KOHTUJURISTI ETTEPANEK

VERICA TRSTENJAK

esitatud 8. oktoobril 2008 [1]

Sisukord

I. Õiguslik raamistik . . . . . I - 2670

II. Vaidluse taust . . . . . I - 2673

A. UMTS-i litsentside väljaandmine . . . . . I - 2673

B. Menetlus komisjonis ja vaidlusalune otsus . . . . . I - 2674

III. Menetlus Esimese Astme Kohtus ja vaidlustatud kohtuotsus . . . . . I - 2675

IV. Nõuded Euroopa Kohtu menetluses . . . . . I - 2676

V. Apellantide apellatsioonkaebus ja poolte argumendid . . . . . I - 2678

A. Esimene väide . . . . . I - 2678

B. Teine väide . . . . . I - 2678

C. Kolmas väide . . . . . I - 2679

1. Esimene osa . . . . . I - 2680

2. Teine osa . . . . . I - 2681

3. Kolmas osa . . . . . I - 2681

D. Neljas väide . . . . . I - 2682

1. Esimene osa . . . . . I - 2682

2. Teine osa . . . . . I - 2683

3. Kolmas osa . . . . . I - 2684

VI. Õiguslik hinnang . . . . . I - 2686

1 – Algkeel: prantsuse.

A. Kolmas ja neljas väide . . . . . I - 2686

1. 22. veebruari 2001. aasta kirja sisu (kolmanda väite kolmas osa) . . . . . I - 2687

2. Osaline loobumine SFR-i ja Orange'i vastastest nõuetest ja süsteemi ülesehitusel põhinev erand (neljanda väite esimene osa) . . . . . I - 2689

a) Süsteemi olemusel ja ülesehitusel põhineva erandi kohaldatavus ja õiguslik alus käesolevas asjas . . . . . I - 2690

b) Ühenduse õigusliku raamistiku olemusel ja ülesehitusel põhineva erandi kohaldamine . . . . . I - 2692

c) Kokkuvõte . . . . . I - 2694

3. Nõuete ebakindlus (kolmanda väite teine osa) . . . . . I - 2694

4. Ajaline selektiivne eelis (neljanda väite teine osa) . . . . . I - 2696

a) Eelise mõiste EÜ artikli 87 lõike 1 tähenduses . . . . . I - 2697

b) Ühenduse õigusliku raamistiku olemusest ja ülesehitusest tuleneval erandil põhinev argument . . . . . I - 2699

i) Orange'ile ja SFR-ile litsentside varasema väljaandmise vältimatus . . . . . I - 2700

ii) Orange'i, SFR-i ja Bouygues Télécomi suhtes 3. detsembril 2002 ühesuguste tingimuste kohaldamise vältimatus . . . . . I - 2701

c) Kokkuvõte . . . . . I - 2704

5. Diskrimineerimiskeelu põhimõte (neljanda väite kolmas osa) . . . . . I - 2704

6. Üheainsa menetluse toimumine (kolmanda väite esimene osa) . . . . . I - 2707

7. Kokkuvõte . . . . . I - 2708

B. Teine väide . . . . . I - 2708

C. Esimene väide . . . . . I - 2713

D. Kokkuvõte . . . . . I - 2715

VII. Kohtukulud . . . . . I - 2715

VIII. Ettepanek . . . . . I - 2715

1. Bouygues SA ja Bouygues Télécom SA (edaspidi „apellandid") paluvad oma apellatsioonkaebuses Euroopa Kohtul tühistada 4. juuli 2007. aasta kohtuotsus T-475/04: Bouygues ja Bouygues Télécom *vs.* komisjon (edaspidi „vaidlustatud kohtuotsus") [2]., millega Euroopa Ühenduste Esimese Astme Kohus jättis rahuldamata nende tühistamishagi komisjoni 20. juuli 2004. aasta otsuse peale (riigiabi NN 42/2004 – Prantsusmaa, edaspidi „vaidlusalune otsus" [3]), mis puudutas Orange'i ja SFR-i poolt Universal Mobile Telecommunications System'i (UMTS) litsentside eest tasumisele kuuluva litsentsitasu tagasiulatuvat muutmist.

I. Õiguslik raamistik

2. EÜ artikli 87 lõikes 1 on sätestatud:

„Kui käesolevas lepingus ei ole sätestatud teisiti, on igasugune liikmesriigi poolt või riigi ressurssidest ükskõik missugusel kujul antav abi, mis kahjustab või ähvardab kahjustada konkurentsi, soodustades teatud ettevõtjaid või teatud kaupade tootmist, ühisturuga kokkusobimatu niivõrd, kuivõrd see kahjustab liikmesriikidevahelist kaubandust."

3. EÜ artikli 88 lõikes 3 on sätestatud:

„Komisjoni informeeritakse kõikidest plaanidest abi määramise või muutmise kohta piisavalt aegsasti, et ta võiks avaldada oma arvamuse. Kui komisjon arvab, et mingi selline plaan ei sobi ühisturuga kokku artikli 87 järgi, algatab ta viivitamata lõikes 2 ettenähtud menetluse. Asjassepuutuv liikmesriik ei tohi rakendada kavatsetud meetmeid enne, kui nimetatud menetluse järgi on tehtud lõplik otsus."

4. Raadiospektri kasutamine UMTS-i teenuste osutamiseks on reguleeritud Euroopa Parlamendi ja nõukogu 10. aprilli 1997. aasta direktiiviga 97/13/EÜ üldlubade ja üksiklitsentside ühise raamistiku kohta telekommunikatsiooniteenuste valdkonnas [4] ja Euroopa Parlamendi ja nõukogu 14. detsembri 1998. aasta otsusega nr 128/1999/EÜ kolmanda põlvkonna mobiilside ja traadita side süsteemi (UMTS) kooskõlastatud kasutuselevõtmise kohta ühenduses [5].

2 – EKL 2007, lk II-2097
3 – ELT 2005, C 275, lk 3.
4 – EÜT L 117, lk 15.
5 – EÜT 1999, L 17, lk 1.

5. Direktiivi 97/13 artikli 3 lõige 3 näeb ette:

„Liikmesriigid tagavad, et telekommunikatsiooniteenuseid ja/või -võrke antakse kasutusse kas ilma vastava loata või üldloa alusel, mida täiendatakse vajaduse korral õiguste ja kohustustega, mis nõuavad pakkumiste individuaalset hindamist, ja mille alusel antakse üks või mitu üksiklitsentsi. Liikmesriik võib üksiklitsentsi välja anda vaid juhul, kui litsentsiaat saab juurdepääsu tehnilisele või muule olulisele vahendile, mis on raskesti kättesaadav, või kui talle pannakse erikohustusi või antakse eriõigusi vastavalt III jao sätetele." [Siin ja edaspidi on osundatud direktiivi tsiteeritud mitteametlikus tõlkes.]

6. Direktiivi 97/13 artikli 8 lõige 4 on sõnastatud järgmiselt:

„Liikmesriik võib muuta üksiklitsentsi tingimusi objektiivselt põhjendatud asjaolude esinemisel ja proportsionaalselt. Liikmesriik teatab oma kavatsustest kohasel viisil ja võimaldab huvitatud isikutel esitada oma seisukoht väljapakutud muudatuste kohta".

7. Direktiivi 97/13/EÜ artikli 9 lõige 2 sätestab:

„Kui liikmesriik kavatseb üksiklitsentsi välja anda, siis:

– annab ta selle välja avatud, mittediskrimineeriva ja läbipaistva menetluse teel, kohaldades kõigile pakkujatele sama menetlust, kui puuduvad objektiivsed põhjused nende erinevaks kohtlemiseks […]."

8. Direktiivi 97/13 artikli 10 lõiked 1, 3 ja 4 sätestavad:

„1. Liikmesriigid võivad piirata üksiklitsentside arvu mis tahes telekommunikatsiooniteenuste suhtes ning telekommunikatsiooni infrastruktuuride väljaehitamiseks ja/või arendamiseks üksnes niivõrd, kuivõrd see on nõutav, et tagada raadiosagedusspektri tõhus kasutamine, või aja jooksul, mis on vajalik selleks, et muuta vastavalt ühenduse õigusele kättesaadavaks piisav arv numbreid.

[…]

3. Liikmesriik annab üksiklitsentse välja valikukriteeriumide alusel, mis on objektiivsed, mittediskrimineerivad, läbipaistvad, proportsionaalsed ja üksikasjalikud. Valiku tegemisel võetakse arvesse vajadust lihtsustada konkurentsi arengut ja maksimeerida kasutajatele tekkivaid eeliseid. […]

4. Kui liikmesriik leiab, enda initsiatiivil või mõne ettevõtja taotlusel, käesoleva direktiivi jõustumise hetkel või pärast seda, et üksiklitsentside arvu võib suurendada, siis avaldab ta asjakohase teadaande ja korraldab täiendavate litsentside väljaandmiseks konkursi.”

9. Direktiivi 97/13 artikli 11 lõige 2 näeb ette:

„[…] [R]askesti kättesaadavate oluliste vahendite osas võivad liikmesriigid lubada siseriiklikel pädevatel ametiasutustel kehtestada litsentsitasusid, arvestades selle olulise vahendi optimaalse kasutamise tagamise vajadust. Need litsentsitasud ei tohi olla diskrimineerivad ja peavad arvestama eriti vajadusega edendada innovaatiliste teenuste ja konkurentsi arengut.”

10. Otsuse nr 128/1999 eesmärk on selle artikli 1 sõnastuse kohaselt „toetada ühilduvate UMTS-võrkude ja teenuste kiiret ja kooskõlastatud kasutuselevõtmist ühenduses”. Selle otsuse artikli 3 lõige 1 on sõnastatud järgmiselt:

„Liikmesriigid võtavad kõik meetmed, mis on vajalikud selleks, et direktiivi 97/13/EÜ artikli 1 kohaselt võtta UMTS-teenused oma territooriumil kooskõlastatult ja järk-järgult kasutusele hiljemalt 1. jaanuaril 2002.”

11. Järgnevalt on eespool nimetatud direktiivi 97/13 ja otsuse nr 128/1999 sätetele viidatud kui „ühenduse õiguslikule raamistikule”.

II. Vaidluse taust

A. *UMTS-i litsentside väljaandmine*

12. 28. juuli 2000. aasta otsusega korraldasid Prantsuse ametiasutused avaliku konkursi nelja UMTS-i litsentsi andmiseks. Litsentsid pidid kehtima 15 aastat. Tasu ühe litsentsi eest pidi olema kokku 4,95 miljardit eurot. Neli litsentsi pidi välja antama pakkumiste „võrdlemise" menetluse alusel. See meetod võimaldas Prantsuse ametiasutustel valida operaatorite hulgast, kes teatasid oma valmisolekust maksta 4,95 miljardit eurot, välja need operaatorid, kes olid teatud hulka kriteeriume – nagu võrgu väljaarendamise ulatus ja kiirus, osutatud teenuste kvaliteet ja keskkonna säästmiseks ettenähtud tegevus – silmas pidades võtnud endale suuremad kohustused.

13. Pakkumiste esitamise tähtajaks oli määratud 31. jaanuar 2001, kuid pakkujad võisid oma pakkumisest loobuda kuni 31. maini 2001. 31. jaanuariks 2001 oli esitatud vaid kaks pakkumist, mille tegid Société française du radiotéléphone – SFR („edaspidi SFR") ja äriühing France Télécom mobiles (millest sai paar kuud hiljem äriühing Orange France) (edaspidi „Orange"). Teised operaatorid loobusid pakkumiste esitamisest eelkõige litsentsitasude suuruse tõttu.

14. Sellest tulenevalt teatas Autorité de régulation des télécommunications (edaspidi „ART") oma 31. jaanuari 2001. aasta pressiteates (seega päeval, mil lõppes pakkumiste esitamise tähtaeg), et selleks, et soodustada nii ühenduse kui Prantsuse õigusnormides ette nähtud reaalse konkurentsi arengut, tuleb korraldada teine, täiendav konkurss, et saavutada eemärk anda välja neli litsentsi.

15. Seda teavet arvestades juhtisid Orange ja SFR majandus- ja rahandusministri ning tööstuse valdkonna eest vastutava riigisekretäri tähelepanu vajadusele tulevikus antavate litsentside tingimuste üle otsustamisel järgida võrdsuse põhimõtet avalik-õiguslike koormiste kandmisel ja operaatoritevahelise reaalse konkurentsi põhimõtet.

16. 22. veebruari 2001. aasta identselt sõnastatud kirjadega kinnitasid majandus- ja rahandusminister ning tööstuse valdkonna eest vastutav riigisekretär SFR-ile ja Orange'ile, et Prantsuse valitsus jagab nende seisukohta kõnesoleva kahe eesmärgi suhtes, milleks on võrdsuse põhimõtte järgimine avalik-õiguslike koormiste kandmisel ja operaatoritevahelise reaalse konkurentsi põhimõtte järgimine, ja et teise konkursi kord tagab kõigi nende operaatorite võrdse kohtlemise, kellele lõpuks litsents väljastatakse.

17. 31. mail 2001 teatas ART, et Orange ja SFR võeti vastu esimese konkursi pakkujatena. ART tegi valitsusele ettepaneku korraldada teine konkurss hiljemalt 2002. aasta esimesel poolaastal, täpsustades, et teise konkursi käigus tuleb arvesse võtta kõikide operaatorite tingimuste, eelkõige rahaliste tingimuste võrdsuse nõuet.

18. 18. juulil 2001 anti välja kaks esimest litsentsi SFR-ile ja Orange'ile. Need litsentsid anti esimeses konkursis ette nähtud tingimustel. [6]

19. 14. detsembril 2001 korraldati teine konkurss. ART teatas sellega seoses, et teise konkursi tingimustes peab arvestama esimese konkursi tingimustega ja nendes peab püüdma eriti järgida operaatorite võrdsuse põhimõtet. ART soovitas samuti muuta esimese konkursi pakkujate litsentside tingimusi.

20. Teisel avalikul konkursil pakkumiste esitamise tähtaja lõppemisel 16. mail 2002 oli pakkumise teinud ainult Bouygues Télécom. 27. septembril 2002 otsustas ART Bouygues Télécomi pakkumise vastu võtta. Kandidaatide puudumise tõttu neljandat UTMS-i litsentsi välja ei antud.

21. 3. detsembri 2002. aasta otsusteega andis tööstuse valdkonna eest vastutav minister Bouygues Télécomile kolmanda UTMS litsentsi ning Orange'i ja SFR-i litsentside tingimused ühtlustati Bouygues Télécomile antud litsentsi tingimuste järgi (edaspidi „vaidlusalune muudatus"). Seega oli kõikide litsentside kehtivus 20 aastat ning litsentsitasu jaotati esimeseks makseks summas 619 miljonit eurot, mis tuli maksta litsentsi väljastamisel, ja igal aastal makstavateks makseteks, mis tuli tasuda sageduse kasutamise eest ja mille suurus arvutati protsendina sageduste kasutamisega seotud käibest. [7]

B. *Menetlus komisjonis ja vaidlusalune otsus*

22. 4. oktoobril 2002 esitasid apellandid komisjonile kaebuse vaidlusaluse muudatuse peale. Oma kaebuses väitsid apellandid, et vaidlusalune muudatus kujutas endast riigiabi EÜ artikli 87 tähenduses. See kaebus oli üks paljudest kaebustest, mis apellandid esitasid France Telecomi puudutavate Prantsuse riigi meetmete peale.

6 – Vt käesoleva ettepaneku punkt 12.

7 – Teiste, tehnilist laadi muudatuste kohta vt vaidlusaluse otsuse punkt 17.

23. 31. jaanuaril 2003 algatas komisjon osade kõnealuste meetmete suhtes ametliku uurimismenetluse [8]. Vaidlusalune muudatus nende meetmete hulka ei kuulunud. 12. novembril 2003 kutsusid apellandid komisjoni üles võtma seisukohta kaebuse suhtes, mille nad olid esitanud vaidlusaluse muudatuse peale. 21. veebruaril esitasid apellandid Esimese Astme Kohtusse hagiavalduse, paludes tuvastada komisjoni tegevusetus kaebuse kohta otsuse tegemata jätmise tõttu. 14. veebruari 2005. aasta määrusega [9] jättis Esimese Astme Kohus hagi vastuvõetamatuse tõttu läbi vaatamata.

24. Vaidlusaluses otsuses otsustas komisjon mitte esitada vastavalt EÜ artikli 88 lõikele 3 vastuväiteid vaidlusaluse muudatuse suhtes. Ta tugines selles otsuses kaalutlusele, et vaidlusalune muudatus ei kujuta endast riigiabi EÜ artikli 87 lõike 1 tähenduses.

III. Menetlus Esimese Astme Kohtus ja vaidlustatud kohtuotsus

25. 24. novembril 2004 esitasid apellandid Esimese Astme Kohtusse hagi vaidlusaluse otsuse tühistamiseks. Prantsuse Vabariik, Orange ja SFR said loa astuda menetlusse komisjoni nõuete toetuseks.

26. Oma hagi põhjenduseks esitasid apellandid eelkõige kaks väidet, mis põhinesid asjaolul, et vaidlusalune muudatus on käsitatav riigiabina EÜ artikli 87 lõike 1 tähenduses, ja asjaolul, et kuna asjas esinesid tõsised raskused, siis oleks komisjon pidanud algatama ametliku uurimismenetluse staadiumi EÜ artikli 88 lõike 2 tähenduses.

27. Vaidlustatud kohtuotsuses jättis Esimese Astme Kohus apellantide hagi rahuldamata.

28. Ta kinnitas komisjoni järeldust selektiivse eelise puudumise kohta, tuginedes järgmistele põhjendustele.

29. Esiteks analüüsis Esimese Astme Kohus, kas Prantsuse ametiasutuste meetmed andsid Orange'ile ja SFR-ile selektiivse eelise. [10] Sellega seoses analüüsis Esimese Astme Kohus kõigepealt, kas asjaolu, et Prantsuse

8 – EÜ artikli 88 lõikes 2 sätestatud menetlus.

