OPINIA RZECZNIKA GENERALNEGO
VERICY TRSTENJAK
przedstawiona w dniu 8 października 2008 r. [1]

Spis treści

I — Ramy prawne . . . . . I - 2670

II — Okoliczności powstania sporu . . . . . I - 2673

A — Udzielenie licencji na UMTS . . . . . I - 2673

B — Postępowanie przed Komisją i sporna decyzja . . . . . I - 2674

III — Postępowanie przed Sądem i zaskarżony wyrok . . . . . I - 2675

IV — Żądania w postępowaniu przed Trybunałem . . . . . I - 2676

V — Odwołanie wnoszących odwołanie i argumenty uczestników . . . . . I - 2678

A — W przedmiocie zarzutu pierwszego . . . . . I - 2678

B — W przedmiocie zarzutu drugiego . . . . . I - 2678

C — W przedmiocie zarzutu trzeciego . . . . . I - 2679

1. W przedmiocie części pierwszej . . . . . I - 2680

2. W przedmiocie części drugiej . . . . . I - 2681

3. W przedmiocie części trzeciej . . . . . I - 2681

D — W przedmiocie zarzutu czwartego . . . . . I - 2682

1. W przedmiocie części pierwszej . . . . . I - 2682

2. W przedmiocie części drugiej . . . . . I - 2683

3. W przedmiocie części trzeciej . . . . . I - 2684

VI — Ocena prawna . . . . . I - 2686

1 — Język oryginału: francuski

A — W przedmiocie zarzutu trzeciego i czwartego . . . . . I - 2686

1. Treść pisma z dnia 22 lutego 2001 r. (część trzecia zarzutu trzeciego) . . . I - 2687

2. Częściowe zrzeczenie się wierzytelności należnych od Orange i SFR oraz wyjątek oparty na strukturze systemu. (pierwsza część zarzutu czwartego) I - 2689

a) Możliwość zastosowania i podstawa prawna wyjątku opartego na charakterze i strukturze systemu w rozpoznawanej sprawie . . . . . I - 2690

b) Stosowanie wyjątku opartego na charakterze i strukturze wspólnotowych ram prawnych . . . . . I - 2692

c) Podsumowanie . . . . . I - 2694

3. Niepewny charakter wierzytelności (część druga zarzutu trzeciego) . . . . I - 2694

4. Mająca selektywny charakter korzyść wynikająca z przewagi czasowej (część druga zarzutu czwartego) . . . . . I - 2696

a) Pojęcie korzyści w rozumieniu art. 87 ust. 1 WE . . . . . I - 2697

b) Argument oparty na wyjątku wynikającym z charakteru i struktury wspólnotowych ram prawnych . . . . . I - 2699

i) Nieunikniony charakter wcześniejszego udzielenia licencji Orange i SFR . . . . . I - 2700

ii) Nieunikniony charakter zastosowania identycznych warunków dla Orange, SFR i Bouygues Télécom w dniu 3 grudnia 2002 r. . . . . I - 2701

c) Podsumowanie . . . . . I - 2704

5. Zasada niedyskryminacji (część trzecia zarzutu czwartego) . . . . . I - 2704

6. Jedność postępowań (część pierwsza zarzutu trzeciego) . . . . . I - 2707

7. Podsumowanie . . . . . I - 2708

B — W przedmiocie zarzutu drugiego . . . . . I - 2708

C — W przedmiocie zarzutu pierwszego . . . . . I - 2713

D — Podsumowanie . . . . . I - 2715

VII — W przedmiocie kosztów . . . . . I - 2715

VIII — Wnioski . . . . . I - 2715

1. Bouygues SA i Bouygues Télécom SA (zwane dalej „wnoszącymi odwołanie") w swoim odwołaniu wnoszą do Trybunału Sprawiedliwości (zwanego dalej „Trybunałem") o uchylenie wyroku z dnia 4 lipca 2007 r. w sprawie T-475/04 Bouygues i Bouygues Télécom przeciwko Komisji, zwanego dalej „zaskarżonym wyrokiem", w którym Sąd Pierwszej Instancji Wspólnot Europejskich (zwany dalej „Sądem") oddalił ich skargę o stwierdzenie nieważności decyzji Komisji z dnia 20 lipca 2004 r. (Pomoc państwa NN 42/2004 — Francja [2], zwanej dalej „sporną decyzją") dotyczącej zmiany z mocą wsteczną wysokości opłat należnych od Orange i SFR z tytułu udzielenia licencji na Universal Mobile Telecommunications System (UMTS).

I — Ramy prawne

2. Artykuł 87 ust. 1 WE stanowi:

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

3. Artykuł 88 ust. 3 WE stanowi:

„Komisja jest informowana, w czasie odpowiednim do przedstawienia swych uwag, o wszelkich planach przyznania lub zmiany pomocy. Jeśli uznaje ona, że plan nie jest zgodny ze wspólnym rynkiem w rozumieniu artykułu 87, wszczyna bezzwłocznie procedurę przewidzianą w ustępie 2. Dane państwo członkowskie nie może wprowadzać w życie projektowanych środków, dopóki procedura ta nie doprowadzi do wydania decyzji końcowej".

4. Korzystanie ze spektrum radiowego w celu świadczenia usług UMTS regulowała dyrektywa 97/13/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 10 kwietnia 1997 r. w sprawie wspólnych przepisów ramowych dotyczących ogólnych zezwoleń i indywidualnych licencji w dziedzinie usług telekomunikacyjnych [3] oraz decyzja nr 128/1999/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 14 grudnia 1998 r. w sprawie skoordynowanego wprowadzania we Wspólnocie systemu łączności ruchomej i bezprzewodowej trzeciej generacji (UMTS) [4].

2 — Dz.U. 2005 C 275, s. 3.

3 — Dz.U. L 117, s. 15.

4 — Dz.U. 1999, L 17, s. 1.

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

„Państwa członkowskie zapewniają, aby możliwe było świadczenie usług i/lub działanie sieci telekomunikacyjnej albo bez zezwolenia, albo na podstawie zezwolenia ogólnego w razie potrzeby uzupełnionego o zapisy dotyczące praw i obowiązków wymagających indywidualnej oceny kandydatów i skutkujących wydaniem indywidualnej licencji lub indywidualnych licencji. Państwa członkowskie mogą udzielić indywidualnego zezwolenia tylko wtedy, gdy otrzymujący je podmiot uzyska dostęp do zasobów rzadkich, fizycznych bądź o innym charakterze, lub gdy jest poddany szczególnym obowiązkom bądź korzysta ze specjalnych uprawnień indywidualnych zgodnie z przepisami rozdziału III". [tłumaczenie nieoficjalne, podobnie jak wszystkie poniższe tłumaczenia tej dyrektywy]

6. Artykuł 8 ust. 4 dyrektywy 97/13/WE brzmiał następująco:

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

7. Artykuł 9 ust. 2 dyrektywy 97/13/WE stanowi:

„Jeśli państwo członkowskie zamierza udzielić indywidualnych licencji:

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

8. Artykuł 10 ust. 1, 3 i 4 dyrektywy 97/13/WE stanowi:

„1. Państwa członkowskie mogą ograniczyć liczbę licencji indywidualnych dla dowolnej kategorii usług telekomunikacyjnych, a także na budowę i/lub eksploatację infrastruktury telekomunikacyjnej, jedynie w zakresie niezbędnym do zapewnienia efektywnego wykorzystania spektrum częstotliwości radiowych lub na czas potrzebny, aby umożliwić przydzielenie wystarczającej ilości numerów, zgodnie z prawem wspólnotowym.

[…]

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

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

9. Artykuł 11 ust. 2 dyrektywy 97/13/WE stanowi:

„[…] w przypadku dóbr rzadkich państwa członkowskie mogą zezwolić krajowym organom regulacyjnym na nakładanie opłat w celu uwzględnienia konieczności zapewnienia optymalnego wykorzystania tego dobra. Opłaty te mają niedyskryminacyjny charakter i uwzględniają w szczególności konieczność wspierania rozwoju innowacyjnych usług oraz konkurencji".

10. Decyzja nr 128/1999/WE ma, zgodnie ze swym art. 1, na celu „ułatwienie szybkiego i skoordynowanego wprowadzania we Wspólnocie kompatybilnych sieci i usług UMTS". Artykuł 3 ust. 1 tej decyzji ma następujące brzmienie:

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

11. W dalszej części będę się powoływać na przepisy dyrektywy 97/13/WE oraz decyzji nr 128/1999/WE określając je jako „wspólnotowe ramy prawne".

II — Okoliczności powstania sporu

A — *Udzielenie licencji na UMTS*

12. Decyzją z dnia 28 lipca 2000 r. władze francuskie ogłosiły przetarg na udzielenie czterech licencji na UMTS. Licencja miała być udzielana na piętnaście lat. Wysokość opłaty za jedną licencję miała wynosić łącznie 4,95 miliarda EUR. Cztery licencje miały zostać udzielone przy zastosowaniu procedury „porównawczej". Metoda ta umożliwiała władzom francuskim wybranie spośród operatorów zgłaszających gotowość zapłacenia 4,95 miliarda EUR tych, którzy podjęli najdalej idące zobowiązania w odniesieniu do szeregu kryteriów, takich jak skala i szybkość rozbudowy sieci, jakość świadczonych usług oraz działania na rzecz ochrony środowiska.

13. Ostateczny termin składania ofert został wyznaczony na dzień 31 stycznia 2001 r., przy czym oferenci mogli wycofać swoje oferty do dnia 31 maja 2001 r. Do dnia 31 stycznia 2001 r. złożone zostały jedynie dwie oferty, to jest oferta pochodzącą od Société française du radiotéléphone — SFR (zwanej dalej „SFR") i od France Télécom mobiles (która kilka miesięcy później przekształciła się w spółkę Orange France, zwaną dalej „Orange"). Inni operatorzy zrezygnowali z udziału w przetargu przede wszystkim ze względu na wysokość opłat.

14. Organ regulacji telekomunikacji (zwany dalej „ORT") w komunikacie prasowym z dnia 31 stycznia 2001 r. (a zatem z dnia, w którym upływał termin składania ofert) poinformował, że w konsekwencji — dla zapewnienia rozwoju prawdziwej konkurencji, o której mowa zarówno w przepisach wspólnotowych jak i francuskich — aby osiągnięty został cel w postaci udzielenia czterech licencji, niezbędne jest przeprowadzenie drugiego, uzupełniającego przetargu.

15. W związku z tą informacją Orange i SFR zwróciły uwagę ministra gospodarki i finansów oraz sekretarza stanu ds. przemysłu na konieczność przestrzegania, przy określaniu warunków udzielenia przyszłych licencji, zasad równego traktowania w zakresie obciążeń publicznych i skutecznej konkurencji pomiędzy operatorami.

16. W dwóch pismach z dnia 22 lutego 2001 r., które miały identyczną treść, minister gospodarki i finansów oraz sekretarz stanu ds. przemysłu zapewnili SFR i Orange, że rząd francuski podziela ich poglądy dotyczące podwójnego celu związanego z przestrzeganiem zasady równego traktowania w zakresie obciążeń publicznych i zasady skutecznej konkurencji pomiędzy operatorami, oraz że warunki drugiego przetargu będą gwarantować sprawiedliwe traktowanie wszystkich operatorów, którym ostatecznie zostanie udzielona licencja.

17. W dniu 31 maja 2001 r. ORT ogłosił, że Orange i SFR są oferentami wyłonionymi w ramach pierwszego przetargu. ORT zaproponował rządowi ogłoszenie drugiego przetargu najpóźniej w pierwszym półroczu 2002 r., zaznaczając, że ten drugi przetarg powinien uwzględniać wymóg zapewnienia sprawiedliwych warunków, w szczególności finansowych, dla wszystkich operatorów.

18. W dniu 18 lipca 2001 r. dwie pierwsze licencje zostały udzielone SFR i Orange. Te dwie licencje były udzielone na warunkach określonych w pierwszym przetargu [5].

19. W dniu 14 grudnia 2001 r. został ogłoszony drugi przetarg. ORT poinformował w nim, że warunki drugiego przetargu stanowią kontynuację warunków pierwszego i zapewniają w szczególności poszanowanie zasady równego traktowania operatorów. ORT zalecał również zmianę warunków udzielenia licencji oferentom z pierwszego przetargu.

20. W dniu 16 maja 2002 r., tj. w dniu upływu terminu wyznaczonego do składania ofert w ramach drugiego przetargu, została złożona tylko jedna oferta pochodząca od spółki Bouygues Télécom. W dniu 27 września 2002 r. ORT postanowił przyjąć ofertę Bouygues Télécom. Czwarta licencja na UMTS nie została udzielona ze względu na brak kandydatów.

21. Zarządzeniami z dnia 3 grudnia 2002 r. trzecia licencja na UMTS została udzielona Bouygues Télécom, a warunki licencji dla Orange i SFR zostały zrównane z warunkami licencji Bouygues Télécom (to zrównanie warunków jest w dalszej części opinii nazywane „sporną zmianą"). Wszystkie te licencje zostały udzielone na 20 lat, a opłata składała się z dwóch części, z których pierwsza w kwocie 619 milionów EUR była płatna przy wydaniu licencji, a druga część miała być uiszczana corocznie z tytułu korzystania z częstotliwości, a jej wysokość miała być obliczana jako określona procentowo część obrotu uzyskanego dzięki tym częstotliwościom [6].

B — *Postępowanie przed Komisją i sporna decyzja*

22. W dniu 4 października 2002 r. Komisja otrzymała skargę wnoszących odwołanie w sprawie spornej zmiany. W skardze wnoszące odwołanie utrzymywały, że sporna zmiana stanowi pomoc państwa w rozumieniu art. 87 WE. Była to tylko jedna z kilku skarg zgłoszonych przez wnoszące odwołanie w przedmiocie środków przeznaczonych przez państwo francuskie dla France Télécom.

5 — Zobacz pkt 12 niniejszej opinii.

6 — Na temat innych zmian warunków technicznych zob. pkt 17 spornej decyzji.

23. W dniu 31 stycznia 2003 r. Komisja wszczęła formalne postępowanie wyjaśniające [7] w przedmiocie niektórych z tych środków. Wśród badanych środków nie było spornej zmiany. W dniu 12 listopada 2003 r. wnoszące odwołanie wezwały Komisję do zajęcia stanowiska w sprawie ich skargi w przedmiocie spornej zmiany. W dniu 21 lutego wnoszące odwołanie złożyły w Sądzie skargę o stwierdzenie bezczynności Komisji przy rozpatrywaniu wniesionej do niej skargi. Postanowieniem z dnia 14 lutego 2005 r. [8] Sąd odrzucił tę skargę jako niedopuszczalną.

24. W spornej decyzji z dnia 20 czerwca 2004 r. Komisja postanowiła, zgodnie z art. 88 ust. 3 WE, nie wnosić zastrzeżeń wobec spornej zmiany. Decyzję tę oparła na stwierdzeniu, że sporna zmiana nie stanowiła pomocy państwa w rozumieniu art. 87 ust. 1 WE.

III — Postępowanie przed Sądem i zaskarżony wyrok

25. W dniu 24 listopada 2004 r. wnoszące odwołanie wniosły skargę o stwierdzenie przez Sąd nieważności spornej decyzji. Republika Francuska, Orange i SFR zostały dopuszczone do postępowania w charakterze interwenientów popierających Komisję.

26. Na poparcie swojej skargi wnoszące odwołanie w niniejszej sprawie podniosły w szczególności dwa zarzuty oparte odpowiednio na fakcie, iż sporna zmiana stanowiła pomoc państwa w rozumieniu art. 87 ust. 1 WE oraz na fakcie, że Komisja powinna była wszcząć formalne postępowanie wyjaśniające w rozumieniu art. 88 ust. 2 WE, ponieważ sprawa nastręczała poważnych trudności.

27. W zaskarżonym wyroku Sąd oddalił skargę.

28. Podtrzymał on wyciągnięty przez Komisję wniosek o braku korzyści o charakterze selektywnym, opierając się na następujących podstawach.

29. W pierwszej kolejności Sąd zbadał, czy środki przyznane przez władze francuskie przysporzyły Orange i SFR korzyści o charakterze selektywnym [9]. W związku z tym Sąd zbadał najpierw, czy częściowe zrzeczenie się przez państwo francuskie wierzytelności należnych od Orange i SFR stanowiło selektywną korzyść [10]. Na to pytanie Sąd udzielił odpowiedzi negatywnej, opierając się na

7 — Procedura określona w art. 88 ust. 2 WE.
8 — Postanowienie z dnia 14 lutego 2005 r. w sprawie T-81/04 Bouygues i Bouygues Télécom przeciwko Komisji.
9 — Zobacz pkt 95-126 zaskarżonego wyroku.
10 — Zobacz pkt 106-112 zaskarżonego wyroku.

niepewnym charakterze niektórych ze spornych wierzytelności [11] oraz na stwierdzeniu, że częściowe zrzeczenie się w sposób nieunikniony wynikało z charakteru i struktury systemu [12].

30. Następnie Sąd zbadał, czy wcześniejsze udzielenie licencji Orange i SFR stanowiło korzyść o charakterze selektywnym [13]. Sąd także na to pytanie udzielił odpowiedzi negatywnej, opierając się na braku przewagi konkurencyjnej Orange i SFR nad Bouygues Télécom [14] oraz na konieczności uniknięcia dyskryminacji między, z jednej strony, Orange i SFR a, z drugiej strony, Bouygues Télécom, co stanowiłoby naruszenie dyrektywy 97/13/WE [15].

31. Po drugie, Sąd zbadał podniesiony przez wnoszących odwołanie w niniejszej sprawie zarzut, jakoby władze francuskie naruszyły zasadę niedyskryminacji [16]. Sąd oddalił ten zarzut [17].

