila svojih obveznosti v tem pogledu.

143 V skladu z drugo možnostjo bi nacionalni organi z objavo drugega razpisa nadaljevali s postopkom, vendar, v nasprotju z dejansko sprejeto rešitvijo, ne da bi pristojbine družb Orange in SFR prilagodili pristojbinam družbe Bouygues Télécom.

144 Družbi Orange in SFR bi bili v takem primeru v nasprotju z načelom prepovedi diskriminacije obravnavani drugače kot družba Bouygues Télécom, upoštevajoč enako vrednost dovoljenj in dejstvo, da na dan spremembe pristojbine noben operater ni bil prisoten na trgu. Taka rešitev poleg tega ne bi bila v skladu z dejavniki za določitev pristojbin, ki jih je Sodišče navedlo v zgoraj navedeni sodbi Connect Austria (glej točko 109 zgoraj).

145 Če bi francoski organi za družbi Orange in SFR ohranili prvoten sistem pristojbin, bi bili lahko zahtevi po prepovedi diskriminacije in sorazmernosti, ki sta določeni z Direktivo 97/13, kršeni zaradi neenakega obravnavanja in nesorazmernosti med prvotno in spremenjeno ureditvijo, ki se v skladu z neizpodbijanimi navedbami družbe SFR odraža v približnem razmerju 1 proti 8. Taka razlika v dolgovanih zneskih bi povzročila neenak položaj v korist družbe Bouygues Télécom in v škodo drugih dveh operaterjev.

146 Poleg tega bi se v takem primeru prvotno izbrana operaterja lahko odrekla svojemu dovoljenju, zaradi česar bi francoski organi morali zagotoviti učinkovito konkurenco v zadevnem sektorju ter objaviti tretji razpis in tako še za dlje časa odložiti začetek izvajanja zadevnih storitev.

147 V skladu s tretjo možnostjo bi nacionalni organi objavili drugi razpis pod manj strogimi pogoji, zlasti finančnimi, in bi retroaktivno spremenili navedene pogoje glede že dodeljenih dovoljenj.

148 Ta rešitev, ki je bila sprejeta v obravnavanem primeru, je zagotovila enako obravnavanje treh operaterjev, ki so se edini prijavili na razpis, v tem splošnem postopkovnem okviru v zgoraj navedenem kontekstu enakih dovoljenj in nastajajočega trga, na katerega na dan spremembe pristojbine noben operater še ni vstopil. Možnost, ki so jo izbrali nacionalni organi, je Francoski republiki prav tako omogočila, da prepreči zamude pri začetku izvajanja UMTS storitev, določenem z Direktivo 97/13.

149 Prav tako je treba poudariti, da tudi če prilagoditev finančnih pogojev za podelitev dovoljenj ne bi učinkovala retroaktivno, to je na dan izdaje dovoljenj, kot je bilo odločeno v obravnavanem primeru, temveč zgolj od spremembe spornih pristojbin, končni rezultat zato ne bi bil drugačen.

150 Iz spisa namreč izhaja, da sta družbi Orange in SFR 3. decembra 2002, na dan izdaje spremenjenih odločb, v skladu s plačilnim razporedom, določenim v prvotnem izreku, plačali znesek, ki je ustrezal prvemu delu pristojbine v spremenjenem izreku, ki ga je bilo treba plačati ob izdaji dovoljenja. Drugi del, povezan z ustvarjenim prometom na podlagi uporabe frekvenc, določen v spremenjenem izreku, pa bi bilo treba plačati šele po tem, ko bi operaterji začeli izvajati svoje UMTS storitve, družbi Orange in SFR pa jih na zgoraj navedeni dan, ko sta bili izdani odločbi, ki sta spreminjali njuni dovoljenji, in odločba, s katero je bilo družbi Bouygues Télécom dodeljeno dovoljenje, nista začeli izvajati.

151 Tako se zdi, da se je spremenjeni izrek, ki se je uporabil za družbi Orange in SFR, v okoliščinah obravnavanega primera izkazal za nepristranskega do treh konkurenčnih operaterjev, pri tem pa ni pomembno, ali je sprememba učinkovala retroaktivno ali ne.

152 Komisija je v tem kontekstu, kljub temu, da so bili za kandidate, ki so bili izbrani v različnih postopkih, določeni enaki pogoji, z izpodbijano odločbo pravilno ugotovila, da novi sistem pristojbin družbe Bouygues Télécom ni diskriminiral.

153 Zaradi enakega obravnavanja operaterjev, ki ga zahteva Direktiva 97/13, je bilo treba v okoliščinah obravnavanega primera prilagoditi pristojbine, ki sta jih dolgovali družbi Orange in SFR, pristojbinam družbe Bouygues Télécom.

154 Utemeljitev tožečih strank, da naj bi bila sprememba diskriminatorna, ker naj bi se družbi Orange in SFR, zahvaljujoč temu, da sta finančno sposobnejši kot njuni konkurenti, lahko prijavili na prvi razpis in pridobili dovoljenje, ne spreminja zgoraj navedenih ugotovitev, ker po eni strani zaradi prej dodeljenega dovoljenja nista imeli dejanske prednosti in ker je bilo po drugi strani treba zaradi enakega obravnavanja operaterjev pristojbine izenačiti.