9 – 14. veebruari 2005. aasta määrus kohtuasjas T-81/04: Bouygues ja Bouygues Télécom *vs.* komisjon.

10 – Vt vaidlustatud kohtuotsuse punktid 95–126.

riik loobus osaliselt nõudest Orange'i ja SFR-i vastu, kujutas endast selektiivset eelist. [11] Esimese Astme Kohus vastas eitavalt, lähtudes asjaolust, et kõnealused nõuded ei olnud kindlad [12] ja sedastusest, et osaline loobumine oli vältimatu süsteemi olemuse ja ülesehituse tõttu. [13]

30. Seejärel analüüsis Esimese Astme Kohus seda, kas litsentside varasem väljaandmine Orange'ile ja SFR-ile on käsitatav selektiivse eelisena. [14] Esimese Astme Kohus vastas taas eitavalt, tuginedes asjaolule, et Orange'il ja SFR-il puudus Bouygues Télécomi ees konkurentsieelis [15] ja vajadusele vältida diskrimineerimist ühelt poolt Orange'i ja SFR-i ning teiselt poolt Bouygues Télécomi vahel, mis oleks rikkunud direktiivi 97/13. [16]

31. Teiseks analüüsis Esimese Astme Kohus apellantide väidet, mille kohaselt Prantsuse ametiasutused ei järginud diskrimineerimiskeelu põhimõtet. [17] Esimese Astme Kohus lükkas selle väite tagasi. [18]

32. Menetlust puudutava vastuväite osas, mille kohaselt oleks komisjon pidanud algatama ametliku uurimismenetluse staadiumi, leidis Esimese Astme Kohus, et asjas ei esinenud tõsiseid raskusi ja seega ei olnud ametliku uurimismenetluse staadiumi algatamine vajalik. [19]

IV. Nõuded Euroopa Kohtu menetluses

33. Apellandid paluvad Euroopa Kohtul:

– tühistada vaidlustatud kohtuotsus;

– teise võimalusena saata kohtuasi tagasi Esimese Astme Kohtule uueks arutamiseks, kohustusega arvestada Euroopa Kohtu antud õiguslikke hinnanguid;

– mõista kõik kohtukulud välja komisjonilt.

11 – Vt vaidlustatud kohtuotsuse punktid 106–112.
12 – Vt vaidlustatud kohtuotsuse punkt 107.
13 – Vt vaidlustatud kohtuotsuse punktid 108–112.
14 – Vt vaidlustatud kohtuotsuse punktid 113–125.
15 – Vt vaidlustatud kohtuotsuse punktid 115–122.
16 – Vt vaidlustatud kohtuotsuse punktid 123–125.
17 – Vt vaidlustatud kohtuotsuse punktid 127–154.
18 – Vt vaidlustatud kohtuotsuse punkt 155.
19 – Vt vaidlustatud kohtuotsuse punktid 86–93, 126 ja 155–160.

34. Komisjon palub Euroopa Kohtul:

– jätta apellatsioonkaebus osaliselt vastuvõetamatuse tõttu ja osaliselt põhjendamatuse tõttu rahuldamata;

– mõista kõik kohtumenetlusega seotud kohtukulud välja apellantidelt.

35. Prantsuse Vabariik palub Euroopa Kohtul:

– jätta apellatsioonkaebus rahuldamata;

– mõista kohtukulud välja apellantidelt.

36. Orange palub Euroopa Kohtul:

– jätta apellatsioonkaebus tervikuna rahuldamata;

– mõista kõik kohtumenetlusega seotud kohtukulud välja apellantidelt.

37. SFR palub Euroopa Kohtul:

– jätta apellatsioonkaebus tervikuna rahuldamata;

– mõista kõik kohtukulud välja apellantidelt.

38. Pärast kirjalikku menetlust toimus 11. septembril 2008 Euroopa Kohtu istung, millel osalesid apellandid, komisjon, Prantsuse Vabariik, Orange ja SFR. Kohtuistungil täiendasid apellandid, komisjon, Prantsuse

Vabariik, Orange ja SFR oma kirjalikke märkuseid.

42. Komisjon, Prantsuse valitsus, Orange ja SFR väidavad, et Esimese Astme Kohus ei rikkunud põhjendamiskohustust.

V. Apellantide apellatsioonkaebus ja poolte argumendid

39. Apellandid tuginevad apellatsioonkaebuses neljale väitele.

43. Esimese Astme Kohus põhjendas piisavalt, milline on süsteemi ülesehitus, ning samuti seda, milline on põhjuslik seos süsteemi ülesehituse ja ühelt poolt nõudest loobumise ning teiselt poolt Orange'ile ja SFR-ile varasema litsentside väljaandmise vahel.

A. *Esimene väide*

40. Esimeses väites leiavad apellandid, et Esimese Astme Kohus rikkus põhjendamiskohustust.

41. Apellandid leiavad, et Esimese Astme Kohus ei põhjendanud oma otsust piisavalt selles osas, mis puudutab süsteemi olemusel ja ülesehitusel põhinevat erandit. Esimese Astme Kohus ei selgitanud, millised olid süsteemi olemus ja ülesehitus, kuna tema poolt esitatud süsteemi kirjeldus ei olnud piisavalt üksikasjalik ja oli vastuoluline. Põhjusliku seose osas ei seletanud Esimese Astme Kohus, miks muutsid süsteemi olemus ja ülesehitus vältimatuks ühelt poolt Orange'i ja SFR-i vastasest nõudest loobumise ja teiselt poolt nendele ettevõtjatele varasema litsentside väljaandmise.

B. *Teine väide*

44. Teises väites leiavad apellandid, et Esimese Astme Kohus ajas segamini tõsise raskuse olemasolu hindamise ja vaidlusaluse otsuse põhjendatuse hindamise. Tõendamaks, et komisjon ei olnud kohustatud algatama ametliku uurimismenetluse staadiumi, piirdus Esimese Astme Kohus sellega, et lisas formaalselt poolte iga argumendi põhjendatuse uurimise lõpus, et seda uurimist ei saa käsitada tõsise raskusena.

45. Apellantide väitel kinnitab tõsiste raskuste esinemist asjaolu, et vaidlustatud kohtuotsuses asendas Esimese Astme Kohus komisjoni hinnangu omaenda hinnanguga mitme keeruka küsimuse puhul, loobudes osaliselt vaidlusaluses otsuses sisalduvast analüüsist.

46. Komisjon, Prantsuse valitsus, Orange ja SFR väidavad, et Esimese Astme Kohus ei eksinud tõsise raskuse hindamisel.

47. Komisjon ja Prantsuse valitsus märgivad kõigepealt, et Esimese Astme Kohtu kasutatud arutluskäik vastab järjekorrale, milles apellandid ise esitasid oma väited Esimese Astme Kohtule esitatud tühistamishagis. Komisjon järeldab sellest, et argument meetodi väidetava ümberpööramise kohta tuleb vastuvõetamatuse tõttu tagasi lükata.

48. Sisu osas väidab komisjon, et Esimese Astme Kohtu kasutatud arutluskäik ei ole vastuoluline ega tulene segiajamisest. Esimese Astme Kohus kohaldas väljakujunenud kohtupraktikat, mille kohaselt võib tõsiste raskuste esinemise korral vaidlustatud otsuse ainuüksi sel alusel tühistada, isegi siis, kui ei tuvastata, et komisjoni sisulised hinnangud on õiguslikult või faktiliselt väärad. Orange ja SFR kinnitavad, et Esimese Astme Kohus tegi vahet menetlusõiguste ja vaidlusaluse otsuse põhjendatuse vahel ning et Esimese Astme Kohus leidis, et sisulisel hindamisel ei ilmnenud tõsiseid raskusi.

49. Selles osas, mis puudutab hinnangu asendamisel põhinevaid argumente, väidab komisjon kõigepealt, et apellandid viitavad põhiliselt faktilistele küsimustele, mis ei ole seega vastuvõetavad apellatsioonkaebuse raames. Lõpetuseks leiavad komisjon, Prantsuse valitsus, Orange ja SFR, et Esimese Astme Kohus ei asendanud komisjoni hinnangut omaenda hinnanguga. SFR ja Orange leiavad, et Esimese Astme Kohtu erinevate hinnangute eesmärk on üksnes vastata argumentidele, mis apellandid oma hagis esitasid. Komisjoni väitel ei oleks sellisel asendamisel igal juhul tagajärgi tõsiste raskuste olemasolu ja kohtuotsuse kehtivuse suhtes.

C. *Kolmas väide*

50. Kolmandas väites leiavad apellandid, et Esimese Astme Kohus on teinud vigu faktiliste asjaolude õiguslikul kvalifitseerimisel. See väide on jaotatud kolme ossa. Esimene osa on suunatud Esimese Astme Kohtu tehtud õigusliku kvalifitseerimise vastu, mille kohaselt UMTS-i litsentside väljaandmise menetlus oli üksainus menetlus; teine osa vaidlustab liikmesriigi loovutatud nõuete tekkimise ebakindluse kohta esitatud hinnangu ja kolmas osa puudutab 22. veebruari 2001. aasta ministri kirja sõnastust.

1. Esimene osa

51. Kolmanda väite esimeses osas kinnitavad apellandid, et Esimese Astme Kohus tegi vea faktide õiguslikul kvalifitseerimisel, kui ta sedastas, et kaht järjestikust konkurssi võib diskrimineerimiskeelu põhimõtet arvestades käsitada ühe ja sama menetlusena ja et võrdne kohtlemine tingis selle, et Orange'i ja SFR-i litsentsitasud ühtlustataks Bouygues Télécomi litsentsitasudega.

52. Apellandid leiavad, et direktiivi 97/13 artikkel 11 nõuab, et arutamisel peetaks silmas üksnes konkursside korraldamise sisulisi norme. Neil asjaoludel viitavad apellandid kahe konkursi erinevustele rahaliste tingimuste, aja ja pakkujate osas.

53. Komisjon, Prantsuse valitsus, Orange ja SFR teevad ettepaneku väite see osa tagasi lükata.

54. Komisjon leiab, et kahe konkursi hindamine üheainsa menetlusena või kahe eraldi menetlusena ei mõjuta järeldust, mille kohaselt kolm pakkujat olid litsentside väljaandmise ajal sarnases olukorras. Esimese Astme Kohus tugines oma põhjenduses Orange'i, SFR-i ja Bouygues Télécomi faktilise olukorra võrdlemisele. Kõnealune väite osa on seega kõrvaline ega mõjuta Esimese Astme Kohtu põhjendust. Pealegi Esimese Astme Kohus vaid kordas Prantsuse ametiasutuste järeldust. Komisjoni ja Orange'i väitel ei saa seda faktiliste asjaolude kohta tehtud järeldust analüüsida apellatsioonkaebuse raames.

55. Komisjon ja Prantsuse valitsus leiavad, et kahte konkurssi tuleks käsitleda ühiselt, iseäranis selle tõttu, et teine konkurss oli oma olemuselt täiendav, ja kuna teises konkursis arvestati esimese konkursiga. Prantsuse valitsus ja Orange leiavad, et direktiivi 97/13 artikkel 11 ei kinnita apellantide argumente.

56. SFR leiab, et Esimese Astme Kohus hindas õigesti võrdset kohtlemist, lähtudes areneva UMTS-i turu kontekstist ja sedastades, et mitte ükski operaator ei omanud juurdepääsu turule. Lõpetuseks märgib komisjon, et uues *ab initio* menetluses antaks operaatoritele litsentse samadel tingimustel.

2. Teine osa

57. Kolmanda väite teises osas kinnitavad apellandid, et Esimese Astme Kohus eksis faktide õiguslikul kvalifitseerimisel, kui ta hindas Prantsuse riigi nõuded Orange'i ja SFR-i vastu ebakindlaks.

58. Sellega seoses väidavad apellandid, et kuna Orange'i ja SFR-i litsentside tingimuste muutmine toimus 3. detsembril 2002, ei olnud Orange'il ja SFR-il sellel hetkel enam võimalik oma pakkumisi tagasi võtta. Apellandid leiavad, et sellistel tingimustel ei saanud Prantsuse riigi nõudeid Orange'i ja SFR-i vastu pidada ebakindlaks.

59. Komisjon, Prantsuse valitsus, Orange ja SFR leiavad, et nõuded olid ebakindlad. Nad leiavad, et 22. veebruari 2001. aasta kirjadega, mis puudutasid võrdse kohtlemise tagamist, loobusid Prantsuse ametiasutused nõuetest ajal, mil Orange ja SFR oleks veel saanud oma pakkumised tagasi võtta. Võrdse kohtlemise tagamist puudutavate kirjade puudumisel oleks Orange ja SFR arvatavasti oma pakkumise tagasi võtnud.

60. Komisjon, Prantsuse valitsus ja Orange leiavad, et igal juhul on tegemist kõrvalise põhjusega. Kuna Esimese Astme Kohus võttis esiteks aluseks nõuetest loobumise vältimatuse süsteemi olemuse ja ülesehituse tõttu, siis ei mõjuta nõuete ebakindluse tuvastamisel põhineva argumendi võimalik kahtluse alla seadmine nende väitel seega Esimese Astme Kohtu järeldust selektiivse eelise puudumise kohta.

61. Orange lisab, et üldist huvi teeniva sagedusala kasutamise loa osas jäi pakkumise tagasivõtmise võimalus pärast 31. maid 2001 alles, sest litsentsiaadid oleksid võinud igal ajal oma litsentsist loobuda ja sellest tulenevalt lõpetada litsentsitasu maksmise.

3. Kolmas osa

62. Kolmanda väite kolmandas osas kinnitavad apellandid, et Esimese Astme Kohus eksis faktide õiguslikul kvalifitseerimisel, kui ta leidis, et Prantsuse ametiasutused tagasid 22. veebruari 2001. aasta kirjas Orange'ile ja SFR-ile võrdse kohtlemise. Apellandid väidavad, et Prantsuse ametiasutused tagasid õiglase, mitte võrdse kohtlemise. Nende kahe mõiste tähendus on apellantide sõnul erinev. Kui võrdne kohtlemine nõuab ühesugust kohtlemist, siis õiglane kohtlemine tingis käesolevas asjas lahknevuse ühelt poolt Orange'ile ja SFR-ile antud litsentside tingimuste ning teiselt poolt Bouygues Télécomile antud litsentsi tingimuste vahel.

63. Komisjon, Prantsuse valitsus, Orange ja SFR leiavad, et tegelikult ei väida apellandid, et viga on tehtud faktide õiguslikul kvalifitseerimisel, vaid et viga seisneb faktiliste asjaolude moonutamises. Nad leiavad, et Esimese Astme Kohus ei moonutanud 22. veebruari 2001. aasta kirju. Komisjon täpsustab, et õigluse ja võrdsuse mõisteid kasutati vaidlustatud kohtuotsuses sünonüümidena. Kuna ka komisjon kasutas neid mõisteid sünonüümidena, leiab ta, et see osa on vastuvõetamatu, kuna apellandid oleksid pidanud selle väite esitama juba esimeses astmes.

D. *Neljas väide*

64. Apellatsioonkaebuse neljas väide puudutab EÜ artikli 87 rikkumist. See on jaotatud kolme ossa. Esimene osa puudutab süsteemi ülesehitusest tuleneva erandi kohaldamist, teine osa vaidlustab eelise olemasolu kohta antud hinnangu ja kolmas osa puudutab diskrimineerimiskeelu põhimõtte rakendamist.

1. Esimene osa

65. Neljanda väite esimeses osas kinnitavad apellandid, et süsteemi ülesehitusest tulenev erand eeldaks, et eristamine oleks omane süsteemile, mille alla ta kuulub. Käesolevas asjas ei ole see nii. Lahendus, mida toetasid Prantsuse ametiasutused, ei olnud vältimatu. Apellantide väitel tingis kõnealuse süsteemi ülesehitus nelja operaatori otsimist tingimustes, mis tagaks võrdsuse põhimõtte järgimise. Sellest tulenevalt oleks tulnud valida, kas alustada uuesti *ab initio* litsentside andmise menetlust kõikide pakkujate jaoks samadel tingimustel või siis korraldada kaks järjestikust erinevate tingimustega konkurssi.

66. Prantsuse ametiasutuste valik korraldada kaks järjestikust konkurssi ja kehtestada kahe konkursi pakkujate vahel rahaline võrdsus ei olnud apellantide sõnul vältimatu. Lisaks andis see valik Orange'ile ja SFR-ile selektiivseid eeliseid, iseäranis litsentside varasema kätteandmise ja tagatise, et nad valitakse pakkujatena välja. Lõpetuseks oleks süsteemi ülesehitusest tulenevat erandit pidanud võimaluse piires teostama üldmeetmega. Prantsuse ametiasutuste eelistatud lahendus aga ei olnud üldmeede.

67. Komisjon, Prantsuse valitsus, Orange ja SFR väidavad, et kõnealuse süsteemi ülesehitus eeldab, et kohaldataks erinevaid ühenduse õiguslikus raamistikus kehtestatud UTMS-i litsentside andmise kriteeriume, iseäranis konkurentsivõimelise turu loomist ja tähtajast 1. jaanuar 2002 kinnipidamist.

68. Apellantide pakutud lahendus alustada kogu litsentside andmise menetlust uuesti *ab initio* ei oleks võimaldanud tagada nende kriteeriumide kohaldamist. Esiteks ei oleks see võimaldanud pidada kinni tähtajast 1. jaanuar 2002. Teiseks oleks kogu litsentside andmise menetluse otsast peale alustamisega kaasnenud oht, et esimese konkursi pakkujad muudavad strateegiat ega esita oma pakkumist. Igal juhul ei oleks *ab initio* alustamise tulemus olnud erinev, kuna ainsad pakkujad oleksid olnud Orange, SFR ja Bouygues Télécom ja *ab initio* alustamise käigus välja antud litsentside tingimused oleksid olnud samad kui need tingimused, mis pakkujatele lõpuks kehtestati. Teine apellantide pakutud lahendus, st kahe erineva konkursi korraldamine erinevatel tingimustel, ei oleks järginud võrdsuse põhimõtet.