32. Jeśli chodzi o zarzut naruszenia zasad procedury z tego powodu, iż Komisja powinna była wszcząć formalne postępowanie wyjaśniające, Sąd uznał, że sprawa nie nastręczała poważnych trudności i że w związku z tym nie było konieczne wszczęcie formalnego postępowania wyjaśniającego [18].

11 — Zobacz pkt 107 zaskarżonego wyroku.
12 — Zobacz pkt 108-112 zaskarżonego wyroku.
13 — Zobacz pkt 113-125 zaskarżonego wyroku.
14 — Zobacz pkt 115-122 zaskarżonego wyroku.
15 — Zobacz pkt 123-125 zaskarżonego wyroku.
16 — Zobacz pkt 127-154 zaskarżonego wyroku.
17 — Zobacz pkt 155 zaskarżonego wyroku.

IV — Żądania w postępowaniu przed Trybunałem

33. Wnoszące odwołanie wnoszą do Trybunału o:

— uchylenie zaskarżonego wyroku;

— tytułem ewentualnym, przekazanie sprawy Sądowi do ponownego rozpoznania z uwzględnieniem stanowiska prawnego zajętego przez Trybunał;

— obciążenie Komisji całością kosztów postępowania.

18 — Zobacz pkt 86-93, 126 oraz pkt 155-160 zaskarżonego wyroku

34. Komisja wnosi do Trybunału o:

— odrzucenie odwołania w części jako niedopuszczalnego, a w części — oddalenie go jako bezzasadnego;

— obciążenie wnoszących odwołanie wszystkimi kosztami postępowania.

35. Republika Francuska wnosi do Trybunału o:

— oddalenie odwołania;

— obciążenie wnoszących odwołanie kosztami postępowania.

36. Orange wnosi do Trybunału o:

— oddalenie odwołania w całości;

— obciążenie wnoszących odwołanie wszystkimi kosztami postępowania.

37. SFR wnosi do Trybunału o:

— oddalenie odwołania w całości;

— obciążenie wnoszących odwołanie całością kosztów postępowania.

38. Po zakończeniu postępowania pisemnego Trybunał w dniu 11 września 2008 r. przeprowadził rozprawę, w której uczestniczyły wnoszące odwołanie, Komisja, Republika Francuska, Orange i SFR. Na rozprawie wnoszące odwołanie, Komisja, Republika Francuska, Orange i SFR uzupełniły swoje uwagi pisemne.

V — Odwołanie wnoszących odwołanie i argumenty uczestników

39. Wnoszące odwołanie opierają je na czterech zarzutach.

A — *W przedmiocie zarzutu pierwszego*

40. W zarzucie pierwszym wnoszące odwołanie utrzymują, że Sąd dopuścił się naruszenia obowiązku uzasadnienia.

41. Wnoszące odwołanie uważają, że Sąd nie uzasadnił wystarczająco swojego wyroku w zakresie dotyczącym wyjątku opartego na charakterze i strukturze systemu. Nie wyjaśnił rzekomo, na czym polegały charakter i struktura systemu, ponieważ dokonany przezeń opis systemu nie był wystarczająco dokładny i zawierał sprzeczności. Co się tyczy związku przyczynowo-skutkowego, Sąd nie wyjaśnił jakoby, dlaczego charakter i struktura systemu miałyby czynić nieuniknionym, po pierwsze, zrzeczenie się wierzytelności należnych od Orange i SFR i, po drugie, wcześniejsze udzielenie licencji tym przedsiębiorstwom.

42. Komisja, rząd francuski, Orange i SFR utrzymują, że Sąd nie naruszył obowiązku uzasadnienia.

43. Sąd, ich zdaniem, wystarczająco objaśnił czym jest struktura systemu, a także jaki jest związek przyczynowo-skutkowy, po pierwsze, między strukturą systemu a zrzeczeniem się wierzytelności, a po drugie, między strukturą systemu a wcześniejszym udzieleniem licencji Orange i SFR.

B — *W przedmiocie zarzutu drugiego*

44. W drugim zarzucie wnoszące odwołanie twierdzą, że Sąd pomylił ocenę tego, czy występują poważne trudności, z oceną zasadności spornej decyzji. W celu ustalenia, czy Komisja nie była obowiązana wszczynać formalnego postępowania wyjaśniającego, Sąd ograniczył się do zdawkowego dodania na koniec oceny zasadności każdego z argumentów stron, że badanie w tym zakresie nie nastręczało poważnych trudności.

45. Według wnoszących odwołanie istnienie poważnych trudności potwierdza fakt, iż w zaskarżonym wyroku Sąd zastąpił ocenę Komisji w wielu złożonych zagadnieniach własną oceną, podważając częściowo analizę zawartą w spornej decyzji.

46. Komisja, rząd francuski, Orange i SFR utrzymują, że Sąd nie dopuścił się błędu w ocenie poważnych trudności.

47. Komisja i rząd francuski podkreślają w pierwszej kolejności, że sposób działania Sądu był zgodny z kolejnością prezentowania zarzutów przez same wnoszące odwołanie w złożonej do Sądu skardze o stwierdzenie nieważności. Komisja wyprowadza stąd wniosek, że argument rzekomego odwrócenia metody powinien zostać odrzucony jako niedopuszczalny.

48. Co do istoty sprawy, Komisja utrzymuje, że sposób działania Sądu nie był nieprawidłowy i nie wynikał z pomylenia pojęć. Sąd zastosował utrwalone orzecznictwo, zgodnie z którym, w razie zaistnienia poważnych trudności można stwierdzić nieważność decyzji już tylko na tej podstawie, nawet jeśli nie wykazano, że ocena merytoryczna dokonana przez Komisję zawierała błędy co do prawa i co do okoliczności faktycznych. Orange i SFR twierdzą, że Sąd wprowadził rozróżnienie między uprawnieniami proceduralnymi a zasadnością spornej decyzji, oraz że Sąd uznał, iż ocena merytoryczna nie nastręczała poważnych trudności.

49. Co się tyczy argumentów opartych na tezie o zastąpieniu oceny, Komisja utrzymuje przede wszystkim, że wnoszące odwołanie odwołują się do kwestii zasadniczo związanych ze stanem faktycznym, a zatem niedopuszczalnych w ramach postępowania odwoławczego. Komisja, rząd francuski, Orange i SFR wyrażają wreszcie opinię, iż Sąd nie zastąpił oceny Komisji swoją własną oceną. SFR i Orange uważają, że poszczególne oceny dokonane przez Sąd miały na celu jedynie udzielenie odpowiedzi na argumenty wysunięte przez wnoszące odwołanie w ich skardze. W każdym bądź razie, według Komisji, dokonanie tego rodzaju zastąpienia nie miałoby wpływu na istnienie poważnych trudności ani na ważność wyroku.

C — W przedmiocie zarzutu trzeciego

50. W swoim trzecim zarzucie wnoszące odwołanie twierdzą, że Sąd popełnił błędy w zakresie kwalifikacji prawnej okoliczności faktycznych. Ta podstawa odwołania dzieli się na trzy części. Część pierwsza odnosi się do dokonanej przez Sąd kwalifikacji prawnej postępowania w sprawie udzielania licencji UMCS jako stanowiącego jedną całość, w drugiej części kwestionowana jest ocena niepewnego charakteru niektórych wierzytelności umorzonych przez państwo, a trzecia dotyczy treści pisma ministerialnego z dnia 22 lutego 2001 r.

1. W przedmiocie części pierwszej

51. W części pierwszej zarzutu trzeciego wnoszące odwołanie utrzymują, iż Sąd dopuścił się błędu w kwalifikacji prawnej okoliczności faktycznych uznając, w związku z zasadą niedyskryminacji, że dwa kolejne przetargi stanowiły jedno i to samo postępowanie, oraz że wymóg równego traktowania oznaczał, iż należało zrównać opłaty należne od Orange i SFR z opłatą Bouygues Télécom.

52. Wnoszące odwołanie uważają, że z art. 11 dyrektywy 97/13/WE wynika konieczność uwzględnienia w rozważaniach wyłącznie warunków materialnej organizacji przetargów. W związku z powyższym powołują one się na zaistniałe pomiędzy obydwoma przetargami różnice w zakresie dotyczącym warunków finansowych, czasu organizacji przetargu oraz jego uczestników.

53. Komisja, rząd francuski, Orange *i* SFR proponują oddalenie tej części zarzutu.

54. Komisja uważa, że to, czy dwa przetargi zostaną uznane za jedno postępowanie, czy za dwa odrębne postępowania nie ma wpływu na wniosek, iż trzej oferenci znajdowali się w podobnej sytuacji w momencie udzielenia licencji. Sąd oparł swoje uzasadnienie na porównaniu faktycznej sytuacji, w jakiej znajdowały sie Orange, SFR i Bouygues Télécom. Ta część zarzutu jest więc zbyteczna i nie dotyczy uzasadnienia Sądu. Co więcej, Sąd przytoczył tylko stwierdzenie władz francuskich. Zdaniem Komisji i Orange, to ustalenie faktyczne nie może być badane w ramach postępowania odwoławczego.

55. Komisja i rząd francuski uważają, że obydwa przetargi powinny być traktowane jako jedna całość, w szczególności ze względu na uzupełniający charakter drugiego przetargu oraz jego ciągłość z pierwszym przetargiem. Rząd francuski i Orange są zdania, że art. 11 dyrektywy 97/13/WE nie potwierdzenia słuszności argumentów wnoszących odwołanie.

56. SFR uważa, że Sąd właściwie dokonał oceny równości traktowania, opierając się na sytuacji na rynku wschodzącym UMTS i ustalając, iż żaden z operatorów nie był obecny na rynku. Ostatecznie Komisja podkreśla, że w nowym postępowaniu wszczętym ab initio ci sami operatorzy uzyskaliby licencje na identycznych warunkach.

2. W przedmiocie części drugiej

57. W części drugiej zarzutu trzeciego wnoszące odwołanie utrzymują jakoby Sąd popełnił błąd przy kwalifikacji prawnej okoliczności faktycznych, określając wierzytelności państwa francuskiego należne od Orange i SFR jako niepewne.

58. W związku z powyższym twierdzą one, że ze względu na to, iż zmiana warunków udzielenia licencji Orange i SFR miała miejsce w dniu 3 grudnia 2002 r., w tym momencie Orange i SFR nie miały już możliwości wycofania swoich ofert. Wnoszące odwołanie są zdania, że w tych okolicznościach nie można było określić wierzytelności posiadanych przez państwo francuskie do Orange i SFR jako niepewne.

59. Komisja, rząd francuski, Orange i SFR uważają, że wierzytelności były niepewne. Stoją mianowicie na stanowisku, że wziąwszy pod uwagę pisma dotyczące gwarancji sprawiedliwego traktowania z dnia 22 lutego 2001 r., władze francuskie zrzekły się wierzytelności w momencie, w którym Orange i SFR mogły jeszcze wycofać swoje oferty. Bez pism gwarantujących sprawiedliwe traktowanie Orange i SFR prawdopodobnie wycofałyby oferty.

60. Komisja, rząd francuski i Orange uważają, że zarzut ten jest w każdym razie zbyteczny. Ich zdaniem, skoro Sąd oparł się przede wszystkim na nieuniknionym charakterze umorzenia wierzytelności z uwagi na charakter i strukturę systemu, ewentualne podważanie argumentu opartego na twierdzeniu, że wierzytelności były niepewne, nie ma zatem wpływu na wniosek Sądu o braku korzyści o charakterze selektywnym.

61. Orange dodaje, że, jeśli chodzi o zezwolenia na zajęcie publicznego zakresu radiowego, możliwość wycofania się po dniu 31 maja 2001 r. istniała nadal, ponieważ podmioty, którym się je przyznaje, mogą w każdym czasie zrezygnować z licencji, a w konsekwencji — przestać uiszczać opłatę.

3. W przedmiocie części trzeciej

62. W części trzeciej zarzutu trzeciego wnoszące odwołanie twierdzą, że Sąd popełnił błąd przy kwalifikacji prawnej okoliczności faktycznych stwierdzając, że władze francuskie w piśmie z dnia 22 lutego 2001 r. zagwarantowały Orange i SFR równe traktowanie. Zwracają uwagę, że władze francuskie gwarantowały sprawiedliwe, a nie równe traktowanie. Sens obydwu tych pojęć jest różny. Podczas gdy równe traktowanie wymaga traktowania w jednakowy sposób, to sprawiedliwe traktowanie w rozpoznawanej sprawie wymagało wprowadzenia zróżnicowania między, z jednej strony, warunkami licencji udzielonych Orange i SFR a, z drugiej strony, warunkami licencji udzielonej Bouygues Télécom.

63. Komisja, rząd francuski, Orange i SFR uważają, iż w istocie wnoszące odwołanie zarzucają nie błąd w kwalifikacji prawnej okoliczności faktycznych, lecz błąd polegający na wypaczeniu faktów. Stoją one na stanowisku, iż Sąd nie wypaczył treści pism z dnia 22 lutego 2001 r. Komisja dodaje, że wyrażenia „sprawiedliwość" i „równość" w zaskarżonym wyroku zostały użyte jako synonimy. Ponieważ Komisja również użyła tych wyrażeń jako synonimów, wobec tego uważa ona, iż ta część zarzutu jest niedopuszczalna, gdyż wnoszące odwołanie powinny były podnieść ten argument jeszcze w pierwszej instancji.

D — *W przedmiocie zarzutu czwartego*

64. Czwarta podstawa odwołania jest oparta na naruszeniu art. 87 WE. Składa się ona z trzech części. Część pierwsza dotyczy zastosowania wyjątku wynikającego z charakteru i struktury systemu, część druga podważa ocenę w zakresie (nie)istnienia korzyści, a trzecia dotyczy zastosowania zasady niedyskryminacji.

1. W przedmiocie części pierwszej

65. W części pierwszej zarzutu czwartego wnoszące odwołanie twierdzą, iż wyjątek oparty na strukturze systemu zakłada, że zróżnicowanie powinno być elementem nieodłącznym systemu, w którego skład wchodzi, co w rozpoznawanej sprawie nie ma miejsca. Rozwiązanie, za którym opowiedziały się władze francuskie, nie było rozwiązaniem nieuniknionym. Według wnoszących odwołanie, omawiana struktura systemu wynikała z potrzeby wyłonienia czterech operatorów na warunkach mogących zagwarantować poszanowanie zasady równości. To z kolei wymagało dokonania wyboru pomiędzy, z jednej strony, rozpoczęciem ab initio postępowania o udzielenie licencji na takich samych warunkach dla wszystkich oferentów a, z drugiej strony, przeprowadzeniem dwóch kolejnych przetargów na różnych warunkach.

66. Dokonany przez władze francuskie wybór zorganizowania dwóch kolejnych przetargów i wprowadzenia jednakowych warunków finansowych dla oferentów w obydwu przetargach nie był zdaniem wnoszących odwołanie wyborem nieuniknionym. Ponadto taki wybór przysporzył Orange i SFR korzyści o charakterze selektywnym, w szczególności związanych z wcześniejszym udzieleniem licencji oraz z gwarancją, że ich oferty zostaną wyłonione w przetargu. Ostatecznie, wyjątek oparty na strukturze systemu powinien w miarę możliwości wykorzystywać środki o charakterze ogólnym. Tymczasem rozwiązanie wybrane przez władze francuskie nie było środkiem o charakterze ogólnym.

67. Komisja, rząd francuski, Orange i SFR twierdzą, że z rozpatrywanej struktury systemu wynika stosowanie przy udzielaniu licencji na UMTS różnorodnych kryteriów przyjętych we wspólnotowych ramach prawnych, w szczególności jeśli chodzi o tworzenie konkurencyjnego rynku oraz o dotrzymanie terminu 1 stycznia 2002 r.

68. Rozwiązanie zaproponowane przez wnoszące odwołanie, polegające na rozpoczęciu całej procedury udzielania licencji ab initio, nie mogłoby zagwarantować zastosowania tych kryteriów. Po pierwsze, nie pozwoliłoby to na dotrzymanie terminu 1 stycznia 2002 r. Po drugie, wszczęcie postępowania o udzielenie licencji całkowicie od nowa pociągałoby za sobą ryzyko, że oferenci z pierwszego przetargu zmieniliby strategię i nie złożyliby ofert. Niezależnie od wszystkiego, rozwiązanie polegające na rozpoczęciu ab initionie byłoby odmiennym rozwiązaniem, w sytuacji gdy jedynymi oferentami byłyby Orange, SFR i Bouygues Télécom, i gdyby warunki udzielenia licencji podczas postępowania rozpoczętego ab initiobyły identyczne jak warunki ostatecznie uzyskane przez oferentów. Drugie rozwiązanie, zaproponowane przez wnoszące odwołanie, zorganizowania dwóch oddzielnych przetargów na różnych warunkach naruszałoby zasadę równości.

69. Według Komisji, udzielenie Orange i SFR gwarancji, że ich oferty zostaną wyłonione, wynikało z decyzji Bouygues Télécom o niezłożeniu oferty w pierwszym przetargu. Ostatecznie cele określone we wspólnotowych ramach prawnych w związku z udzielaniem licencji na UMTS nie mogłyby zostać osiągnięte za pomocą środków o charakterze ogólnym.

70. Zdaniem Orange, ta część zarzutu jest niedopuszczalna, ponieważ dąży do uzyskania nowej oceny zarzutów powoływanych w postępowaniu w pierwszej instancji.

