ЗАКЛЮЧЕНИЕ НА ГЕНЕРАЛНИЯ АДВОКАТ Г-ЖА V. TRSTENJAK

представено на 8 октомври 2008 година [1]

Съдържание

I — Правна уредба . . . . . I - 2670

II — Обстоятелствата, предхождащи спора . . . . . I - 2673

А — Предоставянето на лицензии UMTS . . . . . I - 2673

Б — Процедурата пред Комисията и спорното решение . . . . . I - 2674

III — Производството пред Първоинстанционния съд и обжалваното решение . . . . I - 2675

IV — Искания в производството пред Съда . . . . . I - 2676

V — Жалбата на жалбоподателите и доводите на страните . . . . . I - 2678

А — По първото правното основание . . . . . I - 2678

Б — По второто правно основание . . . . . I - 2678

В — По третото правно основание . . . . . I - 2679

1. По първата част . . . . . I - 2680

2. По втората част . . . . . I - 2681

3. По третата част . . . . . I - 2681

Г — По четвъртото правно основание . . . . . I - 2682

1. По първата част . . . . . I - 2682

2. По втората част . . . . . I - 2683

3. По третата част . . . . . I - 2684

VI — Правни съображения . . . . . I - 2686

1 — Език на оригиналния текст: френски.

А — По третото и четвъртото правно основание . . . . . I - 2686

1. Съдържанието на писмото от 22 февруари 2001 г. (трета част от третото правно основание) . . . . . I - 2687

2. Частичният отказ от вземанията срещу Orange и SFR и изключението, изведено от структурата на системата (първа част от четвъртото правно основание) . . . . . I - 2689

а) Приложимост и правна основа на изключението, изведено от естеството и структурата на системата в настоящия случай . . . . . I - 2690

б) Приложение на изключението, основано на естеството и структурата на системата на общностната рамка . . . . . I - 2692

в) Обобщение . . . . . I - 2694

3. Несигурност на вземанията (втора част от третото правно основание) I - 2694

4. Селективно предимство във времето (втора част от четвъртото правно основание) . . . . . I - 2696

а) Понятието за предимство по смисъла на член 87, параграф 1 ЕО . . I - 2697

б) Доводът, основаващ се на изключението, изведено от естеството и структурата на общностната рамка . . . . . I - 2699

i) Неизбежност на по-ранното предоставяне на лицензиите на Orange и на SFR . . . . . I - 2700

ii) Неизбежност на прилагането на еднакви условия спрямо Orange, SFR и Bouygues Télécom на 3 декември 2002 г. . . . . I - 2701

в) Обобщение . . . . . I - 2704

5. Принципът на недопускане на дискриминация (трета част от четвъртото правно основание) . . . . . I - 2704

6. Наличие на една-единствена процедурата (първа част от третото правно основание) . . . . . I - 2707

7. Обобщение . . . . . I - 2708

Б — По второто правно основание . . . . . I - 2708

В — По първото правно основание . . . . . I - 2713

Г — Обобщение . . . . . I - 2715

VII — По съдебните разноски . . . . . I - 2715

VIII — Заключение . . . . . I - 2715

1. С жалбата си Bouygues SA и Bouygues Télécom SA (наричани по-нататък „жалбоподателите“) искат от Съда да отмени Решение от 4 юли 2007 г. по дело Bouygues и Bouygues Télécom/Комисия (T-475/04, наричано по-нататък „обжалваното решение“) [2], с което Първоинстанционният съд на Европейските общности [наричан по-нататък „Първоинстанционния съд“] отхвърля жалбата им за отмяна на Решение на Комисията от 20 юли 2004 г. (Държавна помощ NN 42/2004 — Франция, наричано по-нататък „спорното решение“) относно изменение с обратна сила на дължимите такси от Orange и SFR за лицензии Universal Mobile Telecommunications System (UMTS) [3].

I — Правна уредба

2. Съгласно член 87, параграф 1 ЕО:

„Освен когато е предвидено друго в настоящия договор, всяка помощ, предоставена от държава членка или чрез ресурси на държава членка, под каквато и да било форма, която нарушава или заплашва да наруши конкуренцията чрез поставяне в по-благоприятно положение на определени предприятия или производството на някои стоки, доколкото засяга търговията между държавите членки, е несъвместима с общия пазар.“

3. Член 88, параграф 3 ЕО гласи:

„Комисията следва да бъде информирана в разумен срок, който да ѝ даде възможност да представи своето становище по отношение на всякакви планове за предоставянето или изменението на помощта. Ако тя счита, че такъв план е несъвместим с Общия пазар, като се позовава на член 87, тя без забавяне започва процедурата, предвидена в параграф 2. Заинтересованата държава членка не може да започне прилагането на предложените мерки, докато тази процедура не доведе до постановяването на окончателно решение.“

4. Използването на радиоелектрическия спектър за предоставянето на услугите UMTS се урежда от Директива 97/13/ЕО на Европейския парламент и на Съвета от 10 април 1997 година относно общата рамка на генералните разрешителни и индивидуалните лицензии в областта на далекосъобщителните услуги [4] и Решение № 128/1999/ЕО на Европейския парламент и на Съвета от 14 декември 1998 година относно координирано въвеждане в Общността на система на мобилни и безжични комуникации (UMTS) от трето поколение [5].

2 — Сборник, стр. II-2097.
3 — ОВ C 275, 2005 г., стр. 3.
4 — ОВ L 117, стр. 15.
5 — ОВ L 17, 1999 г., стр. 1.

5. Член 3, параграф 3 от Директива 97/13 предвижда:

„Държавите членки следят далекосъобщителните услуги и/или мрежи да могат да се предоставят без разрешително или въз основа на генерално разрешително, евентуално допълвано от права и задължения, за които се изисква индивидуално оценяване на кандидатурите, за които следва да се предоставят една или няколко индивидуални лицензии. Държавите членки могат да издават индивидуални лицензии само ако получателят получава достъп до ограничен ресурс, физически или от друго естество, или ако има особени права или задължения в съответствие с разпоредбите на раздел III.“ [неофициален превод]

6. Текстът на член 8, параграф 4 от Директива 97/13 е следният:

„Държавите членки могат да изменят условията, свързани с индивидуална лицензия, при обективно оправдани случаи и по пропорционален начин. Когато правят това, държавите членки уведомяват по подходящ начин заинтересованите страни за намерението си и им дават възможност да изразят своите виждания по предлаганите изменения.“ [неофициален превод]

7. Член 9, параграф 2 от Директива 97/13 гласи:

„Когато държавата членка има намерение да предостави индивидуални лицензии:

— тя ги предоставя чрез открити, недискриминационни и прозрачни процедури и за тази цел прилага спрямо всички кандидати едни и същи процедури, освен ако не е налице обективна причина за различно третиране на кандидатите […]“ [неофициален превод]

8. Член 10, параграфи 1, 3 и 4 от Директива 97/13 гласи:

„1. Държавите членки могат да ограничават броя на индивидуалните лицензии за дадена, каквато и да е, категория далекосъобщителни услуги и за установяването и/или експлоатацията на далекосъобщителната инфраструктура, само доколкото е необходимо за гарантиране на ефикасното използване на радиочестотния спектър или за срока, необходим за предоставянето на достатъчен брой номера в съответствие с общностното право.

[…]

3. Държавите членки предоставят индивидуалните лицензии въз основа на обективни, недискриминационни, прозрачни, пропорционални и подробни критерии за подбор. При всеки подбор те надлежно вземат предвид необходимостта от улесняване развитието на конкуренцията и максимално увеличаване на ползите за потребителите. […]

4. Когато по своя собствена инициатива или вследствие на искане, отправено от предприятие, държава членка установи към момента на влизане в сила на настоящата директива или след това, че броят на индивидуалните лицензии може да бъде увеличен, тя взема необходимите мерки за публикуването и отправя покана за представяне на кандидатури за предоставянето на допълнителни лицензии.“ [неофициален превод]

9. Член 11, параграф 2 от Директива 97/13 предвижда:

„[…] при ограничен ресурс държавите членки могат да оправомощят националните си регулаторни органи да налагат такси, предвид необходимостта от осигуряване оптималното използване на този ресурс. Таксите са недискриминационни и отчитат по-специално необходимостта от развитие на иновационни услуги и на конкуренцията“. [неофициален превод]

10. Решение № 128/1999 има за цел съгласно член 1 от него „да улесни бързото и координирано въвеждане на съвместими UMTS мрежи и услуги в Общността“. Текстът на член 3, параграф 1 от това решение е следният:

„Държавите членки предприемат всички необходими мерки, за да позволят, съгласно член 1 от Директива 97/13/ЕО, координираното и прогресивно въвеждане на UMTS услугите на тяхна територия най-късно на 1 януари 2002 г.“ [неофициален превод]

11. По-долу при позоваване на „общностната рамка“ се имат предвид упоменатите по-горе разпоредби на Директива 97/13 и Решение № 128/1999, посочено по-горе като „общностната рамка“.

II — Обстоятелствата, предхождащи спора

А — *Предоставянето на лицензии UMTS*

12. С решение от 28 юли 2000 г. френските власти отправят покана за представяне на кандидатури за четири лицензии UMTS. Лицензиите трябва да са със срок 15 години. Таксата за лицензията трябва да възлиза на обща съвкупна стойност от 4,95 милиарда евро. Четирите лицензии трябва да се предоставят съгласно процедурата за „сравняване“ на предложенията. Този метод дава възможност на френските власти да изберат сред операторите, заявили готовност да платят 4,95 милиарда евро, онези от тях, които са поели най-значителни ангажименти с оглед на съвкупност от критерии като мащабност и бързина на разгръщане на мрежата, качество на предоставяните услуги и дейности за опазване на околната среда.

13. Крайният срок за подаване на кандидатурите е 31 януари 2001 г., като кандидатите могат да оттеглят кандидатурите си до 31 май 2001 г. На 31 януари 2001 г. са подадени само два комплекта документи за кандидатстване, а именно на Société française du radiotéléphone — SFR (наричано по-нататък „SFR“) и на дружеството France Télécom mobiles (което няколко месеца по-късно става дружеството Orange France, наричано по-нататък „Orange“). Останалите оператори се отказват от подаването на предложения, най-вече поради високия размер на таксите.

14. В резултат от това в прессъобщение от 31 януари 2001 г. (т.е. деня, в който изтича крайният срок за подаване на кандидатури), Органът за регулиране на далекосъобщенията (наричан по-нататък „ART“) посочва, че за да се насърчи развитието на истинска конкуренция, каквато е целта както на общностните, така и на френските разпоредби, е необходима втора покана за представяне на допълнителни кандидатури, за да се постигне целта за издаване на четири лицензии.

15. С оглед на това указание Orange и SFR обръщат внимание на министъра на икономиката и финансите и на държавния секретар по въпросите на индустрията на необходимостта от спазването на принципите на равенство на данъчнозадължените лица и на реалната конкуренцията между операторите при вземането на решения за условията по бъдещи лицензии.

16. С две идентични писма от 22 февруари 2001 г. министърът на икономиката и финансите и държавният секретар по въпросите на индустрията уверяват SFR и Orange, че правителството споделя тази двойна цел за спазване на принципите на равенство на данъчнозадължените лица и на реалната конкуренция между операторите и че правилата за отправяне на втората покана за представяне на кандидатури ще гарантират равно третиране на всички оператори, на които в крайна сметка ще бъде предоставена лицензия.

17. На 31 май 2001 г. ART съобщава, че Orange и SFR са одобрените кандидати в резултат от първата покана. АРТ предлага на правителството да отправи втората покана за представяне на кандидатури най-късно през първата половина на 2002 г., като уточнява, че в тази втора покана трябва да се отчете изискването за справедливи, най-вече финансови, условия по отношение на всички оператори.

18. На 18 юли 2001 г. първите две лицензии са предоставени на SFR и на Orange. Тези две лицензии се предоставят при условията, предвидени в първата покана за представяне на кандидатури [6].

19. Втората покана за представяне на кандидатури е отправена на 14 декември 2001 г. В нея ART посочва приемствеността между условията в нея и условията на първата покана за представяне на кандидатури, като целта на условията по втората покана за представяне на кандидатури е да се гарантира спазването на принципа на равенство между операторите. ART препоръчва и изменение на условията на лицензиите на кандидатите от първата процедура за представяне на кандидатури.

20. На 16 май 2002 г., когато изтича срокът за подаване на кандидатури по втората покана за представяне на кандидатури, комплект документи за кандидатстване е подало единствено Bouygues Télécom. На 27 септември 2002 г. ART решава да одобри неговата кандидатура. Поради липсата на кандидати четвъртата лицензия UMTS не е предоставена.