69. Komisjoni väitel oli Orange'ile ja SFR-ile antud tagatis, et nad valitakse pakkujatena välja, tingitud Bouygues Télécomi otsusest mitte esitada pakkumist esimesel konkursil. Lõpetuseks ei oleks ühenduse õigusliku raamistiku eesmärke UTMS-i litsentside andmiseks olnud võimalik saavutada üldmeetmetega.

70. Orange'i väitel on see osa vastuvõetamatu, kuivõrd selle eesmärk on saada uus hinnang esimeses astmes esitatud väidete kohta.

2. Teine osa

71. Neljanda väite teises osas kinnitavad apellandid, et Esimese Astme Kohus on EÜ artikli 87 kohaldamisel rikkunud õigusnorme selles osas, mis puudutab Orange'ile ja SFR-ile varasemast litsentside andmisest tuleneva ajalise eelise puudumise hindamist. Apellantide väitel ei saanud Esimese Astme Kohus kõigepealt tuvastada Orange'i ja SFR-i potentsiaalse ajalise eelise olemasolu, mis tulenes litsentside varasemast kätteandmisest, ja seejärel järeldada, et abi ei ole antud, tuginedes argumendile, mille kohaselt Orange ja SFR ei olnud tegelikkuses sellest eelisest tulu saanud.

72. Neil asjaoludel väidavad apellandid kõigepealt, et potentsiaalse eelise olemasolu on abi olemasolu tuvastamiseks piisav tingimus. Kuna abi mõiste on objektiivne mõiste, ei oleks Esimese Astme Kohus pidanud võtma oma hinnangus arvesse subjektiivseid asjaolusid, mis puudutasid operaatorite käitumist turul või abi tegelikku mõju turule. Asjaolu, et Orange'i ja SFR-i majanduslik olukord eelise saanud ettevõtjatena ei muutunud, ei ole asjakohane abi olemasolu tuvastamise jaoks. Esimese Astme Kohus oleks pidanud arvesse võtma üksnes asjaolu, et Orange ja SFR said litsentside varasema väljaandmise tõttu tegeliku ja otsese eelise.

73. Lisaks sellele pööras Esimese Astme Kohus ümber tõendamiskoormise, nõudes, et apellandid esitaksid tõendeid tegeliku eelise tagajärgede kohta. Kui ajalise eelise olemasolu on tuvastatud, siis on selle eelise saajatel kohustus tõendada, et see ei toonud kaasa tegelikku kasu.

74. Lõpetuseks rikkus Esimese Astme Kohus õigusnormi, kui ta võttis arvesse, et turul ei olnud ühtegi operaatorit, kuna EÜ artikkel 87 on kohaldatav potentsiaalses konkurentsiolukorras.

75. Komisjon, Prantsuse valitsus, Orange ja SFR väidavad, et Esimese Astme Kohus ei rikkunud õigusnormi. Apellandid ajasid segamini selektiivse eelise olemasolu puudutava analüüsi ja konkurentsi kahjustamise kriteeriumi analüüsi. Eelis peab olema tegelik. Prantsuse valitsus leiab, et komisjon võib arvesse võtta uuritud meetme kuupäevale järgnevaid arenguid.

76. Komisjon, Prantsuse valitsus, Orange ja SFR leiavad, et Esimese Astme Kohus ei rikkunud õigusnormi, kui ta hindas, et mõlemad operaatorid ei saanud kasu litsentside varasemast väljaandmisest, kuna nad ei olnud turul. Komisjoni ja Orange'i väitel järeldas Esimese Astme Kohus õigustatult, et UMTS-i tehnoloogia hilinemise tõttu ei kujutanud varasem litsentside andmine endast tehnoloogilist eelist. Orange ja SFR väidavad, et Esimese Astme Kohus sedastas iseseisvalt, et käesolevas asjas ei toonud potentsiaalne eelis Orange'ile ja SFR-ile kasu.

77. Komisjon lisab, et konkurentsi mõistet puudutaval veal põhinev argument ei ole tulemuslik, kuna apellandid ajasid segamini turu määratlemise probleemi ja turule juurdepääsu probleemi. Turule juurdepääs on komisjoni sõnul kriteerium, mida tuleb käesolevas asjas arvesse võtta.

78. Tõendamiskoormise ümberpööramise osas leiab komisjon, et Esimese Astme Kohus tuvastas üksnes teoreetiliselt tegeliku eelise esinemise ning seega tuleb apellantidel tõendada eelise olemasolu. Komisjoni, Prantsuse valitsuse ja Orange'i väitel tuleb komisjoni otsuse peale hagi esitajal tõendada, et komisjoni järeldus ei ole kehtiv.

3. Kolmas osa

79. Neljanda väite kolmandas osas kinnitavad apellandid, et Esimese Astme Kohus rikkus õigusnormi diskrimineerimiskeelu põhimõtte

kohaldamisel. Nad väidavad, et kuna ühelt poolt Orange ja SFR ning teiselt poolt Bouygues Télécom ei olnud samas olukorras, rikkus nende ühesugune kohtlemine Prantsuse ametiasutuste poolt diskrimineerimiskeelu põhimõtet.

80. Sellega seoses viitavad apellandid valikukriteeriumide muutumatuse põhimõttele, mis ei luba litsentsitasude summat muuta. Lisaks sellele ei kuulu direktiivis 97/13 kehtestatud eesmärkide järgimine EÜ artikli 87 lõikes 2 ammendavalt loetletud erandite hulka.

81. Apellandid lisavad, et Prantsuse ametiasutustel oli piisavalt aega, et alustada menetlust *ab initio* enne 1. jaanuariks 2002 määratud tähtaja möödumist.

82. Seevastu komisjon, Prantsuse valitsus, Orange ja SFR väidavad, et Esimese Astme Kohus ei eksinud mittediskrimineerimise põhimõtte kohaldamisel.

83. Orange väidab, et see väite osa on vastuvõetamatu, kuna apellandid piirduvad sellega, et nad kordavad samu argumente kui esimeses astmes.

84. Komisjon ja Orange väidavad, et kolm UMTS-i litsentsiaati olid *de facto* samas olukorras, kuna Orange ja SFR ei saanud litsentside varasemast andmisest tegelikku kasu. Prantsuse valitsus ja SFR leiavad, et arvestades, et valik oli ühtne, kuigi jagatud mitmeks faasiks, on kahe konkursi korraldamisel diskrimineerimiskeelu põhimõtet üldiselt järgitud.

85. Komisjoni väitel ei ole riigihangete ja kontsessioonide menetluse normid kohaldatavad. Esimese konkursi käigus antud litsentside tingimuste muutmise seaduslikkuse osas märgib komisjon, et muutumatuse põhimõte ei ole sätestatud ei direktiivis 97/13 ega muus kohaldatavas ühenduse õiguse normis. Orange'i väitel ei saa selline põhimõte igal juhul seada kahtluse alla mittediskrimineerimise põhimõtte järgimist. Komisjoni, SFR-i ja Orange'i väitel on direktiivis 97/13 sõnaselgelt sätestatud võimalus muuta litsentside väljaandmise tingimusi.

86. Lõpetuseks väidab komisjon, et kui riik tegutseb turu korraldajana, siis ei tulene abi olemasolu automaatselt pelgast asjaolust, et

riigi võetud meede parandab ühe ettevõtja olukorda. Sellisel juhul tuleb uurida esiteks, kas ettevõtjal on eelis, ja teiseks, kas kahe ettevõtja olukord on võrreldav asjassepuutuva meetme eesmärki silmas pidades.

87. Selles osas, mis puudutab EÜ artikli 87 lõikel 2 põhinevat argumenti, toonitavad komisjon ja Orange, et apellandid ajavad segamini abi olemasolu ja abi kokkusobivuse ühisturuga.

88. Mis puudutab argumenti, et ametiasutustel oli aega alustada kogu menetlust uuesti *ab initio* enne tähtaja möödumist 1. jaanuaril 2002, siis leiab Prantsuse valitsus, et tegemist on apellatsiooni staadiumis vastuvõetamatu asjaolude hindamisega. Igal juhul ei olnud ametiasutustel piisavalt aega, et alustada kogu menetlust uuesti *ab initio*.

VI. Õiguslik hinnang

89. Kolmanda ja neljanda väitega vaidlustavad apellandid Esimese Astme Kohtu järelduse, et riik ei ole riigiabi andnud. Kõigepealt analüüsin neid väiteid (A), seejärel teist väidet, mis puudutab tõsiste raskuste esinemist (B), ja lõpuks esimest väidet, mis puudutab põhjendamisviga (C).

A. *Kolmas ja neljas väide*

90. Kolmandas ja neljandas väites vaidlustavad apellandid Esimese Astme Kohtu järelduse selle kohta, et vaidlusalusel muudatusel puudusid riigiabi tunnused. Märgin, et apellandid jaotasid oma argumendid kolmandas ja neljandas väites nende poolt väidetud vigade laadi järgi, mitte Esimese Astme Kohtu põhjenduste järgi. Leian, et kolmanda ja neljanda väite erinevate osade uurimine, mis järgib vaidlustatud kohtuotsuses esitatud põhjenduste järjekorda,[20] hõlbustab nende väidete põhjendatuse analüüsi.

91. Kõigepealt analüüsin kolmanda väite kolmandat osa, mis puudutab üht kohtuasja asjaolu – Prantsuse ametiasutuste 22. veebruari 2001. aasta kirja faktidest lähtuvat hindamist (1).

92. Seejärel uurin väite osi, mis on suunatud kohtuotsuse selle osa vastu, milles Esimese

20 – Vt kirjeldus käesoleva ettepaneku punktides 27–32.

Astme Kohus järeldas, et asjaolu, et Prantsuse riik loobus osaliselt nõuetest SFR-i ja Orange'i vastu, ei ole käsitatav selektiivse eelisena, [21] st neljanda väite esimest osa, mis puudutab süsteemi ülesehitusel põhinevat argumenti (2), ja kolmanda väite teist osa, mis puudutab nõuete ebakindlusel põhinevat argumenti (3).

93. Seejärel hindan neljanda väite teist osa, mis on suunatud Esimese Astme Kohtu järelduse vastu, mille kohaselt litsentside varasemast väljaandmisest tulenev potentsiaalne ajaline eelis ei ole käsitatav selektiivse eelisena (4).

94. Lõpuks uurin väite osi, mis on suunatud Esimese Astme Kohtu otsuse diskrimineerimiskeelu põhimõtet puudutava osa vastu, st kolmanda väite esimest osa (5) ja neljanda väite kolmandat osa (6).

1. 22. veebruari 2001. aasta kirja sisu (kolmanda väite kolmas osa)

95. Kolmanda väite kolmas osa on suunatud vaidlustatud kohtuotsuse punkti 107 vastu. Vaidlustatud kohtuotsuse punktis 107 sedastas Esimese Astme Kohus, et 22. veebruari 2001. aasta kirjades kindlustasid Prantsuse ametiasutused esimese konkursi pakkujatele Orange'ile ja SFR-ile, et neid koheldakse teise konkursi pakkujatega võrdselt.

96. Apellantide väitel kujutab see sedastus endast 22. veebruari 2001. aasta kirjade sisu moonutamist. 22. veebruari 2001. aasta kirjades tagati esimese ja teise konkursi pakkujate „õiglane" kohtlemine. Esimese Astme Kohus aga hindas nendes kirjade sisu selliselt, nagu oleks sellega tagatud mõlema pakkujate rühma „ühesugune" kohtlemine.

97. Kõigepealt tuleb märkida, et – erinevalt kolmanda väite pealkirjast – apellandid ei väida, et tehtud on viga asjaolude õiguslikul kvalifitseerimisel. Õigusliku kvalifitseerimise viga on viga, mis on tehtud normi kohaldamisel asjaolude suhtes [22].

21 – Vaidlustatud kohtuotsuse punktid 95–126.

22 – Vt kohtujurist Van Gerveni 26. juuni 1991. aasta ettepanek kohtuasjas C-145/90 P: Costacurta *vs.* komisjon, milles otsus tehti 21. novembril 1991 (EKL 1991, lk I-5449; ettepaneku punkt 3); Lenaerts, K., Arts, D., Maselis, I., *Procedural Law of the European Union*, 2. tr, London 2006, lk 457, punkt 16-007.

98. Apellandid aga väidavad seda, et Esimese Astme Kohus tegi vea 22. veebruari 2001. aasta kirjade sisu analüüsimisel. Seega on tegemist veaga, mis puudutab faktiliste asjaolude hindamist Esimese Astme Kohtu poolt, mitte asjaolude õigusliku kvalifitseerimise veaga. Apellatsioonkaebuse raames, mis piirdub üksnes õigusküsimustega, ei saa apellandid uuesti vaidlustada Esimese Astme Kohtu poolt asjaoludele antud hinnangut, välja arvatud juhul, kui nad väidavad, et Esimese Astme Kohus moonutas ilmselgelt faktilisi asjaolusid. [23] Apellantide kinnitus, et 22. veebruari 2001. aasta kirjade sisu ei ole tegelikult selline, nagu sedastas Esimese Astme Kohus, kujutab endast sellist väidet.

99. Viga, mis oleks võinud esineda, kuid mida esimeses astmes ei kritiseeritud, on apellatsioonkaebuse tasandil vastuvõetamatu. [24] Kuna aga tundub, et apellandid ei osuta veale, mille komisjon juba tegi ja mida Esimese Astme Kohus kordas, vaid pigem ainuüksi Esimese Astme Kohtu poolt tehtud veale, ei tundu mulle, et see väide oleks vastuvõetamatu.

100. Minu arvates on see väite osa seega vastuvõetav.

101. Seevastu ei ole see apellantide väite osa põhjendatud. Vastupidi apellantide väidetele ei leidnud Esimese Astme Kohus, et Prantsuse ametiasutused tagasid esimese konkursi pakkujatele, et neid koheldakse „samamoodi" kui teise konkursi pakkujaid.

102. Pärast seda, kui Esimese Astme Kohus mainis vaidlustatud kohtuotsuse punktis 107 „võrdset kohtlemist", viitas ta vaidlustatud kohtuotsuse punktile 14, kus ta kirjeldas 22. veebruari 2001. aasta kirjade sisu. Nagu Esimese Astme Kohus vaidlustatud kohtuotsuse punktis 14 tuvastas, olid Prantsuse ametiasutused nendes kirjades taganud esimese ja teise konkursi pakkujate võrdse kohtlemise ning võrdsuse põhimõtte järgimise avalik-õiguslike koormiste kandmisel ja reaalse konkurentsi põhimõtte järgimise operaatorite vahel. [25] Kuna tundub, et Prantsuse ametiasutused kasutasid nendes kirjades mõisteid „võrdne" ja „õiglane" sünonüümidena, ei saa pelka asjaolu, et Esimese Astme Kohus kasutas nende kirjade sisu kirjeldamisel mõistet „võrdne kohtlemine", käsitada asjaolude moonutamisena.

103. Apellandid ei esita ühtegi teist argumenti, mis võiks olla aluseks nende väitele, et Esimese Astme Kohus moonutas 22. veebruari 2001. aasta kirjade sisu, tõlgendades neid kui ühesuguse kohtlemise tagamist. Seega

23 – Euroopa Kohtu 1. juuni 1994. aasta otsus kohtuasjas C-136/92 P: komisjon *vs.* Brazzelli Lualdi jt (EKL 1994, lk I-1981, punkt 49); 2. märtsi 1994. aasta otsus kohtuasjas C-53/92 P: Hilti *vs.* komisjon (EKL 1994, lk I-667, punkt 42); Lenaerts, K., Arts, D., Maselis, I., *op. cit.* (vt 22. joonealune märkus), lk 455, punkt 16-005.

24 – Lenaerts, K., Arts, D., Maselis, I., *op. cit.* (vt 22. joonealune märkus), lk 457, punkt 16-006.

25 – Vt vaidlustatud kohtuotsuse punkt 14.

teen ettepaneku lükata kolmanda väite kolmas osa põhjendamatuse tõttu tagasi.

2. Osaline loobumine SFR-i ja Orange'i vastastest nõuetest ja süsteemi ülesehitusel põhinev erand (neljanda väite esimene osa)

104. Selleks et põhjendada, et Prantsuse riigi osaline loobumine nõuetest Orange'i ja SFR-i vastu ei olnud käsitatav selektiivse eelisena, tugines Esimese Astme Kohus süsteemi olemusel ja ülesehitusel põhinevale erandile. [26] Sellega seoses leidis Esimese Astme Kohus eeskätt, et ühenduse õiguslik raamistik põhineb operaatorite võrdsel kohtlemisel nii neile lubade väljastamisel kui ka võimalike litsentsitasude kindlaksmääramisel, kuid see raamistik annab liikmesriikidele vabaduse ise valida, millises menetluses litsentsid antakse, kui seejuures järgitakse vaba konkurentsi ja võrdse kohtlemise põhimõtteid. [27] Seejärel märkis Esimese Astme Kohus, et direktiivi 97/13 artikli 11 lõikes 2 sätestatud mittediskrimineerivate tasude mõiste kohaldamisel tuleb arvestada iga asjassepuutuva operaatori turule pääsemise ajaga. [28] Lõpetuseks leidis ta, et riigiabi tunnused puuduvad, kui litsentside andmise korda kohaldatakse kõigile operaatoritele samamoodi. [29] Ta järeldas, et riigiabi olemasolu sedastamiseks ei piisa asjaolust, et liikmesriik võis loobuda teatud ressursist ja et litsentsitasude alandamisest võis litsentsi saajatele tekkida teatud eelis, kuna nõuetest loobumine oli vältimatu. [30]

105. Apellantide väitel ei selgitanud Esimese Astme Kohus piisavalt, miks loobumine on olemuslikult seotud ühenduse õigusliku raamistikuga.