2. W przedmiocie części drugiej

71. W części drugiej zarzutu czwartego wnoszące odwołanie twierdzą, że Sąd naruszył prawo przy stosowaniu art. 87 WE w odniesieniu do oceny dotyczącej nieistnienia przewagi czasowej związanej z wcześniejszym udzieleniem licencji Orange i SFR. Według wnoszących odwołanie, Sąd nie mógł najpierw ustalić, że powstała potencjalna przewaga czasowa po stronie Orange i SFR, która wynikła z wcześniejszego udzielenia licencji, aby następnie stwierdzić, że pomoc nie miała miejsca, opierając się na argumencie, że Orange i SFR praktycznie nie odniosły z tej przewagi żadnych korzyści.

72. W tym kontekście wnoszące odwołanie utrzymują przede wszystkim, że istnienie potencjalnej przewagi jest warunkiem wystarczającym do stwierdzenia istnienia pomocy. Ponieważ pojęcie pomocy jest pojęciem obiektywnym, Sąd nie powinien był uwzględniać w swojej ocenie czynników subiektywnych związanych z zachowaniem operatorów na rynku lub z rzeczywistym wpływem pomocy na rynek. Okoliczność, iż sytuacja ekonomiczna Orange i SFR jako przedsiębiorstw korzystających z przewagi nie uległa zmianie, nie ma znaczenia dla ustalenia tego, czy miała miejsce pomoc. Sąd powinien był wziąć pod uwagę jedynie fakt, iż Orange i SFR odniosły korzyść rzeczywistą i natychmiastową dzięki wcześniejszemu uzyskaniu licencji.

73. Ponadto Sąd odwrócił ciężar dowodu wymagając, żeby to wnoszące odwołanie dostarczyły dowodów skutków rzeczywistej korzyści. W sytuacji gdy stwierdzono istnienie przewagi czasowej, ciężar udowodnienia, iż nie przyniosła ona rzeczywistych korzyści, powinien spoczywać na podmiotach korzystających z tejże przewagi.

74. Ostatecznie Sąd naruszył prawo biorąc pod uwagę okoliczność, iż żaden operator nie był obecny na rynku, ponieważ art. 87 WE ma zastosowanie w przypadku potencjalnej konkurencji.

75. Komisja, rząd francuski, Orange i SFR utrzymują, że Sąd nie naruszył prawa. Wnoszące odwołanie pomyliły analizę dotyczącą istnienia korzyści o charakterze selektywnym z analizą przesłanki naruszenia konkurencji. Korzyść musi być rzeczywista. Rząd francuski uważa, że Komisja może uwzględniać późniejsze zmiany, które nastąpiły po terminie przyjęcia badanego środka.

76. Komisja, rząd francuski, Orange i SFR stoją na stanowisku, iż Sąd nie naruszył prawa ustalając, że obydwaj operatorzy nie odnieśli korzyści z wcześniejszego udzielenia licencji ze względu na fakt, iż nie byli obecni na rynku. Zdaniem Komisji i Orange, Sąd słusznie stwierdził, że z racji opóźnienia w zakresie technologii UMTS, wcześniejsze udzielenie im licencji nie dawało przewagi technologicznej. Orange i SFR twierdzą, iż Sąd w ramach niezależnej oceny ustalił, że w rozpoznawanej sprawie potencjalna przewaga nie przyniosła korzyści Orange i SFR.

77. Komisja dodaje, że argument oparty na błędzie dotyczącym pojęcia konkurencji jest nieistotny dla sprawy, ponieważ wnoszące odwołanie pomyliły kwestię definicji rynku z problemem dostępu do rynku. Dostęp do rynku stanowi kryterium, które należy wziąć pod uwagę w kontekście rozpoznawanej sprawy.

78. Jeśli chodzi o odwrócenie ciężaru dowodu, Komisja uważa, że Sąd jedynie teoretycznie stwierdził istnienie rzeczywistej korzyści, oraz że w związku z tym do wnoszących odwołanie należy udowodnienie istnienia korzyści. Według Komisji, rządu francuskiego i Orange, to właśnie do autora skargi na decyzję Komisji należy obowiązek wykazania, że wniosek Komisji jest nieprawidłowy.

3. W przedmiocie części trzeciej

79. W części trzeciej zarzutu czwartego wnoszące odwołanie podnoszą, iż Sąd dopuścił się naruszenia prawa przy stosowaniu zasady niedyskryminacji. Utrzymują

one, że, ponieważ Orange i SFR, z jednej strony, oraz Bouygues Télécom, z drugiej strony, nie znajdowały się w takiej samej sytuacji, ich potraktowanie w identyczny sposób przez władze francuskie naruszyło zasadę niedyskryminacji.

80. W związku z powyższym wnoszące odwołanie powołują się na zasadę nienaruszalności kryteriów udzielenia licencji, która nie zezwala na zmianę wysokości opłat. Ponadto osiąganie celów określonych przez dyrektywę 97/13/WE nie należy do odstępstw, których wyczerpująca lista została zawarta w art. 87 ust. 2 WE.

81. Wnoszące odwołanie dodają, że władze francuskie miały wystarczająco dużo czasu na wszczęcie postępowania ab initio przed upływem terminu w dniu 1 stycznia 2002 r.

82. Natomiast zdaniem Komisji, rządu francuskiego, Orange i SFR, Sąd nie naruszył prawa przy stosowaniu zasady niedyskryminacji.

83. Orange utrzymuje, że ta część zarzutu jest niedopuszczalna ze względu na fakt, iż wnoszące odwołanie ograniczyły się do powtórzenia tych samych argumentów, co w pierwszej instancji.

84. Komisja i Orange twierdzą, iż trzy podmioty, które uzyskały licencję na UMTS znajdowały sie de facto w takiej samej sytuacji, ponieważ Orange i SFR materialnie nie skorzystały na wcześniejszym udzieleniu licencji. Rząd francuski oraz SFR uważają, że, w kontekście jednej tylko, chociaż przeprowadzonej w kilku etapach, selekcji, zasada niedyskryminacji musi być stosowana z uwzględnieniem dwóch przetargów w całości.

85. Zdaniem Komisji, zasady proceduralne obowiązujące w dziedzinie zamówień publicznych i koncesji nie mają tu zastosowania. Co się tyczy legalności zmiany warunków licencji udzielonych podczas pierwszego przetargu, Komisja podkreśla, że zasada nienaruszalności nie została zawarta w dyrektywie 97/13/WE ani w żadnych innych właściwych przepisach prawa wspólnotowego. W każdym razie, według Orange, tego rodzaju zasada nie mogłaby podważyć zasady niedyskryminacji. Zdaniem Komisji, SFR i Orange, możliwość zmiany warunków udzielenia licencji jest wyraźnie przewidziana przez dyrektywę 97/13/WE.

86. Ostatecznie Komisja podnosi argument, że w sytuacji, kiedy państwo działa w charakterze regulatora rynku sam fakt, że środek zastosowany przez państwo poprawia

sytuację jednego przedsiębiorstwa nie prowadzi automatycznie do zaistnienia pomocy. W takim przypadku należy zbadać po pierwsze, czy jedno z przedsiębiorstw odnosi korzyść, a po drugie, czy sytuacja obu przedsiębiorstw jest porównywalna ze względu na cel realizowany przez dany środek.

87. Jeśli chodzi o argument oparty na art. 87 ust. 2 WE, Komisja oraz Orange podkreślają, że wnoszące odwołanie mylą kwestię istnienia pomocy z problemem zgodności pomocy ze wspólnym rynkiem.

88. W odniesieniu do argumentu, że władze francuskie miały dość czasu na rozpoczęcie całego postępowania ab initio przed upływem terminu 1 stycznia 2002 r., rząd francuski wyraża opinię, iż mamy do czynienia z oceną stanu faktycznego niedopuszczalną na etapie postępowania odwoławczego. Jak by zresztą nie było, władze francuskie nie dysponowały ilością czasu konieczną do rozpoczęcia całego postępowaniaab initio.

VI — Ocena prawna

89. W zarzutach trzecim i czwartym wnoszące odwołanie podważają wyciągnięty przez Sąd wniosek w przedmiocie nieistnienia pomocy państwa. Najpierw zajmę się badaniem tych zarzutów (A), następnie zarzutu drugiego dotyczącego występowania poważnych trudności (B), a na koniec zbadam zarzut pierwszy odnoszący się do nieprawidłowości w uzasadnieniu (C).

A — *W przedmiocie zarzutu trzeciego i czwartego*

90. W zarzutach trzecim i czwartym wnoszące odwołanie podważają wyciągnięty przez Sąd wniosek dotyczący braku elementu pomocy państwa w spornej zmianie. Zaznaczam, że wnoszące odwołanie przedstawiły swoje argumenty w trzeciej i czwartej podstawie odwołania według podziału na typy naruszenia prawa, jakie zarzucają, a nie w kolejności wynikającej z uzasadnienia Sądu. Uważam, że badanie poszczególnych części zarzutów trzeciego i czwartego zgodnie z porządkiem przyjętym w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku [19] ułatwi analizę zasadności tych zarzutów.

91. W pierwszej kolejności przeanalizuję część trzecią zarzutu trzeciego, która dotyczy jednego z elementów stanu faktycznego sprawy, tj. oceny okoliczności faktycznych związanych z pismem władz francuskich z dnia 22 lutego 2001 r. (1).

92. Następnie zbadam części zarzutów dotyczące tej części wyroku, w którym Sąd stwierdza, że częściowe zrzeczenie się przez

19 — Zobacz opis w pkt 27-32 niniejszej opinii.

państwo francuskie wierzytelności należnych od Orange i SFR nie stanowi korzyści o charakterze selektywnym [20], a więc pierwszą część zarzutu czwartego odnoszącą się do argumentu opartego na strukturze systemu (2) oraz drugą część zarzutu trzeciego dotyczącą argumentu związanego z niepewnym charakterem wierzytelności (3).

93. Później zajmę się oceną części drugiej zarzutu czwartego, której przedmiotem jest wyciągnięty przez Sąd wniosek, że potencjalna przewaga czasowa wynikła z wcześniejszego udzielenia licencji nie stanowi korzyści o charakterze selektywnym (4).

94. Na koniec zbadam części zarzutów skierowane przeciwko tej części zaskarżonego wyroku Sądu, który dotyczy zasady niedyskryminacji, tzn. pierwszej części zarzutu trzeciego (5) oraz trzeciej części zarzutu czwartego (6).

1. Treść pisma z dnia 22 lutego 2001 r. (część trzecia zarzutu trzeciego)

95. Przedmiotem części trzeciej zarzutu trzeciego jest pkt 107 zaskarżonego wyroku. W punkcie 107 zaskarżonego wyroku Sąd stwierdził, że w pismach z dnia 22 lutego 2001 r. władze francuskie zapewniły oferentów uczestniczących w pierwszym przetargu, Orange i SFR, że będą traktowani na równi z oferentami z drugiego przetargu.

96. Według wnoszących odwołanie, wniosek ten stanowił wypaczenie treści pism z dnia 22 lutego 2001 r. Pisma z dnia 22 lutego 2001 r. zawierały — ich zdaniem — gwarancję „sprawiedliwego" traktowania uczestników pierwszego i drugiego przetargu. Natomiast Sąd ocenił treść tych pism jako gwarancję „jednakowego" traktowania obydwu grup oferentów.

97. W pierwszej kolejności należy stwierdzić, że — wbrew tytułowi trzeciej podstawy odwołania — wnoszące odwołanie nie zarzucają błędu w kwalifikacji prawnej okoliczności faktycznych. Błąd w kwalifikacji prawnej okoliczności faktycznych polega na błędnym zastosowaniu normy do okoliczności faktycznych [21].

20 — Zobacz pkt 95-126 zaskarżonego wyroku.

21 — Zobacz pkt 3 opinii rzecznika generalnego W. Van Gervena przedstawionej w dniu 26 czerwca 1991 w sprawie C-145/90 P Costacurta przeciwko Komisji, Rec. s. I-5449; K. Lenaerts, D. Arts, I. Maselis, *Procedural Law of the European Union*, wydanie drugie, Londyn 2006, s. 457, pkt 16-007.

98. Natomiast tym, co wnoszące odwołanie zarzucają, jest błąd Sądu w zakresie oceny treści pism z dnia 22 lutego 2001 r. Zatem chodzi o błąd dotyczący oceny okoliczności faktycznych przez Sąd, nie zaś o kwalifikację prawną okoliczności faktycznych. W ramach postępowania odwoławczego, które ogranicza się do kwestii prawnych, wnoszące odwołanie nie mogą podważać dokonanej przez Sąd oceny okoliczności stanu faktycznego, chyba że zarzucają Sądowi oczywiste wypaczenie faktów [22]. Twierdzenie wnoszących odwołanie, jakoby pisma z dnia 22 lutego 2001 r. miały w rzeczywistości inną treść niż ta przyjęta przez Sąd, stanowi właśnie tego rodzaju zarzut.

99. Błąd, który można było podnieść w pierwszej instancji, ale tego nie zrobiono, w stadium postępowania odwoławczego jest zarzutem niedopuszczalnym [23]. Ponieważ jednak, jak się wydaje, wnoszące odwołanie stwierdzają nie błąd popełniony jeszcze przez Komisję i powtórzony przez Sąd, lecz raczej błąd popełniony tylko przez Sąd, taki zarzut według mojej oceny nie jest niedopuszczalny.

100. Moim zdaniem omawiana część zarzutu jest zatem dopuszczalna.

101. Ta część zarzutu wnoszących odwołanie nie jest natomiast uzasadniona. Wbrew temu, co utrzymują wnoszące odwołanie, Sąd nie stwierdził, że władze francuskie zapewniły oferentów z pierwszego przetargu, iż będą traktowani w „jednakowy" sposób jak oferenci uczestniczący w drugim przetargu.

102. Po wzmiance na temat „równego traktowania", w pkt 107 zaskarżonego wyroku Sąd nawiązał do pkt 14 zaskarżonego wyroku, w którym opisał treść pism z 22 lutego 2001 r. Jak to ustalił w pkt 14 zaskarżonego wyroku, władze francuskie zagwarantowały w swoich pismach sprawiedliwe traktowanie uczestnikom pierwszego i drugiego przetargu, a także przestrzeganie zasady równego traktowania w zakresie obciążeń publicznych i skutecznej konkurencji pomiędzy operatorami [24]. Ponieważ władze francuskie — jak się wydaje — w swoich pismach użyły pojęć „równe" i „sprawiedliwe" jako synonimów, sam fakt, iż Sąd w celu opisania treści tych pism użył wyrażenia „równe traktowanie", nie stanowi wypaczenia okoliczności faktycznych.

103. Wnoszące odwołanie nie przedstawiają żadnych innych argumentów, na których można by oprzeć ich twierdzenie, że Sąd wypaczył treść pism z dnia 22 lutego 2001 r., interpretując je jako gwarancję jednakowego traktowania. Zatem proponuję oddalić trzecią część zarzutu trzeciego jako bezzasadną.

22 — Wyrok Trybunału z dnia 1 czerwca 1994 r. w sprawie C-136/92 P Komisja przeciwko Brazzelli Lualdi i in., Rec. s. I-1981, pkt 49; z dnia 2 marca 1994 r. w sprawie C-53/92 P Hilti przeciwko Komisji, Rec. s. I-667, pkt 42; K. Lenaerts, D. Arts, I. Maselis, op.cit. (zob. przypis 22), s. 455, pkt 16-005.

23 — K. Lenaerts,, D. Arts, I. Maselis, op.cit. (zob. przypis 22), s. 457, pkt 16-006.

24 — Zobacz pkt 14 zaskarżonego wyroku.

2. Częściowe zrzeczenie się wierzytelności należnych od Orange i SFR oraz wyjątek oparty na strukturze systemu. (pierwsza część zarzutu czwartego)

104. W celu uzasadnienia wniosku, że częściowe zrzeczenie się przez państwo francuskie wierzytelności do Orange i SFR nie stanowiło korzyści o charakterze selektywnym, Sąd oparł się na wyjątku wynikającym z charakteru i struktury systemu [25]. W związku z powyższym Sąd stwierdził w szczególności, że wspólnotowe ramy prawne opierają się na zasadzie równego traktowania operatorów tak przy udzielaniu licencji, jak również przy określaniu wysokości ewentualnych opłat, lecz pozostawiają państwom członkowskim swobodę w wyborze procedury udzielania licencji, jeśli tylko przestrzegane są zasady wolnej konkurencji i równego traktowania [26]. Następnie Sąd podkreślił, że przy stosowaniu pojęcia opłat o niedyskryminacyjnym charakterze z art. 11 ust. 2 dyrektywy 97/13/WE powinno się uwzględniać moment wejścia każdego z zainteresowanych operatorów na rynek [27]. Ostatecznie uznał, że nie można mówić o pomocy państwa, jeśli te zasady są stosowane w identyczny sposób do wszystkich zainteresowanych operatorów [28]. Sąd stwierdził, że fakt, iż państwo zrezygnowało z przychodów i że mogła z tego wyniknąć korzyść dla beneficjentów obniżki opłaty, nie wystarcza do spełnienia warunków istnienia pomocy państwa, ponieważ umorzenie wierzytelności było nieuniknione [29].

105. Według wnoszących odwołanie, Sąd niewystarczająco wyjaśnił, dlaczego zrzeczenie wynikało z istoty wspólnotowych ram prawnych.

106. W pierwszej kolejności zaznaczam, że we fragmencie wyroku, przeciwko któremu skierowana jest niniejsza część zarzutu [30], Sąd badał (jedynie) kwestię, czy częściowe zrzeczenie się przez państwo francuskie wierzytelności należnych od Orange i SFR powinno być uważane za korzyść selektywną. Wyciągnięty przez Sąd w pkt 111 zaskarżonego wyroku wniosek w przedmiocie wynikającej z charakteru i struktury systemu nieuniknionności ograniczał się więc do nieuniknionego charakteru częściowego zrzeczenia się wierzytelności wobec Orange i SFR [31]. W tym kontekście należy zatem zbadać jedynie prawidłowość uzasadnienia Sądu w odniesieniu do nieuniknionego charakteru częściowego zrzeczenia wywiedzionego na podstawie wyjątku opartego na charakterze i strukturze systemu.