21. С постановления от 3 декември 2002 г. третата лицензия UMTS е предоставена на Bouygues Télécom, а условията по лицензиите на Orange и SFR са изравнени с тези по предоставената на Bouygues Télécom лицензия (наричано по-нататък „спорното изменение“). В резултат от това всички лицензии са със срок на действие от 20 години и такса, разпределена на части, първата от които в размер на 619 милиона евро, платима при издаването на лицензията, а втората — платима ежегодно за използването на честотите и изчислена като процент от оборота, реализиран във връзка с посочените честоти [7].

Б — *Процедурата пред Комисията и спорното решение*

22. На 4 октомври 2002 г. в Комисията постъпва оплакване срещу спорното изменение, подадено от жалбоподателите. В нея те поддържат, че спорното изменение представлява държавна помощ по смисъла на член 87 ЕО. Това оплакване е едно от няколкото подадени от жалбоподателите оплаквания срещу мерки на френската държава, предприети по отношение на France Télécom.

6 — Вж. точка 12 от настоящото заключение.

7 — Относно други промени в условията от техническо естество вж. точка 17 от спорното решение.

23. На 31 януари 2003 г. Комисията открива официална процедура по разследване във връзка с някои от тези мерки [8]. Спорното изменение не е сред тях. На 12 ноември 2003 г. жалбоподателите официално искат Комисията да се произнесе по оплакването им срещу спорното изменение. На 21 февруари жалбоподателите внасят в Първоинстанционния съд иск за установяване на неправомерно бездействие на Комисията поради непроизнасянето по оплакването. С определение от 14 февруари 2005 г. [9] Първоинстанционният съд отхвърля иска като недопустим.

24. В спорното решение в съответствие с член 88, параграф 3 ЕО Комисията решава да не повдига възражения срещу спорното изменение. Тя основава решението на съображението, че спорното изменение не представлява държавна помощ по смисъла на член 87, параграф 1 ЕО.

III — Производството пред Първоинстанционния съд и обжалваното решение

25. На 24 ноември 2004 г. жалбоподателите подават жалба за отмяна на спорното решение пред Първоинстанционния съд. Френската република, Orange и SFR са допуснати да встъпят в подкрепа на исканията на Комисията.

26. В подкрепа на жалбата си жалбоподателите сочат по-специално две правни основания, изведени съответно от обстоятелството, че спорното изменение представлявало държавна помощ по смисъла на член 87, параграф 1 ЕО, и от обстоятелството, че тъй като делото създавало сериозни затруднения, Комисията трябвало да открие фазата на официално разследване по смисъла на член 88, параграф 2 ЕО.

27. В обжалваното решение Първоинстанционният съд отхвърля жалбата на жалбоподателите.

28. Той потвърждава извода на Комисията относно липсата на селективно предимство, като се обосновава със следните мотиви.

29. На първо място Първоинстанционният съд разглежда дали мерките на френските власти предоставят селективно предимство на Orange и SFR [10]. Във връзка с това Първоинстанционният съд първо изследва дали частичният отказ на френ-

8 — Производство по член 88, параграф 2 ЕО.

9 — Определение от 14 февруари 2005 г. по дело Bouygues и Bouygues Télécom/Комисия (T-81/04).

10 — Вж. точки 95—126 от обжалваното решение.

ската държава от вземанията срещу Orange и SFR представлява селективно предимство [11]. Отговорът му е отрицателен поради несигурния характер на спорните вземания [12] и констатацията, че частичният отказ бил неизбежен поради естеството и структурата на системата [13].

30. По-нататък Първоинстанционният съд изследва дали по-ранното предоставяне на лицензиите на Orange и SFR представлява селективно предимство [14]. Отговорът на Първоинстанционния съд отново е отрицателен поради липсата на конкурентно предимство на Orange и SFR спрямо Bouygues Télécom [15] и необходимостта да не се допуска дискриминация между Orange и SFR, от една страна, и Bouygues Télécom, от друга, която би била в нарушение на Директива 97/13 [16].

31. На второ място Първоинстанционният съд разглежда оплакването на жалбоподателите, че френските власти не зачели принципа за недопускане на дискриминация [17]. Той отхвърля това оплакване [18].

32. Що се отнася до оплакването от процедурно естество, че Комисията е трябвало да открие официална фаза на разследване, Първоинстанционният съд счита, че делото не създавало сериозни затруднения, поради което не се налагало откриването на официалната фаза на разследване [19].

IV — Искания в производството пред Съда

33. Жалбоподателите молят Съда:

— да отмени обжалваното решение,

— при условията на евентуалност да върне делото на Първоинстанционния съд, който да се произнесе отново, като вземе предвид възприетото от Съда правно становище,

— да осъди Комисията да заплати всички съдебни разноски.

11 — Вж. точки 106—112 от обжалваното решение.
12 — Вж. точка 107 от обжалваното решение.
13 — Вж. точки 108—112 от обжалваното решение.
14 — Вж. точки 113—125 от обжалваното решение.
15 — Вж. точки 115—122 от обжалваното решение.
16 — Вж. точки 123—125 от обжалваното решение.
17 — Вж. точки 127—154 от обжалваното решение.
18 — Вж. точка 155 от обжалваното решение.
19 — Вж. точки 86—93, 126 и 155—160 от обжалваното решение.

34. Комисията моли Съда:

— да отхвърли жалбата като частично недопустима и частично неоснователна,

— да осъди жалбоподателите да заплатят всички съдебни разноски за производството.

35. Френската република моли Съда:

— да отхвърли жалбата,

— да осъди жалбоподателите да заплатят съдебните разноски.

36. Orange моли Съда:

— да отхвърли жалбата в нейната цялост,

— да осъди жалбоподателите да заплатят всички съдебни разноски по производството.

37. SFR моли Съда:

— да отхвърли жалбата в нейната цялост,

— да осъди жалбоподателите да заплатят всички съдебни разноски.

38. След приключване на писмената фаза на производството на 11 септември 2008 г. Съдът провежда заседание, в което се явяват жалбоподателите, Комисията, Френската република, Orange и SFR. По време на заседанието жалбоподателите, Комисията, Френската република, Orange и SFR допълват писмените си становища.

V — Жалбата на жалбоподателите и доводите на страните

39. Жалбоподателите основават жалбата си на четири правни основания.

А — *По първото правното основание*

40. В първото си правно основание жалбоподателите твърдят, че Първоинстанционният съд е допуснал нарушение на задължението за мотивиране.

41. Жалбоподателите считат, че Първоинстанционният съд не е мотивирал в достатъчна степен решението си, що се отнася до възражението, изведено от естеството и структурата на системата. Той не изяснил какви са естеството и структурата на системата, тъй като неговото изследване на системата не било достатъчно подробно и разностранно. Що се отнася до причинно-следствената връзка, Първоинстанционният съд не обяснил защо естеството и структурата на системата направили неизбежни, от една страна, отказа от вземанията срещу Orange и SFR, и от друга страна, по-ранното предоставяне на лицензиите на тези предприятия.

42. Комисията, френското правителство, Orange и SFR поддържат, че Първоинстанционният съд не е допуснал нарушение на задължението за мотивиране.

43. Първоинстанционният съд в достатъчна степен мотивирал каква е структурата на системата, както и причинно-следствената връзка между структурата на системата и, от една страна, отказа от вземането, и от друга страна, по-ранното предоставяне на лицензиите на Orange и на SFR.

Б — *По второто правно основание*

44. Във второто си правно основание жалбоподателите твърдят, че Първоинстанционният съд не е разграничил преценката за наличие на сериозно затруднение и тази на основателността на спорното решение. За да установи, че Комисията не е длъжна да открие официалната фаза на разследване, Първоинстанционният съд само добавил формално в края на разглеждането на основателността на всеки от доводите на страните, че такова разглеждане не създава сериозни затруднения.

45. Според жалбоподателите наличието на сериозни затруднения се потвърждавало от обстоятелството, че в обжалваното решение по редица сложни въпроси Първоинстанционният съд заместил със своята преценка тази на Комисията, като отчасти отрекъл съдържащият се в спорното решение анализ.

46. Комисията, френското правителство, Orange и SFR твърдят, че Първоинстанционният съд не е допуснал грешка при преценката относно сериозното затруднение.

47. Комисията и френското правителство първо отбелязват, че следваният от Първоинстанционния съд подход бил в съответствие с поредността в представянето на правните основания от самите жалбоподателите в жалбата им за отмяна до Първоинстанционния съд. Поради това изводът на Комисията е, че доводът относно твърдяното преобръщане в методиката трябвало да се отхвърли като недопустим.

48. По същество Комисията поддържа, че следваният от Първоинстанционния съд подход не е противоречив и не се отличава с липса на разграничение. Първоинстанционният съд приложил постоянната съдебна практика, според която при наличие на сериозни затруднения решението би могло да бъде отменено само по този единствен мотив, макар и да не е било установено, че съображенията по същество на Комисията са неправилни от правна или от фактическа страна. Orange и SFR приемат, че Първоинстанционният съд е провел разграничение между процесуалните права и основателността на спорното решение и е счел, че преценката по същество не разкрила наличието на сериозни затруднения.

49. Що се отнася до доводите, основаващи се на заместването на преценката, Комисията поддържа първо, че жалбоподателите се позовават на въпроси, които в основата си са фактически и следователно недопустими в производството по обжалване. Накрая, Комисията, френското правителство, Orange и SFR считат, че Първоинстанционният съд не е заместил преценката на Комисията със собствената си преценка. SFR и Orange считат, че направените от Първоинстанционния съд различни преценки целят единствено да отговорят на доводите, приведени от жалбоподателите в тяхната жалба. Според Комисията подобно заместване така или иначе не би се отразило на наличието на сериозни затруднения и на валидността на съдебното решение.

B — *По третото правно основание*

50. В третото си правно основание жалбоподателите твърдят, че Първоинстанционният съд е допуснал грешки в правната квалификация на фактите. Това правно основание се разделя на три части. С първата част се оспорва правната квалификация на Първоинстанционния съд относно съществуването на една-единствена процедура за предоставяне на лицензии UMTS, с втората част се оспорва преценката относно несигурния характер на вземанията, от които държавата прави отказ, а третата част се отнася до съдържанието на министерското писмо от 22 февруари 2001 г.

1. По първата част

51. В първата част от третото си правно основание жалбоподателите поддържат, че Първоинстанционният съд е допуснал грешка в правната квалификация на фактите, като е приел, че от гледна точка на принципа за недопускане на дискриминация двете последователни покани за представяне на кандидатури образуват една-единствена процедура и че равното третиране изисква изравняване на дължимите от Orange и от SFR такси с таксите, дължими от Bouygues Télécom.

52. Те считат, че член 11 от Директива 97/13 налага задължението ходът на разсъжденията да се определя единствено с оглед на материалните норми за организация на поканите за представяне на кандидатури. В това отношение те се позовават на разликите във финансовите условия, времето и кандидатите при двете покани за представяне на кандидатури.

53. Комисията, френското правителство, Orange и SFR предлагат тази част да се отхвърли.

54. Комисията счита, че квалификацията на двете покани за представяне на кандидатури като единна процедура или като две отделни процедури е без значение за извода, че тримата кандидати са били в сходно положение към момента на предоставяне на лицензиите. Първоинстанционният съд основал мотивите си на сравнение на фактическото положение, в което се намирали Orange, SFR и Bouygues Télécom. Ето защо тази част била израз на съображения за изчерпателност и не се отразявала на мотивите на Първоинстанционния съд. Освен това Първоинстанционният съд възпроизвел само една констатация на френските власти. Според Комисията и Orange тази фактическа констатация не можела да се разглежда в рамките на производство по обжалване.

55. Комисията и френското правителство считат, че двете покани за представяне на кандидатури трябва да се изследват общо, най-вече поради допълнителния характер на втората покана за представяне на кандидатури и приемствеността между нея и първата. Френското правителство и Orange считат, че член 11 от Директива 97/13 не подкрепя доводите на жалбоподателите.

56. SFR счита, че Първоинстанционният съд правилно е преценил равното третиране, като се е основал на условията на възникващия пазар на UMTS и е приел, че никой от операторите не е стъпил на пазара. Накрая, Комисията отбелязва, че в рамките на нова процедура, проведена отначало, на същите оператори са щели да бъдат издадени лицензии при еднакви условия.

2. По втората част

57. Във втората част от третото правно основание жалбоподателите поддържат, че Първоинстанционният съд е допуснал грешка в правната квалификация на фактите, като е определил вземанията на френската държава срещу Orange и SFR като несигурни.

58. В това отношение те твърдят, че тъй като изменението на условията на лицензиите на Orange и SFR е станало на 3 декември 2002 г., към този момент те вече са нямали възможност да оттеглят предложението си. Жалбоподателите считат, че при тези обстоятелства вземанията на френската държава срещу Orange и SFR не могат да се определят като несигурни.