106. Kõigepealt märgin, et selles kohtuotsuse osas, mida vaidlustab käesoleva väite osa, [31] analüüsis Esimese Astme Kohus (ainuüksi) küsimust, kas asjaolu, et Prantsuse riik loobus osaliselt nõuetest Orange'i ja SFR-i vastu, tuleks käsitada selektiivse eelisena. Tema järeldus süsteemi olemusest ja ülesehitusest tuleneva vältimatuse kohta, mis on esitatud vaidlustatud kohtuotsuse punktis 111, puudutas seega üksnes Orange'i ja SFR-i vastastest nõuetest osalise loobumise vältimatust. [32] Neil asjaoludel tuleb seega uurida Esimese Astme Kohtu põhjenduse põhjendatust üksnes selles osas, mis puudutab osalist loobumist süsteemi olemusel ja ülesehitusel põhineva erandi alusel.

107. Esimese Astme Kohus võttis oma järelduse aluseks süsteemi olemusel ja ülesehitusel põhineva erandi. Et käesolevas asjas kohal-

26 – Vt vaidlustatud kohtuotsuse punktid 108–112.
27 – Vt vaidlustatud kohtuotsuse punkt 108.
28 – Vt vaidlustatud kohtuotsuse punktid 109 ja 110.
29 – Vt vaidlustatud kohtuotsuse punkt 110.
30 – Vt vaidlustatud kohtuotsuse punkt 111.
31 – Vt vaidlustatud kohtuotsuse punktid 108–111.
32 – See ei puudutanud apellantide väidetud teiste eeliste, nagu litsentside varasemast väljaandmisest tuleneva väidetava ajalise eelise vältimatust ega väidetavat väljavalimise tagamisega seotud eelist.

dada seda avalik-õiguslike koormiste siseriiklike süsteemide valdkonnas välja kujunenud ja selles valdkonnas kohaldatud erandit, tuleb arutada niisuguse erandi õiguslikku alust (a). Seejärel analüüsin selle erandi kohaldamist Esimese Astme Kohtu poolt (b).

a) Süsteemi olemusel ja ülesehitusel põhineva erandi kohaldatavus ja õiguslik alus käesolevas asjas

108. Enne, kui Esimese Astme Kohus võttis selektiivse eelise puudumist puudutava järelduse aluseks süsteemi olemuse ja ülesehituse, viitas ta kohtuotsustele Itaalia *vs.* komisjon [33], Hispaania *vs.* komisjon [34] ning AEM ja AEM Torino [35]. Nagu need kohtuotsused näitavad, kujunes süsteemi olemusel ja ülesehitusel põhinev erand välja avalik-õiguslike koormiste siseriiklike süsteemide valdkonna kohtupraktikas. [36] Selle kohtupraktika kohaselt ei ole ettevõtjate erinev kohtlemine käsitatav selektiivse eelisena EÜ artikli 87 lõike 1 tähenduses juhul, kui see erinevus on omane siseriikliku avalik-õiguslike koormiste süsteemi olemusele ja ülesehitusele, [37] või teisisõnu juhul, kui see erinevus tuleneb selle siseriikliku avalik-õiguslike koormiste süsteemi loogikast. [38]

109. Dogmaatilises mõttes võib seda erandit samastada küsimusega, kas see erinev kohtlemine kujutab endast erisoodustust. [39] Teise tõlgenduse järgi on süsteemi olemusel ja ülesehitusel põhinevat erandit hinnatud *rule of reason'*i kohaldamisena siseriiklike avalik-õiguslike koormiste süsteemide valdkonnas. [40]

110. Dogmaatilisest liigitusest sõltumatult märgin, et määrav küsimus süsteemi olemusel ja ülesehitusel põhineva erandi kohaldamiseks on see, kas kõnealune erinev kohtlemine tuleneb siseriikliku avalik-õiguslike koormiste süsteemi sisemisest loogikast. Selle erandi kohaldamine käesolevas asjas, kus ei ole tegemist ei avalik-õiguslike koormiste süsteemi loogikast ega siseriiklikust süsteemist tuleneva erineva kohtlemisega, ei ole seega kaugeltki mitte ilmselge.

33 – Euroopa Kohtu 2. juuli 1974. aasta otsus kohtuasjas 173/73: Itaalia *vs.* komisjon (EKL 1974, lk 709, punkt 33).

34 – Euroopa Kohtu 26. septembri 2002. aasta otsus kohtuasjas C-351/98: Hispaania *vs.* komisjon (EKL 2002, lk I-8031, punkt 42).

35 – Euroopa Kohtu 14. aprilli 2005. aasta otsus liidetud kohtuasjades C-128/03 ja C-129/03: AEM ja AEM Torino (EKL 2005, lk I-2861, punkt 39).

36 – Euroopa Kohus sedastas selle erandi olemasolu esimest korda kohtuotsuses Itaalia *vs.* komisjon (viidatud eespool 33. joonealuses märkuses, punkt 33).

37 – Eespool 33. joonealuses märkuses viidatud otsus Itaalia *vs.* komisjon (punkt 33); 5. oktoobri 1999. aasta otsus kohtuasjas C-251/97: Prantsusmaa *vs.* komisjon (EKL 1999, lk I-6639, punkt 36); 17. juuni 1999. aasta otsus kohtuasjas C-75/97: Belgia *vs.* komisjon (EKL 1999, lk I-3671, punkt 33).

38 – Esimese Astme Kohtu 6. märtsi 2002. aasta otsus liidetud kohtuasjades T-92/00 ja T-103/00: Diputación Foral de Ávala *vs.* komisjon (EKL 2002, lk II-1385, punkt 60).

39 – Vt eelkõige 10. jaanuari 2006. aasta otsus kohtuasjas C-222/04: Cassa di Risparmio di Firenze jt (EKL 2006, lk I-289, punktid 137 ja 138); 15. detsembri 2005. aasta otsus kohtuasjas C-148/04: Unicredito Italiano (EKL 2005, lk I-11137, punkt 51); 22. juuni 2006. aasta otsus liidetud kohtuasjades C-182/03 ja C-217/03: Belgia ja Forum 187 *vs.* komisjon (EKL 2006, lk I-5479, punkt 119); 15. detsembri 2005. aasta otsus kohtuasjas C-66/02: Itaalia *vs.* komisjon (EKL 2005, lk I-10901, punktid 94–102). Tuleb siiski märkida, et mõnes kohtuotsuses uuritakse meetme selektiivset iseloomu ning süsteemi olemusel ja ülesehitusel põhinevat erandit eraldi: vt Euroopa Kohtu 22. novembri 2001. aasta otsus kohtuasjas C-53/00: Ferring (EKL 2001, lk I-9067, punktid 17 ja 18) ja Esimese Astme Kohtu 10. aprilli 2008. aasta otsus kohtuasjas T-233/04: Madalmaad *vs.* komisjon (EKL 2008, lk II-591, punktid 97–99) ning kohtujurist Léger' 9. veebruari 2006. aasta ettepanek eespool viidatud kohtuasjas Belgia ja Forum 187 *vs.* komisjon (ettepaneku punktid 315–319).

40 – Vt Heidenhain, *Handbuch des Europäischen Beihilfenrecht*, München, 2003, lk 163.

111. On tõsi, et kohtuotsuses AEM ja AEM Torino leidis Euroopa Kohus, et avalik-õiguslike koormiste siseriikliku süsteemi sisemist loogikat saab mõjutada ühenduse õigusnormidega. Selles kohtuotsuses nõustus ta, et avalik-õiguslike koormiste siseriiklikus süsteemis kehtiv eristamine, mille eesmärk on tasandada direktiivi ülevõtmisega teatud ettevõtjatele loodud eelis, tuleneb avalik-õiguslike koormiste siseriikliku süsteemi olemusest ja ülesehitusest. [41] Ometigi, isegi kui võtta arvesse seda osa kohtuotsusest AEM ja AEM Torino, ei leia ma, et käesolevas asjas saab otseselt kohaldada avalik-õiguslike koormiste süsteemi olemusel ja ülesehitusel põhinevat erandit, nii nagu seda on lubatud kohtupraktikas.

112. Käesoleva asja eripära arvestades ei näe ma samuti vajadust selle erandi sarnaseks kohaldamiseks.

113. Euroopa Kohtu praktika kohaselt on EÜ artikli 87 lõikega 1 silmas peetud liikmesriikide otsuseid, millega ettevõtjatele või teistele isikutele antakse riigi enda majanduslikke ja sotsiaalseid eesmärke silmas pidades ühepoolsete ja autonoomsete otsustega ressursse või eeliseid, mille eesmärk on aidata kaasa soovitud majanduslike või sotsiaalsete eesmärkide saavutamisele. [42]

114. Kuna EÜ artikli 87 lõige 1 ei ole kohaldatav Euroopa õiguslooja meetmetele, [43] nähtub, et eeliste määratlemiseks riigiabina EÜ artikli 87 lõike 1 mõttes peavad need meetmed eelkõige olema riigile omistatavad. [44] Liikmesriigi meedet, mida on nõudnud ühenduse õigus, ei saa seega määratleda riigiabina EÜ artikli 87 lõike 1 tähenduses. Sellega oleks ühenduse õiguslooja õigusakt tegelikult allutatud EÜ artikli 87 lõikest 1 tulenevale järelevalvele. [45]

115. EÜ artikli 10 kohaselt on liikmesriigid kohustatud rakendama ühenduse õigusnorme. Täpsemalt sätestab EÜ artikli 249 lõige 3, et direktiiv on saavutatava tulemuse seisukohalt siduv iga liikmesriigi suhtes, kellele see on adresseeritud, ja EÜ artikli 249 lõige 4 sätestab, et otsus on tervikuna siduv selles nimetatud adressaatidele.

116. Seega tuleb uurida, kas osalise loobumisega Orange'i ja SFR-i vastastest nõuetest ei teinud Prantsuse ametiasutused muud, kui üksnes täitsid oma kohustusi, mis tulenevad ühenduse õiguslikust raamistikust, seega EÜ artiklist 10 ja artikli 249 lõigetest 3 ja 4. Sellest

41 – Eespool 35. joonealuses märkuses viidatud kohtuotsus AEM ja AEM Torino, punktid 39–43.

42 – Euroopa Kohtu 27. märtsi 1980. aasta otsus kohtuasjas 61/79: Denkavit italiana (EKL 1980, lk 1205, punkt 31); Esimese Astme Kohtu 5. aprilli 2006. aasta otsus kohtuasjas T-351/02: Deutsche Bahn *vs.* komisjon (EKL 2006, lk II-1047, punkt 100).

43 – Euroopa Kohtu 13. oktoobri 1982. aasta otsus liidetud kohtuasjades 213/81–215/81: Norddeutsches Vieh- und Fleischkontor (EKL 1982, lk 3583, punkt 22); Heidenhain, *op. cit.* (vt 40. joonealune märkus), lk 23.

44 – Vt 16. mai 2002. aasta otsus kohtuasjas C-482/99: Prantsusmaa *vs.* komisjon (EKL 2002, lk I-4397, punkt 24 ja viidatud kohtupraktika) ja eespool 42. joonealuses märkuses viidatud kohtuotsus Deutsche Bahn *vs.* komisjon (punkt 100).

45 – Esimese Astme Kohus kasutas sarnast lähenemist eespool 42. joonealuses märkuses viidatud otsuses Deutsche Bahn *vs.* komisjon (punktid 100–105).

järelduks, et kõnealune meede ei ole Prantsuse riigile omistatav, vaid tuleneb tegelikkuses Euroopa õiguslooja aktist, ning selle suhtes ei kohaldata seega EÜ artikli 87 lõiget 1.

117. Kokkuvõtteks leian, et kuigi avalikõiguslike koormiste siseriikliku süsteemi olemusel ja ülesehitusel põhinev erand ei ole käesolevas asjas kohaldatav, võib käesolevas asjas olla kohaldatav erand, mis põhineb siseriikliku meetme vältimatusel, mis on tingitud ühenduse õigusliku raamistiku olemusest ja ülesehitusest. Seega tuli analüüsida, nagu seda tegi Esimese Astme Kohus, kas osaline loobumine tulenes käesolevas asjas vältimatult ühenduse õiguslikust raamistikust.

b) Ühenduse õigusliku raamistiku olemusel ja ülesehitusel põhineva erandi kohaldamine

118. Apellandid väidavad, et Esimese Astme Kohus ei seletanud, miks osaline loobumine Orange'i ja SFR-i vastastest nõuetest oli vältimatu.

119. Kõigepealt tundub, et on otstarbekas meenutada, et kõnealuses vaidlustatud kohtuotsuse osas käsitles Esimese Astme Kohus üksnes küsimust, kas osaline loobumine Orange'i ja SFR-i vastastest nõuetest oli vältimatu. [46]

120. Olles otsustanud nn pakkumiste võrdlemise menetluse kasuks, [47] leidsid Prantsuse ametiasutused 31. jaanuaril 2001, et esimene konkurss oli osaliselt luhtunud. Nad leidsid, et üksnes kahe operaatori turul viibimine ei ole piisav, et tagada reaalse konkurentsi arenemist, ning pakkujate puudumine oli tingitud litsentsitasude kõrgest hinnast.

121. Arvestades liikmesriikide kohustust anda vastavalt direktiivi 97/13 artikli 10 lõikele 4 välja võimalikult suur hulk litsentse, et tagada konkurentsi areng UMTS-i turul, ei saanud Prantsuse ametiasutused leppida kahe UMTS-i litsentsi andmisega Orange'ile ja SFR-ile, vaid olid kohustatud tooma juurde teisi operaatoreid, pakkudes litsentside jaoks soodsamaid tingimusi, iseäranis selles osas, mis puudutab litsentsitasude summat.

122. Selle kohustuse tõttu pidid Prantsuse ametiasutused uurima, millist mõju avaldab Orange'ile ja SFR-ile antud litsentside tingi-

46 – Vt käesoleva ettepaneku punkt 106.

47 – Esimese Astme Kohus sedastas, et ühenduse õiguslik raamistik ei kohustanud Prantsuse ametiasutusi korraldama avalikke pakkumisi, vt vaidlustatud kohtuotsuse punkt 108.

mustele litsentsitasude hinna langetamine uute pakkujate jaoks. Nagu Esimese Astme Kohus vaidlustatud kohtuotsuses kinnitas, [48] olid ametiasutused vastavalt direktiivi 97/13 artikli 11 lõikele 2 kohustatud järgima diskrimineerimiskeelu põhimõtet. Seega olid Prantsuse ametiasutused kohustatud osaliselt loobuma nõuetest SFR-i ja Orange'i vastu, kuivõrd see loobumine oli vajalik diskrimineerimiskeelu põhimõtte järgimiseks Orange'i ja SFR-i ning tulevaste pakkujate vahel.

123. Nagu Esimese Astme Kohus sedastas, seisneb diskrimineerimine erinevate eeskirjade kohaldamises sarnastele olukordadele või samade eeskirjade kohaldamises erinevatele olukordadele. [49] Nende kahe olukorra hindamine selle alusel, kas need on diskrimineerimiskeelu põhimõtte tähenduses sarnased või mitte, sõltub aga eeskätt kõnealuse ühenduse õigusliku raamistiku eesmärkidest. [50]

124. Üks ühenduse õigusliku raamistiku oluline eesmärk oli vastavalt direktiivi 97/13 artikli 11 lõikele 2 vajadus edendada konkurentsi arengut. Majandusvaldkonnas on aga konkurentsi säilitamine ja mittediskrimineerimine tihedalt seotud. [51]

125. Elementaarne tingimus reaalse konkurentsi arengu jaoks turul on õiglaste konkurentsitingimuste tagamine erinevate operaatorite vahel. Orange'i ja SFR-i litsentside tingimuste muutmist nõudis seega direktiivi 97/13 artikli 11 lõige 2, kuivõrd esimese konkursi esialgsete tingimuste kohaldamine Orange'i ja SFR-i litsentside suhtes ei võimaldanud tagada õiglaseid konkurentsitingimusi ühelt poolt Orange'i ja SFR-i ning teiselt poolt tulevaste pakkujate vahel.

126. Minu arvates on operaatoritele arengujärgus turul õiglaste konkurentsitingimuste tagamise lähtepunktiks kõigepealt kõikidele operaatoritele võrdsete tingimuste tagamine. Sellega seoses märgin – nagu leidis Esimese Astme Kohus [52] –, et suhe Orange'ilt ja SFR-ilt

48 – Vaidlustatud kohtuotsuse punkt 108.

49 – Vaidlustatud kohtuotsuse punkt 129.

50 – Herny, R., „Principe d'égalité et principe de non-discrimination dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes", L.G.D.J., 2003, lk 357, leiab, et olukorrad ei ole iseenesest sarnased või ainulaadsed, vaid olukorra hindamine toimub üksnes vastavalt eeskirja esemele ja eesmärgile. Vt samuti 13. veebruari 2003. aasta otsus kohtuasjas C-409/00: Hispaania *vs.* komisjon (EKL 2003, lk I-1487, punkt 47); 8. novembri 2001. aasta otsus kohtuasjas C-143/99: Adria-Wien Pipeline ja Wietersdorfer & Peggauer Zementwerke (EKL 2001, lk I-8365, punktid 41 ja 42); 3. märtsi 2005. aasta otsus kohtuasjas C-172/03: Heiser (EKL 2005, lk I-1627, punkt 40). Tõsi küll, need kohtuotsused viitavad EÜ artikli 87 lõike 1 tõlgendusele. Leian siiski, et sellest kohtupraktikast saab järeldada, et selle hindamisel, kas kaks olukorda on sarnased või erinevad, tuleb arvesse võtta ühenduse õigusliku raamistiku eesmärke.