107. Sąd oparł swój wniosek na wyjątku uzasadnionym charakterem i strukturą systemu. Zastosowanie w rozpoznawanej sprawie tego wyjątku, który został wprowa-

25 — Zobacz pkt 108-112 zaskarżonego wyroku.
26 — Zobacz pkt 108 zaskarżonego wyroku.
27 — Zobacz pkt 109 i 110 zaskarżonego wyroku.
28 — Zobacz pkt 110 zaskarżonego wyroku.
29 — Zobacz pkt 111 zaskarżonego wyroku.
30 — Zobacz pkt 108-111 zaskarżonego wyroku.
31 — Nie dotyczyło ono nieuniknionego charakteru innych zarzucanych przez wnoszące odwołanie korzyści, takich jak rzekoma przewaga czasowa wynikająca z wcześniejszego udzielenia licencji lub korzyść związana z gwarancją wygrania przetargu.

dzony i był stosowany w dziedzinie krajowych systemów danin publicznych, wymaga poczynienia kilku uwag na temat podstawy prawnej tego rodzaju wyjątku (a). W dalszej kolejności zajmę się badaniem zastosowania tego wyjątku przez Sąd (b).

a) Możliwość zastosowania i podstawa prawna wyjątku opartego na charakterze i strukturze systemu w rozpoznawanej sprawie

108. Zanim Sąd oparł swój wniosek o braku korzyści o charakterze selektywnym na wyjątku uzasadnionym charakterem i strukturą systemu, najpierw powołał się na wyroki Włochy przeciwko Komisji [32], Hiszpania przeciwko Komisji [33] oraz AEM i AEM Torino [34]. Jak to wskazują ww. wyroki, wyjątek uzasadniony charakterem i strukturą systemu został wprowadzony przez orzecznictwo w dziedzinie krajowych systemów danin publicznych [35]. Zgodnie z tym orzecznictwem, różnica w traktowaniu przedsiębiorstw nie stanowi korzyści o charakterze selektywnym, w rozumieniu art. 87 ust. 1 WE, jeżeli różnica ta jest nierozłącznie związana z charakterem i strukturą krajowego systemu danin publicznych [36] lub, inaczej rzecz ujmując, jeśli różnica wynika z logiki krajowego systemu danin publicznych [37].

109. Z dogmatycznego punktu widzenia wyjątek ten może być potraktowany jako kwestia ustalenia, czy tego rodzaju różnica w traktowaniu stanowi szczególną korzyść [38]. Według innej interpretacji uznaje się wyjątek uzasadniony charakterem i strukturą systemu zastosowanie „rule of reason" w dziedzinie krajowych systemów danin publicznych [39].

110. Niezależnie od przydziału do tej czy innej kategorii, z dogmatycznego punktu widzenia pragnę podkreślić, że determinującą kwestią dla zastosowania wyjątku opartego na charakterze i strukturze systemu jest ustalenie, czy dana różnica w traktowaniu jest w sposób nierozłączny związana z wewnętrzną logiką krajowego systemu danin publicznych. Zastosowanie tego wyjątku w rozpoznawanej sprawie, w której ani nie chodzi o różnicę w traktowaniu wynikającą z wewnętrznej logiki systemu danin publicznych, ani o różnicę wynikającą z systemu krajowego, nie jest więc wcale takie oczywiste.

32 — Wyrok z dnia 2 lipca 1974 r. w sprawie 173/73 Włochy przeciwko Komisji, Rec. s. 709, pkt 33.

33 — Wyrok z dnia 26 września 2002 r. w sprawie C-351/98 Hiszpania przeciwko Komisji, Rec. s. I-8031, pkt 42.

34 — Wyrok z dnia 14 kwietnia 2005 r. w sprawach połączonych C-128/03 i 129/03 AEM i AEM Torino, Zb.Orz. s. I-2861, pkt 39.

35 — Po raz pierwszy Trybunał uznał istnienie tego wyjątku w ww. w przypisie 34 wyroku w sprawie Włochy przeciwko Komisji (pkt 33).

36 — Wyroki: w sprawie Włochy przeciwko Komisji (ww. w przypisie 34, pkt 33); z dnia 5 października 1999 r. w sprawie C-251/97 Francja przeciwko Komisji, Rec. s. I-6639, pkt 36; z dnia 17 czerwca 1999 r. w sprawie C-75/97 Belgia przeciwko Komisji, Rec. s. I-3671, pkt 33.

37 — Wyrok Sądu z dnia 6 marca 2002 r. w sprawach połączonych T-92/00 i T-103/00 Diputación Foral de Ávala, Rec. s. II-1385, pkt 60.

38 — Zobacz w szczególności wyroki z dnia 10 stycznia 2006 r. w sprawach połączonych C-222/04 Cassa di Risparmio di Firenze i in., Zb.Orz. s. I-289, pkt 137 i 138; z dnia 15 grudnia 2005 r. w sprawie C-148/04 Unicredito Italiano, Zb.Orz. s. I-11137, pkt 51; z dnia 22 czerwca 2006 r. w sprawach połączonych C-182/03 i C-217/03 Belgia i Forum 187 przeciwko Komisji, Zb.Orz. s. I-5479, pkt 119; z dnia 15 grudnia 2005 r. w sprawie C-66/02 Włochy przeciwko Komisji, Zb.Orz. s. I-10901, pkt 94-102. Należy jednak zaznaczyć, że w niektórych wyrokach selektywny charakter środka i wyjątek wynikający z rodzaju i struktury systemu są badane oddzielnie, zob. wyrok Trybunału z dnia 22 listopada 2001 r. w sprawie C-53/00 Ferring, Rec. s. I-9067, pkt 17 i 18 oraz wyrok Sądu z dnia 10 kwietnia 2008 r. w sprawie T-233/04 Niderlandy przeciwko Komisji, Zb.Orz. s. II-591, pkt 97 do 99, a także pkt 315-319 opinii rzecznika generalnego P. Légera z dnia 9 lutego 2006 r. w wyżej wymienionych sprawach połączonych Belgia i Forum 187 przeciwko Komisji.

39 — Zobacz *Heidenhain, Handbuch des Europäischen Beihilfenrecht*, Munich, 2003, s. 163.

111. Prawdą jest, iż w wyroku w sprawie AEM i AEM Torino Trybunał uznał, że normy prawa wspólnotowego mogą mieć wpływ na wewnętrzną logikę krajowego systemu danin publicznych. W ww. wyroku Trybunał zaakceptował fakt, iż zróżnicowanie w krajowym systemie danin publicznych, które ma na celu wyrównanie korzyści odniesionych przez niektóre przedsiębiorstwa w następstwie transpozycji dyrektywy, wynika z charakteru oraz struktury tego krajowego systemu danin publicznych [40]. Jednakże nawet przy uwzględnieniu tego aspektu wyroku w sprawie AEM i AEM Torino nie uważam, by wyjątek wynikający z charakteru i struktury systemu danin publicznych, jaki został usankcjonowany przez orzecznictwo, mógł w rozpoznawanej sprawie zostać zastosowany bezpośrednio.

112. Ze względu na specyfikę rozpoznawanej sprawy nie widzę również potrzeby skorzystania z drogi zastosowania tego wyjątku przez analogię.

113. Zgodnie z orzecznictwem Trybunału, art. 87 ust. 1 WE dotyczy bowiem decyzji państw członkowskich, którymi państwa te, mając na uwadze dążenie do ich własnych celów gospodarczych i społecznych, na podstawie jednostronnych i samodzielnych decyzji, udostępniają przedsiębiorstwom lub innym podmiotom prawa zasoby finansowe lub przyznają im korzyści, które mają służyć realizacji zamierzonych celów gospodarczych lub społecznych [41].

40 — Zobacz pkt 39-43 ww. w przypisie 36 wyroku AEM i AEM Torino.

41 — Wyrok Trybunału z dnia 27 marca 1980 r. w sprawie 61/79 Denkavit italiana, Rec. s. 1205, pkt 31 oraz Sądu z dnia 5 kwietnia 2006 r. w sprawie T-351/02 Deutsche Bahn przeciwko Komisji, Zb.Orz. s. II-1047, pkt 100.

114. Ponieważ art. 87 ust. 1 WE nie ma zastosowania do środków wydanych przez prawodawcę europejskiego [42], wynika stąd, że, aby korzyści mogły zostać uznane za pomoc państwa w rozumieniu art. 87 ust. 1 WE, musi między innymi istnieć możliwość ich przypisania państwu [43]. Środek państwa członkowskiego, który wynika z prawa wspólnotowego, nie może więc zostać określony jako pomoc państwa w rozumieniu art. 87 ust. 1 WE. W ten sposób bowiem taki akt prawny prawodawcy europejskiego zostałby poddany kontroli na podstawie art. 87 ust. 1 WE [44].

115. Zgodnie z art. 10 WE, państwa członkowskie mają obowiązek wprowadzania w życie przepisów prawa wspólnotowego. W szczególności art. 249 akapit trzeci WE stanowi, że dyrektywa wiąże każde państwo członkowskie, do którego jest kierowana, w odniesieniu do rezultatu, który ma być osiągnięty, a z kolei art. 249 akapit czwarty WE, że decyzja wiąże w całości adresatów, do których jest kierowana.

116. Należy zatem zbadać, czy władze francuskie, zrzekając się częściowo wierzytelności należnych od Orange i SFR, nie wypełniły jedynie swych obowiązków wynikających ze wspólnotowych ram prawnych, tzn. z art. 10

42 — Wyrok z dnia 13 października 1982 r. w sprawach połączonych od 213/81 do 215/81 Norddeutsches Vieh- und Fleischkontor Will i in., Rec. s. 3583, pkt 22; Heidenhain, op.cit. (zob. przypis 40), s. 23.

43 — Zobacz wyroki z dnia 16 maja 2002 r. w sprawie C-482/99 Francja przeciwko Komisji, Rec. s. I-4397, pkt 24 i przytoczone tam orzecznictwo oraz w sprawie Deutsche Bahn przeciwko Komisji, ww. w przypisie 43, pkt 100.

44 — Podobne podejście Trybunał zastosował w wyroku w sprawie Deutsche Bahn przeciwko Komisji, ww. w przypisie 43, pkt 100-105.

i 249 akapity trzeci i czwarty WE. Oznaczałoby to, że omawianego środka nie można by przypisać państwu francuskiemu, lecz w rzeczywistości wynika on z aktu prawodawcy europejskiego, a więc nie jest objęty zakresem stosowania art. 87 ust. 1 WE.

117. Podsumowując, uważam, że — chociaż wyjątek uzasadniony charakterem i strukturą jednego z krajowych systemów danin publicznych nie ma zastosowania w rozpoznawanej sprawie, jednak może mieć tu zastosowanie wyjątek uzasadniony nieuniknionym charakterem środka krajowego wynikającym z charakteru i struktury wspólnotowych ram prawnych. Należy zatem zbadać — jak to zrobił Sąd — czy w rozpoznawanej sprawie częściowe zrzeczenie wynikało w sposób nieuchronny ze wspólnotowych ram prawnych.

b) Stosowanie wyjątku opartego na charakterze i strukturze wspólnotowych ram prawnych

118. Wnoszące odwołanie utrzymują, że Sąd nie wyjaśnił, dlaczego częściowe zrzeczenie się wierzytelności należnych od Orange i SFR miałoby być nieuniknione.

119. Przede wszystkim sądzę, że warto przypomnieć, iż w omawianym fragmencie zaskarżonego wyroku Sąd zajmował się ustaleniem, czy nieuniknione było tylko częściowe zrzeczenie się wierzytelności wobec Orange i SFR [45].

120. Ponieważ władze francuskie zdecydowały się na tzw. procedurę „porównawczą” [46], w dniu 31 stycznia 2001 r. stwierdziły, że pierwszy przetarg był po części bezowocny. Stwierdziły one, że udział jedynie dwóch spośród operatorów działających na rynku był niewystarczający dla zapewnienia rozwoju prawdziwej konkurencji, oraz że brak kandydatów wynikał z dużej wysokości opłat.

121. Ze względu na ciążący na państwach członkowskich obowiązek udzielenia maksymalnej liczby licencji w celu zapewnienia rozwoju konkurencji na rynku UMTS, zgodnie z art. 10 ust. 4 dyrektywy 97/13/WE, władze francuskie nie mogły poprzestać na udzieleniu dwóch licencji na UMTS dla Orange i SFR, lecz były zobowiązane przyciągnąć innych operatorów, proponując im bardziej korzystne warunki licencji, zwłaszcza jeśli chodzi o wysokość opłat.

122. W związku z powyższym obowiązkiem władze francuskie musiały zbadać, jaki wpływ będzie miało obniżenie opłat dla przyszłych

45 — Zobacz pkt 106 niniejszej opinii.

46 — Sąd uznał, że wspólnotowe ramy prawne nie obligowały władz francuskich do stosowania przetargów publicznych, zob. pkt 108 zaskarżonego wyroku.

oferentów na warunki licencji udzielonych Orange i SFR. Jak stwierdził Sąd w zaskarżonym wyroku [47], władze francuskie były zobowiązane do przestrzegania zasady niedyskryminacji zgodnie z art. 11 ust. 2 dyrektywy 97/13/WE. Władze francuskie miały więc obowiązek zrzec się częściowo wierzytelności posiadanych wobec Orange i SFR, ponieważ to zrzeczenie się było konieczne ze względu na przestrzeganie zasady niedyskryminacji Orange i SFR w stosunku do przyszłych oferentów.

123. Jak stwierdził Sąd, dyskryminacja polega na stosowaniu różnych zasad w porównywalnych sytuacjach lub też na stosowaniu tej samej zasady w różnych sytuacjach [48]. Tymczasem ocena tych dwóch sytuacji pod względem tego, czy są one porównywalne w rozumieniu zasady niedyskryminowania, jest uzależniona w szczególności od celów omawianych wspólnotowych ram prawnych [49].

124. Ważnym celem wspólnotowych ram prawnych była wspomniana w art. 11 ust. 2 dyrektywy 97/13 konieczność wspierania rozwoju konkurencji. W dziedzinie gospodarki ochrona konkurencji i niedyskryminacja są zaś ściśle ze sobą powiązane [50].

125. Podstawowym warunkiem rozwoju skutecznej konkurencji na rynku jest zapewnienie sprawiedliwych warunków konkurencji pomiędzy poszczególnymi operatorami. Zmiana warunków licencji dla Orange i SFR wynikała z przepisu art. 11 ust. 2 dyrektywy 97/13/WE, ponieważ zastosowanie pierwotnych warunków pierwszego przetargu do licencji udzielonych Orange i SFR nie było w stanie zagwarantować sprawiedliwych warunków konkurencji między Orange i SFR, z jednej strony, a przyszłymi oferentami, z drugiej strony.

126. Moim zdaniem, punktem wyjścia dla zagwarantowania sprawiedliwych warunków konkurencji pomiędzy operatorami działającymi na rynku w fazie wschodzącej jest w pierwszej kolejności zapewnienie jednakowych warunków dla wszystkich operatorów. W tym kontekście zwracam uwagę, iż — jak to

47 — Punkt 108 zaskarżonego wyroku.

48 — Punkt 129 zaskarżonego wyroku.

49 — R. Herny, Principe d'égalité et principe de non-discrimination dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes, [w:] *LGDJ*, 2003, s. 357, stwierdza, że nie ma podobieństw ani odmienności samych sytuacji jako takich, lecz występują one jedynie w świetle przedmiotu oraz celu przepisu. Zobacz także wyroki Trybunału z dnia 13 lutego 2003 r. w sprawie C-409/00 Hiszpania przeciwko Komisji, Rec. s. I-1487, pkt 47; z dnia 8 listopada 2001 r. w sprawie C-143/99 Pipeline i Wietersdorfer & Peggauer Zementwerke, Rec. s. I-8365, pkt 41 i 42 oraz z dnia 3 marca 2005 r. w sprawie C-172/03 Heiser, Zb.Orz. s. I-1627, pkt 40. Prawdą jest, że wyroki te odnoszą się do wykładni art. 87 ust. 1 WE. Niemniej jednak uważam, iż można na podstawie tego orzecznictwa dojść do wniosku, że ocena, czy dwie sytuacje są porównywalne, czy różne, powinna być dokonywana z uwzględnieniem celów wspólnotowych ram prawnych.

50 — R. Herny, op.cit. (przypis 50) s. 263.

stwierdził Sąd [51] — stosunek wysokości opłat wymaganych od Orange i od SFR w pierwszym przetargu, a wysokością, jaką władze francuskie uznały za zdolną przyciągnąć kolejnych oferentów wynosił 8 do 1. Wydaje mi się oczywistym [52], że obniżenie kwoty wierzytelności, jakie zostały pierwotnie ustanowione dla oferentów w pierwszym przetargu, było konieczne w celu zapewnienia sprawiedliwych warunków konkurencji między Orange i SFR, z jednej strony, a przyszłymi oferentami, z drugiej strony [53].

c) Podsumowanie

127. Z powyższych ustaleń wynika, iż Sąd miał podstawy do stwierdzenia w pkt 111 zaskarżonego wyroku, że częściowe zrzeczenie się wierzytelności należnych od Orange i SFR było nieuniknione. Zważywszy, iż te ustalenia są dość oczywiste i były już dyskutowane w toku postępowania przed Komisją, nie uważam, żeby Sąd nie wyjaśnił, dlaczego zrzeczenie się wierzytelności od Orange i SFR było nieuniknione.