59. Комисията, френското правителство, Orange и SFR считат, че вземанията са били несигурни. Те смятат, че с писмата от 22 февруари 2001 г., гарантиращи справедливо третиране, френските власти са направили отказ от вземанията в момента, когато Orange и SFR все още са можели да оттеглят предложението си. В отсъствието на тези писма, гарантиращи справедливо третиране, Orange и SFR вероятно щели да оттеглят офертата си.

60. Комисията, френското правителство и Orange считат, че при всички положения този мотив е изложен по съображения за изчерпателност. Според тях тъй като на първо място Първоинстанционният съд се е основал на неизбежността на отказа от вземане поради естеството и структурата на системата, евентуалното оспорване на довода, основан на констатацията, че вземанията са несигурни, следователно не би се отразило на извода на Първоинстанционния съд относно липсата на селективно предимство.

61. Orange добавя, че що се отнася до разрешенията за заемане на публичното пространство, възможността за оттегляне е продължавала да е налице след 31 май 2001 г., като се има предвид, че притежателите на лицензия са можели във всеки момент да се откажат от нея и следователно да преустановят заплащането на таксата.

3. По третата част

62. В третата част от третото правно основание жалбоподателите твърдят, че Първоинстанционният съд е допуснал грешка в правната квалификация на фактите, като е приел, че френските власти са гарантирали в писмото от 22 февруари 2001 г. равно третиране на Orange и на SFR. Те твърдят, че френските власти са гарантирали справедливо, а не равно третиране. Смисълът на двете понятия бил различен. Докато равното третиране изисквало еднакво третиране, справедливото третиране в случая изисквало разлика между условията по лицензиите, предоставени на Orange и SFR, от една страна, и условията по лицензията, предоставена на Bouygues Télécom, от друга страна.

63. Комисията, френското правителство, Orange и SFR считат, че жалбоподателите всъщност не изтъкват грешка в правната квалификация на фактите, а грешка, изразяваща се в тяхното изопачаване. Те смятат, че Първоинстанционният съд не е изопачил писмата от 22 февруари 2001 г. Комисията уточнява, че понятията справедливост и равенство са използвани като синоними в обжалваното решение. Тъй като също ги използва като синоними, Комисията смята, че тази част е недопустима, понеже жалбоподателите е трябвало да посочат това правно основание още в първоинстанционното производство.

Г — *По четвъртото правно основание*

64. Четвъртото правно основание в жалбата е изведено от нарушение на член 87 ЕО. То се разделя на три части. Първата се отнася до прилагането на изключението, изведено от естеството и структурата на системата, втората оспорва преценката за наличието предимство, а третата се отнася до прилагането на принципа за недопускане на дискриминация.

1. По първата част

65. В първата част от четвъртото правно основание жалбоподателите твърдят, че изключението, изведено от структурата на системата, предполага диференциацията да е вътрешноприсъща на системата, в която се вписва. В случая това не било така. Предпочетеното от френските власти разрешение не било неизбежно. Според жалбоподателите разглежданата структура на системата се дължи на търсенето на четирима оператори при условия, които да гарантират спазване на принципа за равенство. Това наложило избор между ново провеждане на процедурата по предоставяне на лицензии от самото начало при същите условия за всички кандидати, от една страна, и две последователни покани за представяне на кандидатури при различни условия, от друга страна.

66. Направеният от френските власти избор да организират две последователни процедури с покани за представяне на кандидатури и да установят финансово равенство между кандидатите по двете покани не бил неизбежен. Освен това този избор осигурил селективни предимства на Orange и на SFR, а именно поранното предоставяне на лицензиите и гаранция, че те ще бъдат сред избраните кандидати. Накрая, изведеното от структурата на системата изключение трябвало да се постигне, доколкото е възможно, с мерки от общ характер. Предпочетеното от френските власти разрешение обаче не било мярка от общ характер.

67. Комисията, френското правителство, Orange и SFR твърдят, че разглежданата структура на системата предполагала прилагането на различните критерии, възприети от общностната рамка за предоставянето на лицензиите UMTS, а именно изграждане на конкурентен пазар и спазване на определения срок — 1 януари 2002 г.

68. Предлаганото от жалбоподателите разрешение да се проведе цялата процедура по предоставяне отначало не можело да гарантира прилагането на тези критерии. Първо, то нямало да позволи да се спази срока, определен за 1 януари 2002 г. Второ, повторното провеждане на цялата процедура по предоставяне щяло да е свързано с опасността кандидатите от първата покана за представяне на кандидатури да променят стратегията си и да не подадат своите кандидатури. Така или иначе резултатът от повторното провеждане отначало нямало да бъде различен, тъй като единствените кандидати щели да са Orange, SFR и Bouygues Télécom, а условията по лицензиите, предоставени в рамките на повторно проведена отначало процедура, щели да бъдат еднакви с условията, получени в крайна сметка от кандидатите. Другото предложено от жалбоподателите разрешение да се отправят две различни покани за представяне на кандидатури, но при различни условия, нямало да е в съответствие с принципа за равенство.

69. Според Комисията гаранцията за Orange и SFR да бъдат избрани като кандидати се дължала на решението на Bouygues Télécom да не кандидатства в рамките на първата покана за представяне на кандидатури. В крайна сметка целите на общностната рамка за предоставянето на лицензиите UMTS не можели да се постигнат с мерки от общ характер.

70. Според Orange тази част е недопустима, доколкото цели да се направи нова преценка на посочените в първоинстанционното производство правни основания.

2. По втората част

71. Във втората част от четвъртото правно основание жалбоподателите твърдят, че Първоинстанционният съд е допуснал грешка при прилагане на правото при прилагането на член 87 ЕО по отношение на преценката, че липсва времево предимство поради по-ранното предоставяне на лицензиите на Orange и на SFR. Според жалбоподателите Първоинстанционният съд не можел най-напред да установи наличието на потенциално времево предимство за Orange и за SFR поради по-ранното предоставяне на лицензиите, а след това да стигне до извода за липсата на помощ, основавайки се на довода, че Orange и SFR на практика не са се възползвали от това предимство.

72. В това отношение жалбоподателите първо твърдят, че наличието на потенциално предимство е достатъчно условие, за да се установи наличието на помощ. Тъй като понятието за помощ е обективно, Първоинстанционният съд не трябвало да взема предвид при преценката си субективни елементи, свързани с поведението на операторите на пазара или с реалното въздействие на помощите върху пазара. Обстоятелството, че няма промяна в икономическото положение на Orange и SFR като предприятия, ползващи се от предимството, било без значение с оглед установяването на наличие на помощ. Първоинстанционният съд трябвало единствено да вземе предвид, че Orange и SFR са се ползвали от реално и непосредствено предимство поради по-ранното предоставяне на лицензиите.

73. Освен това Първоинстанционният съд обърнал доказателствената тежест, като изискал жалбоподателите да докажат последиците от действителното предимство. След като било установено наличието на времево предимство, ползващите се от него трябвало да докажат, че то не е намерило конкретно изражение в действителни преимущества.

74. Накрая, Първоинстанционният съд допуснал грешка при прилагане на правото, като отчел, че на пазара не присъства нито един оператор, тъй като член 87 ЕО се прилагал в случай на потенциална конкуренция.

75. Комисията, френското правителство, Orange и SFR поддържат, че Първоинстанционният съд не е допуснал грешка. Жалбоподателите не правели разлика между изследването относно наличието на селективно предимство и изследването на критерия за нарушаване на конкуренцията. Предимството трябвало да е действително. Френското правителство счита, че Комисията можела да вземе предвид хода на събитията след датата на изследваната мярка.

76. Комисията, френското правителство, Orange и SFR считат, че Първоинстанционният съд не е допуснал грешка при прилагане на правото, като е преценил, че двамата оператори не са извлекли изгода от по-ранното предоставяне на лицензиите, тъй като не са били на пазара. Според Комисията и Orange Първоинстанционният съд правилно е установил, че поради забавянето на технологията UMTS по-ранното предоставяне на лицензиите не представлява технологично предимство. Orange и SFR приемат, че Първоинстанционният съд е установил в рамките на правото си на контрол, че в случая Orange и SFR не са се възползвали от потенциалното предимство.

77. Комисията добавя, че доводът, основаващ се на грешка в понятието за конкуренция, е неотносим, тъй като жалбоподателите не правели разлика между проблема за определянето на пазара и проблема за достъпа до пазара. Достъпът до пазара бил критерият, който в случая трябвало да се вземе предвид.

78. Що се отнася до обръщането на доказателствената тежест, Комисията счита, че Първоинстанционният съд е констатирал само на теория наличието на действително предимство, поради което жалбоподателите следвало да докажат наличието на предимството. Според Комисията, френското правителство и Orange авторът на жалбата срещу решение на Комисията следва да докаже, че нейните констатации са неоснователни.

3. По третата част

79. В третата част от четвъртото правно основание жалбоподателите твърдят, че Първоинстанционният съд е допуснал грешка при прилагане на правото във връзка с прилагането на принципа за

недопускане на дискриминация. Те твърдят, че тъй като Orange и SFR, от една страна, и Bouygues Télécom, от друга, не са в едно и също положение, еднаквото им третиране от френските власти е нарушило принципа за недопускане на дискриминация.

80. В това отношение жалбоподателите се позовават на принципа за неизменност на критериите за предоставяне, които не допускали изменение на размера на таксите. Освен това съобразяването с посочените от в Директива 97/13 цели не попадало сред изчерпателно изброените изключения от член 87, параграф 2 ЕО.

81. Жалбоподателите добавят, че френските власти са имали достатъчно време да проведат отново процедурата отначало преди настъпването на крайния срок, 1 януари 2002 г.

82. Обратно, според Комисията, френското правителство, Orange и SFR Първоинстанционният съд не е направил грешка при прилагане на принципа за недопускане на дискриминация.

83. Orange твърди, че тази част от правното основание е недопустима, поради това че жалбоподателите единствено повтарят същите доводи като в първоинстанционното производство.

84. Комисията и Orange изтъкват, че тримата притежатели на лицензиите UMTS фактически се оказват в едно и също положение, тъй като Orange и SFR на практика не са се възползвали от поранното предоставяне на лицензиите. Френското правителство и SFR считат, че в контекста на една-единствена процедура за подбор, макар и организирана на няколко етапа, принципът на недопускане на дискриминация трябва да се прилага, като двете покани за представяне на кандидатури се разглеждат като едно цяло.

85. Според Комисията приложимите процесуални правила в областта на обществените поръчки и концесиите не намират приложение. Що се отнася до законосъобразността на изменението на условията по лицензиите, предоставени при първата покана за представяне на кандидатури, Комисията отбелязва, че принципът за неизменност не фигурира нито в Директива 97/13, нито в някоя от останалите приложими разпоредби на общностното право. При всички положения според Orange този принцип не може да постави под съмнение спазването на принципа за недопускане на дискриминация. Според Комисията, SFR и Orange възможността да се променят условията за предоставяне е изрично предвидена в Директива 97/13.

86. Накрая, Комисията твърди, че когато държавата действа като регулатор на пазара, обстоятелството, че държавна мярка подобрява положението на дадено

предприятие, само по себе си не води автоматично до наличието на помощ. В такъв случай, първо, следвало да се провери дали някое предприятия има предимство, и второ, дали положението на двете предприятия е сравнимо от гледна точка на преследваната със съответната мярка цел.

87. Що се отнася до довода, основаващ се на член 87, параграф 2 ЕО, Комисията и Orange подчертават, че жалбоподателите не правят разлика между наличието и съвместимостта на помощта с общия пазар.

88. Що се отнася до довода, че властите са имали време да проведат повторно цялата процедура отначало преди настъпването на крайния срок, 1 януари 2002 г., френското правителство счита, че става дума за преценка на факти, недопустима на етапа на обжалването. Така или иначе властите не разполагали с необходимото време за повторното провеждане на цялата процедура отначало.

VI — Правни съображения

89. С третото и четвъртото си правно основание жалбоподателите оспорват извода на Първоинстанционния съд относно липсата на държавна помощ. Най-напред ще разгледам тези правни основания (А), след това второто правно основание относно наличието на сериозни затруднения (Б) и накрая първото правно основание относно грешката в мотивите (В).

А — *По третото и четвъртото правно основание*

90. С третото и четвъртото правно основание жалбоподателите оспорват извода на Първоинстанционния съд относно липсата на елемент на държавна помощ в спорното изменение. Отбелязвам, че жалбоподателите класират доводите си в третото и четвъртото правно основание в зависимост от видовете грешки, които сочат, а не следвайки мотивите на Първоинстанционния съд. Мисля, че разглеждането на отделните части от третото и от четвъртото правно основание, което следва подреждането на мотивите на обжалваното решение [20], ще улесни анализа на основателността на тези правни основания.

91. Най-напред ще анализирам третата част от третото правно основание, която се отнася до фактически елемент по делото, а именно фактическата преценка на писмото на френските власти от 22 февруари 2001 г. (1).

92. След това ще разгледам частите, насочени срещу частта от решението, в която Първоинстанционният съд приема, че

20 — Вж. описанието в точки 27—32 от настоящото заключение.