51 – Herny, R., *op. cit.* (vt 50. joonealune märkus), lk 263.

52 – Vaidlustatud kohtuotsuse punkt 145.

esimese konkursi käigus nõutud litsentsitasude summa ja selle summa vahel, mida Prantsuse ametiasutused pidasid sobivaks täiendavate pakkujate ligitõmbamiseks, oli kaheksa ühele. Tundub olevat selge,[53] et nõuete summa vähendamine, mis oli esialgu ette nähtud esimese konkursi pakkujatele, oli vajalik selleks, et tagada õiglased konkurentsitingimused ühelt poolt Orange'i ja SFR-i ning teiselt poolt tulevaste pakkujate vahel.[54]

c) Kokkuvõte

127. Eeltoodud kaalutlustest tuleneb, et Esimese Astme Kohus võis vaidlustatud kohtuotsuse punktis 111 õiguspäraselt leida, et osaline loobumine nõuetest Orange'i ja SFR-i vastu oli vältimatu. Kuna need kaalutlused olid üsna ilmsed ja neid oli juba arutatud komisjonis toimunud menetluse käigus, ei leia ma, et Esimese Astme Kohus jättis selgitamata, miks Orange'i ja SFR-i vastastest nõuetest loobumine oli vältimatu.

53 – Oma apellatsioonkaebuses ei tundu apellandid muide vaidlustavat põhimõtet, mille kohaselt Prantsuse ametiasutused võisid osaliselt loobuda nõuetest Orange'i ja SFR-i vastu. Nende väitel oleks Prantsuse ametiasutuste jaoks üks võimalus olnud alustada kogu menetlust *ab initio*, mis oleks toonud kaasa ühesugused tingimused kõikidele selle uue menetluse käigus välja valitud pakkujatele. Apellandid kritiseerivad seevastu seda, et Prantsuse ametiasutuste tegutsemisviis andis Orange'ile ja SFR-ile eelise, mis seisnes litsentside varasemas väljaandmises ja nende operaatorite väljavalimise tagamises.

54 – Nagu ma juba eespool mainisin (vt käesoleva ettepaneku punktid 106 ja 119), piirdub see analüüs küsimusega, kas osaline loobumine nõuetest Orange'i ja SFR-i vastu oli vältimatu. Teine küsimus on hinnata Prantsuse ametiasutuste tegutsemisviisi, st seda, et nad korraldasid kaks järjestikust konkurssi ja kohaldasid tagasiulatuvalt mõlema konkursi pakkujate suhtes samu tingimusi. Seda küsimust on uuritud edaspidi (vt käesoleva ettepaneku punktid 144–179).

128. Teen seega ettepaneku lükata tagasi neljanda väite esimene osa, asendades Esimese Astme Kohtu põhjenduse, mis puudutab süsteemi olemusel ja ülesehitusel põhineva erandi õiguslikku alust.

3. Nõuete ebakindlus (kolmanda väite teine osa)

129. Esimese Astme Kohus sedastas vaidlustatud kohtuotsuse punktis 107, et riigi nõue ei olnud kindel, kuna pakkujatel oli veel kuni 31. maini 2001 võimalus oma pakkumised tagasi võtta ja seejärel loobuda neile väljastatud litsentsidest ning lõpetada litsentsitasu maksmine.

130. Apellandid vaidlustavad selle hinnangu. Nende väitel loobus Prantsuse riik osaliselt nõuetest Orange'i ja SFR-i vastu 3. detsembril 2002. Sel ajal ei saanud Orange ja SFR enam oma pakkumisi tagasi võtta.

131. Minu arvates on see väite ainetu. Väite osa on ainetu juhul, kui see ei saa seada kahtluse alla vaidlustatud järeldust.[55] Esimese Astme Kohus rajas oma hinnangu, et osaline

55 – 12. juuli 2001. aasta otsus liidetud kohtuasjades C-302/99 P ja C-308/99 P: komisjon ja Prantsusmaa *vs.* TF1 (EKL 2001, lk I-5603, punktid 26–29), Lenaerts, K., Arts, D., Maselis, I., *op. cit.* (vt 22. joonealune märkus), lk 465, punkt 16-019.

loobumine ei kujuta endast selektiivset eelist, kahele argumendile: esiteks nõuete ebakindlusele ning teiseks süsteemi olemusel ja ülesehitusel põhinevale erandile. Kuna neljanda väite esimene osa, mis on suunatud Esimese Astme Kohtu põhjenduse vastu, mis põhineb süsteemi olemusest ja ülesehitusest tuleneval erandil, tuleb tagasi lükata, [56] õigustab see põhjus iseenesest piisavalt Esimese Astme Kohtu järeldust. Nõuete ebakindlusel rajaneva põhjenduse võimalikud puudused ei mõjuta seega igal juhul vaidlustatud kohtuotsuse resolutsiooni. Seega on kõnealune väite osa ainetu.

132. Mis puudutab kõnealuse väite osa põhjendatust, siis leian, et kõigepealt tuleb eristada ühelt poolt 31. jaanuarist 2001 kuni 31. maini 2001 kestnud staadiumi ja teiselt poolt vaidlusalust muudatust 3. detsembril 2002.

133. 31. jaanuaril 2001 tõdesid Prantsuse ametiasutused, et esitatud on kaks pakkumist ning et sellest ei piisa reaalse konkurentsi tagamiseks UMTS-i turul. Seega teatasid nad, et korraldada tuleb teine konkurss. Pärast seda teadet võtsid Orange ja SFR Prantsuse ametiasutustega ühendust, paludes järgida võrdsuse põhimõtet avalik-õiguslike koormiste kandmisel ja reaalse konkurentsi põhimõtet operaatorite vahel.

134. Sel ajal oleksid Orange ja SFR veel saanud oma pakkumised tagasi võtta. Nagu komisjon leidis, oli võimalus, et Orange ja SFR oleksid nõustunud esimese konkursi tingimustega, kui teise konkursi tingimused olid palju soodsamad, pigem teoreetiline. [57]

135. Neid asjaolusid arvestades leian, et Prantsuse riigi nõudeid Orange'i ja SFR-i vastu võib õigustatult pidada ebakindlaks, vähemalt alates hetkest, mil Prantsuse ametiasutused teatasid oma kavatsusest korraldada teine, selgelt soodsamate tingimustega konkurss.

136. Nendel asjaoludel tagasidki Prantsuse ametiasutused – pärast Orange'i ja SFR-i selget nõudmist –, et neid koheldakse võrdselt teise konkursi pakkujatega. Sellele tagatisele tuginedes võisid Orange ja SFR lähtuda põhimõttest, et nende litsentside tingimusi muudetakse niivõrd, kuivõrd see oli vajalik võrdse kohtlemise tagamiseks. Seega oli enne 31. maid 2001 selge, et Orange'ile ja SFR-ile antud litsentside tingimused pidid muutuma. Kuna Prantsuse ametiasutused teatasid, et litsentsitasu summa oli teise konkursi kandidaatide jaoks palju väiksem, oli selle muut-

56 – Vt käesoleva ettepaneku punktid 104–128.

57 – Vaidlusaluse otsuse punkt 27.

mise võimaluse raames juba tagatud osaline loobumine nõuetest Orange'i ja SFR-i vastu. Seda sedastas komisjon vaidlusaluses otsuses,[58] kus ta leidis, et „tagasiulatuv ühtlustamine tulenes juba esimese konkursietapi litsentsides kokkulepitud tingimustest". Ma ei leia, et nendel asjaoludel oleks võimalik pidada nõudeid Orange'i ja SFR-i vastu kehtivaks ja vaieldamatuks.

137. Kokkuvõtteks tuli nõudeid Orange'i ja SFR-i vastu seega pidada ebakindlaks enne võrdse kohtlemise tagamist 22. veebruari 2001. aasta kirjades. Pärast neid kirju oli selge, et Orange'ile ja SFR-ile antud litsentside tingimused pidid osaliselt muutuma. Asjaolu, et Orange ja SFR ei saanud 3. detsembril 2002 enam oma pakkumisi tagasi võtta, ei sea neid asjaolusid arvestades seega kahtluse alla Esimese Astme Kohtu järeldust vaidlustatud kohtuotsuse punktis 107, mille kohaselt oli tegemist osalise loobumisega ebakindlatest nõuetest.

138. Seega teen ettepaneku lükata kolmanda väite teine osa tagasi ainetuse tõttu ja teise võimalusena põhjendamatuse tõttu.

4. Ajaline selektiivne eelis (neljanda väite teine osa)

139. Vaidlustatud kohtuotsuse punktides 113–122 analüüsis Esimese Astme Kohus seda, kas litsentside varasema väljaandmisega Orange'ile ja SFR-ile said need ettevõtjad ajalise selektiivse eelise Bouygues Télécomi ees. Olles hinnanud litsentside varasemat väljaandmist potentsiaalseks eeliseks,[59] leidis Esimese Astme Kohus, et Orange ja SFR ei saanud seda potentsiaalset eelist kasutada[60] ja järeldas vaidlustatud kohtuotsuse punktis 122, et litsentside varasem väljaandmine Orange'ile ja SFR-ile ei kujutanud endast konkurentsieelist Bouygues Télécomi ees.

140. Vaidlustatud kohtuotsuse punktides 123–126 lisas Esimese Astme Kohus, et igal juhul oli Orange'ile ja SFR-ile antav näiline eelis ainus viis, kuidas toimida vastavalt ühenduse õigusliku raamistiku nõuetele.

141. Neljanda väite teises osas kinnitavad apellandid, et Esimese Astme Kohus rikkus õigusnormi selles osas, mis puudutab abi mõistet EÜ artikli 87 lõike 1 tähenduses. Kuna Esimese Astme Kohus sedastas vaidlustatud kohtuotsuse punktis 113, et potentsiaalne eelis oli olemas, siis sellest piisas apellantide väitel abi olemasoluks EÜ artikli 87 lõike 1 tähenduses.

58 – Vaidlusaluse otsuse punkt 27.

59 – Vaidlustatud kohtuotsuse punktid 113–115.

60 – Vaidlustatud kohtuotsuse punktid 115–121.

142. Kõigepealt tundub mulle, et see väite osa on ainetu.[61] Oma järelduses, et väidetav ajaline eelis ei olnud selektiivne eelis, tugines Esimese Astme Kohus esiteks vaidlustatud kohtuotsuse punktides 113–122 hinnangule, et SFR ja Orange ei saanud seda eelist kasutada, ja teiseks, vaidlustatud kohtuotsuse punktides 123–125, sedastusel, et igal juhul oli väidetava ajalise eelise andmine ainus viis, kuidas toimida vastavalt ühenduse õigusliku raamistiku nõuetele. Tundub, et apellandid ei vaidlustanud formaalselt täiendavat argumenti, mille Esimese Astme Kohus esitas vaidlustatud kohtuotsuse punktides 123–125. Seega tundub, et kõnesolev väite osa on ainetu, sest võimalikud vead vaidlustatud kohtuotsuse punktides 113–122 esitatud põhjenduses ei mõjuta vaidlustatud kohtuotsuse punktides 123–125 esitatud täiendavat põhjendust ning seega ka Esimese Astme Kohtu järeldust.

143. Mis puudutab kõnealuse väite osa põhjendatust, siis kõigepealt uurin, kuidas on vaidlustatud kohtuotsuse punktides 113–122 kohaldatud eelise mõistet EÜ artikli 87 lõike 1 tähenduses (a). Seejärel hindan, kas vaidlustatud järeldus võib põhineda vaidlustatud kohtuotsuse punktides 123–125 esitatud täiendaval põhjendusel, mis rajaneb ühenduse õigusliku raamistiku olemusel ja ülesehitusel (b).

a) Eelise mõiste EÜ artikli 87 lõike 1 tähenduses

144. Vaidlustatud kohtuotsuses leidis Esimese Astme Kohus kõigepealt, et Orange'i ja SFR-i litsentside väljaandmine poolteist aastat varem võis põhimõtteliselt neile anda Bouygues Télécomi ees selektiivse eelise.[62] Seejärel leidis ta, et seda potentsiaalset eelist Orange'ile ja SFR-ile ei tekkinud[63] ja vaidlustatud kohtuotsuse tegemise kuupäeval võis komisjon leida, et Orange ja SFR ei saanud kasu ajalisest eelisest, mis seisnes neile litsentside varasemas väljaandmises, ning komisjon võis järeldada, et Orange'il ja SFR-il ei olnud tegelikult Bouygues Télécomi ees konkurentsieelist.[64]

145. Apellandid väidavad eelkõige, et litsentside varasem väljaandmine oli *per se* tegelik ja otsene eelis. Lükates tagasi eelise olemasolu põhjusel, et Orange ja SFR ei saanud seda eelist kasutada, rikkus Esimese Astme Kohus oma otsuses õigusnormi. Abi mõiste jaoks EÜ artikli 87 lõike 1 tähenduses ei ole oluline teada, kas abi saajate olukord aja jooksul paranes.

146. Minu arvates ei ole see etteheide põhjendamatu.

61 – Nagu eespool on mainitud (vt käesoleva ettepaneku punkt 131), on väite osa on ainetu juhul, kui vaidlustatud järeldus võib põhineda alternatiivsel põhistusel ja see väite osa ei saa seega seada vaidlustatud järeldust kahtluse alla.

62 – Vt vaidlustatud kohtuotsuse punktid 113 ja 114.
63 – Vt vaidlustatud kohtuotsuse punktid 115–121.
64 – Vt vaidlustatud kohtuotsuse punkt 122.

147. EÜ artikli 87 lõikes 1 sätestatud abi olemasolu eeldab, et riigi võetud meede soodustab üht ettevõtjat võrreldes teisega. [65] Märgin, et ajal, mil Orange ja SFR said oma litsentsid, olid nad ainsad ettevõtjad, kes said pääseda UMTS-i turule. Minu arvates kujutas see ainuüksi nendele antud võimalus pääseda UMTS-i turule Orange'i ja SFR-i eeliskohtlemist võrreldes teiste ettevõtjatega.

148. Vaidlustatud kohtuotsuse punktides 116–122 välistas Esimese Astme Kohus selle, et abi anti, leides, et adressaadid ei saanud sellest eeliskohtlemisest kasu. Minu arvates on lähenemisviis väär.

149. Esiteks tundub mulle, et küsimus, kas litsentsiaadid said riigi meetmest kasu, puudutab pigem mõju ettevõtjatevahelisele konkurentsisuhtele kui eelise olemasolu.

150. On tõsi, et turul olevale ettevõtjale antud eelis võib konkurentsi kahjustada või ähvardada seda kahjustada teiste samal turul olevate ettevõtjate kahjuks. Seos eelise ja konkurentsimoonutuse vahel on seega üsna selge. [66] Seevastu vastupidine järeldus, mille kohaselt konkurentsimoonutuse puudumine näitab eelise puudumist, ei ole kooskõlas EÜ artikli 87 lõikega 1. Nimetatud sätet kohaldatakse nii abi suhtes, mis kahjustab konkurentsi, kui ka abi suhtes, mis ähvardab kahjustada konkurentsi. Kuna ei ole vaja, et abi kahjustaks tegelikult konkurentsi, ei võimalda hilisem sedastus, et Orange ja SFR ei saanud neile litsentside varem väljaandmisest kasu, järeldada, et eelist ei esinenud.

151. Teiseks tuleb abi olemasolu analüüsida hetkel, mil riik meetme võttis. [67] Seega tundub mulle, et ei ole võimalik välistada Orange'i ja SFR-il eelise olemasolu, lähtudes hilisemast analüüsist konkurentsiga seotud kasu kohta, mis Orange ja SFR eeliskohtlemisest said. Igal juhul on väär võtta arvesse konkurentsikasu ajal, mil komisjon oma otsuse vastu võttis, nagu Esimese Astme Kohus tegi vaidlustatud

65 – Esimese Astme Kohtu 27. jaanuari 1998. aasta otsus kohtuasjas T-67/94: Ladbroke Racing *vs.* komisjon (EKL 1998, lk II-1, punkt 52); 7. juuni 2006. aasta otsus kohtuasjas T-613/97: Ufex jt *vs.* komisjon (EKL 2006, lk II-1531, punkt 67).

66 – Cremer, W., „Artikel 87", teoses: Callies, Ch., ja Ruffert, M., *Kommentar zu EU-Vertrag und EG-Vertrag*, Beck, 3. tr, 2007, lk 1176, punkt 21.

67 – Vt selle kohta eespool 44. joonealuses märkuses viidatud 16. mai 2002. aasta kohtuotsus Prantsusmaa *vs.* komisjon (punkt 71). Selle otsuse kohaselt „tuleb asetuda uuesti selle aja konteksti, mille jooksul […] meetmed võeti […] ning hoiduda seega igasugusest hilisemal olukorral põhinevast hinnangust". Kuigi see punkt viitab turumajanduse tingimustes tegutseva aruka investori kriteeriumi kohaldamisele, leian, et asjassepuutuva ajahetke osas võib seda eeskirja käesolevas asjas kohaldada. Vt samuti eespool 50. joonealuses märkuses viidatud kohtuasi Adria-Wien Pipeline ja Wietersdorfer & Peggauer Zementwerke (punkt 41), mille kohaselt ei ole oluline, et abisaaja olukord on aja jooksul jäänud samaks. Seega tuleb uurida kohaldamistingimusi hetkel, mil riik meetme võttis.

kohtuotsuse punktis 122. Kuna riiklikust meetmest tingitud konkurentsiga seotud kasu võib aja jooksul muutuda, ei saa eelise olemasolu sõltuda ajahetkest, mil komisjon otsuse vastu võttis. [68]

152. Kolmandaks ei saa Esimese Astme Kohtu põhjendus rajaneda ka argumendil, mille kohaselt oli Orange'ile ja SFR-ile litsentside andmise ajal võimalik ette näha, et Orange ja SFR ei hakanud sellest eeliskohtlemisest kasu saama. Vastupidi, Prantsuse ametiasutused otsustasid mitte alustada kogu litsentside väljaandmise menetlust *ab initio* just sellepärast, et tagada võimalus, et UMTS-i turul oleks alates 1. jaanuarist 2002 minimaalne arv operaatoreid. Hetkel, mil Orange'ile ja SFR-ile litsentsid anti, ei olnud seega võimalik välistada, et see ei võimaldanud nendel operaatoritel pääseda UMTS-i turule enne tulevasi pakkujaid.