128. Zatem proponuję oddalić pierwszą część zarzutu czwartego, zmieniając uzasadnienie Sądu dotyczące podstawy prawnej wyjątku wynikającego z charakteru i struktury systemu.

3. Niepewny charakter wierzytelności (część druga zarzutu trzeciego)

129. Sąd stwierdził w pkt 107 zaskarżonego wyroku, że wierzytelność państwa nie była pewna, ponieważ uczestnicy przetargu mieli jeszcze możliwość wycofania swoich ofert do dnia 31 maja 2001 r., a w związku z tym mogli zrezygnować z licencji i w konsekwencji — przestać uiszczać opłatę.

130. Wnoszące odwołanie podważają tę ocenę. Według nich, państwo francuskie zrzekło się częściowo wierzytelności wobec Orange i SFR w dniu 3 grudnia 2002 r. W tym momencie Orange i SFR nie mogły już wycofać swoich ofert.

131. Moim zdaniem, niniejsza część zarzutu jest pozbawiona znaczenia dla sprawy. Zarzut jest bez znaczenia dla sprawy, jeżeli nie może podważyć zaskarżonego wniosku [54]. Sąd oparł swoją ocenę, że częściowe zrzeczenie nie stanowi korzyści o charakterze selektywnym na dwóch argumentach, po pierwsze, na niepewnym charakterze wierzytelności, i, po drugie, na wyjątku wynikającym z charakteru i struktury systemu. Wziąwszy pod uwagę, iż pierwsza część zarzutu czwartego, która jest skierowana przeciwko uzasadnieniu Sądu opartemu na wyjątku wynikającym z charakteru i struktury systemu, powinna zostać oddalona [55], już ten jeden powód jest w stanie dostatecznie uzasadnić słuszność

51 — Punkt 145 zaskarżonego wyroku.

52 — W swoim odwołaniu wnoszące odwołanie nie podważają zresztą, jak się wydaje, zasady, zgodnie z którą władze francuskie mogły zrzec się części wierzytelności wobec Orange i SFR. Według nich, jedną z możliwości, jakie miały do wyboru władze francuskie, było rozpoczęcie całego postępowania ab initio, co doprowadziłoby do przyjęcia w toku nowego postępowania identycznych warunków dla wszystkich wyłonionych oferentów. Natomiast wnoszące odwołanie poddają krytyce sposób działania władz francuskich, który przysporzył Orange i SFR korzyści w postaci wcześniejszego przyznania licencji oraz gwarancji, że ich oferty zostaną wybrane.

53 — Jak już wspomniałam powyżej (zob. pkt 106 i 119 niniejszej opinii), badanie w tym zakresie ogranicza się do kwestii, czy częściowe zrzeczenie się wierzytelności do Orange i SFR było nieuniknione. Osobną kwestią jest ocena sposobu działania władz francuskich przez zorganizowanie dwóch kolejnych przetargów i wsteczne zastosowanie jednakowych warunków dla oferentów wyłonionych w obydwu przetargach. Zagadnienie to zostanie zbadane w dalszej części (zob. pkt 143-179 niniejszej opinii).

54 — Wyrok z dnia 12 lipca 2001 r. w sprawach połączonych Komisja i Francja przeciwko TF1, Rec. s. I-5603, pkt 26-29; K. Lenaerts, D. Arts, I. Maselis, op.cit. (zob. przypis 22), s. 465, pkt 16-019.

55 — Zobacz pkt 104-128 niniejszej opinii.

wyciągniętego przez Sąd wniosku. Wady, jakimi mogłoby być dotknięte uzasadnienie oparte na niepewnym charakterze wierzytelności, pozostają więc w każdym razie bez wpływu na sentencję zaskarżonego wyroku. Niniejsza część zarzutu jest zatem pozbawiona znaczenia dla sprawy.

132. Co się tyczy zasadności niniejszej części zarzutu, uważam, iż należy przede wszystkim wprowadzić rozróżnienie pomiędzy, z jednej strony, okresem od dnia 31 stycznia 2001 r. do dnia 31 maja 2001 r. a, z drugiej strony, sporną zmianą z dnia 3 grudnia 2002 r.

133. W dniu 31 stycznia 2001 r. władze francuskie stwierdziły, że dwaj kandydaci złożyli swoje oferty i że to nie wystarcza do zapewnienia skutecznej konkurencji na rynku UMTS. Ogłosiły więc, że będzie konieczny drugi przetarg. Właśnie po tym ogłoszeniu Orange i SFR skontaktowały się z władzami francuskimi domagając się poszanowania zasady równości w zakresie obciążeń publicznych oraz zasady skutecznej konkurencji pomiędzy operatorami.

134. W tamtym momencie Orange i SFR mogły jeszcze wycofać swoje oferty. Jak to stwierdziła Komisja, możliwość, iż Orange i SFR zaakceptowałyby warunki pierwszego przetargu, gdyby warunki drugiego przetargu były dużo bardziej korzystne, była raczej teoretyczna [56].

135. Ze względu na powyższe okoliczności uważam, że wierzytelności państwa francuskiego wobec Orange i SFR można było słusznie określić jako niepewne, przynajmniej od momentu, w którym władze francuskie podały do wiadomości swój zamiar ogłoszenia drugiego przetargu na warunkach zdecydowanie bardziej korzystnych.

136. Właśnie w takich okolicznościach władze francuskie, na wyraźne żądanie Orange i SFR, zagwarantowały im sprawiedliwe, w porównaniu z uczestnikami drugiego przetargu, traktowanie. Na podstawie tego zapewnienia Orange i SFR mogły przyjąć, że warunki ich licencji zostaną zmienione w zakresie, w jakim to będzie konieczne dla zagwarantowania sprawiedliwego traktowania. Zatem jeszcze przed dniem 31 maja 2001 r. było jasne, że warunki licencji udzielonych Orange i SFR zawierały zastrzeżenie o możliwości zmiany. Ponieważ władze francuskie ogłosiły, że wysokość opłat żądanych od oferentów uczestniczących w drugim przetargu będzie zdecydowanie niższa, to zastrzeżenie o możliwości zmiany zawierało już gwarancję częściowego zrzeczenia się wierzytelności wobec Orange i SFR. To

56 — Punkt 27 spornej decyzji.

właśnie stwierdziła Komisja w spornej decyzji [57], w której ustaliła, że „wyrównanie z mocą wsteczną wynikało w sposób dorozumiany już z warunków uzgodnionych w licencjach z pierwszej tury" [tłumaczenie nieoficjalne]. Nie uważam, by w tych okolicznościach można było określić wierzytelności wobec Orange i SFR jako aktualne i bezsporne.

137. Należy zatem wyciągnąć wniosek, że wierzytelności wobec Orange i SFR powinny być uważane za niepewne do czasu udzielenia zapewnienia sprawiedliwego traktowania w pismach z dnia 22 lutego 2001 r. Po wysłaniu tych pism było jasne, że warunki licencji udzielonych Orange i SFR zawierają zastrzeżenie możliwości częściowego zrzeczenia się wierzytelności. W świetle powyższych okoliczności fakt, iż Orange i SFR w dniu 3 grudnia 2002 r. nie mogły już wycofać swoich ofert, nie podważa więc zawartego w pkt 107 zaskarżonego wyroku wniosku Sądu, że chodziło o częściowe zrzeczenie się niepewnych wierzytelności.

138. W związku z powyższym proponuję oddalić drugą część zarzutu trzeciego jako pozbawioną znaczenia dla sprawy i, tytułem ewentualnym, jako bezzasadną.

57 — Zobacz pkt 27 spornej decyzji.

4. Mająca selektywny charakter korzyść wynikająca z przewagi czasowej (część druga zarzutu czwartego)

139. W punktach 113-122 zaskarżonego wyroku Sąd zbadał, czy wcześniejsze udzielenie licencji Orange i SFR przysporzyło tym przedsiębiorstwom, w porównaniu z Bouygues Télécom, mającą selektywny charakter korzyść wynikającą z przewagi czasowej. Po uznaniu wcześniejszego udzielenia licencji za potencjalną korzyść [58] Sąd stwierdził, że ta potencjalna korzyść nie została przysporzona ani Orange ani SFR [59], a w pkt 122 zaskarżonego wyroku sformułował on wniosek, iż wcześniejsze udzielenie licencji Orange i SFR nie stanowiło przewagi konkurencyjnej nad Bouygues.

140. W punktach 123-126 zaskarżonego wyroku Sąd dodał, że w każdym razie korzyść teoretycznie przyznana Orange i SFR była jedynym sposobem działania pozwalającym na spełnienie wymogów określonych we wspólnotowych ramach prawnych.

141. W drugiej części zarzutu czwartego wnoszące odwołanie utrzymują, że Sąd naruszył prawo w zakresie dotyczącym pojęcia pomocy w rozumieniu art. 87 ust. 1 WE. Ponieważ Sąd w pkt 113 zaskarżonego wyroku stwierdził istnienie potencjalnej korzyści, wystarczyło to do zaistnienia pomocy w rozumieniu art. 87 ust. 1 WE.

58 — Zobacz pkt 113-115 zaskarżonego wyroku.
59 — Zobacz pkt 115-121 zaskarżonego wyroku.

142. Przede wszystkim ta część zarzutu wydaje mi się pozbawiona znaczenia dla sprawy [60]. Sąd swój wniosek, iż podnoszona wynikająca z przewagi czasowej korzyść nie stanowiła korzyści o charakterze selektywnym, oparł, po pierwsze, na zawartej w pkt 113-122 zaskarżonego wyroku ocenie, że korzyść nie została przysporzona Orange i SFR, i, po drugie, na zawartym w pkt 123-125 zaskarżonego wyroku stwierdzeniu, że przysporzenie korzyści wynikającej z przewagi czasowej było w każdym razie jedynym sposobem działania pozwalającym na spełnienie wymogów określonych we wspólnotowych ramach prawnych. Wnoszące odwołanie, jak się wydaje, formalnie nie zakwestionowały pomocniczego argumentu Sądu zawartego w pkt 123-125 zaskarżonego wyroku. Zatem niniejsza część zarzutu wydaje się pozbawiona znaczenia dla sprawy, ponieważ wady, jakimi mogłoby być dotknięte zawarte w pkt 113-122 zaskarżonego wyroku uzasadnienie, nie mają wpływu na zawarte w pkt 123-125 zaskarżonego wyroku uzasadnienie dodatkowe, a co za tym idzie — na wyciągnięty przez Sąd wniosek.

143. Co się tyczy zasadności niniejszej części zarzutu, w pierwszej kolejności zajmę się badaniem zastosowania w pkt 113-122 zaskarżonego wyroku pojęcia korzyści w rozumieniu art. 87 ust. 1 WE (a). Następnie ocenię, czy zaskarżony wniosek może być oparty na zawartym w pkt 123-125 zaskarżonego wyroku uzasadnieniu dodatkowym, które z kolei opiera się na wyjątku wynikającym z charakteru i struktury wspólnotowych ram prawnych (b).

60 — Jak zostało powiedziane powyżej (zob. pkt 131 niniejszej opinii), część zarzutu jest pozbawiona znaczenia dla sprawy, jeżeli zaskarżony wniosek Sądu może zostać oparty na uzasadnieniu alternatywnym, a podniesiona część zarzutu nie może w związku z tym podważyć zaskarżonego wniosku.

a) Pojęcie korzyści w rozumieniu art. 87 ust. 1 WE

144. W zaskarżonym wyroku Sąd stwierdził najpierw, że wcześniejsze o półtora roku udzielenie licencji Orange i SFR co do zasady mogło im przysporzyć korzyści o charakterze selektywnym ze szkodą dla Bouygues Télécom [61]. Następnie ustalił, że Orange i SFR nie wykorzystały swojej potencjalnej przewagi [62] i że w dniu wydania zaskarżonej decyzji Komisja mogła stwierdzić, iż Orange i SFR nie skorzystały z korzyści wynikającej z przewagi czasowej, którą stanowiło wcześniejsze uzyskanie licencji, oraz że Komisja mogła zatem uznać, iż Orange i SFR nie miały przewagi konkurencyjnej nad Bouygues Télécom [63].

145. Wnoszące odwołanie utrzymują w szczególności, że wcześniejsze udzielenie licencji stanowiło per sekorzyść rzeczywistą i natychmiastową. Negując istnienie korzyści z powodu, iż Orange i SFR nie mogły jej wykorzystać, Sąd spowodował, że wydany przezeń wyrok narusza prawo. Z punktu widzenia pojęcia pomocy w rozumieniu art. 87 ust. 1 WE jest obojętne, czy sytuacja beneficjenta poprawiła się z upływem czasu.

146. Moim zdaniem, zarzut ten nie jest pozbawiony podstaw.

61 — Zobacz pkt 113 i 114 zaskarżonego wyroku.
62 — Zobacz pkt 115-121 zaskarżonego wyroku.
63 — Zobacz pkt 122 zaskarżonego wyroku.

147. Istnienie pomocy w rozumieniu art. 87 ust. 1 WE zakłada, że środek państwowy sprzyja bardziej jednemu przedsiębiorstwu w porównaniu z innym przedsiębiorstwem [64]. Podkreślam, że w momencie, kiedy Orange i SFR uzyskały swoje licencje, były jedynymi przedsiębiorstwami, które mogły wejść na rynek UMTS. Moim zdaniem, taka możliwość wejścia na rynek UMTS, przysługująca na zasadzie wyłączności, stanowiła uprzywilejowane traktowanie Orange i SFR w stosunku do innych przedsiębiorstw.

148. W punktach 116-122 zaskarżonego wyroku Sąd wykluczył istnienie pomocy stwierdzając, że beneficjenci nie mogli odnieść korzyści z uprzywilejowanego traktowania. Moim zdaniem jest to błędne podejście.

149. Po pierwsze, kwestia ustalenia, czy beneficjenci mogli odnieść korzyści ze środka państwowego, wydaje mi się dotyczyć raczej skutków dla relacji konkurencyjnej pomiędzy przedsiębiorstwami, niż istnienia korzyści.

150. Prawdą jest, iż korzyść przyznana przedsiębiorstwu działającemu na określonym rynku zakłóca lub grozi zakłóceniem konkurencji ze szkodą dla innych przedsiębiorstw obecnych na tym samym rynku. Związek między korzyścią a zakłóceniem konkurencji jest więc dość oczywisty [65]. Jednakże odwrotne wnioskowanie, jakoby brak zakłócenia konkurencji wskazywał na nieistnienie korzyści, jest niezgodne z art. 87 ust. 1 WE. Przepis ten ma bowiem zastosowanie zarówno do pomocy, która zakłóca konkurencję, jak i do pomocy, która grozi zakłóceniem konkurencji. Ponieważ nie jest konieczne, aby pomoc rzeczywiście zakłócała konkurencję, stwierdzenie exposteriori, że Orange i SFR nie skorzystały na wcześniejszym uzyskaniu licencji, nie pozwala zatem na wyciągnięcie wniosku o braku korzyści.

151. Po drugie, analiza istnienia pomocy powinna być przeprowadzona w odniesieniu do momentu, w którym środek państwowy został przyjęty [66]. Nie wydaje mi się zatem, by można było wykluczyć istnienie korzyści po stronie Orange oraz SFR na podstawie przeprowadzonej ex posteriori analizy korzyści konkurencyjnych, jakie Orange i SFR odniosły w wyniku uprzywilejowanego traktowania. W każdym bądź razie błędem jest branie pod uwagę korzyści konkurencyjnych w momencie, w którym Komisja wydawała swoją decyzję, jak to uczynił Sąd w pkt 122 zaskarżonego wyroku. Ponieważ korzyści

64 — Wyroki z dnia 27 stycznia 1998 r. w sprawie T-67/94 Ladbroke Racing przeciwko Komisji, Rec. s. II-1, pkt 52; z dnia 7 czerwca 2006 r. w sprawie T-613/97 Ufex i in. przeciwko Komisji, Zb.Orz. s. II-1531, pkt 67.

65 — W. Cremer, Artikel 87, [w:] Ch. Callies,, M. Ruffert,, *Kommentar zu EU-Vertrag und EG-Vertrag*, wydawnictwo Beck, wydanie trzecie, 2007, s. 1176, pkt 21.

66 — Zobacz podobnie wyrok z dnia 16 maja 2002 r. w sprawie C-482/99 Francja przeciwko Komisji, Rec. s. I-4397, pkt 71. Zgodnie w tym wyrokiem „[badanie] należy umieścić w kontekście okresu, w którym środki […] zostały wydane […] i w związku z tym powstrzymać się od dokonywania jakichkolwiek ocen na postawie późniejszej sytuacji". Wprawdzie punkt ten odnosi się do stosowania kryterium inwestora prywatnego w gospodarce rynkowej, uważam jednak, że — jeśli chodzi o właściwy moment, zasada ta może mieć zastosowanie w rozpoznawanej sprawie. Zobacz także ww. w przypisie 51 wyrok w sprawie Adria-Wien Pipeline i Wietersdorfer & Peggauer Zementwerke (pkt 41), zgodnie z którym jest obojętne, czy sytuacja beneficjenta uległa zmianie wraz z upływem czasu. Należy zatem zbadać warunki stosowania w momencie wydania środka państwowego.

konkurencyjne ze środka państwowego mogą wraz z upływem czasu ulegać zmianie, istnienie korzyści nie może zależeć od momentu, w którym Komisja wydaje swoją decyzję [67].