частичният отказ на френската държава от вземанията срещу SFR и Orange не представлява селективно предимство [21], т.е. първата част от четвъртото правно основание относно довода, основаващ се на структурата на системата (2), и втората част от третото правно основание относно довода, основаващ се на несигурния характер на вземанията (3).

93. По-нататък ще направя преценка на втората част от четвъртото правно основание, насочена срещу извода на Първоинстанционния съд, че потенциалното времево предимство, дължащо се на поранното предоставяне на лицензиите, не съставлява селективно предимство (4).

94. Накрая ще разгледам частите, насочени срещу частта от обжалваното решение на Първоинстанционния съд, отнасяща се до принципа за недопускане на дискриминация, т.е. първата част от третото правно основание (5) и третата част от четвъртото правно основание (6).

1. Съдържанието на писмото от 22 февруари 2001 г. (трета част от третото правно основание)

95. Третата част от третото правно основание е насочена срещу точка 107 от обжалваното решение. В точка 107 от обжалваното решение Първоинстанционният съд установява, че в писмата от 22 февруари 2001 г. френските власти дават уверения на кандидатите по първата покана за представяне на кандидатури, а именно Orange и SFR, че ще бъдат третирани наравно с кандидатите по втората покана за представяне на кандидатури.

96. Според жалбоподателите тази констатация представлява изопачаване на съдържанието на писмата от 22 февруари 2001 г. Писмата от 22 февруари 2001 г. съдържали гаранция за „справедливо“ третиране между кандидатите в рамките на първата покана за представяне на кандидатури и на втората покана за представяне на кандидатури. Първоинстанционният съд обаче преценил съдържанието на тези писма като гаранция за „еднакво“ третиране на тези две групи кандидати.

97. Най-напред следва да се отбележи, че за разлика от названието на третото правно основание, жалбоподателите не изтъкват грешка в правната квалификация на фактите. Грешката в правната квалификация на фактите се състои в погрешно прилагане на правната норма към фактите [22].

21 — Вж. точки 95—126 от обжалваното решение.

22 — Вж. точка 3 от заключението на генералния адвокат Van Gerven, представено на 26 юни 1991 г. по дело Costacurta/Комисия (Решение от 21 ноември 1991 г., C-145/90P, Recueil, стр. I-5449); *Lenaerts*, K., D.Arts, I. Maselis.Procedural Law of the European Union. 2.ed.London 2006, p. 457, 16-007.

98. Това, което жалбоподателите твърдят, обаче е грешка на Първоинстанционния съд при преценката на съдържанието на писмата от 22 февруари 2001 г. Следователно става дума за грешка в преценката на фактите от Първоинстанционния съд, а не за грешка в правната квалификация на фактите. В рамките на производството по обжалване, което се ограничава до правни въпроси, жалбоподателите не могат да оспорват фактическите преценки на Първоинстанционния съд, освен ако твърдят, че той явно е изопачил фактите [23]. Твърдението на жалбоподателите, че писмата от 22 февруари 2001 г. всъщност имат различно съдържание от това, което приема Първоинстанционният съд, представлява такова твърдение.

99. Грешка, която е могла да бъде, но не е била обект на критика в първоинстанционното производство, е недопустима в рамките на обжалването [24]. Тъй като обаче не изглежда жалбоподателите да установяват допусната още от Комисията и повторена от Първоинстанционния съд грешка, а по-скоро допусната само от Първоинстанционния съд грешка, според мен това твърдение не е недопустимо.

100. Ето защо според мен тази част е допустима.

101. За сметка на това тази част от правното основание е неоснователна. Обратно на твърденията им, Първоинстанционният съд не приема, че френските власти уверяват кандидатите по първата покана за представяне на кандидатури, че ще бъдат третирани „еднакво“ с кандидатите по втората покана за представяне на кандидатури.

102. След като в точка 107 от обжалваното решение Първоинстанционният съд споменава „равно[то] третиране“, той се позовава на точка 14 от обжалваното решение, в която описва съдържанието на писмата от 22 февруари 2001 г. Както приема в точка 14 от обжалваното решение, френските власти гарантират с тези писма справедливо третиране на кандидатите в рамките на първата покана за представяне на кандидатури и кандидатите в рамките на втората покана за представяне на кандидатури, както и спазване на принципа за равенство на данъчнозадължените лица и принципа за реалната конкуренция между операторите [25]. Тъй като френските власти изглежда са използвали в тези писма понятията „равно“ и „справедливо“ като синоними, само по себе си обстоятелството, че Първоинстанционният съд е използвал понятието „равно третиране“, за да опише съдържанието на тези писма, не представлява изопачаване на фактите.

103. Жалбоподателите не посочват никакъв друг довод, на който би могло да се основе твърдението им, че Първоинстанционният съд е изопачил съдържанието на писмата от 22 февруари 2001 г., като ги тълкува като гаранция за еднакво третиране. Ето защо предлагам третата

23 — Решение на Съда от 1 юни 1994 г. по дело Комисия/Brazzelli Lualdi и др. (C-136/92 P, Recueil, стр. I-1981, точка 49), Решение на Съда от 2 март 1994 г. по дело Hilti/Комисия (C-53/92 P, Recueil, стр. I-667, точка 42); *Lenaerts*, K., D. Arts, I. Maselis, op.cit. (вж. бележка под линия 22), p. 455, 16-005.

24 — *Lenaerts*, K., D. Arts, I. Maselis, op. cit. (вж. бележка под линия 22), p. 457, 16-006.

25 — Вж. точка 14 от обжалваното решение.

част от третото правно основание да се отхвърли като неоснователна.

2. Частичният отказ от вземанията срещу Orange и SFR и изключението, изведено от структурата на системата (първа част от четвъртото правно основание)

104. В подкрепа на твърдението, че частичният отказ на френската държава от вземанията срещу Orange и SFR не е представлявал селективно предимство, Първоинстанционният съд се позовава на изключение, изведено от естеството и структурата на системата [26]. В това отношение Първоинстанционният съд приема по-специално, че общностната рамка почива на равното третиране на операторите при предоставянето на лицензиите, както и при определянето на евентуалните такси, но оставя на държавите членки свобода при избора на процедурата по предоставяне на лицензии, стига да са били спазени принципите на свободната конкуренция и на равното третиране [27]. По-нататък, Първоинстанционният съд отбелязва, че прилагането на понятието за недискриминационни такси по член 11, параграф 2 от Директива 97/13 трябва да отчита момента на влизане на пазара на всеки от заинтересуваните оператори [28]. Накрая, той приема, че не е налице елемент на помощ, щом като правилата относно предоставяне на лицензиите се прилагат еднакво за всички заинтересувани оператори [29]. Той стига до извода, че отказът на държавата от ресурси и възможността от това да се получи предимство за ползващите се от намаляването на таксата лица не са достатъчни, за да характеризират наличието на държавна помощ, тъй като отказът от вземанията е неизбежен [30].

105. Според жалбоподателите Първоинстанционният съд не е изяснил в достатъчна степен защо отказът е вътрешноприсъщ за общностната рамка.

106. Най-напред ще отбележа, че в частта от решението, срещу която е насочена настоящата част [31] от правното основание, Първоинстанционният съд (само) разглежда въпроса дали частичният отказ на френската държава от вземанията срещу Orange и SFR трябва да се счита за селективно предимство. Изводът му относно неизбежността поради естеството и структурата на системата, направен в точка 111 от обжалваното решение, следователно се ограничава до неизбежността на частичния отказ от вземанията срещу Orange и SFR [32]. Ето защо при това положение следва единствено да се разгледа обосноваността на мотивите на Първоинстанционния съд относно неизбежния частичен отказ, изведени от изключението относно естеството и структурата на системата.

107. Първоинстанционният съд основава заключението си на изключението, изведено от естеството и структурата на системата. Прилагането на това изключение, развито и прилагано в областта на нацио-

26 — Вж. точки 108—112 от обжалваното решение.
27 — Вж. точка 108 от обжалваното решение.
28 — Вж. точки 109 и 110 от обжалваното решение.
29 — Вж. точка 110 от обжалваното решение.
30 — Вж. точка 111 от обжалваното решение.
31 — Вж. точки 108—111 от обжалваното решение.
32 — Той не се отнася до неизбежността на останалите предимства, за които твърдят жалбоподателите, например твърдяното предимство във времето поради по-ранното предоставяне на лицензиите или пък твърдяното предимство поради гарантиран избор.

налните системи за държавни вземания, в случая следва да бъде накратко обсъдено, що се отнася до правната основа на такова изключение (а). След това ще се спра на прилагането на това изключение от Първоинстанционния съд (б).

а) Приложимост и правна основа на изключението, изведено от естеството и структурата на системата в настоящия случай

108. Преди да основе извода си относно липсата на селективно предимство на изключението, изведено от естеството и структурата на системата, Първоинстанционният съд се позовава на Решение по дело Италия/Комисия [33], Решение по дело Испания/Комисия [34] и Решение по дело AEM и AEM Torino [35]. Както е посочено в тези решения, изключението, изведено от естеството и структурата на системата, е развито от съдебната практика в областта на националните системи на държавните вземания [36]. Според тази съдебна практика различното третиране на предприятия не е селективно предимство по смисъла на член 87, параграф 1 ЕО, ако разликата е вътрешноприсъща на естеството и структурата на националната система за държавни вземания [37], или с други думи, ако произтича от логиката на тази национална система за държавни вземания [38].

109. От теоретична гледна точка това изключение може да се приравни на въпроса дали въпроното различно третиране представлява специфично предимство [39]. Друго тълкуване определя изключението, изведено от естеството и структурата на системата като прилагане на „rule of reason“ в областта на националните системи на държавните вземания [40].

110. Независимо от теоретичната категоризация, ще отбележа, че определящият въпрос за прилагането на изключението, изведено от естеството и структурата на системата, е дали разглежданото различно третиране е вътрешноприсъщо на вътрешната логика на националната система за държавни вземания. Прилагането в случая на това изключение, когато не става въпрос нито за различно третиране поради логиката в система за държавни вземания, нито за различие, произтичащо от национална система, следователно далеч не е очевидно.

33 — Решение от 2 юли 1974 г. по дело Италия/Комисия (173/73, Recueil, стр. 709, точка 33).

34 — Решение от 26 септември 2002 г.по дело Испания/Комисия (C-351/98, Recueil, стр. I-8031, точка 42).

35 — Решение от 14 април 2005 г. по дело AEM и AEM Torino (C-128/03 и C-129/03, Recueil, стр. I-2861, точка 39).

36 — За първи път Съдът приема наличието на това изключение в Решение по дело Италия/Комисия (посочено по-горе в бележка под линия 33, точка 33).

37 — Решение по дело Италия/Комисия (посочено по-горе в бележка под линия 33, точка 33), Решение от 5 октомври 1999 г. по дело Франция/Комисия (C-251/97, Recueil, стр. I-6639, точка 36), Решение от 17 юни 1999 г. по дело Белгия/Комисия (C-75/97, Recueil, стр. I-3671, точка 33).

38 — Решение на Първоинстанционния съд от 6 март 2002 г. по дело Diputación Foral de Ávala/Комисия (T-92/00 и T-103/00, Recueil, стр. II-1385, точка 60).

39 — Вж. по-специално Решение от 10 януари 2006 г. по дело Cassa di Risparmio di Firenze и др. (C-222/04, Recueil, стр. I-289, точки 137 и 138), Решение от 15 декември 2005 г. по дело Unicredito Italiano (C-148/04, Recueil, стр. I-11137, точка 51), Решение от 22 юни 2006 г. по дело Белгия и Forum 187/Комисия (C-182/03 и C-217/03, Recueil, стр. I-5479, точка 119) и Решение от 15 декември 2005 г. по дело Италия/Комисия (C-66/02, Recueil, стр. I-10901, точки 94—102). Следва все пак да се отбележи, че в някои решения селективният характер на дадена мярка и изключението, изведено от естеството и структурата на системата, се разглеждат поотделно: вж. Решение на Съда от 22 ноември 2001 г. по дело Ferring (C-53/00, Recueil, стр. I-9067, точки 17 и 18) и Решение на Първоинстанционния съд от 10 април 2008 г. по дело Нидерландия/Комисия (T-233/04, Сборник, стр. II-591, точки 97—99), както и точки 315—319 от заключението на генералния адвокатLéger от 9 февруари 2006 г. по дело Белгия и Forum 187/Комисия, посочено по-горе.

40 — Вж. *Heidenhain*.Handbuch des Europäischen Beihilfenrecht. München 2003, p. 163.