153. Lähtudes selektiivse eelise välistamiseks hilisemast analüüsist konkurentsiga seotud kasu kohta, mis Orange ja SFR oleks võinud saada litsentside varasemast väljaandmisest, rikkus Esimese Astme Kohus seega vaidlustatud kohtuotsuse punktides 113–122 esitatud põhjenduses õigusnormi.

154. Kuna Esimese Astme Kohus tugines oma järelduses, mille kohaselt Orange'ile ja SFR-ile varasemast litsentside väljaandmisest tulenevat selektiivset eelist ei esinenud, mitte ainult sellel vääral põhjendusel, vaid ka süsteemi olemusest ja ülesehitusest tuleneval erandil, tuleb uurida, kas see täiendav argument võib olla aluseks Esimese Astme Kohtu järeldusele.

b) Ühenduse õigusliku raamistiku olemusest ja ülesehitusest tuleneval erandil põhinev argument

155. Esimese Astme Kohus leidis, et igal juhul oli „Orange'ile ja SFR-ile antav näiline eelis" ainus viis, kuidas vältida meetme võtmist ühenduse õiguslikku raamistikku rikkudes. [69] Sellega seoses viitas ta eeskätt olulistele erinevustele siseriiklike ametiasutuste poolt rakendatud kahes järjestikuses litsentsitasude maksmise korras, operaatorite puudumisele UMTS-i turul vaidlusaluse muudatuse tegemise hetkel ja kõigi kolme operaatori litsentside olemusele. [70]

156. Sedastades, et litsentside väljaandmine Orange'ile ja SFR-ile oli vältimatu, tugines Esimese Astme Kohus taas ühenduse õigusliku raamistiku olemusest ja ülesehitusest tulenevale erandile. [71]

68 – Lisaks ei oleks selline lähenemine kooskõlas põhimõttega, mille kohaselt tuleb riigiabist eelnevalt teatada.

69 – Vt vaidlustatud kohtuotsuse punkt 123.

70 – Vt vaidlustatud kohtuotsuse punkt 123.

71 – Selle erandi õigusliku aluse osas viitan käesoleva ettepaneku punktidele 108–117.

157. Märgin, et vaidlustatud kohtuotsuse punktides 123–126 piirdus Esimese Astme Kohus sellega, et selgitas, miks samade tingimuste kohaldamine oli vältimatu. Minu arvates ei ole Esimese Astme Kohtu põhjendus otsuse punktides 123–126 piisav.

158. Arvestades seda, et litsentside varasem väljaandmine Orange'ile ja SFR-ile ise võis mõjutada konkurentsisuhet ühelt poolt Orange'i ja SFR-i ning teiselt poolt tulevaste pakkujate vahel, peab järeldus selektiivse eelise puudumise kohta, mis põhineb ühenduse õigusliku raamistiku olemusest ja ülesehitusest tuleneval erandil, rajanema kahel asjaolul. Esiteks, litsentside varasem väljaandmine Orange'ile ja SFR-ile, mis toimus 18. juulil 2001, pidi ühenduse õigusliku raamistiku kohaselt olema vältimatu (i). Teiseks, ühesuguste litsentsitingimuste kohaldamist Orange'ile, SFR-ile ja Bouygues Télécomile, mis toimus 3. detsembril 2002, pidi nõudma ühenduse õiguslik raamistik vaatamata asjaolule, et Orange ja SFR said oma litsentsid enne Bouygues Télécomi (ii).

i) Orange'ile ja SFR-ile litsentside varasema väljaandmise vältimatus

159. Nagu ma eespool juba mainisin, ei põhjendanud Esimese Astme Kohus vaidlustatud kohtuotsuse punktides 123–126, miks oli vältimatu anda Orange'ile ja SFR-ile litsentsid välja varem. Esimese Astme Kohus seletas seda siiski diskrimineerimiskeelu põhimõtte järgimist puudutavas kohtuotsuse osas.[72]

160. Esimese Astme Kohus leidis, et otsuse nr 128/1999 kohaselt on liikmesriigid kohustatud võtma kõik meetmed, mis on vajalikud selleks, et võtta UMTS-teenused oma territooriumil kooskõlastatult ja järk-järgult kasutusele hiljemalt 1. jaanuaril 2002.[73] See tähtaeg oli ühenduse õigusliku raamistiku üks siduvaid tegureid.

161. Esimese Astme Kohtu hinnangu kohaselt ei oleks olnud võimalik korraldada *ab initio* uut menetlust enne selle tähtaja lõppemist.[74] Apellandid vaidlustavad selle asjaolu. Nad väidavad, et uue menetluse korraldamine *ab initio* oleks olnud võimalik. Neil asjaoludel tuleb meenutada, et kuna apellatsioonkaebus Euroopa Kohtus peab piirduma õigusküsimustega, ei saa selle raames vaidlustada Esimese Astme Kohtu poolt asjaoludele antud hinnangut.[75] Kuna apellandid piirduvad Esimese Astme Kohtu poolt faktilistele

72 – Vt vaidlustatud kohtuotsuse punktid 127–154. Sellega seoses leian, et mulle tundub vale Esimese Astme Kohtu viis uurida eraldi selektiivse eelise olemasolu vaidlustatud kohtuotsuse punktides 95–126 ja mittediskrimineerimise põhimõtte järgimist vaidlustatud kohtuotsuse punktides 127–154. Abi olemasolu või puudumise tunnistamine sõltub küsimusest, kas ühenduse õiguslik raamistik nõudis Prantsuse ametiasutuste meetmete võtmist. Kuna mittediskrimineerimise põhimõte on selle ühenduse õigusliku raamistiku osa, siis oleks Esimese Astme Kohus pidanud uurima mittediskrimineerimise põhimõtet ühenduse õigusliku raamistiku osana.

73 – Vt vaidlustatud kohtuotsuse punktid 141 ja 142.

74 – Vt vaidlustatud kohtuotsuse punkt 141.

75 – Eespool 23. joonealuses märkuses viidatud kohtuotsus komisjon *vs.* Brazzelli Lualdi jt; Lenaerts, K., Arts, D., Maselis, I., *op. cit.* (vt 22. joonealune märkus), lk 453, punkt 16-003.

asjaoludele antud hinnangu vaidlustamisega ega väida, et asjaolude hindamisel on rikutud õigusnormi, tuleb see apellantide vastuväide vastuvõetamatuse tõttu tagasi lükata.

162. Lisaks sellele oleks Prantsuse ametiasutused kogu menetluse alustamisega *ab initio* võinud seada kahtluse alla Orange'i ja SFR-i pakkumise ning seega võimaluse, et need kaks pakkujat on UMTS-i turul alates 1. jaanuarist 2002. [76]

163. Kuna ühenduse õiguslik raamistik tingis selle, et Prantsuse ametiasutused võimaldaksid UMTS-i turule pääsemise piisavale arvule operaatoritele ja, nende puudumise korral, minimaalsele arvule operaatoritele alates 1. jaanuarist 2002, leian, et Esimese Astme Kohus sedastas õigesti, et võimalus alustada menetlust *ab initio* ei oleks olnud kooskõlas ühenduse õigusliku raamistikuga. Vastupidi, ühenduse õiguslik raamistik kohustas Prantsuse ametiasutusi andma – nii, nagu nad seda tegid – kõigepealt litsentsid Orange'ile ja SFR-ile, et tagada võimalus, et UMTS-i turul oleks alates 1. jaanuarist 2002 minimaalne arv operaatoreid.

164. Seega leian esiteks, et litsentside varasem kätteandmine 18. juulil 2001 Orange'ile ja SFR-ile oli ühenduse õigusliku raamistiku vältimatu tagajärg.

ii) Orange'i, SFR-i ja Bouygues Télécomi suhtes 3. detsembril 2002 ühesuguste tingimuste kohaldamise vältimatus

165. Nagu ma eespool mainisin, [77] oli ühenduse õigusliku raamistiku olemuse ja ülesehituse vältimatuks tagajärjeks mitte ainult Orange'ile ja SFR-ile litsentside varasem kätteandmine, vaid ka Prantsuse ametiasutuste 3. detsembri 2002. aasta otsus kohaldada samu tingimusi Orange'i, SFR-i ja Bouygues Télécomi litsentside suhtes.

166. Apellandid väidavad, et Prantsuse ametiasutused oleksid pidanud kohaldama erinevaid tingimusi ühelt poolt Orange'ile ja SFR-ile ning teiselt poolt Bouygues Télécomile. Seega tuleb uurida, kas samade tingimuste kohaldamine tulenes vältimatult ühenduse õiguslikust raamistikust või kas neid tuli kohelda erinevalt. Seda uurimist tuleb teostada hetkel, mil meede võeti, seega 3. detsembril 2002.

76 – Vt vaidlustatud kohtuotsuse punkt 146.

77 – Vt käesoleva ettepaneku punkt 158.

167. Nagu Esimese Astme Kohus märkis, olid Prantsuse ametiasutused kohustatud järgima diskrimineerimiskeelu põhimõtet. [78] Esimese Astme Kohus leidis samuti, et erinevatele operaatoritele määratud litsentsitasud peavad majanduslikelt aspektidelt olema võrdsed. [79]

168. Tuletan meelde, et Prantsuse ametiasutused olid kohustatud kindlustama õiglased konkurentsitingimused UMTS-i turu operaatorite vahel. [80] Alustingimus reaalse konkurentsi arengu jaoks turul on minu arvates õiglaste konkurentsitingimuste tagamine erinevate operaatorite vahel. Lähtepunkt õiglaste konkurentsitingimuste tagamisele operaatorite vahel arengujärgus turul on kõigepealt kõikidele operaatoritele võrdsete tingimuste tagamine. Seega tuli põhimõtteliselt kohelda kõiki turul olevaid operaatoreid ühtmoodi, tingimusel et puudusid erinevat kohtlemist õigustavad asjaolud.

169. Asjaolu, et Orange ja SFR said oma litsentsid kätte enne Bouygues Télécomi, oleks võinud mõjutada operaatoritevahelist konkurentsisuhet. Seega tuli arvesse võtta selle asjaolu mõju Orange'i, SFR-i ja Bouygues Télécomi vahelistele konkurentsisuhtele.

170. Seega tuleb esiteks uurida selle asjaolu mõju ja selle arvessevõtmist Prantsuse ametiasutuste kohaldatud litsentsitasude mudelis.

171. Neil asjaoludel märgin kõigepealt, et selle litsentsitasude mudeli teine osa põhineb litsentsiga saadud käibel. Orange'i ja SFR-i varasem juurdepääs UMTS-i turule oleks seega mõjutanud nende tasude summat. Litsentsitasude mudel, mida Prantsuse ametiasutused kohaldasid kõikidele operaatoritele, võttis seega arvesse Orange'i ja SFR-i võimalust pääseda turule enne tulevasi pakkujaid.

172. On küll tõsi, et 3. detsembril 2001, st ajal, mil Prantsuse ametiasutused otsustasid kohaldada uut litsentsitasude mudelit kõikide operaatorite suhtes, ei olnud turul ükski operaator. Ometi ei toonud uue litsentsitasude mudeli kohaldamine tingimata kaasa operaatorite ühesugust ja eristamata kohtlemist, sest see võis arvesse võtta pärast 3. detsembrit 2001 toimunud arenguid. Kui litsentside varasem kätteandmine oleks mõjutanud varasemat turulepääsemist, oleks uus litsentsitasude mudel seda mõju arvesse võtnud.

173. Seejärel, selles osas, mis puudutab Orange'i ja SFR-i võimalust pääseda turule enne 3. detsembrit 2002, nentis Esimese Astme Kohus, et esines raskusi seoses

78 – Vt vaidlustatud kohtuotsuse punkt 123.

79 – Vaidlustatud kohtuotsuse punkt 109, viitega 22. mai 2003. aasta otsusele kohtuasjas C-462/99: Connect Austria (EKL 2003, lk I-5197, punkt 90).

80 – Vt direktiivi 97/13/EÜ artikli 10 lõige 3 ja artikli 11 lõige 2.

UMTS-i tehnoloogiaga ja selle väljaarendamise ebasoodsate majanduslike tingimustega. [81] Asjaolu, et Orange ja SFR ei saanud oma litsentsidest kasu, ei tulenenud seega nende operaatorite algatusvõime või teenete puudumisest.

174. Teiseks, selles osas, mis puudutab apellantide poolt väidetud eeliseid, leidis Esimese Astme Kohus, et neid ei esinenud või igal juhul ei mõjutanud need operaatorite konkurentsisuhet UMTS-i turul. [82]

175. Apellandid väidavad, et Esimese Astme Kohus pööras tõendamiskoormise ümber, kui ta möönis kõigepealt potentsiaalse eelise olemasolu ja nõudis seejärel, et apellandid esitaksid tõendeid selle eelise tegelike tagajärgede kohta.

176. Minu arvates ei ole see kriitika põhjendatud. Kõigepealt, vaidlustatud kohtuotsuse punktides 123–126 esitatud täiendava põhjenduse raames, mis põhineb süsteemi olemusest ja ülesehitusest tuleneval erandil, ei ole eelise olemasolu EÜ artikli 87 lõike 1 tähenduses tuvastatud. [83] Seejärel, kuigi on olemas selge seos litsentside varasema väljaandmise ja võimaliku varasema turulepääsemise vahel, ei ole selget seost litsentside varasema väljaandmise ja apellantide poolt esimeses astmes väidetud eeliste vahel, mida on kirjeldatud vaidlustatud kohtuotsuse punktides 117–121. Minu arvates oleksid apellandid seega pidanud tõendama, mis põhjusel tõi litsentside varasem väljaandmine kaasa need väidetavad eelised ja milline olid nende väidetavate eeliste mõju konkurentsisuhtele ühelt poolt Orange'i ja SFR-i ning teiselt poolt Bouygues Télécomi vahel. Lõpetuseks tuleb apellandil kui komisjoni otsuse vastu hagi esitajal tõendada, et komisjoni järeldus ei olnud kehtiv. [84]

177. Kokkuvõtteks leian, et uus litsentsitasude mudel võttis arvesse võimalikku mõju, mis litsentside varasemal väljaandmisel võis olla operaatorite turulepääsemise ajale, ning et muu mõju operaatoritevahelisele konkurentsisuhtele ei olnud tõendatud. Minu arvates võis Esimese Astme Kohus seega õigustatult järeldada, et uus litsentsitasude mudel ei olnud diskrimineeriv. [85]

81 – Vt vaidlustatud kohtuotsuse punkt 116.

82 – Vt vaidlustatud kohtuotsuse punktid 117–126.

83 – Apellantide argument on suunatud Esimese Astme Kohtu eksliku arutluskäigu vastu vaidlustatud kohtuotsuse punktides 113–122.

84 – 10. mai 1990. aasta otsus kohtuasjas T-117/89: Sens *vs.* komisjon (EKL 1990, lk II-185, punkt 20).

85 – Vt vaidlustatud kohtuotsuse punkt 109, viitega 22. mai 2003. aasta kohtuotsusele Connect Austria (viidatud eespool 79. joonealuses märkuses, punkt 90).

c) Kokkuvõte

178. Litsentside varasem väljaandmine Orange'ile ja SFR-ile ning uue litsentsitasude mudeli kohaldamine Orange'ile, SFR-ile ja Bouygues Télécomile olid seega vältimatud. Nagu Esimese Astme Kohus leidis, [86] oli Prantsuse ametiasutuste tegutsemisviis ainus võimalus, kuidas tagada ühenduse õiguslikust raamistikust tulenevate kohustuste täitmine. Seega leian, et Esimese Astme Kohtu järeldus litsentside varasemast väljaandmisest tuleneva selektiivse eelise puudumise kohta on õige.

179. Seega teen ettepaneku lükata neljanda väite teine osa tagasi, asendades osaliselt Esimese Astme Kohtu põhjendused. [87]

5. Diskrimineerimiskeelu põhimõte (neljanda väite kolmas osa)

180. Neljanda väite kolmandas osas kinnitavad apellandid, et rikutud on õigusnormi selles osas, mis puudutab EÜ artikli 87 lõike 1 kohaldamist diskrimineerimiskeelu põhimõtte rakendamisel.

181. Orange'i väitel on see väide vastuvõetamatu, sest apellandid piirduvad sellega, et kordavad samu argumente kui esimeses astmes.

182. On õige, et väite osa, mis kordab esimeses astmes juba nimetatud argumente, võib olla vastuvõetamatu. [88] See on aga nii ainuüksi juhul, kui väite osas ei nõuta Esimese Astme Kohtu otsuse kontrollimist, vaid pigem vaidluse teistkordset sisulist hindamist. [89] Sellisel juhul on väite osa tegelikult suunatud esimeses astmes vaidlustatud õigusliku akti vastu, mitte Esimese Astme Kohtu otsuse vastu. Seevastu juhul, kui apellant väidab, nagu käesolevas asjas, et Esimese Astme Kohus rikkus õigusnormi, kui ta kinnitas komisjoni põhjendust, mis rikkus samamoodi õigusnormi, on see väite osa suunatud Esimese Astme Kohtu otsuse vastu ning on seega vastuvõetav. [90]

183. Apellandid tuginevad oma väite osas eeskätt diskrimineerimiskeelu põhimõttele, esimese konkursi tingimuste muutumatusele ja EÜ artikli 87 lõikele 2.