152. Po trzecie, uzasadnienie Sądu nie może także być oparte argumencie, że w momencie, gdy licencje zostały udzielone Orange i SFR, było do przewidzenia, iż Orange i SFR nie będą traktowane w sposób uprzywilejowany. Wręcz przeciwnie, władze francuskie postanowiły nie rozpoczynać całej procedury udzielania licencji ab initio właśnie po to, aby zapewnić możliwość obecności na rynku UMTS minimalnej liczby operatorów od dnia 1 stycznia 2002 r. W momencie udzielenia licencji Orange i SFR nie można było więc wykluczyć możliwości, że pozwoli ono tym operatorom wejść na rynek UMTS wcześniej od przyszłych oferentów.

153. Opierając się na analizie a posteriori korzyści konkurencyjnych, jakie Orange i SFR mogły odnieść z wcześniejszego udzielenia im licencji, w celu wykluczenia istnienia korzyści o charakterze selektywnym, Sąd spowodował więc, iż zawarte w pkt 113-122 zaskarżonego wyroku uzasadnienie narusza prawo.

154. Ponieważ Sąd oparł swoje ustalenie dotyczące nieistnienia korzyści o charakterze selektywnym wynikłej z wcześniejszego udzielenia licencji Orange i SFR nie tylko na wskazanym powyżej błędnym uzasadnieniu, lecz także na wyjątku wynikającym z charakteru i struktury systemu, należy zbadać, czy ten dodatkowy argument może stanowić podstawę dla wyciągniętego przez Sąd wniosku.

b) Argument oparty na wyjątku wynikającym z charakteru i struktury wspólnotowych ram prawnych

155. Sąd uznał w każdym bądź razie, że „korzyść teoretycznie przyznana Orange i SFR" była jedynym sposobem, który pozwalał uniknąć wydania środka z naruszeniem wspólnotowych ram prawnych [68]. W tym kontekście Sąd wspomniał w szczególności o istotnej różnicy pomiędzy dwoma kolejno ustanowionymi przez władze krajowe systemami opłat, o nieobecności operatorów na rynku UMTS w momencie wprowadzenia spornej zmiany oraz o identyczności licencji trzech operatorów [69].

156. Stwierdzając, że wcześniejsze udzielenie licencji Orange i SFR było nieuniknione, Sąd ponownie oparł się na wyjątku wynikającym z charakteru i struktury wspólnotowych ram prawnych [70].

67 — Tego rodzaju podejście byłoby zresztą niezgodne z zasadą zgłaszania pomocy państwa przed jej przyznaniem.

68 — Zobacz pkt 123 zaskarżonego wyroku.

69 — Zobacz pkt 123 zaskarżonego wyroku.

70 — Jeśli chodzi o podstawę prawną tego wyjątku, odsyłam do pkt 108-117 niniejszej opinii.

157. Zaznaczam, że w pkt 123-126 zaskarżonego wyroku Sąd ograniczył się do wyjaśnienia, iż zastosowanie takich samych warunków miało charakter nieunikniony. Moim zdaniem, uzasadnienie Sądu zawarte w pkt 123-126 wyroku jest niewystarczające.

158. Zważywszy, że sam fakt wcześniejszego udzielenia licencji Orange i SFR mógł wpływać na relację konkurencyjną między Orange i SFR, z jednej strony, a przyszłymi oferentami z drugiej, stwierdzenie braku korzyści o charakterze selektywnym w oparciu o wyjątek uzasadniony charakterem i strukturą wspólnotowych ram prawnych powinno opierać się na dwóch elementach. Po pierwsze, wcześniejsze udzielenie licencji Orange i SFR, które nastąpiło w dniu 18 lipca 2001 r., powinno być nieuniknione ze względu na wspólnotowe ramy prawne (i). Po drugie, zastosowanie identycznych warunków licencji dla Orange, SFR i Bouygues Télécom, które miało miejsce w dniu 3 grudnia 2002 r., powinno wynikać z wymogów określonych we wspólnotowych ramach prawnych bez względu fakt, iż Orange i SFR uzyskały swoje licencje przed Bouygues Télécom (ii).

i) Nieunikniony charakter wcześniejszego udzielenia licencji Orange i SFR

159. Jak już wspomniałam powyżej, Sąd nie uzasadnił w pkt 123-126 zaskarżonego wyroku, dlaczego wcześniejsze udzielenie licencji Orange i SFR było nieuniknione. Jednakże Sąd wyjaśnił to w części zaskarżonego wyroku dotyczącej przestrzegania zasady niedyskryminacji [71].

160. Sąd przypomniał, że zgodnie z decyzją nr 128/1999 państwa członkowskie miały obowiązek podjąć wszelkie konieczne działania w celu skoordynowanego i stopniowego wprowadzenia na ich terytorium usług UMTS najpóźniej do dnia 1 stycznia 2002 r. [72]. Termin ten stanowił jeden z elementów wiążących wspólnotowych ram prawnych.

161. W ocenie Sądu, zorganizowanie nowego postępowania ab initio nie było możliwe przed upływem tego terminu [73]. Wnoszące odwołanie podważają ten fakt. Twierdzą one, iż zorganizowanie nowego postępowania ab initio było możliwe. W związku z powyższym należy przypomnieć, że, wziąwszy pod uwagę, iż postępowanie odwoławcze przed Trybunałem jest ograniczone do kwestii prawnych, ocena okoliczności faktycznych nie może być kwestionowana przez Sąd w ramach odwołania [74]. Ponieważ wnoszące odwołanie ograniczyły się do zakwestionowania oceny stanu

71 — Zobacz pkt 127-154 zaskarżonego wyroku. W tym kontekście stwierdzam, że podejście Sądu polegające na badaniu osobno kwestii istnienia korzyści o charakterze selektywnym w pkt 95-126 zaskarżonego wyroku i osobno zasady niedyskryminacji w pkt 127-154 zaskarżonego wyroku, wydaje mi się błędne. Istnienie bądź nieistnienie pomocy zależy bowiem od oceny, czy środki wydane przez władze francuskie wynikały ze wspólnotowych ram prawnych. Ponieważ zasada niedyskryminacji jest jednym z elementów owych wspólnotowych ram prawnych, Sąd powinien był przeprowadzić badanie z punktu widzenia zasady niedyskryminacji jako elementu wspólnotowych ram prawnych.

72 — Zobacz pkt 141 i 142 zaskarżonego wyroku.

73 — Zobacz pkt 141 zaskarżonego wyroku.

74 — Wyżej wymieniony w przypisie 24 wyrok Komisja przeciwko Brazzelli Lualdi i in.; K. Lenaerts, D. Arts,I. Maselis, op.cit. (zob. przypis 22), s. 453, pkt 16-003.

faktycznego dokonanej przez Sąd i nie zarzuciły mu naruszenia prawa przy ocenie okoliczności faktycznych, ten zarzut wnoszących odwołanie powinien zostać odrzucony jako niedopuszczalny.

162. Ponadto, wszczynając całe postępowanie ab initio, władze ryzykowałyby, że postawią pod znakiem zapytania udział w przetargu Orange i SFR, a więc i możliwość obecności tych dwóch oferentów na rynku UMTS od dnia 1 stycznia 2002 r. [75]

163. Zważywszy, że wspólnotowe ramy prawne nakazywały władzom francuskim umożliwić dostęp do rynku UMTS wystarczającej liczbie operatorów, a w razie niemożności — minimalnej liczbie operatorów od dnia 1 stycznia 2002 r., uważam, że Sąd słusznie wyciągnął wniosek, że rozpoczęcie postępowania ab initio nie byłoby rozwiązaniem zgodnym ze wspólnotowymi ramami prawnymi. Wręcz przeciwnie, wspólnotowe ramy prawne obligowały władze francuskie do udzielenia — jak to właśnie uczyniły — najpierw licencji Orange i SFR w celu zagwarantowania minimalnej liczby operatorów na rynku UMTS od dnia 1 stycznia 2002 r.

164. Stwierdzam zatem, po pierwsze, że wcześniejsze udzielenie licencji Orange i SFR z dniem 18 lipca 2001 r. było nieuniknioną konsekwencją wynikającą ze wspólnotowych ram prawnych.

ii) Nieunikniony charakter zastosowania identycznych warunków dla Orange, SFR i Bouygues Télécom w dniu 3 grudnia 2002 r.

165. Jak wspomniałam powyżej [76], nieuniknioną konsekwencją wynikającą z charakteru i struktury wspólnotowych ram prawnych powinno być nie tylko wcześniejsze udzielenie licencji Orange i SFR, lecz także powinna nią być decyzja władz francuskich z dnia 3 grudnia 2002 r. o zastosowaniu takich samych warunków do licencji Orange, SFR i Bouygues.

166. Wnoszące odwołanie twierdzą, iż władze francuskie powinny były zastosować inne warunki dla Orange i SFR i inne dla Bouygues Télécom. Należy zatem zbadać, czy zastosowanie takich samych warunków wynikało w sposób nieunikniony ze wspólnotowych ram prawnych, czy też wymagane było zróżnicowane traktowanie. Badanie w tym zakresie powinno się przeprowadzić w odniesieniu do momentu, w którym środek został przyjęty, dnia 3 grudnia 2002 r.

75 — Zobacz pkt 146 zaskarżonego wyroku.

76 — Zobacz pkt 156 niniejszej opinii.

167. Jak to stwierdził Sąd, władze francuskie miały obowiązek przestrzegania zasady niedyskryminacji [77]. Sąd przyjął również, że opłaty nałożone na różnych operatorów muszą być równoważne pod względem gospodarczym [78].

168. Przypominam, że władze francuskie miały obowiązek zapewnić sprawiedliwe warunki konkurencji pomiędzy operatorami na rynku UMTS [79]. Moim zdaniem, podstawowym warunkiem rozwoju skutecznej konkurencji na rynku jest zapewnienie sprawiedliwych warunków konkurencji pomiędzy poszczególnymi operatorami. Punktem wyjścia dla zagwarantowania sprawiedliwych warunków konkurencji pomiędzy operatorami działającymi na rynku w fazie wschodzącej jest w pierwszej kolejności zapewnienie warunków równych dla wszystkich operatorów. Zatem co do zasady należy traktować wszystkich operatorów na rynku w taki sam sposób, pod warunkiem że nie występują okoliczności uzasadniające zróżnicowane traktowanie.

169. Fakt, iż Orange i SFR otrzymały licencje przed Bouygues Télécom stanowi okoliczność, która może mieć wpływ na relację konkurencyjną pomiędzy przedsiębiorstwami. Zatem powinno się wziąć pod uwagę skutki tej okoliczności dla relacji konkurencyjnej między Orange i SFR, z jednej strony, a Bouygues, z drugiej.

77 — Zobacz pkt 123 zaskarżonego wyroku.

78 — Zobacz pkt 109 zaskarżonego wyroku i odwołanie do wyroku z dnia 22 maja 2003 r. w sprawie C-462/99 Connect Austria, Rec. s. I-5197, pkt 90.

79 — Zobacz art. 10 ust. 3 oraz art. 11 ust. 2 dyrektywy 97/13/WE.

170. Należy więc, po pierwsze, zbadać skutki tej okoliczności oraz jej uwzględnienie w modelu opłaty zastosowanym przez władze francuskie.

171. W tym kontekście zaznaczam przede wszystkim, że druga część tego modelu opłaty jest ustalana na podstawie obrotów uzyskanych dzięki licencji. Wcześniejszy dostęp Orange i SFR do rynku UMTS miałby zatem jakiś wpływ na wysokość ich opłat. Model opłat zastosowany przez władze francuskie do wszystkich operatorów uwzględniał więc możliwość wejścia na rynek przez Orange i SFR przed przyszłymi oferentami.

172. Prawdą jest, że w dniu 3 grudnia 2001 r., a więc w momencie, kiedy władze francuskie postanowiły zastosować nowy model opłat do wszystkich operatorów, żaden z operatorów nie był obecny na rynku. Jednakże zastosowanie nowego modelu opłaty nie musiało prowadzić do jednakowego, niezróżnicowanego potraktowania operatorów, ponieważ mogło uwzględniać zmiany powstałe po 3 grudnia 2001 r. Gdyby wcześniejsze udzielenie licencji miało wpływ na wcześniejsze wejście na rynek, nowy model opłat powinien brać pod uwagę jego skutki.

173. Następnie, jeśli chodzi o możliwość wejścia na rynek przed 3 grudnia 2002 r., jaką miały Orange i SFR, Sąd stwierdził występowanie trudności związanych z tech-

nologią UMTS oraz istnienie sytuacji gospodarczej mało sprzyjającej jej rozwojowi [80]. Fakt, iż Orange i SFR nie wykorzystały swoich licencji, nie wynikał więc z braku inicjatywy lub staranności tych operatorów.

174. Po drugie, co się tyczy innych podniesionych przez wnoszące odwołanie korzyści, Sąd stwierdził, że takie nie występowały albo, w każdym bądź razie, nie dotyczyły relacji konkurencyjnej pomiędzy operatorami na rynku UMTS [81].

175. Wnoszące odwołanie utrzymują, że Sąd odwrócił ciężar dowodu, akceptując najpierw istnienie potencjalnej przewagi czasowej, a następnie żądając od wnoszących odwołanie dostarczenia dowodów rzeczywistych konsekwencji tej przewagi.

176. Moim zdaniem, ten zarzut jest bezpodstawny. Przede wszystkim w kontekście zawartego w pkt 123-126 zaskarżonego wyroku uzasadnienia dodatkowego, opierającego się na wyjątku wynikającym z charakteru i struktury systemu, nie zostało stwierdzone istnienie korzyści w rozumieniu art. 87 ust. 1 WE [82]. Ponadto, chociaż istnieje ewidentny związek między wcześniejszym udzieleniem licencji a możliwością wcześniejszego wejścia na rynek, istnienie takiego związku nie jest jednak oczywiste w przypadku wcześniejszego udzielenia licencji i rzekomych korzyści podniesionych przez wnoszące odwołanie w pierwszej instancji, które zostały opisane w pkt 117-121 zaskarżonego wyroku. Moim zdaniem, wnoszące odwołanie powinny więc udowodnić, w jaki sposób wcześniejsze udzielenie licencji doprowadziło do rzekomych korzyści oraz jaki wpływ miały owe rzekome korzyści na relację konkurencyjną między, z jednej strony, Orange i SFR, a Bouygues Télécom z drugiej. Ostatecznie, to do strony skarżącej, jako autora skargi na decyzję Komisji, należy wykazanie, że wyciągnięty przez Komisję wniosek jest nieprawidłowy [83].

177. Podsumowując, stwierdzam, że nowy model opłaty uwzględniał potencjalny wpływ, jaki wcześniejsze udzielenie licencji mogło mieć na moment wejścia operatorów na rynek, oraz że inne skutki dla relacji konkurencyjnej pomiędzy operatorami nie zostały wykazane. Moim zdaniem, Sąd miał w związku z tym podstawy do stwierdzenia, iż nowy model opłat nie był dyskryminujący [84].

80 — Zobacz pkt 116 zaskarżonego wyroku.

81 — Zobacz pkt 117-126 zaskarżonego wyroku.

82 — Argument wnoszących odwołanie dotyczy błędnego rozumowania Sądu w pkt 113-122 zaskarżonego wyroku.

83 — Wyrok z dnia 10 maja 1990 r. w sprawie T-117/89 Sens przeciwko Komisji, Rec. s. II-185, pkt 20.

84 — Zobacz pkt 109 zaskarżonego wyroku i odwołanie do wyroku z dnia 22 maja 2003 r. w sprawie C-462/99 Connect Austria, Rec. s. I-5197, pkt 90.

c) Podsumowanie

178. Wcześniejsze udzielenie licencji Orange i SFR oraz zastosowanie nowego modelu opłat do Orange, SFR i Bouygues Télécom było więc nieuniknione. Jak to stwierdził Sąd [85], sposób działania władz francuskich był jedynym sposobem na wywiązanie się przez nie z ciążących na nich obowiązków wynikających ze wspólnotowych ram prawnych. Uważam zatem, że ustalenie Sądu odnoszące się do nieistnienia korzyści o charakterze selektywnym, związanej z wcześniejszym udzieleniem licencji, jest prawidłowe.

179. Proponuję zatem oddalić drugą część zarzutu czwartego, zmieniając częściowo uzasadnienie Sądu [86].

5. Zasada niedyskryminacji (część trzecia zarzutu czwartego)

180. W trzeciej części zarzutu czwartego wnoszące odwołanie zarzucają naruszenie prawa przy wprowadzaniu w życie zasady niedyskryminowania, związane ze stosowaniem art. 87 ust. 1 WE.

181. Według Orange, zarzut ten jest niedopuszczalny ze względu na fakt, iż wnoszące odwołanie ograniczyły się do powtórzenia tych samych argumentów, które podniosły w pierwszej instancji.

182. Prawdą jest, iż zarzut, który powtarza argumenty użyte już w postępowaniu w pierwszej instancji, może być niedopuszczalny [87]. Jednakże dotyczy to tylko sytuacji, gdy zarzut nie wymaga kontroli wyroku Sądu, lecz raczej ponownego rozpoznania sporu co do istoty [88]. W takim przypadku zarzut jest w rzeczywistości skierowany przeciwko aktowi prawnemu zaskarżonemu w pierwszej instancji, a nie przeciwko wyrokowi Sądu. Natomiast jeśli, jak w rozpoznawanej sprawie, wnosząca odwołanie utrzymuje, iż Sąd naruszył prawo utrzymując w mocy uzasadnienie Komisji, które było dotknięte tym samym błędem, taki zarzut jest skierowany przeciwko wyrokowi Sądu, a więc jest dopuszczalny [89].

183. Wnoszące odwołanie opierają tę część zarzutu w szczególności na zasadzie niedyskryminacji, na nienaruszalności warunków pierwszego przetargu oraz na art. 87 ust. 2 WE.

85 — Zobacz pkt 148 zaskarżonego wyroku.