111. Действително в Решение по дело AEM и AEM Torino Съдът счита, че вътрешната логика на националната система за държавни вземания може да се повлияе от норми на общностното право. В това решение той приема, че диференциацията в националната система за държавни вземания, целяща да компенсира предимството, произтекло за някои предприятия от транспонирането на директива, се корени в естеството и структурата на тази национална система за държавни вземания [41]. Все пак, дори предвид този аспект на Решение по дело AEM и AEM Torino, не считам, че изключението, изведено от естеството и структурата на системата за държавни вземания, както е утвърдено от съдебната практика, може да се приложи пряко в настоящия случай.

112. Предвид спецификата на настоящия случай според мен не е необходимо това изключение да се прилага по аналогия.

113. Според практиката на Съда член 87, параграф 1 ЕО се отнася до решенията на държавите членки, с които те с оглед на преследваните присъщи им икономически и социални цели предоставят чрез едностранни и самостоятелни решения ресурси на предприятията или на други правни субекти или им осигуряват предимства, предназначени да способстват за осъществяването на поставените икономически или социални цели [42].

114. Тъй като член 87, параграф 1 ЕО не се прилага за мерките на европейския законодател [43], за да могат определени предимства да се квалифицират като помощи по смисъла на член 87, параграф 1 ЕО, тези мерки трябва по-специално да могат да се вменят в отговорност на държавата [44]. Мярка на държава членка, наложена от общностното право, следователно не може да се квалифицира като държавна помощ по смисъла на член 87, параграф 1 ЕО. Всъщност с това законовият акт на европейския законодател би бил подложен на контрол по член 87, параграф 1 ЕО [45].

115. Съгласно член 10 ЕО държавите членки са задължени да прилагат нормите на общностното право. По-специално член 249, параграф 3 ЕО гласи, че директивата е акт, който обвързва по отношение на постигането на даден резултат от държавите членки, до които е адресиран, а член 249, параграф 4 ЕО — че решението е акт, който е задължителен в своята цялост за адресатите, които посочва.

116. Ето защо следва да се провери дали с частичния отказ от вземанията срещу Orange и SFR френските власти само са изпълнявали задълженията си, произтичащи от общностната рамка и следова-

41 — Вж. точки 39—43 от Решение по дело AEM и AEM Torino (посочено по-горе в бележка под линия 35).

42 — Решение на Съда от 27 март 1980 г. по дело Denkavit italiana (61/79, Recueil, стр. 1205, точка 31) и Решение на Първоинстанционния съд от 5 април 2006 г. по дело Deutsche Bahn/Комисия (T-351/02, Recueil, стр. II-1047, точка 100).

43 — Решение от 13 октомври 1982 г. по дело Norddeutsches Vieh- und Fleischkontor Will и др. (213/81—215/81, Recueil, стр. 3583, точка 22); *Heidenhain*, op. cit. (вж. бележка под линия 40), p. 23.

44 — Вж. Решение от 16 май 2002 г. по дело Франция/Комисия (C-482/99, Recueil, стр. I-4397, точка 24 и цитираната съдебна практика) и Решение по дело Deutsche Bahn/Комисия (посочено по-горе в бележка под линия 42, точка 100).

45 — Първоинстанционният съд прилага сходен подход в своето Решение по дело Deutsche Bahn/Комисия (посочено по-горе в бележка под линия 42, точки 100—105).

телно от член 10 ЕО и член 249, параграфи 3 и 4 ЕО. Това би означавало, че тази мярка не може да се вмени в отговорност на френската държава, а всъщност произтича от европейски законодателен акт, поради което не попада под действието на член 87, параграф 1 ЕО.

117. В заключение считам, че макар изключението, изведено от естеството и структурата на националната система на държавни вземания, да не намира приложение в настоящия случай, изключение, основано на неизбежността на национална мярка поради естеството и структурата на системата на общностната рамка, в настоящия случай може да е приложимо.

б) Приложение на изключението, основано на естеството и структурата на системата на общностната рамка

118. Според жалбоподателите Първоинстанционният съд не е изяснил защо частичният отказ от вземанията срещу Orange и SFR е бил неизбежен.

119. Най-напред считам, че е полезно да се напомни, че в разглежданата част от обжалваното решение Първоинстанционният съд е разгледал само въпроса дали частичният отказ от вземанията срещу Orange и SFR е бил неизбежен [46].

120. След като вземат решение за провеждането на т.нар. процедура на „сравнително“ [47] разглеждане на предложенията, на 31 януари 2001 г. френските власти установяват, че първата покана за представяне на кандидатури е отчасти безрезултатна. Те си дават сметка, че присъствието на пазара само на двама оператори не е достатъчно да гарантира развитието на истинска конкуренция и че отсъствието на кандидати се дължи на високия размер на таксите.

121. Предвид задължението на държавите членки да предоставят максимален брой лицензии, за да гарантират развитието на конкуренцията на пазара на UMTS, в съответствие с член 10, параграф 4 от Директива 97/13 френските власти не могат да приемат предоставянето на две лицензии UMTS на Orange и на SFR, а се налага да привлекат други оператори, като предложат по-изгодни условия по лицензиите, по-специално що се отнася до размера на таксите.

122. При наличието на това задължение френските власти трябва да разгледат какво ще бъде въздействието от понижаването на размера на таксите за бъдещите

46 — Вж. точка 106 от настоящото заключение.

47 — Първоинстанционният съд приема, че общностната рамка не задължава френските власти да използват публичен търг, вж. точка 108 от обжалваното решение.

кандидати върху условията по предоставените на Orange и SFR лицензии. Както приема Първоинстанционният съд в обжалваното решение [48], според член 11, параграф 2 от Директива 97/13 властите са били длъжни да спазват принципа за недопускане на дискриминация. Ето защо френските власти са били длъжни да направят частичен отказ от вземанията срещу Orange и SFR, доколкото той е бил необходим, за да се спази принципът за недопускане на дискриминация между Orange и SFR и бъдещите кандидати.

123. Както приема Първоинстанционният съд, дискриминация е налице при прилагането на различни правила към сходни положения или при прилагането на едно и също правило към различни положения [49]. Преценката на тези две положения в зависимост от това дали са сходни или не по смисъла на принципа за недопускане на дискриминация обаче зависи именно от целите на разглежданата общностна рамка [50].

124. Важна цел на общностната рамка е необходимостта да се стимулира развитието на конкуренцията в съответствие с член 11, параграф 2 от Директива 97/13. В икономиката обаче запазването на конкуренцията и недопускането на дискриминация са тясно свързани [51].

125. Елементарно условие за развитието на ефективна конкуренция на пазара е осигуряването на справедливи условия за конкуренция между различните оператори. Промяната в условията по лицензиите на Orange и SFR следователно е била наложена от член 11, параграф 2 от Директива 97/13, доколкото прилагането на първоначалните условия от първата покана за представяне на кандидатури за лицензиите на Orange и SFR не е могло да гарантира справедливи условия за конкуренция между Orange и SFR, от една страна, и бъдещите кандидати, от друга.

126. Според мен отправна точка за гарантиране на справедливи условия за конкуренция между операторите на възникващ пазар е най-напред да се гарантират еднакви условия за всички оператори.

48 — Точка 108 от обжалваното решение.

49 — Точка 129 от обжалваното решение.

50 — *Herny*, R. Principe d'égalité et principe de non-discrimination dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes.LGDJ 2003, p. 357, приема, че положенията са сходни или различни сами по себе си, а само в зависимост от предмета и целта на нормата. Вж. също Решение от 13 февруари 2003 г. по дело Испания/Комисия (C-409/00, Recueil, стр. I-1487, точка 47), Решение от 8 ноември 2001 г. по дело Adria-Wien Pipeline и Wietersdorfer & Peggauer Zementwerke (C-143/99, Recueil, стр. I-8365, точки 41 и 42) и Решение от 3 март 2005 г. по дело Heiser (C-172/03, Recueil, стр. I-1627, точка 40). Вярно е, че тези решения се отнасят до тълкуването на член 87, параграф 1 ЕО. Все пак считам, че въз основа на тази съдебна практика може да се направи извод, че преценката дали две положения са сходни или се различават трябва да се прави при отчитане на целите на общностната рамка.

51 — *Herny*, R., op. cit.(вж. бележка под линия 50),p. 263.

В това отношение ще отбележа — както установява Първоинстанционният съд [52] — че съотношението между размера на таксите, изисквани от Orange и SFR в рамките на първата покана за представяне на кандидатури, и размера, който според френските власти могъл да привлече допълнителни кандидати, е 8:1. За мен е очевидно [53], че намаляване на размера на вземанията, предвиден първоначално за кандидатите по първата покана за представяне на кандидатури, е било необходимо, за да се гарантират справедливи условия за конкуренция между Orange и SFR, от една страна, и бъдещите кандидати, от друга страна [54].

в) Обобщение

127. От изложените съображения е видно, че в точка 111 от обжалваното решение Първоинстанционният съд с основание е могъл да приеме, че частичният отказ от вземанията срещу Orange и SFR е бил неизбежен. Тъй като тези съображения са били очевидни и вече са били обсъдени в рамките на процедурата пред Комисията, според мен Първоинстанционният съд не е пропуснал да обясни защо отказът от вземанията срещу Orange и SFR е бил неизбежен.

128. Ето защо предлагам първата част от четвъртото правно основание да се отхвърли, като се заменят мотивите на Първоинстанционния съд относно правната основа на изключението, изведено от естеството и структурата на системата.

3. Несигурност на вземанията (втора част от третото правно основание)

129. В точка 107 от обжалваното решение Първоинстанционният съд установява, че вземането на държавата не е сигурно, тъй като до 31 май 2001 г. кандидатите все още имат възможност да оттеглят кандидатурите си и впоследствие да се откажат от ползване на своята лицензия и да преустановят плащането на таксата.

130. Жалбоподателите оспорват тази преценка. Според тях на 3 декември 2002 г. френската държава е направила частичен отказ от вземанията срещу Orange и SFR. Към този момент Orange и SFR вече не можели да оттеглят кандидатурите си.

131. Според мен настоящата част не може да произведе желания ефект. Частта от правното основание не може да произведе желания ефект, ако не може да постави под въпрос оспорвания извод [55]. Първоинстанционният съд основава преценката си, че частичният отказ не представлява селективно предимство, на два довода — от една страна, на несигурния характер на вземa-

52 — Точка 145 от обжалваното решение.

53 — Впрочем не изглежда жалбоподателите по принцип да поставят под въпрос в жалбата си възможността за частичен отказ на френските власти от вземанията срещу Orange и SFR. Според тях една от възможностите на френските власти била да проведат повторно процедурата отначало, което щяло да доведе до еднакви условия за всички одобрени кандидати в рамките на тази нова процедура. Жалбоподателите обаче са недоволни от начина на действие на френските власти, който осигурява на Orange и SFR предимство, изразяващо се в поранното предоставяне на лицензиите и в гаранцията, че ще бъдат избрани.

54 — Както споменах по-горе (вж. точки 106 и 119 от настоящото заключение), това изследване се ограничава до въпроса дали частичният отказ от вземанията срещу Orange и SFR е бил неизбежен. Друг въпрос е да се оцени начинът на действие на френските власти, които отправят две последователни покани за представяне на кандидатури и прилагат с обратна сила еднакви условия спрямо кандидатите по двете покани за представяне на кандидатури. Този въпрос ще бъде разгледан по-нататък (вж. точки 144—179 от настоящото заключение).

55 — Решение от 12 юли 2001 г. по дело Комисия и Франция/TF1 (C-302/99 P и C-308/99 P, Recueil, стр. I-5603, точки 26—29); *Lenaerts*, K., D. Arts, I. Maselis, op. cit. (вж. бележка под линия 21), p. 465, 16-019.

ният, и от друга страна, на изключението, изведено от естеството и структурата на системата. Като се има предвид, че първата част от четвъртото правно основание, насочена срещу мотивите на Първоинстанционния съд, основаващи се на изключението, изведено от естеството и структурата на системата, трябва да се отхвърли [56], сам по себе си този мотив е достатъчен да обоснове извода на Първоинстанционния съд. Недостатъците, които биха могли да опорочат мотивите, основаващи се на несигурния характер на вземанията, във всички случаи не оказват влияние върху диспозитива на обжалваното решение. Ето защо настоящата част от правното основание не може да произведе желания ефект.

132. Що се отнася до основателността на настоящата част, считам, че най-напред следва да се разграничат етапът между 31 януари 2001 г. и 31 май 2001 г., от една страна, и спорното изменение от 3 декември 2002 г., от друга страна.

133. На 31 януари 2001 г. френските власти установяват, че двама кандидати са подали кандидатури и че това няма да е достатъчно, за да се гарантира ефективна конкуренция на пазара на UMTS. Затова те съобщават, че ще се наложи отправянето на втора покана за представяне на кандидатури. След това съобщение Orange и SFR се обръщат към френските власти и искат спазване на принципа за равенство на данъчнозадължените лица и за ефективна конкуренция между операторите.