86 – Vt vaidlustatud kohtuotsuse punkt 148.

87 – Esimese Astme Kohtu põhjenduse asendamine võimaldaks samuti parandada Esimese Astme Kohtu ekslikku käsitlusviisi, st seda, et ta uuris eraldi selektiivse eelise olemasolu vaidlustatud kohtuotsuse punktides 95–126 ja mittediskrimineerimise põhimõtte järgimist vaidlustatud kohtuotsuse punktides 127–154 (vt 72. joonealune märkus).

88 – Lenaerts, K., Arts, D., Maselis, I., *Procedural Law of the European Union*, *op. cit.* (vt 22. joonealune märkus), lk 463, punkt 16-017.

89 – 23. mai 2007. aasta määrus kohtuasjas C-99/07 P: Smanor jt *vs.* komisjon (EKL 2007, punktid 34–36).

90 – 11. novembri 2003. aasta määrus kohtuasjas C-488/01 P: Martinez *vs.* parlament (EKL 2003, lk I-13355, punktid 39–41).

184. Diskrimineerimiskeelu põhimõttel rajaneva argumendi põhjendatuse osas tuletan meelde, et diskrimineerimine seisneb erinevate eeskirjade kohaldamises sarnastele olukordadele või samade eeskirjade kohaldamises erinevatele olukordadele. [91]

185. Apellandid väidavad, et Prantsuse ametiasutuste poolt kohaldatud meetod oli diskrimineeriv. Nad väidavad, et Orange ja SFR kui esimese konkursi pakkujad ja Bouygues Télécom kui teise konkursi pakkuja ei olnud samas olukorras.

186. Seega tuleb uurida, kas ühelt poolt Orange ja SFR ning teiselt poolt Bouygues Télécom olid samas faktilises ja õiguslikus olukorras. Nagu eespool on juba mainitud, [92] ei piisa diskrimineerimise tõendamiseks sellest, kui viidata kahe rühma vahelistele erinevustele. Kuna kõnealuse diskrimineerimiskeelu põhimõtte õiguslik alus on direktiivi 97/13 artikli 11 lõige 2, siis on kohane küsida, kas apellantide väidetud asjaolud olid asjakohased vastavalt selle direktiivi eesmärkidele ja ühenduse õiguslikule raamistikule. [93]

187. Tuletan meelde, et Prantsuse riigi osalise loobumise nõuetest Orange'i ja SFR-i vastu tingis ühenduse õiguslik raamistik. [94] Käesolevas väite osas tuleb seega üksnes uurida, kas Prantsuse ametiasutuste tegutsemisviis, st see, et nad ei alustanud kogu menetlust uuesti *ab initio*, oli diskrimineeriv. [95]

188. Apellandid väidavad, et selline tegutsemisviis oli vastuolus muutumatuse põhimõttega ning et see põhimõte kohustas Prantsuse ametiasutusi kohaldama esimese ja teise konkursi pakkujate suhtes erinevat korda. Esimese konkursi tingimuste muutumatuse põhimõte asetas apellantide sõnul Orange'i ja SFR-i erinevasse õiguslikku olukorda kui Bouygues Télécom.

189. Neil asjaoludel märgin esiteks, et – nagu Esimese Astme Kohus leidis vaidlustatud kohtuotsuses – muutumatuse põhimõtet ei ole sätestatud direktiivis 97/13 ega otsuses nr 128/1999. [96] Vastupidi, ühenduse õiguslikus raamistikus on minu arvates elemente, mis on vastuolus muutumatuse põhimõttega.

91 – Vt vaidlustatud kohtuotsuse punktis 129 viidatud kohtupraktika, Euroopa Kohtu 14. veebruari 1995. aasta otsus kohtuasjas C-279/93: Schumacker (EKL 1995, lk I-225, punkt 30) ja 13. veebruari 1996. aasta otsus kohtuasjas C-342/93: Gillespie jt (EKL 1996, lk I-475, punkt 16).

92 – Vt käesoleva ettepaneku punkt 123.

93 – Vt käesoleva ettepaneku punkt 123.

94 – Vt käesoleva ettepaneku punktid 104–128.

95 – Nagu ma juba eespool märkisin (vt 72. joonealune märkus), oleks Esimese Astme Kohus pidanud uurima mittediskrimineerimise põhimõtte järgimist selektiivse eelise olemasolu uurimise raames. Apellandid aga seda kohtuotsuse asjaolu ei vaidlustanud.

96 – Vt vaidlustatud kohtuotsuse punkt 135.

190. Vaidlustatud kohtuotsuses tugines Esimese Astme Kohus oma põhjenduses argumendile, et direktiivi 97/13 artikli 8 lõige 4 näeb ette võimaluse tingimusi muuta. Nagu on sätestatud direktiivi 97/13 artikli 8 lõikes 1, on selles artiklis sätestatud tingimused direktiivi 97/13 lisa punktides 2 ja 4 loetletud tingimused. Ehkki litsentsitasude summat ei ole nendes punktides sõnaselgelt nimetatud, märgin, et lisa punktis 4.9 on täpsustatud, et tingimuste loetelu ei piira mis tahes muud õiguslikku tingimust, mis ei ole eriomane telekommunikatsioonisektorile. Seevastu direktiivi 97/13 artikli 8 lõige 1 sätestab, et tingimuste aluseks peavad olema ainuüksi need litsentsi väljaandmist õigustavad olukorrad, mis on määratletud direktiivi 97/13 artiklis 7. Leian, et selles artiklis loetletud tingimused ei maini sõnaselgelt litsentsitasude summat. Neid sätteid arvestades leian, et võib kahelda Esimese Astme Kohtu argumendi põhjendatuses, mis põhineb direktiivi 97/13 artikli 8 lõikel 4.

191. Siiski ei mõjuta see Esimese Astme Kohtu järeldust muutumatuse põhimõtte kohaldamatuse kohta. Isegi juhul, kui direktiivi 97/13 artikli 8 lõige 4 ei käsitleks litsentsitasude summat, tundub mulle, et direktiivi 97/13 sätetest saab järeldada, et litsentsitasude hilisem muutmine peab olema võimalik.

192. Nagu ma eespool mainisin,[97] on liikmesriigid kohustatud andma välja võimalikult suure hulga litsentse ja peavad korraldama konkursi täiendavate litsentside väljaandmiseks, kui nad leiavad, et täiendava litsentsi andmine on võimalik.[98] Direktiivi 97/13 artikli 11 lõige 2 näeb ette, et litsentsitasude summa peab arvestama vajadusega edendada innovaatiliste teenuste ja konkurentsi arengut. Järeldan sellest, et liikmesriik võib olla kohustatud – nagu käesolevas asjas – muutma litsentsitasude summat väiksemaks, kui see on vajalik täiendavate pakkujate ligitõmbamiseks. Sellisel juhul peab ta uurima, kas diskrimineerimiskeelu põhimõte[99] ja kohustus tagada õiglased konkurentsitingimused[100] nõuavad olemasolevate litsentside tasude muutmist. Mitte ükski direktiivi 97/13 säte ei nõua täiendava litsentsi väljaandmise puhul, et tuleks alustada uuesti *ab initio* kõikide litsentside väljaandmist. Direktiivi süsteemi ülesehitus näeb seega vähemalt kaudselt ette olemasolevate litsentside tasude muutmist.

193. Apellantide argument, mis põhineb litsentside väljaandmise tingimuste muutumatusel, tuleb seega tagasi lükata. Arvestades seda, et ühenduse õiguslik raamistik ei sisalda muutumatuse põhimõtet, leian, et asjaolu, et ühelt poolt Orange ja SFR ning teiselt poolt

97 – Vt käesoleva ettepaneku punkt 124.
98 – Vt direktiivi 97/13 artikli 10 lõige 4.
99 – Vt direktiivi 97/13 artikli 10 lõige 3.
100 – Vt EÜ artikli 10 lõige 3.

Bouygues Télécom olid pakkujad kahel järjestikusel konkursil, ei aseta neid erinevasse õiguslikku olukorda direktiivi 97/13 artikli 11 lõikes 2 sätestatud diskrimineerimiskeelu põhimõtte tähenduses.

194. Igal juhul tundub mulle, et muutumatuse põhimõtte kohaldamine eeldab piisavalt muutumatuid litsentsitingimusi. Käesolevas asjas aga tagasid Prantsuse ametiasutused Orange'ile ja SFR-ile antud litsentside tingimuste muutmise enne, kui need Orange'ile ja SFR-ile kätte anti ja isegi enne, kui oli möödunud tähtaeg, kuni milleni Orange'il ja SFR-il oli õigus oma pakkumine tagasi võtta.[101] Isegi oletades, et „muutumatuse põhimõte" oleks kohaldatav, leian, et Orange'ile ja SFR-ile antud litsentside tingimused, mis sisaldasid muutmise võimalust,[102] ei olnud piisavalt muutumatud.

195. Kokkuvõtteks leian, et arvestades ühenduse õigusliku raamistiku eesmärke, ei olnud ühelt poolt Orange ja SFR ning teiselt poolt Bouygues Télécom erinevas õiguslikus olukorras. Prantsuse ametiasutuste kohaldatud meetod ei olnud seega vastuolus direktiivi 97/13 artikli 11 lõikes 2 sätestatud diskrimineerimiskeelu põhimõttega.

196. Lõpetuseks tuleb tagasi lükata apellantide argument, mille kohaselt ühenduse õiguslikus raamistikus UMTS-i litsentside väljaandmiseks ette nähtud eesmärkide järgimine ei ole sätestatud EÜ artikli 87 lõikes 2. Käesoleval juhul on tegemist küsimusega, kas on olemas selektiivne eelis EÜ artikli 87 lõike 1 tähenduses, mitte küsimusega, mis puudutab abi kokkusobivust ühisturuga vastavalt EÜ artikli 87 lõikele 2.

197. Seega teen ettepaneku lükata neljanda väite kolmas osa tagasi.

6. Üheainsa menetluse toimumine (kolmanda väite esimene osa)

198. Kolmanda väite esimeses osas kritiseerivad apellandid seda, et tehtud on viga asjaolude õiguslikul hindamisel selles osas, mis puudutab üheainsa menetluse toimumist.

199. Komisjon ja Orange leiavad, et see väite osa on vastuvõetamatu. Küsimus, kas kaht konkurssi tuleb hinnata kui ühtainsat menetlust või kui kaht eraldi menetlust, võib esmapilgul tõesti tunduda asjaolu tuvastamisena. Ometigi arvan, et selle faktilise külje taga peitub õigusküsimus. Nagu ma eespool märkisin,[103] on asjaolude õiguslikul hinda-

101 – Vt käesoleva ettepaneku punktid 132–137.
102 – Vt käesoleva ettepaneku punkt 137.
103 – Vt käesoleva ettepaneku punkt 97.

misel tehtud viga see viga, mis on tehtud normi kohaldamisel asjaolude suhtes. Õiguslik rikkumine võib seisneda mitte üksnes õigusnormi vales tõlgendamises, vaid ka selles, et konkreetsele faktilisele olukorrale antakse väär õiguslik hinnang.

200. Kuna kõnesolev norm on direktiivi 97/13 artikli 11 lõikes 3 sätestatud diskrimineerimiskeelu põhimõte, mis keelab erinevate eeskirjade kohaldamise sarnastele olukordadele või samade eeskirjade kohaldamise erinevatele olukordadele, tundub mulle, et küsimust, kas tegemist oli üheainsa menetlusega või kahe eraldi menetlusega, tuleb tegelikult tõlgendada kui küsimust, kas Orange'i ja SFR-i kui esimese konkursi pakkujaid ning Bouygues Télécomi kui teise konkursi pakkujat saab käsitada samas olukorras olevana direktiivi 97/13 artikli 11 lõikes 3 sätestatud diskrimineerimiskeelu põhimõtte tähenduses. See küsimus on õigusküsimus ning on seega vastuvõetav.

201. Mis puudutab selle küsimuse põhjendatust, siis meenutan, et diskrimineerimise tõendamiseks ei piisa viitamisest kahe rühma vahelistele erinevustele. Need asjaolud peavad olema asjakohased ühenduse õigusliku raamistiku eesmärke arvestades.[104] Arvestades neljanda väite kolmanda osa uurimise raames mainitud argumente, millele ma viitan,[105] ei asetanud asjaolu, et Orange ja SFR olid esimese konkursi pakkujad ning Bouygues Télécom teise konkursi pakkuja, neid erinevasse olukorda direktiivi 97/13 artikli 11 lõike 3 tähenduses.

202. Seega teen ettepaneku kolmanda väite esimene osa tagasi lükata.

7. Kokkuvõte

203. Kokkuvõtteks teen ettepaneku lükata kolmas ja neljas väide tervikuna tagasi, asendades osaliselt Esimese Astme Kohtu põhjendused.

B. *Teine väide*

204. Esimese astme menetluses väitsid apellandid, et kaebus, mille nad komisjonile esitasid, tekitas tõsiseid raskusi ning komisjon oleks seega pidanud algatama EÜ artikli 88

104 – Vt käesoleva ettepaneku punktid 123 ja 184.
105 – Vt käesoleva ettepaneku punktid 180–197.

lõikes 3 sätestatud ametliku uurimismenetluse staadiumi. [106]

205. Seda väidet käsitles Esimese Astme Kohus vaidlustatud kohtuotsuse punktides 86–93. Ta leidis, et EÜ artikli 88 lõikes 3 sätestatud ametliku uurimismenetluse staadium on vältimatu, kui komisjonil on tõsiseid raskusi abi olemasolu hindamisel. [107] Seejärel uuris ta, kas apellantide poolt vaidlustatud otsuse suhtes esitatud argumendid tekitasid tõsiseid raskusi. [108] Selle uurimise raames hindas Esimese Astme Kohus kõigepealt, kas apellantide väited selektiivse eelise puudumise kohta olid põhjendatud, ning sedastas seejärel, et komisjoni sellekohane hinnang ei ole käsitatav tõsise raskusena. [109] Seejärel analüüsis Esimese Astme Kohus seda, kas Prantsuse ametiasutused järgisid diskrimineerimiskeelu põhimõtet. Ta leidis, et seda uurimist ei saanud käsitada tõsise raskusena. [110]

206. Apellandid väidavad, et niiviisi tegutsedes ajas komisjon segamini tõsise raskuse hindamise ja otsuse põhjendatuse hindamise.

207. Kõigepealt tuleb meenutada, et kohtupraktika kohaselt võib komisjon piirduda riikliku meetme analüüsi esialgse staadiumiga, kui ta esialgse uurimise lõppedes veendus, et meede ei kujuta endast abi EÜ artikli 87 lõike 1 tähenduses või kui see on igal juhul ühisturuga kokkusobiv. [111] Seevastu kui esialgne uurimine ei võimaldanud tal ületada kõiki tekkinud raskusi, on komisjon kohustatud algatama ametliku uurimismenetluse. [112]

208. Tõsise raskuse mõiste on objektiivset laadi. Selliste raskuste tuvastamiseks tuleb neid otsida nii riikliku meetme vastuvõtmise tingimustes kui ka selle sisus. [113] Seega peab komisjon juhtumile omaste faktiliste ja õiguslike asjaolude alusel kindlaks määrama, kas riikliku meetme hindamisel ilmnenud raskused tingivad ametliku uurimismenetluse algatamise. [114] Kuigi ametliku uurimismenetluse algatamise otsuse osas on komisjoni

106 – Vt vaidlustatud kohtuotsuse punkt 87.
107 – Vt vaidlustatud kohtuotsuse punktid 89–91.
108 – Vt vaidlustatud kohtuotsuse punkt 93.
109 – Vt vaidlustatud kohtuotsuse punkt 126.
110 – Vt vaidlustatud kohtuotsuse punkt 155.
111 – Euroopa Kohtu 2. aprilli 1998. aasta otsus kohtuasjas C-367/95 P: komisjon *vs.* Sytraval ja Brink's France (EKL 1998, lk I-1719, punktid 38 ja 39); Esimese Astme Kohtu 12. veebruari 2008. aasta otsus kohtuasjas T-289/03: BUPA jt *vs.* komisjon (EKL 2009, lk II-81 punkt 329); 1. detsembri 2004. aasta otsus kohtuasjas T-27/02: Kronofrance *vs.* komisjon (EKL 2004, lk II-4177, punkt 52); 8. novembri 1990. aasta otsus kohtuasjas C-73/89: Barbi *vs.* komisjon (EKL 1990, lk II-619, punkt 42). Esialgse staadiumi ja ametliku uurimismenetluse vahelise suhte põhjalikuma analüüsi kohta vt kohtujurist Tesauro 31. märtsi 1993. aasta ettepanek kohtuasjas C-198/91: Cook *vs.* komisjon, milles otsus tehti 19. mail 1993 (EKL 1993, lk I-2487, ettepaneku punktid 17–19) ja kohtujurist Van Gerveni 28. aprilli 1993. aasta ettepanek kohtuasjas C-255/91: Matra *vs.* komisjon, milles otsus tehti 15. juunil 1993 (EKL 1993, lk I-3203, ettepaneku punktid 37 ja 38).
112 – 15. septembri 1998. aasta otsus kohtuasjas T-11/95: BP Chemicals *vs.* komisjon (EKL 1998, lk II-3235, punkt 166); 18. septembri 1995. aasta otsus kohtuasjas T-49/93: SIDE *vs.* komisjon (EKL 1995, lk II-2501, punkt 58) ja 15. märtsi 2001. aasta otsus kohtuasjas T-73/98: Prayon-Rupel *vs.* komisjon (EKL 2001, lk II-867, punkt 42).
113 – Eespool 112. joonealuses märkuses viidatud kohtuotsus Prayon-Rupel *vs.* komisjon (punkt 47).
114 – Eespool 112. joonealuses märkuses viidatud kohtuotsus Prayon-Rupel *vs.* komisjon (punkt 43).

volitused piiritletud, on komisjonil siiski teatav kaalutlusruum juhtumi asjaolude uurimisel ja hindamisel, et määrata kindlaks, kas nendega kaasnevad tõsised raskused. [115]

209. Ehkki Euroopa Kohus ei ole täpselt määratlenud, millised asjaolud võivad näidata tõsiste raskuste ilmnemist, [116] märgin, et kohtupraktikas on sedastatud kolme laadi tõendeid.