86 — Zmiana uzasadnienia Sądu umożliwi także naprawienie skutków błędnego podejścia zastosowanego przez Sąd polegającego na badaniu osobno kwestii istnienia korzyści o charakterze selektywnym w pkt 95-126 zaskarżonego wyroku i osobno kwestii przestrzegania zasady niedyskryminacji w pkt 127-154 zaskarżonego wyroku, zob. przypis 73 niniejszej opinii.

87 — K. Lenaerts, D. Arts, I. Maselis, *Procedural Law of the European Union*, op.cit. (zob. przypis 22) s. 463, pkt 16-017.

88 — Postanowienie z dnia 23 maja 2007 r. w sprawie C-99/07 P Smanor i in. przeciwko Komisji, Zb.Orz., pkt 34-36.

89 — Postanowienie z dnia 11 listopada 2003 r. w sprawie C-488/01 P Martinez przeciwko Parlamentowi, Rec. s. I-13355, pkt 39-41.

184. Co się tyczy zasadności argumentu wywiedzionego na podstawie zasady niedyskryminacji, przypominam, że dyskryminacja polega na stosowaniu różnych zasad w porównywalnych sytuacjach lub też na stosowaniu tej samej zasady w różnych sytuacjach [90].

185. Wnoszące odwołanie utrzymują, że metoda zastosowana przez władze francuskie jest dyskryminująca. Twierdzą one, iż Orange i SFR jako oferenci wyłonieni w pierwszym przetargu oraz Bouygues Télécom jako oferent w drugim przetargu, nie znajdowały się w takiej samej sytuacji.

186. Należy więc zbadać, czy Orange i SFR, z jednej strony, oraz Bouygues Télécom, z drugiej strony, były w takiej samej sytuacji pod względem faktycznym i prawnym. Jak już wspomniałam powyżej [91], do wykazania dyskryminacji nie wystarczy powołać się na różnice pomiędzy obydwiema grupami. Ponieważ podstawą prawną omawianej zasady niedyskryminacji jest art. 11 ust. 2 dyrektywy 97/13/WE, istotne znaczenie dla sprawy ma ustalenie, czy okoliczności zarzucane przez wnoszące odwołanie były istotne w świetle celów tej dyrektywy oraz celów określonych we wspólnotowych ramach prawnych [92].

187. Przypominam, że częściowe zrzeczenie się wierzytelności przez państwo francuskie wobec Orange i SFR nastąpiło w związku z wymogami określonymi przez wspólnotowe ramy prawne [93]. W niniejszej części zarzutu należy więc zbadać jedynie, czy sposób działania władz francuskich polegający na niewszczęciu całego postępowania ab initio nie był dyskryminujący [94].

188. Wnoszące odwołanie twierdzą, że taki sposób działania był sprzeczny z zasadą nienaruszalności, oraz że zasada ta obligowała władze francuskie do zastosowania odmiennych warunków wobec oferentów w pierwszym i w drugim przetargu. Zasada nienaruszalności warunków pierwszego przetargu stawiała Orange i SFR w sytuacji prawnej odmiennej od sytuacji Bouygues Télécom.

189. W tym kontekście podkreślam po pierwsze, że — jak to stwierdził Sąd w zaskarżonym wyroku — ani w dyrektywie 97/13/WE, ani w decyzji nr 128/1999 nie ma mowy o zasadzie nienaruszalności [95]. Wręcz przeciwnie, wspólnotowe ramy prawne zawierają, moim zdaniem, elementy niedające się pogodzić z zasadą nienaruszalności.

90 — Zobacz orzecznictwo przytoczone w pkt 129 zaskarżonego wyroku, wyroki Trybunału z dnia 14 lutego 1995 r. w sprawie C-279/93 Schumacker, Rec. 1995, s. I-225, pkt 30 i z dnia 13 lutego 1996 r. w sprawie C-342/93 Gillespie i in., Rec. s. I-475, pkt 16.

91 — Zobacz pkt 123 niniejszej opinii.

92 — Zobacz pkt 123 niniejszej opinii.

93 — Zobacz pkt 104-128 niniejszej opinii.

94 — Jak już wspominałam powyżej (zob. przypis 73 niniejszej opinii), Sąd powinien był zbadać kwestię przestrzegania zasady niedyskryminacji w ramach badania kwestii istnienia korzyści o charakterze selektywnym. Jednakże wnoszące odwołanie nie zaskarżyły tego elementu wyroku.

95 — Zobacz pkt 135 zaskarżonego wyroku.

190. W zaskarżonym wyroku Sąd oparł swoje uzasadnienie na argumencie, że art. 8 ust. 4 dyrektywy 97/13/WE przewidywał możliwość zmiany warunków. Jak wskazuje art. 8 ust. 1 dyrektywy 97/13/WE, warunki, o których mowa w tym artykule, to warunki wymienione w pkt 2 i 4 załącznika do dyrektywy 97/13/WE. Mimo iż wysokość opłat nie jest wyraźnie wymieniona w tych punktach, zaznaczam, że w pkt 4.9 załącznika zawarte jest stwierdzenie, że wykaz warunków nie ma wpływu na jakiekolwiek inne warunki, które nie są specyficzne dla sektora telekomunikacji. Artykuł 8 ust. 1 dyrektywy 97/13/WE stanowi z kolei, że warunki powinny odnosić się tylko do sytuacji uzasadniających udzielenie licencji takiego rodzaju jak te, które zostały określone w art. 7 dyrektywy 97/13/WE. Stwierdzam, że warunki wyliczone w tym artykule nie nawiązują wyraźnie do wysokości opłat. W świetle tych przepisów uważam, że można wątpić o zasadności argumentu Sądu wywiedzionego z art. 8 ust. 4 dyrektywy 97/13.

191. Niemniej jednak nie ma to wpływu na wniosek Sądu o braku możliwości zastosowania zasady nienaruszalności. Nawet w przypadku gdyby art. 8 ust. 4 dyrektywy 97/13/WE nie dotyczył wysokości opłat, możliwym wydaje mi się wywiedzenie z przepisów dyrektywy 97/13/WE wniosku, że zmiana ex post wysokości opłat powinna być dopuszczalna.

192. Jak już wspomniałam powyżej [96], państwa członkowskie mają obowiązek udzielenia maksymalnej liczby licencji oraz są obowiązane do ogłoszenia przetargu w celu udzielenia dodatkowych licencji, jeżeli stwierdzą, że możliwe jest udzielenie dodatkowej licencji [97]. Artykuł 11 ust. 2 dyrektywy 97/13 przewiduje, że wysokość opłat powinna uwzględniać w szczególności konieczność wspierania rozwoju innowacyjnych usług oraz konkurencji. Na tej podstawie wnioskuję, iż państwo członkowskie może być zobowiązane — jak to miało miejsce w rozpoznawanej sprawie — do zweryfikowania wysokości opłaty w celu jej obniżenia, jeśli jest to konieczne, aby przyciągnąć większą liczbę oferentów. W takim przypadku powinno ono zbadać, czy zasada niedyskryminacji [98] oraz obowiązek zapewnienia sprawiedliwych warunków konkurencji [99] nakazują zmienić wysokość opłat dla licencji już udzielonych. Żaden przepis dyrektywy 97/13/WE nie wymaga rozpoczęcia ab initio udzielania wszystkich licencji w razie udzielenia licencji dodatkowej. Struktura systemu dyrektywy przewiduje więc, przynajmniej w sposób dorozumiany, zmianę wysokości opłat dla licencji już udzielonych.

193. Zatem argument wnoszących odwołanie oparty na nienaruszalności warunków licencji powinien zostać odrzucony. Zważywszy, że wspólnotowe ramy prawne nie zawierają zasady nienaruszalności, uważam, iż okoliczność, że Orange i SFR, z jednej strony, oraz Bouygues Télécom, z drugiej, uczestniczyły jako oferenci w dwóch kolejnych przetargach, nie powoduje znalezienia się przez nie w odmiennej sytuacji prawnej w rozumieniu

96 — Zobacz pkt 124 niniejszej opinii.

97 — Zobacz art. 10 ust. 4 dyrektywy 97/13.

98 — Zobacz art. 10 ust. 3 dyrektywy 97/13.

99 — Zobacz art. 10 akapit 3 WE.

zasady niedyskryminacji, o której mowa w art. 11 ust. 2 dyrektywy 97/13/WE.

194. W każdym razie stosowanie zasady nienaruszalności zakłada, według mnie, warunki licencji o wystarczająco nienaruszalnym charakterze. Tymczasem w rozpoznawanej sprawie władze francuskie zagwarantowały zmianę warunków licencji udzielonych Orange i SFR jeszcze przed ich udzieleniem Orange i SFR, a nawet przed upływem terminu, w którym Orange i SFR miały prawo wycofać swoje oferty [100]. Nawet w przypadku gdyby „zasada nienaruszalności" miała zastosowanie, warunki licencji udzielonych Orange i SFR, które zawierały zastrzeżenie o możliwości zmiany [101] nie wydają mi się wystarczająco nienaruszalne.

195. Podsumowując, uważam, że — wziąwszy pod uwagę cele określone we wspólnotowych ramach prawnych — sytuacja prawna Orange i SFR nie różniła się od sytuacji Bouygues Télécom. Metoda zastosowana przez władze francuskie nie była zatem sprzeczna z zasadą niedyskryminacji określoną w art. 11 ust. 2 dyrektywy 97/13/WE.

196. Ostatecznie należy odrzucić argument wnoszących odwołanie, zgodnie z którym w art. 87 ust. 2 WE nie ma mowy o respektowaniu celów określonych we wspólnotowych ramach prawnych odnoszących się do udzielania licencji na UMTS. Chodzi tu o zbadanie kwestii, czy istnieje korzyść o charakterze selektywnym w rozumieniu art. 87 ust. 1 WE, nie zaś kwestii zgodności pomocy ze wspólnym rynkiem w świetle art. 87 ust. 2 WE.

197. Proponuję zatem oddalić część trzecią zarzutu czwartego.

6. Jedność postępowań (część pierwsza zarzutu trzeciego)

198. W pierwszej części zarzutu trzeciego wnoszące odwołanie podnoszą błąd w kwalifikacji prawnej okoliczności faktycznych związanej z tym, że postępowania w sprawie udzielenia licencji UMCS stanowią jedną całość.

199. Komisja i Orange stoją na stanowisku, że ta część zarzutu jest niedopuszczalna. Prawdą jest, iż kwestia ustalenia, czy obydwa przetargi powinny być oceniane jako jedno postępowanie, czy jako dwa odrębne postępowania, może na pierwszy rzut oka jawić się jako ustalenie okoliczności faktycznej. Niemniej

100 — Zobacz pkt 132-137 niniejszej opinii.
101 — Zobacz pkt 137 niniejszej opinii.

jednak sądzę, iż pod aspektem faktycznym kryje się zagadnienie prawne. Jak już wspomniałam powyżej [102], błąd w kwalifikacji prawnej okoliczności faktycznych polega na błędnym zastosowaniu przepisu do ustaleń faktycznych. Naruszenie prawa może nie tylko polegać na nieprawidłowej wykładni przepisu prawnego, lecz także może mieć miejsce w sytuacji, gdy określona okoliczność faktyczna otrzymuje błędną kwalifikację prawną.

200. Ponieważ sporna norma to zasada niedyskryminacji, o której mowa w art. 11 ust. 3 dyrektywy 97/13/WE, zakazująca stosowania różnych zasad w porównywalnych sytuacjach lub stosowania tej samej zasady w różnych sytuacjach, wydaje mi się, że pytanie o to, czy chodziło o jedno postępowanie, czy dwa odrębne postępowania powinno być rzeczywistości interpretowane jako kwestia ustalenia, czy Orange i SFR jako oferenci uczestniczący w pierwszym przetargu oraz Bouygues Télécom jako oferent w drugim przetargu powinny być traktowane jako znajdujące się w takiej samej sytuacji w rozumieniu zasady o niedyskryminacji określonej w art. 11 ust. 3 dyrektywy 97/13/WE. Pytanie to stanowi kwestię prawną, a więc jest dopuszczalne.

201. Jeśli chodzi o zasadność tej kwestii, przypominam, że do wykazania dyskryminacji nie wystarczy powołać się na różnice pomiędzy obydwiema grupami. Konieczne jest, by okoliczności te były istotne ze względu na cele określone we wspólnotowych ramach prawnych [103]. Wziąwszy pod uwagę argumenty wspomniane przy okazji badania trzeciej części zarzutu czwartego, na które się powołuję [104], okoliczność, iż Orange i SFR uczestniczyły jako oferenci w pierwszym przetargu, a Bouygues Télécom w drugim przetargu, nie stawiała ich w odmiennej sytuacji w rozumieniu art. 11 ust. 3 dyrektywy 97/13/WE.

202. Proponuję zatem oddalić część pierwszą zarzutu trzeciego.

7. Podsumowanie

203. Podsumowując, proponuję oddalić w całości zarzuty trzeci i czwarty, zmieniając częściowo uzasadnienie Sądu.

B — *W przedmiocie zarzutu drugiego*

204. W postępowaniu w pierwszej instancji wnoszące odwołanie utrzymywały, że w skardze, którą wniosły do Komisji, wskazywały one poważne trudności i że Komisja

102 — Zobacz pkt 97 niniejszej opinii.

103 — Zobacz pkt 123 i 185 niniejszej opinii.

104 — Zobacz pkt 180-197 niniejszej opinii.

powinna była w związku z tym wszcząć formalne postępowanie wyjaśniające, o którym mowa w art. 88 ust. 3 WE [105].

205. Sąd zajął się tym zarzutem w punktach 86-93 zaskarżonego wyroku. Uznał on, że formalna część postępowania wyjaśniającego, o której mowa w art. 88 ust. 3 WE, jest nieodzowna w przypadku, gdy Komisja napotka poważne trudności w ocenie istnienia pomocy [106]. Następnie Sąd zbadał, czy argumenty przedstawione przez wnoszące odwołanie w stosunku do zaskarżonej decyzji dotyczyły poważnych trudności [107]. W ramach tego badania Sąd najpierw ocenił zasadność przedstawionych przez wnoszące odwołanie zarzutów dotyczących nieistnienia korzyści o charakterze selektywnym, a następnie stwierdził, że ocena w tym zakresie nie stwarzała dla Komisji poważnej trudności [108]. W dalszej kolejności Sąd zajął się analizowaniem, czy władze francuskie przestrzegały zasady niedyskryminacji. Uznał on, że to badanie nie stwarzało poważnych trudności [109].

206. Wnoszące odwołanie utrzymują, że postępując w ten sposób, Komisja pomyliła ocenę w zakresie poważnych trudności z oceną zasadności decyzji.

105 — Zobacz pkt 87 zaskarżonego wyroku.
106 — Zobacz pkt 89–91 zaskarżonego wyroku.
107 — Zobacz pkt 93 zaskarżonego wyroku.
108 — Zobacz pkt 126 zaskarżonego wyroku.
109 — Zobacz pkt 155 zaskarżonego wyroku.

207. W pierwszym rzędzie należy przypomnieć, że, zgodnie z orzecznictwem, Komisja może ograniczyć analizę środka wprowadzonego przez państwo do wstępnego postępowania wyjaśniającego, jeżeli po pierwszym badaniu dojdzie do przekonania, iż środek ten nie stanowi pomocy w rozumieniu art. 87 ust. 1 WE albo — w każdym bądź razie — jest on zgodny ze wspólnym rynkiem [110]. Jeśli natomiast to pierwsze badanie nie pozwoli Komisji przezwyciężyć wszystkich powstałych trudności, Komisja ma obowiązek wszczęcia formalnego postępowania wyjaśniającego [111].

208. Pojęcie poważnych trudności ma obiektywny charakter. Ustalenie w przedmiocie istnienia takich trudności powinno być dokonywane zarówno w świetle okoliczności wydania spornego środka państwowego, jak i jego treści [112]. Zatem do Komisji należy ustalenie na podstawie okoliczności faktycznych i prawnych każdej sprawy, czy trudności napotkane w trakcie badania zgodności środka przyjętego przez państwo wymagają wszczęcia formalnego postępowania [113]. O ile

110 — Wyroki Trybunału z dnia 2 kwietnia 1998 r. w sprawie C-367/95 P Komisja przeciwko Sytraval i Brink's France, Rec. s. I-1719, pkt 38 i 39; Sądu z dnia 12 lutego 2008 r. w sprawach połączonych T-289/03 BUPA i in. przeciwko Komisji, Zb.Orz. s. II-741, pkt 329; z dnia 1 grudnia 2004 r. w sprawie T-27/02 Kronofrance przeciwko Komisji, Zb.Orz. s. II-4177, pkt 52; z dnia 8 listopada 1990 r. w sprawie T-73/98 Barbi przeciwko Komisji, Rec. s. II-619, pkt 42. Na temat pogłębionej analizy relacji między wstępnym a formalnym postępowaniem wyjaśniającym, zob. pkt 17-19 opinii rzecznika generalnego G. Tesauro przedstawionej w dniu 31 marca 1993 r. w sprawie C-198/91 Cook przeciwko Komisji, Rec. s. I-2487 oraz pkt 37 i 38 opinii rzecznika generalnego W. Van Gervena przedstawionej w dniu 28 kwietnia 1993 r. do wyroku w sprawie C-225/91 Matra przeciwko Komisji (wyrok z dnia 15 czerwca 1993 r., Rec. s. I-3203).
111 — Wyroki z dnia 15 września 1998 r. w sprawie T-11/95 BP Chemicals przeciwko Komisji, Rec. s. II-3235, pkt 166; z dnia 18 września 1995 r. w sprawie T-49/93 SIDE przeciwko Komisji, Rec. s. II-2501, pkt 58 oraz z dnia 15 marca 2001 r. w sprawie T-73/98 Prayon-Rupel przeciwko Komisji, Rec. s. II-867, pkt 42.
112 — Wyżej wymieniony w przypisie 113 wyrok w sprawie Prayon-Rupel przeciwko Komisji, pkt 47.
113 — Wyżej wymieniony w przypisie 113 wyrok w sprawie Prayon-Rupel przeciwko Komisji, pkt 43.