134. Към този момент Orange и SFR все още могат да оттеглят кандидатурите си. Както установява Комисията, възможността Orange и SFR да приемат условията по първата покана за представяне на кандидатури, ако условията по втората покана за представяне на кандидатури са много по-благоприятни, е по-скоро теоретична [57].

135. Предвид тези обстоятелства считам, че вземанията на френската държава срещу Orange и SFR с основание могат да се определят като несигурни, поне от момента, в който френските власти съобщават за намерението си да отправят втора покана за представяне на кандидатури при явно по-благоприятни условия.

136. При тези обстоятелства по изрично искане на Orange и на SFR френските власти гарантират справедливо третиране с кандидатите по втората покана за представяне на кандидатури. Като се основат на тази гаранция, Orange и SFR могат да допуснат по принцип, че условията по техните лицензии ще бъдат променени, доколкото това е необходимо, за да се гарантира справедливо третиране. Ето защо преди 31 май 2001 г. е ясно, че условията по предоставените на Orange и на SFR лицензии съдържат уговорка за изменение. Тъй като френските власти съобщават, че размерът на таксите ще бъде значително по-нисък за кандидатите по втората покана за представяне на кандидатури, още тази уговорка за изменение съдържа гаранцията за частичен отказ от вземанията срещу Orange и SFR.

56 — Вж. точки 104—128 от настоящото заключение.

57 — Точка 27 от спорното решение.

Това именно установява Комисията в спорното решение [58], като приема, че „изравняването с обратна сила произтича имплицитно още от условията, уговорени в лицензиите от първата вълна“. При това положение не смятам, че е възможно вземанията срещу Orange и SFR да бъдат определени като реални и безспорни.

137. В заключение вземанията срещу Orange и SFR следователно трябва да се считат за несигурни, преди в писмата от 22 февруари 2001 г. да бъде гарантирано справедливо третиране. След тези писма е ясно, че условията по предоставените на Orange и на SFR лицензии съдържат уговорка за частичен отказ. Предвид тези обстоятелства фактът, че на 3 декември 2002 г. Orange и SFR вече не могат да оттеглят предложенията си, следователно не поставя под съмнение извода на Първоинстанционния съд в точка 107 от обжалваното решение, че става дума за частичен отказ от несигурни вземания.

138. Ето защо предлагам втората част от третото правно основание да се отхвърли, тъй като не може да произведе действие, а при условията на евентуалност да се отхвърли като неоснователна.

4. Селективно предимство във времето (втора част от четвъртото правно основание)

139. В точки 113—122 от обжалваното решение Първоинстанционният съд изследва дали по-ранното предоставяне на лицензии на Orange и на SFR е осигурило селективно предимство във времето на тези предприятия спрямо Bouygues Télécom. След като определя по-ранното предоставяне на лицензии като потенциално предимство [59], Първоинстанционният съд установява, че Orange и SFR [60] не са се ползвали от него, и в точка 122 от обжалваното решение заключава, че по-ранното предоставяне на лицензиите на Orange и на SFR не представлява конкурентно предимство в ущърб на Bouygues Télécom.

140. В точки 123—126 от обжалваното решение Първоинстанционният съд добавя, че при всички положения виртуално предоставеното на Orange и SFR предимство е единственият начин на действие в съответствие с изискванията на общностната рамка.

141. Във втората част от четвъртото правно основание жалбоподателите поддържат, че Първоинстанционният съд е допуснал грешка при прилагане на правото относно понятието за помощ по смисъла на член 87, параграф 1 ЕО. След като в точка 113 от обжалваното решение Първоинстанционният съд установява наличието на потенциално предимство, това било достатъчно, за да е налице помощ по смисъла на член 87, параграф 1 ЕО.

58 — Вж. точка 27 от спорното решение.

59 — Вж. точки 113—115 от обжалваното решение.

60 — Вж. точки 115—121 от обжалваното решение.

142. Най-напред, тази част от правното основание според мен не може да произведе ефект [61]. Първоинстанционният съд основава извода си, че твърдяното предимство във времето не представлява селективно предимство, от една страна, в точки 113—122 от обжалваното решение, на преценката, че Orange и SFR не са се ползвали от предимството, и от друга страна, в точки 123—125 от обжалваното решение, на констатацията, че при всички положения предоставянето на твърдяното предимство във времето е единственият начин на действие в съответствие с изискванията на общностната рамка. Жалбоподателите изглежда не оспорват довода на Първоинстанционния съд, официално изложен при условията на евентуалност в точки 123—125 от обжалваното решение. Ето защо настоящата част на правното основание според мен не може да произведе ефект, тъй като недостатъците, които биха могли да опорочат мотивите в точки 113—122 от обжалваното решение, не оказват влияние върху мотивите, изложени при условията на евентуалност в точки 123—125 от него, а следователно и върху извода на Първоинстанционния съд.

143. Що се отнася до основателността на настоящата част от правното основание, най-напред ще разгледам прилагането на понятието за предимство по смисъла на член 87, параграф 1 ЕО в точки 113—122 от обжалваното решение (а). След това ще преценя дали оспореният извод може да бъде обоснован с изложените при условията на евентуалност в точки 123—125 от обжалваното решение мотиви, които се основават на изключението, изведено от естеството и структурата на общностната рамка (б).

а) Понятието за предимство по смисъла на член 87, параграф 1 ЕО

144. В обжалваното решение Първоинстанционният съд най-напред констатира, че по-ранното предоставяне на лицензиите на Orange и на SFR, с около година и половина, по принцип може да им е осигурило селективно предимство спрямо Bouygues Télécom [62]. След това той стига до извода, че Orange и SFR не са се ползвали от това потенциално предимство [63] и че към датата на обжалваното решение Комисията е била в състояние да установи, че Orange и SFR не са се възползвали от предимството във времето, каквото е било по-ранното предоставяне на лицензиите им, и следователно Комисията е могла да приеме, че Orange и SFR не са разполагали действително с конкурентно предимство в ущърб на Bouygues Télécom [64].

145. Жалбоподателите по-специално твърдят, че по-ранното предоставяне на лицензиите само по себе си представлява реално и непосредствено предимство. Отхвърляйки наличието на предимство, поради това че Orange и SFR не са могли да се ползват от него, Първоинстанционният съд опорочил решението си с грешка при прилагане на правото. За понятието за помощ по смисъла на член 87, параграф 1 ЕО било без значение дали положението на получателя се е подобрило във времето или не.

146. Според мен това оплакване не е лишено от основание.

61 — Както бе споменато по-горе (вж. точка 131 от настоящото заключение), частта от правното основание не може да произведе ефект, ако оспореният извод може да бъдеобоснован с алтернативни мотиви и следователно частта не може да постави оспорения извод под въпрос.

62 — Вж. точки 113 и 114 от обжалваното решение.
63 — Вж. точки 115—121 от обжалваното решение.
64 — Вж. точка 122 от обжалваното решение.

147. Съществуването на помощ по смисъла на член 87, параграф 1 ЕО предполага, че държавна мярка поставя дадено предприятие в по-благоприятно положение в сравнение с друго [65]. Ще отбележа, че в момента на получаването на лицензиите от Orange и SFR те са единствените предприятия, които могат да стъпят на пазара на UMTS. Според мен тази изключителна възможност за достъп до пазара на UMTS представлява благоприятно третиране на Orange и SFR спрямо останалите предприятия.

148. В точки 116—122 от обжалваното решение Първоинстанционният съд изключва наличието на помощ, като установява, че бенефициерите не са могли да се възползват от това благоприятно третиране. Според мен този подход е неправилен.

149. Първо, въпросът дали бенефициерите са могли да се възползват от държавна мярка според мен в по-голяма степен се отнася до последиците за конкурентното отношение между предприятията, отколкото до наличието на предимство.

150. Вярно е, че предимство, предоставено на предприятие, което присъства на пазара, може да наруши конкуренцията или да представлява заплаха за нейното нарушаване в ущърб на останалите предприятия, които присъстват на същия пазар. Връзката между предимството и нарушаването на конкуренцията следователно е съвсем очевидна [66]. Обратният извод, че липсата на нарушение на конкуренцията показва липса на предимство, обаче не е в съответствие с член 87, параграф 1 ЕО. Последният се прилага както за помощите, които нарушават конкуренцията, така и за помощите, които застрашават да я нарушат. Понеже не е необходимо помощта да нарушава действително конкуренцията, последващата констатация, че Orange и SFR не са се ползвали от по-рано предоставените им лицензии, следователно не дава основание да се заключи, че липсва предимство.

151. Второ, изследването за наличие на помощ трябва да се направи в момента, в който е взета държавната мярка [67]. Ето защо ми се струва, че не може да се изключи наличието на предимство за Orange и SFR въз основа на последващо изследване на конкурентното предимство, получено от Orange и SFR поради благоприятно третиране. При всички положения е неправилно да се отчитат конкурентните предимства към момента, в който Комисията е взела решението си, както прави Първоинстанционният съд в точка 122 от обжалваното решение. Тъй

65 — Решение от 27 януари 1998 г. по дело Ladbroke Racing/Комисия (T-67/94, Recueil, стр. II-1, точка 52) и Решение от 7 юни 2006 г. по дело Ufex и др./Комисия (T-613/97, Recueil, стр. II-1531, точка 67).

66 — *Cremer*, W. „Artikel 87“, in:*Callies*, Ch., M. Ruffert. Kommentar zu EU-Vertrag und EG-Vertrag.Beck, 3.ed. 2007.p. 1176, 21.

67 — Вж. в този смисъл Решение от 16 май 2002 г. по дело Франция/Комисия (посочено по-горе в бележка под линия 44, точка 71). Според това решение „следва да се вземат предвид условията по времето, в което мерките […] са били взети […] и следователно да се избягва всяка преценка, основаваща се на по-късно положение“. Независимо че тази точка се отнася до прилагането на критерия за осведомения инвеститор в условията на пазарна икономика, считам, че това правило може да се приложи в настоящия случай, що се отнася до релевантния момент. Вж. също Решение по дело Adria-Wien Pipeline и Wietersdorfer & Peggauer Zementwerke (бележка под линия, посочена по-горе в бележка под линия 50, точка 41), според което няма значение, че положението на бенефициера не се е променило с течение на времето. Ето защо следва условията за прилагане да се разгледат към момента, в който е приета държавната мярка.

като конкурентните предимства, осигурени от държавната мярка, могат да се променят с времето, наличието на предимство не би могло да зависи от момента, в който Комисията взема решението си [68].

152. Трето, мотивите на Първоинстанционния съд не могат да се основават и на довода, че в момента на предоставяне на лицензиите на Orange и на SFR е можело да се предвиди, че те няма да се ползват от това благоприятно третиране. Напротив, френските власти решават да не провеждат повторно процедурата по предоставяне отначало, именно за да осигурят възможност за присъствието на минимален брой оператори на пазара на UMTS след 1 януари 2002 г. Следователно в момента на предоставянето на лицензиите на Orange и на SFR не е било възможно да се изключи, че те ще позволят на посочените оператори да стъпят на пазара на UMTS преди бъдещите кандидати.

153. Следователно като се основава на изследване a posteriori на конкурентните предимства, които Orange и SFR са могли да извлекат от по-ранното предоставяне на лицензиите, за да изключи наличието на селективно предимство, Първоинстанционният съд е опорочил мотивите в точки 113—122 от обжалваното решение с грешка при прилагане на правото.

154. Тъй като Първоинстанционният съд е основал извода си относно липсата на селективно предимство поради по-ранното предоставяне на лицензиите на Orange и на SFR не само на тези неправилни мотиви, но и на изключението, изведено от естеството и структурата на системата, следва да се разгледа дали този развит при условията на евентуалност довод може да потвърди извода му.

б) Доводът, основаващ се на изключението, изведено от естеството и структурата на общностната рамка

155. Първоинстанционният съд приема, че във всеки случай „виртуално предоставеното на Orange и на SFR предимство“ е било единственото средство да се избегне приемането на мярка в нарушение на общностната рамка [69]. В това отношение той се позовава на значителното различие между двата последователно въведени от националните власти режима на таксуване, на отсъствието на оператори на пазара на UMTS към момента на спорното изменение и на еднаквите лицензии на тримата оператори [70].

156. Като констатира, че по-ранното предоставяне на лицензии на Orange и на SFR е било неизбежно, Първоинстанционният съд отново се основава на изключението, изведено от естеството и структурата на общностната рамка [71].

68 — Подобен подход впрочем не би бил в съответствие с принципа за предварително уведомяване относно държавните помощи.

69 — Вж. точка 123 от обжалваното решение.

70 — Вж. точка 123 от обжалваното решение.

71 — Относно правната основа на това изключение препращам към точки 108—117 от настоящото заключение.

157. Ще отбележа, че в точки 123—126 от обжалваното решение Първоинстанционният съд се ограничава да обясни, че прилагането на същите условия е било неизбежно. Според мен мотивите на Първоинстанционния съд в точки 123—126 от решението са недостатъчни.