155 Iz zgoraj navedenega izhaja, da s sporno spremembo pristojbine družba Bouygues Télécom ni bila diskriminirana in da ta presoja ne povzroča resne težave, zaradi katere bi Komisija morala sprožiti formalni postopek preverjanja domnevne pomoči.

156 Komisija je v teh okoliščinah pravilno ugotovila, ne da bi menila, da obstajajo resne težave, da elementa pomoči v smislu člena 87(1) ES v očitanem nacionalnem ukrepu ni.

157 Čeprav je Komisija v svojih pisanjih glede zadeve, na podlagi katere je bil izdan zgoraj navedeni sklep Bouygues in Bouygues Télécom proti Komisiji, omenila izredno zapletenost, se ta navedba, v nasprotju s tem, kar trdita tožeči stranki, ni nanašala na ukrep, ki ga je Sodišče prve stopnje obravnavalo, temveč skupaj na vse ukrepe iz prijave, s katero se je izpodbijalo enajst ukrepov. Sicer pa je Komisija, po tem, ko je ocenila, da določeni med njimi povzročajo resne težave, 31. januarja 2003 glede določenih ukrepov sprožila postopek iz člena 88(2) ES, ki se je zaključil 2. avgusta 2004 s sprejetjem dveh odločb glede ureditve davka od dohodka iz dejavnosti, uporabljenega za družbo France Télécom (C(2004) 3061), oziroma glede delničarskega predujma, ki ga je država dodelila družbi France Télécom (C(2004) 3060), ki sta trenutno predmet tožbe pred Sodiščem prve stopnje (Francija proti Komisiji, T-425/04, Francija proti Komisiji, T-427/04, France Télécom proti Komisiji, T-444/04, Bouygues in Bouygues Télécom, T-450/04, AFORS Télécom proti Komisiji, T-456/04, in France Télécom proti Komisiji, T-17/05).

158 Čeprav tožeči stranki trdita, da je Komisija kršila dolžnost skrbnega ravnanja pri preverjanju tukaj obravnavanega nacionalnega ukrepa, ki sta ga izpodbijali v svoji prijavi, vloženi 4. oktobra 2002, o kateri je institucija zavzela stališče 20. julija 2004, ta navedba ni zgolj neučinkovita, temveč niti ni dokazana. Komisija namreč razpolaga s pravico, da prijavam, ki so pri njej vložene, dodeli različne stopnje prednosti (sodba Sodišča z dne 4. marca 1999 v zadevi Ufex in drugi proti Komisiji, C-119/97 P, Recueil, str. I-1341, točka 88).

159 Glede na to, da je zgoraj navedena prijava, ki je brez prilog zajemala skoraj 90 strani, navajala skupaj enajst ukrepov, je treba ugotoviti, da je Komisija, ki je glede določenih ukrepov iz prijave sprožila postopek iz člena 88(2) ES tri mesece in pol po vložitvi navedene prijave in ki je zato prednostno obravnavala del prijave, v katerem so bili navedeni ukrepi, ki naj bi povzročali resne težave, lahko – upoštevajoč količino dela

in pravico, da oceni, katere zadeve bo obravnavala prednostno – odgodila obravnavo ukrepa, za katerega je menila, da ne povzroča resnih težav, ne da bi ji bilo mogoče očitati, da je v tem pogledu kršila dolžnost skrbnega ravnanja.

160 V tem kontekstu čas enega leta, desetih mesecev in petnajstih dni, ki je pretekel od vložitve prijave do izpodbijane odločbe, ne pomeni, da je Komisija kršila dolžnost skrbnega ravnanja.

161 Glede na zgoraj navedeno je treba tožbo zavrniti, ne da bi bilo Sodišču prve stopnje treba presojati druga merila iz člena 87(1) ES, saj eden izmed kumulativno določenih pogojev za opredelitev državne pomoči ni izpolnjen.

Stroški

162 Na podlagi člena 87(2) Poslovnika Sodišča prve stopnje se neuspeli stranki naloži plačilo stroškov, če so bili ti priglašeni. Ker tožeči stranki s svojimi predlogi nista uspeli, se jima naloži, da solidarno nosita lastne stroške ter stroške Komisije in družb Orange in SFR, intervenientk v podporo Komisije.

163 V skladu s členom 87(4), prvi pododstavek, Poslovnika Francoska republika nosi lastne stroške.

Iz teh razlogov je

SODIŠČE PRVE STOPNJE (četrti senat)

razsodilo:

1. **Tožba se zavrne.**

2. **Družbi Bouygues SA in Bouygues Télécom SA solidarno nosita lastne stroške ter stroške Komisije in družb Orange France SA in Société française du radiotéléphone – SFR.**

3. **Francoska republika nosi lastne stroške.**

Legal Wiszniewska-Białecka Moavero Milanesi

Razglašeno na javni obravnavi v Luxembourgu, 4. julija 2007.

Sodni tajnik Predsednik

E. Coulon H. Legal