Komisja jest związana, jeśli chodzi o decyzję o wszczęciu formalnego postępowania wyjaśniającego, o tyle dysponuje ona pewnym zakresem uznania w badaniu i ocenie okoliczności sprawy w celu ustalenia, czy stwarzają one poważne trudności [114].

209. Mimo iż Trybunał nie określił dokładnie, jakie okoliczności mogą wskazywać na istnienie poważnych trudności [115], zwracam jednak uwagę, że w orzecznictwie przyjęto następujące trzy rodzaje ich poszlak.

210. Poszlaka pierwszego typu może wynikać z treści dyskusji toczącej się między Komisją a państwem członkowskim na etapie wstępnego postępowania wyjaśniającego [116].

211. W związku z powyższym stwierdzam, że Sąd powoływał się na pisma dotyczące sprawy, w których Komisja wspomina o szczególnej złożoności [117]. Jednakże Sąd wyjaśnił, iż pisma te nie dotyczyły spornego środka, ale innych środków, w sprawie których zostało wszczęte formalne postępowanie wyjaśniające. Zatem nie była to poszlaka wskazująca na istnienie poważnych trudności. Stwierdzam, iż wnoszące odwołanie nie zakwestionowały powyższego ustalenia Sądu [118].

212. Drugi rodzaj poszlak jest związany z długością trwania wstępnego etapu postępowania wyjaśniającego w danej sprawie.

213. Jeżeli przekracza on okres, jakiego normalnie wymaga wstępne badanie, może to być oznaką poważnych trudności [119]. W punktach 158 i 160 zaskarżonego wyroku Sąd uznał, że, wziąwszy pod uwagę obłożenie pracą wynikające między innymi ze złożenia przez wnoszące odwołanie innych skarg, Komisja zmieściła się w rozsądnym terminie. Sąd stwierdził więc, przynajmniej w sposób dorozumiany, że czas, jaki upłynął, nie wskazywał na wystąpienie poważnych trudności. Powyższa analiza Sądu również nie była podważana przez wnoszącą odwołanie.

214. Trzeci typ poszlak, które mogą świadczyć o istnieniu poważnych trudności, stanowią oceny, na których Komisja oparła się w celu wydania decyzji po zakończeniu

114 — Wyżej wymieniony w przypisie 113 wyrok w sprawie Prayon-Rupel przeciwko Komisji, pkt 45.

115 — Zobacz pkt 43 opinii rzecznika generalnego S. Albera przedstawionej w dniu 18 maja 2000 r. w sprawie C-204/97 Portugalia przeciwko Komisji (wyrok z dnia 3 maja 2001 r., Rec. s. I-3175).

116 — Zobacz pkt 45 ww. w przypisie 111 opinii rzecznika generalnego W. Van Gervena z dnia 28 kwietnia 1993 r. do wyroku w sprawie Matra przeciwko Komisji; wyrok Sądu z dnia 10 maja 2000 r. w sprawie T-46/97 SIC przeciwko Komisji, Rec. s. II-2125, pkt 4.

117 — Zobacz pkt 157 zaskarżonego wyroku.

118 — W swoim odwołaniu wnoszące odwołanie powołują jedynie pkt 93, 94 126 i 155 zaskarżonego wyroku.

119 — Wyrok z dnia 20 marca 1984 r. w sprawie 84/82 Niemcy przeciwko Komisji, Rec. s. 1451, pkt 15-17; ww. w przypisie 118 wyrok w sprawie SIC przeciwko Komisji, pkt 102-107; ww. w przypisie 112 wyrok w sprawie Prayon-Rupel przeciwko Komisji, pkt 53-85); Opinia rzecznika generalnego S. Albera z dnia 18 maja 2000 r. w sprawie Portugalia przeciwko Komisji (ww. w przypisie 116, pkt 43).

etapu wstępnego. Oceny te mogą nastręczać trudności, których charakter uzasadnia wszczęcie formalnego postępowania wyjaśniającego [120].

215. Badanie tej wskazówki wymaga więc, moim zdaniem, wyodrębnienia najpierw ocen merytorycznych, na których opierała się Komisja, aby następnie sprawdzić, czy Komisja dysponowała informacjami niezbędnymi do sformułowania ocen, na których bazowała [121].

216. W świetle powyższych wywodów wydaje mi się raczej, że Sąd nie naruszył prawa działając w taki sposób, jak to uczynił w rozpoznawanej sprawie. Sądzę raczej, iż zastosowanie tej metody przez Sąd było oczywiste. Ponieważ do Komisji należy wybór podstaw, na jakich opiera decyzję, należy w pierwszym rzędzie wyodrębnić oceny, na których Komisja oparła swoją decyzję, zanim przejdzie się do badania, czy dysponowała ona dostateczną ilością informacji, żeby sformułować oceny istotne dla sprawy.

217. Jeśli chodzi o zarzut, że stwierdzenie to było jedynie formalne, nie uważam, by konieczne było szersze uzasadnienie, jeżeli analiza merytoryczna ocen dokonanych przez Komisję wykazuje, że miała ona do dyspozycji wszystkie niezbędne informacje.

218. Podsumowując, stwierdzam, że Sąd wziął pod uwagę trzy rodzaje poszlak, które mogą świadczyć o poważnych trudnościach i że żadna z nich nie wskazywała na występowanie poważnych trudności. Co się tyczy trzeciej powoływanej przez wnoszące odwołanie poszlaki, wydaje mi się, że metoda zastosowana przez Sąd pociągnęła za sobą naruszenia prawa.

219. Ponadto wnoszące odwołanie utrzymują, iż Sąd podważył częściowo sporną decyzję Komisji starając się samodzielnie sformułować złożone oceny zastępcze. Wskazywało to — ich zdaniem — na to, iż formalne postępowanie wyjaśniające było konieczne.

220. W związku z powyższym stwierdzam, po pierwsze, że to nie złożoność niezbędnych ocen nakazuje wszcząć formalne postępowanie wyjaśniające [122]. Wszczęcie formalnego postępowania wyjaśniającego jest konieczne tylko wtedy, gdy Komisja napotka poważne trudności w związku z ocenami, na których

120 — Wyżej wymieniony w przypisie 111 wyrok w sprawie Cook przeciwko Komisji, pkt 31; ww. w przypisie 116 wyrok w sprawie SIC przeciwko Komisji, pkt 74-85; ww. w przypisie 112 w sprawie Prayon-Rupel przeciwko Komisji, pkt 86-107; ww. w przypisie 116 opinia rzecznika generalnego S. Albera w sprawie Portugalia przeciwko Komisji, pkt 45-51).

121 — Zobacz sposób rozumowania Sądu w wyroku z dnia 13 stycznia 2004 r. w sprawie T-158/99 Thermenhotel Stoiser Franz i in. przeciwko Komisji, Rec. s. II-1.

122 — Wyżej wymieniony w przypisie 110 wyrok w sprawie BUPA i in., pkt 333.

opiera swoją decyzję. Zatem formalne postępowanie wyjaśniające konieczne jest jedynie w przypadku, gdy Komisja nie jest w stanie przezwyciężyć trudności na etapie badania wstępnego.

221. Po drugie, wnoszące odwołanie twierdzą, iż Sąd podważył uzasadnienie Komisji i zastąpił je własnym uzasadnieniem. Jeśli powyższe twierdzenie było uzasadnione, wskazywałoby to na naruszenie prawa, które samo przez się może doprowadzić do uchylenia wyroku Sądu. Sąd nie jest władny zastępować uzasadnienia Komisji swoim własnym uzasadnieniem [123]. Należy zatem zbadać zasadność tego zarzutu.

222. Przede wszystkim, jeśli chodzi o zarzut wnoszących odwołanie, że Sąd podważył tok rozumowania Komisji w sprawie wartości gospodarczej licencji, zaznaczam, iż ww. krytyka Sądu odnosi się do argumentów przedstawionych przez Komisję podczas rozprawy [124]. Tymczasem decyzja Komisji opierała się na niepewnym charakterze licencji [125], na nieuniknionym charakterze środków podjętych przez władze francuskie wynikającym z charakteru i struktury wspólnotowych ram prawnych [126], oraz na argumencie, że licencje nie powinny być zbywane po cenie rynkowej [127]. Podważenie argumentów dotyczących wartości gospodarczej licencji nie ma wpływu na uzasadnienie spornej decyzji.

223. Następnie wnoszące odwołanie podnoszą argument, iż Sąd, w pkt 113-121 zaskarżonego wyroku, zastąpił ocenę Komisji własną oceną, jeśli chodzi o brak wynikłej z wcześniejszego udzielenia licencji korzyści o charakterze selektywnym. W związku z powyższym stwierdzam, że zawarte w pkt 113-121 zaskarżonego wyroku uzasadnienie jest błędne. Zarówno zaś w świetle uzasadnienia dodatkowego Sądu, zawartego w pkt 123-125 zaskarżonego wyroku, jak i w świetle uzasadnienia Komisji w spornej decyzji [128], podstawą ustalenia braku korzyści o charakterze selektywnym jest argument, że zastosowanie takich samych warunków wobec wszystkich operatorów było nieuniknione ze względu na zasady określone we wspólnotowych ramach prawnych.

224. Ponadto jeśli chodzi o różnice pod względem stopnia ryzyka ponoszonego przez Orange i SFR, które odpowiedziały na pierwsze zaproszenie do składania ofert, w porównaniu z Bouygues Télécom, opisane w pkt 131 i 132 zaskarżonego wyroku, stanowią one argument podniesiony przez Sąd tytułem ewentualnym, ponieważ rozstrzygającym argumentem jest nieuniknikniony charakter częściowego umorzenia oraz zastosowania identycznych warunków z uwagi na strukturę wspólnotowych ram prawnych.

123 — K. Lenaerts, D. Arts, I. Maselis, op.cit. (zob. przypis 22), s. 456, pkt 16-005.

124 — Jak to wyraźnie stwierdził Sąd w pkt 105 zaskarżonego wyroku, zakwestionował on argumenty przedstawione przez Komisję na rozprawie. Sąd nie powołał się na uzasadnienie spornej decyzji.

125 — Zobacz pkt 27 spornej decyzji.

126 — Zobacz pkt 28 spornej decyzji.

127 — Zobacz pkt 29 spornej decyzji.

128 — Zobacz pkt 28 spornej decyzji.

225. Na koniec, w odniesieniu do analizy różnych opcji, jakie miały do wyboru władze francuskie, zaznaczam, że Komisja wzięła pod uwagę te opcje w szczególności w pkt 11, 12, 22, 23 i 26-28 spornej decyzji i że w związku z tym Sąd nie zastąpił uzasadnienia Komisji swoim własnym uzasadnieniem.

226. Z powyższych wywodów wynika, że zarzut zastąpienia przez Sąd uzasadnienia Komisji swym własnym jest bezpodstawny. Wnoszące odwołanie nie mogą więc opierać się na tym argumencie, aby utrzymywać, że Komisja napotkała poważne trudności.

227. Proponuję zatem oddalić zarzut drugi wnoszących odwołanie jako bezzasadny.

C — *W przedmiocie zarzutu pierwszego*

228. Według wnoszących odwołanie Sąd naruszył obowiązek uzasadnienia.

229. Należy przypomnieć, że uzasadnienie wyroku Sądu powinno przedstawiać w sposób jasny i jednoznaczny tok rozumowania w sposób pozwalający zainteresowanym poznać podstawy wydanego wyroku, a właściwemu sądowi dokonać jego kontroli [129].

230. Wnoszące odwołanie zarzucają, po pierwsze, że Sąd oparł się na wyjątku wynikającym z charakteru i struktury systemu, nie opisując wystarczająco tej struktury systemu. Jego opis systemu nie był dostatecznie dokładny i zawierał sprzeczności.

231. Wprawdzie uważam, że każdy wyjątek wynikający z charakteru i struktury systemu powinien być uzasadniony w sposób wyraźny, jednak w rozpoznawanej sprawie zarzut wnoszących odwołanie nie wydaje mi się zasadny.

232. Sąd opisał istotne elementy wspólnotowych ram prawnych oraz wynikające z nich dla władz francuskich obowiązki [130]. Ponieważ istnieje wiele celów określonych we wspólnotowych ramach prawnych (w szczególności

129 — Wyroki z dnia 20 lutego 1997 r. w sprawie C-166/95 P Komisja przeciwko Daffix, Rec. s. I-983, pkt 24; z dnia 7 maja 1998 r. w sprawie C-401/96 P Somaco przeciwko Komisji, Rec. s. I-2587, pkt 53; z dnia 13 grudnia 2001 r. w sprawie C-446/00 Cubero Vermurie przeciwko Komisji, Rec. s. I-10315, pkt 20; K. Lenaerts, D. Arts, I. Maselis, op.cit. (zob. przypis 22), s. 457, pkt 16-008.

130 — Zobacz w szczególności opis wspólnotowych ram prawnych w pkt 2-8 zaskarżonego wyroku, a także w pkt 108-112, 123-125 i 134-148 zaskarżonego wyroku.

znalezienie czterech operatorów, aby w wystarczającym stopniu zapewnić konkurencję [131], przestrzeganie zasady niedyskryminacji [132] oraz zasady wolnej konkurencji [133], a także dotrzymanie terminu wyznaczonego na dzień 1 stycznia 2002 r. [134]), fakt, iż Sąd nawiązał do różnych celów tego systemu nie czyni jego uzasadnienia wewnętrznie sprzecznym.

233. Po drugie, wnoszące odwołanie utrzymują, że Sąd niewystarczająco dokładnie przedstawił związek przyczynowo-skutkowy między charakterem i strukturą systemu a częściowym zrzeczeniem się wierzytelności wobec Orange i SFR.

234. W związku z powyższym stwierdzam, że, aby wyjaśnić nieunikniony charakter częściowego zrzeczenia się wierzytelności wobec Orange i SFR, wynikający z charakteru i struktury wspólnotowych uregulowań prawnych, nie było konieczne powoływanie wszystkich elementów wspólnotowych ram prawnych. W tych okolicznościach wystarczyło powołać się na zasadę równego traktowania operatorów przy ustalaniu opłat oraz na potrzebę rozwoju skutecznej konkurencji [135].

235. Po trzecie, mimo iż wnoszące odwołanie nie poddały wyraźnie krytyce faktu, że Sąd niewystarczająco dokładnie przedstawił związek przyczynowo-skutkowy między charakterem i strukturą systemu a wcześniejszym udzieleniem licencji Orange i SFR, celem wyczerpującego zbadania zagadnienia zajmę się także i tym zarzutem.

236. Prawdą jest, iż Sąd w pkt 123-125 zaskarżonego wyroku nie wyjaśnił, dlaczego wcześniejsze udzielenie licencji było nieuniknione [136]. Tym niemniej Sąd przedstawił to wyjaśnienie w pkt 139-142 zaskarżonego wyroku, gdzie powołał się na spoczywający na władzach francuskich obowiązek dotrzymania terminu wyznaczonego na dzień 1 stycznia 2002 r. Wnoszące odwołanie miały zatem możliwość poznania przyczyny nieuniknionego charakteru wcześniejszego udzielenia licencji, a Trybunał — możliwość przeprowadzenia kontroli sądowej. Zatem fakt, iż Sąd nie wskazał przyczyny nieuniknionego charakteru w pkt 139-142 zaskarżonego wyroku, nie stanowi więc istotnego naruszenia obowiązku uzasadnienia.

237. Moim zdaniem, zarzut pierwszy jest więc bezzasadny. Proponuję zatem go oddalić.

131 — Zobacz w szczególności pkt 134 zaskarżonego wyroku.
132 — Zobacz w szczególności pkt 108 zaskarżonego wyroku
133 — Zobacz w szczególności pkt 108 i 134 zaskarżonego wyroku.
134 — Zobacz w szczególności pkt 141 i 142 zaskarżonego wyroku.
135 — Zobacz pkt 106, 107 i 118-124 niniejszej opinii.

136 — Jak zostało wspomniane powyżej (zob. pkt 157 niniejszej opinii), Sąd ograniczył się w tych punktach do wyjaśnienia, dlaczego zastosowanie jednakowych warunków dla licencji Orange, SFR i Bouygues Télécom było nieuniknione.

D — *Podsumowanie*

238. Moim zdaniem, wszystkie zarzuty wnoszących odwołanie powinny zostać oddalone. Odwołanie należy oddalić w całości.

VII — W przedmiocie kosztów

239. Zgodnie z art. 69 § 2 regulaminu, mającym zastosowanie do postępowania odwoławczego na podstawie art. 118 regulaminu, kosztami zostaje obciążona, na żądanie strony przeciwnej, strona przegrywająca sprawę. Zgodnie z art. 69 § 4 akapit pierwszy państwa członkowskie, które wstąpiły do sprawy w charakterze interwenienta, pokrywają własne koszty.

240. Ponieważ Komisja, rząd francuski, Orange i SFR żądały obciążenia kosztami Bouygues i Bouygues Télécom, które przegrały sprawę, należy więc je obciążyć kosztami.

241. Republika Francuska pokrywa swoje własne koszty.

VIII — Wnioski

242. Z powyższych względów proponuję, aby Trybunał orzekł, co następuje:

1. oddalić odwołanie;

2. obciążyć kosztami wnoszące odwołanie;

3. Republika Francuska pokrywa swoje własne koszty.