158. Тъй като по-ранното предоставяне на лицензиите на Orange и на SFR е могло само по себе си да повлияе на конкурентното отношение между Orange и SFR, от една страна, и бъдещите кандидати, от друга страна, констатацията за липса на селективно предимство, основана на изключението, изведено от естеството и структурата на общностната рамка, трябва да се основава на два елемента. Първо, по-ранното предоставяне на лицензиите на Orange и на SFR, на 18 юли 2001 г., трябва да е било неизбежно според общностната рамка (i). Второ, прилагането на еднакви условия по лицензиите на Orange, на SFR и на Bouygues Télécom, на 3 декември 2002 г., трябва да се е налагало по силата на общностната рамка, въпреки факта че Orange и SFR са получили лицензиите си преди Bouygues Télécom (ii).

i) Неизбежност на по-ранното предоставяне на лицензиите на Orange и на SFR

159. Както споменах по-горе, в точки 123—126 от обжалваното решение Първоинстанционният съд не мотивира защо е било неизбежно лицензиите на Orange и на SFR да се предоставят по-рано. Първоинстанционният съд обаче обяснява това в частта от обжалваното решение относно зачитането на принципа за недопускане на дискриминация [72].

160. Първоинстанционният съд приема, че съгласно Решение № 128/99 държавите членки предприемат всички необходими мерки, за да позволят координираното и прогресивно въвеждане на UMTS услугите на тяхна територия най-късно на 1 януари 2002 г. [73]. Този срок е един от задължителните елементи на общностната рамка.

161. Първоинстанционният съд преценява, че не е било възможно да се организира нова процедура от самото начало преди изтичането на този срок [74]. Жалбоподателите оспорват това обстоятелство. Те сочат, че организирането на нова процедура от самото начало е било възможно. В това отношение следва да се напомни, че тъй като обжалването пред Съда се ограничава до правни въпроси, в рамките на това производство не могат да се оспорват фактическите преценки на Първоинстанционния съд [75]. Тъй като жалбоподателите оспорват само факти-

72 — Вж. точки 127—154 от обжалваното решение. В това отношение приемам, че подходът на Първоинстанционния съд, да разгледа поотделно наличието на селективно предимство в точки 95—126 от обжалваното решение и спазването на принципа за недопускане на дискриминация в точки 127—154 от обжалваното решение, е неправилен. Потвърждаването на съществуването или липсата на помощ зависи от това дали мерките на френските власти са наложени от общностната рамка. Тъй като принципът за недопускане на дискриминация е част от тази общностна рамка, Първоинстанционният съд е трябвало да разгледа принципа за недопускане на дискриминация като елемент отобщностната рамка.

73 — Вж. точки 141 и 142 от обжалваното решение.

74 — Вж. точка 141 от обжалваното решение.

75 — Решение по дело Комисия/Brazzelli Lualdi и др. (посочено по-горе в бележка под линия 23); *Lenaerts*, K., D. Arts, I. Maselis, op. cit. (вж. бележка под линия 22), p. 453, 16-003.

ческа констатация на Първоинстанционния съд, без да сочат грешка при прилагане на правото при преценката на фактите, това тяхно оспорване трябва да се отхвърли като недопустимо.

164. Ето защо приемам, първо, че поранното предоставяне на лицензиите на Orange и на SFR на 18 юли 2001 г. е неизбежна последица от общностната рамка.

ii) Неизбежност на прилагането на еднакви условия спрямо Orange, SFR и Bouygues Télécom на 3 декември 2002 г.

162. Освен това при повторното провеждане на цялата процедура отначало за властите щяла да възникне опасност кандидатурите на Orange и на SFR да бъдат поставени под въпрос, а следователно и възможността тези двама кандидати да присъстват на пазара на UMTS след 1 януари 2002 г. [76]

165. Както посочих по-горе [77], не само поранното предоставяне на лицензиите на Orange и на SFR трябва да е било неизбежна последица от естеството и структурата на общностната рамка, но също и решението на френските власти от 3 декември 2002 г. да приложат едни и същи условия по лицензиите на Orange, SFR и Bouygues.

163. Тъй като общностната рамка е налагала на френските власти да осигурят възможност за достъп до пазара на UMTS за достатъчен или поне минимален брой оператори след 1 януари 2002 г., считам, че Първоинстанционният съд с основание приема, че повторно провеждане на процедурата от самото начало не е било съответстваща на общностната рамка възможност. Напротив, общностната рамка е задължавала френските власти най-напред да предоставят лицензиите на Orange и на SFR — което те са направили — за да гарантират възможността за минимален брой оператори на пазара на UMTS след 1 януари 2002 г.

166. Жалбоподателите твърдят, че френските власти е трябвало да приложат различни условия за Orange и за SFR, от една страна, и за Bouygues Télécom, от друга страна. Ето защо следва да се провери дали прилагането на едни и същи условия неизбежно произтича от общностната рамка или се е налагало различно третиране. Тази проверка трябва да е към момента на приемане на мярката, на 3 декември 2002 г.

76 — Вж. точка 146 от обжалваното решение.

77 — Вж. точка 158 от настоящото заключение.

167. Както констатира Първоинстанционният съд, френските власти са били длъжни да спазват принципа за недопускане на дискриминация [78]. Първоинстанционният съд приема също, че наложените на различните оператори такси е трябвало да са равностойни в икономическо отношение [79].

168. Напомням, че френските власти са били длъжни да осигурят условия за справедлива конкуренция между операторите на пазара на UMTS [80]. Според мен елементарно условие за развитието на ефективна конкуренция на пазара е осигуряването на справедливи условия за конкуренция между различните оператори. Отправна точка за гарантиране на справедливи условия за конкуренция между операторите на пазар на стадия на възникване е първо да се гарантират равни условия за всички оператори. Ето защо по принцип следва всички оператори на пазара да се третират по един и същи начин, освен при наличие на обстоятелства, които оправдават различно третиране.

169. Фактът, че Orange и SFR са получили лицензиите преди Bouygues Télécom, е обстоятелство, което би могло да се отрази на конкурентното отношение между операторите. Ето защо последиците от това обстоятелство за конкурентните отношения между Orange, SFR и Bouygues Télécom е трябвало да се вземат предвид.

170. Ето защо следва първо да се изследват последиците от това обстоятелство и отчитането му от приложения от френските власти модел на таксуване.

171. В това отношение най-напред ще отбележа, че вторият компонент на този модел на таксуване се основава на реализирания с лицензията оборот. Ето защо по-ранният достъп на Orange и на SFR до пазара на UMTS е повлиял на размера на таксите им. Моделът на таксуване, приложен спрямо всички оператори от френските власти, следователно отчита възможността Orange и SFR да стъпят на пазара преди бъдещите кандидати.

172. Вярно е, че на 3 декември 2001 г., т.е. в момента, когато френските власти решават да приложат новия модел на таксуване спрямо всички оператори, никой от тях не присъства на пазара. Прилагането на новия модел на таксуване обаче не води непременно до едно и също недиференцирано третиране на операторите, тъй като то може да отчете обстоятелства, настъпили след 3 декември 2001 г. Ако по-ранното предоставяне на лицензиите беше повлияло върху по-ранния достъп до пазара, новият модел на таксуване би отчел тази последица.

173. По-нататък, що се отнася до възможността на Orange и SFR до стъпят на пазара преди 3 декември 2002 г., Първоинстанционният съд установява наличието на затруднения, свързани с технологията UMTS и не особено благоприятната за

78 — Вж. точка 123 от обжалваното решение.

79 — Точка 109 от обжалваното решение с позоваване на Решение от 22 май 2003 г. по дело Connect Austria (C-462/99, стр. I-5197, точка 90).

80 — Вж. член 10, параграф 3 и член 11, параграф 2 от Директива 97/13/ЕО.

нейното развитие икономическа среда [81]. Това, че Orange и SFR не са могли да извлекат облага от своите лицензии, не се дължи на липсата на инициативност или заслуги на тези оператори.

174. Второ, що се отнася до другите твърдени от жалбоподателите предимства, Първоинстанционният съд установява, че те не съществуват или във всеки случай не влияят на конкурентните отношения на операторите на пазара на UMTS [82].

175. Жалбоподателите твърдят, че Първоинстанционният съд е обърнал доказателствената тежест, като най-напред е приел наличието на потенциално предимство във времето, след което поискал жалбоподателите да докажат действителните последици от него.

176. Според мен това възражение е неоснователно. Най-напред, в рамките на изложените при условията на евентуалност в точки 123—126 от обжалваното решение мотиви, които се основават на изключението, изведено от естеството и структурата на системата, не се установява наличието на предимство по смисъла на член 87, параграф 1 ЕО [83]. По-нататък, макар да има очевидна връзка между по-ранното предоставяне на лицензиите и възможността за по-ранен достъп до пазара, тази връзка не е очевидна между по-ранното предоставяне на лицензиите и твърдените от жалбоподателите в първоинстанционното производство предимства, описани в точки 117—121 от обжалваното решение. Според мен поради това жалбоподателите е трябвало да изложат обосновка на причините, поради които по-ранното предоставяне на лицензиите е довело до тези твърдени предимства, и какви са били последиците от твърдените предимства за конкурентните отношения между Orange и SFR, от една страна, и Bouygues Télécom, от друга страна. Накрая, като автор на жалба срещу решение на Комисията жалбоподателят следва да установи, че нейната констатация е неправилна [84].

177. В заключение приемам, че новият модел на таксуване отчита възможните последици от по-ранното предоставяне на лицензиите за момента на достъп на операторите до пазара и че не са установени други последици за конкурентните отношения между операторите. Според мен следователно Първоинстанционният съд с основание приема, че новият модел на таксуване не е дискриминационен [85].

81 — Вж. точка 116 от обжалваното решение.

82 — Вж. точки 117—126 от обжалваното решение.

83 — Доводът на жалбоподателите е насочен срещу неправилните логически доводи на Първоинстанционния съд в точки 113—122 от обжалваното решение.

84 — Решение от 10 май 1990 г. по дело Sens/Комисия (T-117/89, Recueil, стр. II-185, точка 20).

85 — Вж. точка 109 от обжалваното решение с позоваване на Решение от 22 май 2003 г. по дело Connect Austria (посочено по-горе в бележка под линия 79, точка 90).

в) Обобщение

178. Ето защо по-ранното предоставяне на лицензиите на Orange и на SFR и прилагането на новия модел на таксуване спрямо Orange, SFR и Bouygues Télécom са били неизбежни. Както установява Първоинстанционният съд [86],единствено начинът на действие на френските власти е могъл да осигури изпълнение на задълженията им, произтичащи от общностната рамка. Поради това считам, че изводът на Първоинстанционния съд относно липсата на селективно предимство поради по-ранното предоставяне на лицензиите е правилен.

179. Ето защо предлагам втората част от четвъртото правно основание да се отхвърли, като мотивите на Първоинстанционния съд се заменят частично [87].

5. Принципът на недопускане на дискриминация (трета част от четвъртото правно основание)

180. В третата част от четвъртото правно основание жалбоподателите изтъкват грешка при прилагане на правото относно прилагането на член 87, параграф 1 ЕО при прилагането на принципа за недопускане на дискриминация.

181. Според Orange това правно основание е недопустимо, поради това че жалбоподателите само преповтаряли същите доводи като в първоинстанционното производство.

182. Вярно е, че част от правно основание, която преповтаря вече изложените в първоинстанционното производство доводи, може да е недопустима [88]. Това обаче е така само когато в частта от правното основание не се иска проверка на решението на Първоинстанционния съд, а по-скоро повторна преценка на спора по същество [89]. В такъв случай всъщност частта на правното основание е насочена срещу оспорения в първоинстанционното производство правен акт, а не срещу решението на Първоинстанционния съд. Ако обаче, както в настоящия случай, жалбоподателят твърди, че Първоинстанционният съд е допуснал грешка при прилагане на правото, като е потвърдил мотивите на Комисията, които са опорочени от същата грешка, тази част от правното основание е насочена срещу решението на Първоинстанционния съд и следователно е допустима [90].

183. Жалбоподателите основават тази част от правното си основание по-специално на принципа за недопускане на дискриминация, на неизменността на условията по първата покана за представяне на кандидатури и на член 87, параграф 2 ЕО.

86 — Вж. точка 148 от обжалваното решение.

87 — Замяна на мотивите на Първоинстанционния съд би дала възможност и да се поправи неправилният подход на Първоинстанционния съд, който разглежда поотделно наличието на селективно предимство в точки 95—126 от обжалваното решение и спазването на принципа за недопускане на дискриминация в точки 127—154 от него (вж. бележка под линия 72).

88 — *Lenaerts*, K., D. Arts, I. Maselis, op.cit. (вж. бележка под линия 22), p. 463, 16-017.

89 — Определение от 23 май 2007 г. по дело Smanor и др./Комисия (C-99/07 P, Сборник, точки 34—36).