210. Esimest laadi tõend võib tuleneda komisjoni ja liikmesriigi vahel esialgses staadiumis toimunud arutelude sisust. [117]

211. Neil asjaoludel märgin, et Esimese Astme Kohus viitas kohtuasja puudutavatele dokumentidele, milles komisjon mainis erakordseid raskusi. [118] Esimese Astme Kohus selgitas siiski, et need dokumendid ei puudutanud mitte vaidlusalust meedet, vaid teisi meetmeid, mis andsid aluse ametliku uurimismenetluse algatamiseks. See tõend ei näita seega tõsiste raskuste ilmnemist. Leian, et apellandid ei vaidlustanud seda Esimese Astme Kohtu järeldust. [119]

212. Teist laadi tõend on kõnesoleva asja esialgse uurimise staadiumi käigus kulutatud aeg.

213. Kui see aeg ületab märgatavalt aja, mida on esialgses staadiumis tavaliselt vaja, võib see näidata tõsise raskuse olemasolu. [120] Vaidlustatud kohtuotsuse punktides 158–160 leidis Esimese Astme Kohus, et arvestades komisjoni töökoormust, mis tulenes eeskätt apellantide teistest kaebustest, ei läinud komisjonil ebamõistlikult kaua aega. Seega sedastas Esimese Astme Kohus vähemalt kaudselt, et kulutatud aeg ei näidanud tõsiste raskuste ilmnemist. Apellant ei vaidlustanud ka seda Esimese Astme Kohtu analüüsi.

214. Kolmandat laadi tõend, mis võib näidata tõsiste raskuste olemasolu, on hinnangud,

115 – Eespool 112. joonealuses märkuses viidatud kohtuotsus Prayon-Rupel *vs.* komisjon (punkt 43).

116 – Vt kohtujurist Alberi 18. mai 2000. aasta ettepanek kohtuasjas C-204/97: Portugal *vs.* komisjon, milles otsus tehti 3. mail 2001 (EKL 2001, lk I-3175, ettepaneku punkt 43).

117 – Vt kohtujurist Van Gerven'i eespool 111. joonealuses märkuses viidatud 28. aprilli 1993. aasta ettepanek kohtuasjas Matra *vs.* komisjon (ettepaneku punkt 45); Esimese Astme Kohtu 10. mai 2000. aasta otsus kohtuasjas T-46/97: SIC *vs.* komisjon (EKL 2000, lk II-2125, punkt 4).

118 – Vt vaidlustatud kohtuotsuse punkt 157.

119 – Oma apellatsioonkaebuses viitavad apellandid üksnes vaidlustatud kohtuotsuse punktidele 93, 94, 126 ja 155.

120 – 20. märtsi 1984. aasta otsus kohtuasjas 84/82: Saksamaa *vs.* komisjon (EKL 1984, lk 1451, punktid 15–17); eespool 117. joonealuses märkuses viidatud kohtuotsus SIC *vs.* komisjon (punktid 102–107); eespool 112. joonealuses märkuses viidatud kohtuotsus Prayon-Rupel *vs.* komisjon (punktid 53–85); eespool joonealuses märkuses 116 viidatud kohtujurist Alberi 18. mai 2000. aasta ettepanek kohtuasjas Portugal *vs.* komisjon (ettepaneku punkt 43).

millele komisjon tugines otsuse vastuvõtmiseks esialgse staadiumi lõpus. Need hinnangud võivad tuua esile raskusi, mis õigustavad ametliku uurimisstaadiumi algatamist. [121]

215. Selle tõendi kontrollimine eeldab minu arvates seega, et kõigepealt tuleb tuvastada sisulised hinnangud, millele komisjon tugines, et seejärel kontrollida, kas komisjonil oli hinnangute jaoks, millele ta tugines, piisavaid tõendeid. [122]

216. Eeltoodud kaalutlusi arvestades tundub mulle, et Esimese Astme Kohus ei rikkunud õigusnormi, toimides nii, nagu käesolevas asjas. Mulle tundub pigem, et Esimese Astme Kohtu rakendatud meetod oli vältimatu. Kuna komisjonil tuleb valida põhjendused, millele ta otsuses tugineb, tuleb kõigepealt tuvastada hinnangud, millele komisjon oma otsuses tugines, enne kui hinnata, kas tal oli piisavalt tõendeid asjakohaste hinnangute toetamiseks.

121 – Eespool 111. joonealuses märkuses viidatud kohtuotsus Cook *vs.* komisjon (punkt 31); eespool 116. joonealuses märkuses viidatud kohtuotsus SIC *vs.* komisjon (punktid 74–85); eespool 112. joonealuses märkuses viidatud kohtuotsus Prayon-Rupel *vs.* komisjon (punktid 86–107); eespool joonealuses märkuses 116 viidatud kohtujurist Alberi ettepanek kohtuasjas Portugal *vs.* komisjon (ettepaneku punktid 45–51).

122 – Vt Esimese Astme Kohtu tegutsemisviisi 13. jaanuari 2004. aasta otsuses kohtuasjas T-158/99: Thermenhotel Stoiser Franz jt *vs.* komisjon (EKL 2004, lk II-1).

217. Mis puudutab kriitikat, mille kohaselt see järeldus oli üksnes formaalne, siis ma ei leia, et on vaja ulatuslikumat põhjendust, kui komisjoni hinnangute sisuline analüüs näitab, et tal olid olemas kõik vajalikud tõendid.

218. Kokkuvõtteks leian, et Esimese Astme Kohus võttis arvesse kolme põhilist tõendit, mis võivad näidata tõsise raskuse esinemist, ning ükski nendest tõenditest ei näidanud tõsise raskuse olemasolu. Mis puudutab apellantide poolt viidatud kolmandat tõendit, siis mulle tundub, et Esimese Astme Kohtu kasutatud meetod ei põhjustanud seda, et kohtuotsus rikkus õigusnormi.

219. Peale selle väidavad apellandid, et Esimese Astme Kohus eemaldus osaliselt vaidlusalusest otsusest, otsides ise keerukaid asendavaid hinnanguid. See näitas apellantide sõnul, et vaja oleks olnud ametlikku uurimismenetlust.

220. Neil asjaoludel märgin esiteks, et ametliku uurimismenetluse algatamist ei nõua asjaolu, et vajalikud hinnangud on keerukad. [123] Ametliku uurimismenetluse algatamine on vajalik vaid siis, kui komisjonil tekib tõsiseid raskusi seoses hinnangutega,

123 – Eespool 111. joonealuses märkuses viidatud kohtuotsus BUPA jt (punkt 333).

millele ta oma otsuses tugines. Seega on ametlik uurimismenetlus vajalik üksnes juhul, kui komisjon ei suutnud esialgse uurimise staadiumis neid raskusi ületada.

221. Teiseks väidavad apellandid, et Esimese Astme Kohus loobus komisjoni põhjendustest ja asendas need omaenda põhjendustega. Kui see väide oleks põhjendatud, tähendaks see iseenesest õigusnormi rikkumist, mis võiks viia vaidlustatud otsuse tühistamiseni. Esimese Astme Kohtul ei ole pädevust asendada komisjoni põhjendused omaenda põhjendustega. [124] Seega tuleb uurida selle väite põhjendatust.

222. Kõigepealt, mis puudutab apellantide kriitikat, mille kohaselt Esimese Astme Kohus seadis kahtluse alla komisjoni arutluskäigu litsentside kaubandusliku väärtuse kohta, märgin, et see kriitika puudutab argumente, mis komisjon esitas kohtuistungi ajal. [125] Komisjoni otsus aga põhines litsentside ebakindlusel, [126] asjaolul, et Prantsuse ametiasutuste meetmed olid vältimatud ühenduse õigusliku raamistiku olemuse ja ülesehituse tõttu [127] ning argumendil, et litsentse ei tulnud müüa turuhindadega. [128] Litsentside kaubanduslikku väärtust puudutavate argumentide kahtluse alla seadmine ei mõjuta seega vaidlusaluse otsuse põhjendusi.

223. Seejärel väidavad apellandid, et Esimese Astme Kohus asendas vaidlustatud kohtuotsuse punktides 113–121 komisjoni hinnangu oma hinnanguga varasematest nõuetest tuleneva selektiivse eelise puudumise kohta. Neil asjaoludel leian, et Esimese Astme Kohtu põhjendused punktides 113–121 on ekslikud. Kuid nii Esimese Astme Kohtu poolt vaidlustatud kohtuotsuse punktides 123–125 esitatud täiendava argumendi kohaselt kui ka komisjoni poolt vaidlusaluses otsuses esitatud põhjenduste kohaselt [129] põhineb selektiivse eelise puudumine argumendil, et samade tingimuste kohaldamine kõikide operaatorite suhtes oli vältimatu ühenduse õigusliku raamistiku eeskirjade kohaselt.

224. Peale selle, selles osas, mis puudutab Orange'i ja SFR-i kui esimese konkursi pakkujate võetud riskide erinevust võrreldes Bouygues Télécomiga, mida on kirjeldatud vaidlustatud kohtuotsuse punktides 131 ja 132, siis see on Esimese Astme Kohtu täiendav argument, kuna otsustav argument on osalise loobumise ja ühesuguste tingimuste kohaldamise vältimatus vastavalt ühenduse õigusliku raamistiku ülesehitusele.

124 – Lenaerts, K., Arts, D., Maselis, I., *op. cit.* (vt 22. joonealune märkus), lk 456, punkt 16-005.

125 – Nagu Esimese Astme Kohus sõnaselgelt kinnitas vaidlustatud kohtuotsuse punktis 105, seadis ta kahtluse alla argumendid, mille komisjon kohtuistungil esitas. Ta ei viidanud otsuse põhjendustele.

126 – Vt vaidlusaluse otsuse punkt 27.

127 – Vt vaidlusaluse otsuse punkt 28.

128 – Vt vaidlusaluse otsuse punkt 29.

129 – Vt vaidlusaluse otsuse punkt 28.

225. Lõpetuseks, Prantsuse ametiasutuste erinevate võimaluste kohta märgin, et komisjon võttis neid võimalusi arvesse eeskätt vaidlusaluse otsuse punktides 11, 12, 22, 23 ja 26–28 ning Esimese Astme Kohus ei asendanud seega komisjoni põhjendusi omaenda põhjendustega.

226. Eespool toodud kaalutlustest tuleneb, et põhjenduste asendamist puudutav kriitika ei ole põhjendatud. Apellandid ei saa seega tugineda sellele argumendile, et väita, et komisjonil tekkis tõsiseid raskusi.

227. Seega teen ettepaneku lükata apellantide teine väide põhjendamatuse tõttu tagasi.

C. *Esimene väide*

228. Apellantide väitel rikkus Esimese Astme Kohus põhjendamiskohustust.

229. Tuleb meenutada, et Esimese Astme Kohtu otsuse põhjendustest peab selgelt ja üheselt nähtuma arutluskäik, mis võimaldaks huvitatud isikutel mõista tema tehtud kohtuotsuse põhjendusi ning pädeval kohtul teostada kohtulikku kontrolli. [130]

230. Apellandid kritiseerivad esiteks seda, et Esimese Astme Kohus võttis aluseks süsteemi olemusel ja ülesehitusel põhineva erandi, kirjeldamata piisavalt süsteemi ülesehitust. Tema esitatud süsteemi kirjeldus ei olnud piisavalt üksikasjalik ja oli vastuoluline.

231. Kuigi ma leian, et iga erandit, mis põhineb süsteemi olemusel ja ülesehitusel, tuleb selgelt põhjendada, ei tundu mulle, et apellantide kriitika oleks käesolevas asjas põhjendatud.

232. Esimese Astme Kohus kirjeldas asjassepuutuvaid ühenduse õigusliku raamistiku elemente ja nendest tulenevalt Prantsuse ametiasutustel lasuvaid kohustusi. [131] Kuna ühenduse õiguslikul raamistikul oli mitu eesmärki (iseäranis nelja operaatori otsimine

130 – 20. veebruari 1997. aasta otsus kohtuasjas C-166/95 P: komisjon *vs.* Daffix (EKL 1997, lk I-983, punkt 24); 7. mai 1998. aasta otsus kohtuasjas C-401/96 P: Somaco *vs.* komisjon (EKL 1998, lk I-2587, punkt 53); 13. detsembri 2001. aasta otsus kohtuasjas C-446/00: Cubero Vermurie *vs.* komisjon (EKL 2001, lk I-10315, punkt 20); Lenaerts, K., Arts, D., Maselis, I., *op. cit.* (vt 22. joonealune märkus), lk 457, punkt 16-008.

131 – Vt eelkõige ühenduse õigusliku raamistiku kirjeldus vaidlustatud kohtuotsuse punktides 2–8 ning punktides 108–112, 123–125 ja 134–148.

piisava konkurentsi tagamiseks,[132] diskrimineerimiskeelu põhimõtte[133] ja vaba konkurentsi põhimõtte[134] järgimine, ning tähtajast 1. jaanuar 2002 kinnipidamine[135]), siis ei muuda asjaolu, et Esimese Astme Kohus viitas selle süsteemi erinevatele eesmärkidele, tema põhjendusi vastuoluliseks.

233. Teiseks väidavad apellandid, et Esimese Astme Kohus ei kirjeldanud piisavalt üksikasjalikult põhjuslikku seost süsteemi olemuse ja ülesehituse ning osalise loobumise vahel Orange'i ja SFR-i vastastest nõuetest.

234. Sellega seoses leian, et selleks, et selgitada Orange'i ja SFR-i vastastest nõuetest osalise loobumise vältimatust, mis on tingitud ühenduse õigusliku raamistiku olemusest ja ülesehitusest, ei olnud vaja viidata kõikidele ühenduse õigusliku raamistiku elementidele. Antud asjaoludel piisas viitamisest põhimõttele, et litsentsitasude kindlaksmääramisel tuleb operaatoreid võrdselt kohelda, ja vajadusele arendada välja reaalne konkurents.[136]

235. Kolmandaks, ehkki apellandid ei kritiseeri sõnaselgelt seda, et Esimese Astme Kohus ei kirjeldanud piisavalt üksikasjalikult põhjuslikku seost süsteemi olemuse ja ülesehituse ning Orange'ile ja SFR-ile litsentside varasema väljaandmise vahel, käsitlen täielikkuse huvides ka seda väidet.

236. Esimese Astme Kohus tõepoolest ei selgitanud vaidlustatud kohtuotsuse punktides 123–125 seda, miks oli varasem väljaandmine vältimatu.[137] Ometi selgitas Esimese Astme Kohus seda vaidlustatud kohtuotsuse punktides 139–142, milles ta viitab Prantsuse ametiasutuste kohustusele pidada kinni tähtajast 1. jaanuar 2002. Apellantidel oli seega võimalus teada litsentside varasema väljaandmise vältimatuse põhjust ning Euroopa Kohtul oli võimalus teostada kohtulikku kontrolli. Sellest tuleneb, et asjaolu, et Esimese Astme Kohus ei maininud vältimatuse põhjust vaidlustatud kohtuotsuse punktides 139–142, ei ole põhjendamiskohustuse oluline rikkumine.

237. Minu arvates ei ole esimene väide seega põhjendatud. Seega teen ettepaneku see tagasi lükata.

132 – Vt eelkõige vaidlustatud kohtuotsuse punkt 134.
133 – Vt eelkõige vaidlustatud kohtuotsuse punkt 108.
134 – Vt eelkõige vaidlustatud kohtuotsuse punktid 108 ja 134.
135 – Vt eelkõige vaidlustatud kohtuotsuse punktid 141 ja 142.
136 – Vt käesoleva ettepaneku punktid 106, 107 ja 118–124.
137 – Nagu eespool on märgitud (vt käesoleva ettepaneku punkt 157), piirdus Esimese Astme Kohus nendes punktides sellega, et selgitas, miks oli vältimatu samade tingimuste kohaldamine Orange'i, SFR-i ja Bouygues Télécomi litsentside suhtes.

D. *Kokkuvõte*

238. Minu arvates tuleb kõik apellantide väited tagasi lükata. Apellantide apellatsioonkaebus tuleb seega tervikuna rahuldamata jätta.

VII. Kohtukulud

239. Vastavalt kodukorra artikli 69 lõikele 2, mida kodukorra artikli 118 alusel kohaldatakse apellatsioonkaebuste suhtes, on kohtuvaidluse kaotanud pool kohustatud hüvitama kohtukulud, kui vastaspool on seda nõudnud. Selle artikli 69 lõike 4 esimene lõik sätestab, et menetlusse astunud liikmesriigid kannavad ise oma kohtukulud.

240. Kuna komisjon, Prantsuse valitsus, Orange ja SFR on nõudnud kohtukulude väljamõistmist Bouygues'ilt ja Bouygues Télécomilt ning viimatimainitu on kohtuvaidluse kaotanud, tuleb kohtukulud välja mõista nendelt.

241. Prantsuse Vabariik kannab ise oma kohtukulud.

VIII. Ettepanek

242. Neil põhjustel teen Euroopa Kohtule järgmise ettepaneku:

1) jätta apellatsioonkaebus rahuldamata;

2) mõista kohtukulud välja apellantidelt;

3) jätta Prantsuse Vabariigi kohtukulud tema enda kanda.