90 — Определение от 11 ноември 2003 г. по дело Martinez/Парламент (C-488/01 P, Recueil, стр. I-13355, точки 39—41).

184. Що се отнася до основателността на довода, основан на принципа за недопускане на дискриминация, напомням, че дискриминацията се изразява в прилагането на различни правила към сходни положения или в прилагането на едно и също правило към различни положения [91].

185. Жалбоподателите поддържат, че приложеният от френските власти метод бил дискриминационен. Те твърдят, че Orange и SFR, като кандидати при първата покана за представяне на кандидатури, и Bouygues Télécom, като кандидат при втората покана за представяне на кандидатури, не били в едно и също положение.

186. Ето защо следва да се разгледа дали Orange и SFR, от една страна, и Bouygues Télécom, от друга страна, са били в едно и също фактическо и правно положение. Както беше споменато по-горе [92], за да се установи дискриминация, не е достатъчно да се изтъкват различия между две групи. Тъй като правният източник на разглежданията принцип за недопускане на дискриминация е член 11, параграф 2 от Директива 97/13, съществените въпрос е дали твърдените от жалбоподателите обстоятелства имат значение с оглед на целите на тази директива и на общностната рамка [93].

187. Напомням, че частичният отказ от вземанията на френската държава срещу Orange и SFR е наложен от общностната рамка [94]. Ето защо в рамките на настоящата част от правното основание следва да се разгледа само дали начинът на действие на френските власти, които не провеждат повторно процедурата отначало, е дискриминационен [95].

188. Жалбоподателите твърдят, че този начин на действие противоречи на принципа за неизменност и че този принцип задължава френските власти да приложат различен режим за кандидатите в рамките на първата и втората покана за представяне на кандидатури. Принципът за неизменност на условията по първата покана за представяне на кандидатури поставял Orange и SFR в правно положение, различно от това на Bouygues Télécom.

189. В това отношение първо ще отбележа, че както приема Първоинстанционният съд в обжалваното решение, нито Директива 97/13, нито Решение № 128/99 съдържа принципа за неизменност [96]. Напротив, общностната рамка според мен съдържа елементи, които не са в съответствие с принципа за неизменност.

91 — Вж. съдебната практика, цитирана в точка 129 от обжалваното решение, Решение на Съда от 14 февруари 1995 г.по дело Schumacker (C-279/93, Recueil, стр. I-225, точка 30) и Решение на Съда от 13 февруари 1996 г. по дело Gillespie и др. (C-342/93, Recueil, стр. I-475, точка 16).

92 — Вж. точка 123 от настоящото заключение.

93 — Вж. точка 123 от настоящото заключение.

94 — Вж. точки 104—128 от настоящото заключение.

95 — Както вече споменах по-горе (вж. бележка под линия 72), Първоинстанционният съд е трябвало да провери спазването на принципа за недопускане на дискриминация при проверката на наличието на селективно предимство. Жалбоподателите обаче не оспорват тази част от решението.

96 — Вж. точка 135 от обжалваното решение.

190. В обжалваното решение Първоинстанционният съд основава мотивите си на довода, че член 8, параграф 4 от Директива 97/13 предвижда възможност за изменение на условията. Както сочи член 8, параграф 1 от Директива 97/13, условията, до които се отнася този член, са изброените в точки 2 и 4 от приложението към Директива 97/13. Въпреки че размерът на таксите не е изрично посочен в тези точки, ще отбележа, че в точка 4.9 от приложението се уточнява, че списъкът с условията е без значение за всяко друго правно условие, което не е специфично за отрасъла на далекосъобщенията. Член 8, параграф 1 от Директива 97/13 обаче гласи, че условията трябва да се отнасят единствено до положенията, обосноваващи предоставянето на такава лицензия, така както са определени в член 7 от Директива 97/13. Приемам, че изброените в този член условия не посочват изрично размера на таксите. Предвид тези разпоредби считам, че е възможно съмнение относно обосноваността на довода на Първоинстанционния съд, основаващ се на член 8, параграф 4 от Директива 97/13.

191. Това обаче не се отразява на извода на Първоинстанционния съд относно неприложимостта на принципа за неизменност. Дори ако член 8, параграф 4 от Директива 97/13 не визира размера на таксите, от разпоредбите на Директива 97/13 според мен е възможно да се изведе, че трябва да има възможност за последващо изменение на същия.

192. Както споменах по-горе [97], държавите членки са длъжни да предоставят максимален брой лицензии и да отправят покана за представяне на кандидатури за предоставянето на допълнителни лицензии, ако установят, че е възможно предоставянето на допълнителна лицензия [98]. Член 11, параграф 2 от Директива 97/13 предвижда, че размерът на таксите трябва да отчита необходимостта от развитие на иновационни услуги и на конкуренцията. Оттук стигам до извода, че както в настоящия случай, е възможно държава членка да бъде задължена да занижи размера на таксите, ако това е необходимо за привличането на допълнителни кандидати. В този случай тя ще трябва да провери дали принципът за недопускане на дискриминация [99] и задължението да гарантира справедливи условия [100] за конкуренция налагат изменение на размера на таксите за съществуващите лицензии. Никоя разпоредба от Директива 97/13 не налага повторното провеждане отначало на процедурата за предоставяне на всички лицензии в случай на предоставяне на допълнителна лицензия. Структурата на системата на Директива 97/13 следователно предвижда, поне имплицитно, изменението на размера на таксите за съществуващите лицензии.

193. Следователно доводът на жалбоподателите, основан на неизменността в условията за предоставяне, трябва да се отхвърли. Тъй като общностната рамка не включва принципа за неизменност, считам, че обстоятелството, че Orange и SFR, от една страна, и Bouygues Télécom, от друга страна, са били канди-

97 — Вж. точка 121 от настоящото заключение.
98 — Вж. член 10, параграф 4 от Директива 97/13.
99 — Вж. член 10, параграф 3 от Директива 97/13.
100 — Вж. член 10, параграф 3 ЕО.

дати в две последователни покани за представяне на кандидатури, не ги поставя в различно правно положение по смисъла на принципа за недопускане на дискриминация по член 11, параграф 2 от Директива 97/13.

194. При всички положения прилагането на принципа за неизменност според мен предполага условия по лицензиите, които са в достатъчна степен неизменни. В случая обаче френските власти гарантират изменение на условията по предоставените на Orange и на SFR лицензии преди предоставянето им на тези дружества, а дори и преди изтичането на срока, в който Orange и SFR имат право да оттеглят предложението си [101]. Дори в случай на приложимост на „принципа за неизменност" условията по предоставените на Orange и SFR лицензии, които съдържат уговорка за изменение [102], според мен не са достатъчно неизменни.

195. В заключение считам, че предвид целите на общностната рамка Orange и SFR, от една страна, и Bouygues Télécom, от друга, не са били в различно правно положение. Следователно приложеният от френските власти метод не е в противоречие с принципа за недопускане на дискриминация по член 11, параграф 2 от Директива 97/13.

196. Накрая, трябва да се отхвърли доводът на жалбоподателите, че член 87, параграф 2 ЕО не се отнася до съобразяването с целите на общностната рамка за предоставянето на лицензиите за UMTS. Тук следва да се разгледа въпросът дали е налице селективно предимство по смисъла на член 87, параграф 1 ЕО, а не въпросът за съвместимостта на помощ с общия пазар според член 87, параграф 2 ЕО.

197. Ето защо предлагам да се отхвърли третата част от четвъртото правно основание.

6. Наличие на една-единствена процедурата (първа част от третото правно основание)

198. В първата част от третото правно основание жалбоподателите възразяват срещу грешка в правната квалификация на фактите относно наличието на една-единствена процедура.

199. Комисията и Orange считат, че тази част от правното основание е недопустима. Действително въпросът дали двете покани за представяне на кандидатури трябва да се разглеждат като една-единствена процедура или като две отделни процедури може на пръв поглед да изглежда като фактическа констатация. Все пак считам, че зад този фактически аспект се крие

101 — Вж. точки 132—137 от настоящото заключение.
102 — Вж. точка 137 от настоящото заключение.

правен въпрос. Както споменах по-горе [103], грешката в правната квалификация на фактите е грешка при прилагане на правната норма към фактите. Нарушаването на правото може да се изразява не само в неправилно тълкуване на правната норма, но и в грешна правна квалификация на фактическото положение.

200. Тъй като разглежданата норма е принципът за недопускане на дискриминация по член 11, параграф 2 от Директива 97/13, който забранява прилагането на различни правила към сходни положения или прилагането на едно и също правило към различни положения, според мен въпросът дали е налице една-единствена или две отделни процедури трябва всъщност да се тълкува като въпрос дали може да се счита, че Orange и SFR, като кандидати по първата покана за представяне на кандидатури, и Bouygues Télécom, като кандидат по втората покана за представяне на кандидатури, са в едно и също положение по смисъла на принципа за недопускане на дискриминация по член 11, параграф 2 от Директива 97/13. Тъй като това е правен въпрос, той следователно е допустим.

201. Що се отнася до основателността на този въпрос, напомням, че за да се установи наличието на дискриминация, позоваването на различията между две групи е недостатъчно. Необходимо е тези обстоятелства да са съществени от гледна точка на целите на общностната рамка [104]. Предвид посочените при разглеждането на третата част от четвъртото правно основание доводи, на които се позовавам [105], обстоятелството, че Orange и SFR са кандидати по първата покана за представяне на кандидатури, а Bouygues Télécom — по втората, не ги поставя в различно положение по смисъла на член 11, параграф 2 от Директива 97/13.

202. Ето защо предлагам да се отхвърли първата част от третото правно основание.

7. Обобщение

203. В заключение предлагам да се отхвърлят изцяло третото и четвъртото правно основание, като бъдат частично променени мотивите на Първоинстанционния съд.

Б — *По второто правно основание*

204. Жалбоподателите изтъкват в първоинстанционното производство, че подаденото от тях оплакване до Комисията създава сериозни затруднения, поради което последната е трябвало да

103 — Вж. точка 97 от настоящото заключение.
104 — Вж. точки 123 и 186 от настоящото заключение.
105 — Вж. точки 180—197 от настоящото заключение.

откриe официалната фаза на разследване по член 88, параграф 3 ЕО [106].

205. Първоинстанционният съд разглежда това оплакване в точки 86—93 от обжалваното решение. Той приема, че официалната фаза на разследване, предвидена в член 88, параграф 3 ЕО, придобива задължителен характер, когато Комисията среща сериозни затруднения да направи преценка за наличието на помощ [107]. След това той проверява дали развитите от жалбоподателите доводи срещу обжалваното решение на Комисията са създавали сериозни затруднения [108]. В рамките на тази проверка Първоинстанционният съд най-напред преценява основателността на оплакванията на жалбоподателите относно липсата на селективно предимство, след което констатира, че преценката на Комисията в това отношение не е създала сериозно затруднение [109]. По-нататък Първоинстанционният съд изследва дали френските власти са спазили принципа за недопускане на дискриминация. Той приема, че тази проверка не е създала сериозни затруднения [110].

206. Жалбоподателите твърдят, че по този начин Комисията не е направила разграничение между преценката относно наличието на сериозно затруднение и относно обосноваността на решението.

207. Най-напред следва да се напомни, че съгласно съдебната практика Комисията може да ограничи изследването на държавната мярка до предварителната фаза, ако след първоначално разглеждане се убеди, че мярката не представлява помощ по смисъла на член 87, параграф 1 ЕО или при всички положения е съвместима с общия пазар [111]. Ако, обратно, първоначалното разглеждане не ѝ позволява да преодолее всички възникнали затруднения, тя е задължена да открие официалната процедура по разследване [112].

208. Понятието за сериозно затруднение има обективен характер. Констатацията за наличие на такива затруднения трябва да се търси както в обстоятелствата, свързани с приемането на разглежданата държавна мярка, така и в нейното съдържание [113]. Ето защо Комисията следва в зависимост от фактическите и правните обстоятелства по всяко дело да определи дали срещнатите при разглеждане на държавната мярка затруднения, налагат откриването на официалната процедура по разследване [114]. Макар да е задължена да вземе решение за откриване на официална процедура по разследване,

106 — Вж. точка 87 от обжалваното решение.
107 — Вж. точки 89—91 от обжалваното решение.
108 — Вж. точка 93 от обжалваното решение.
109 — Вж. точка 126 от обжалваното решение.
110 — Вж. точка 155 от обжалваното решение.
111 — Решение на Съда от 2 април 1998 г. по дело Комисия/Sytraval и Brink's France (C-367/95 P, Recueil, стр. I-1719, точки 38 и 39), Решение на Първоинстанционния съд от 12 февруари 2008 г. по дело BUPA и др./Комисия (T-289/03, Сборник, стр. II-81, точка 329), Решение на Първоинстанционния съд от 1 декември 2004 г. по дело Kronofrance/Комисия (T-27/02, Recueil, стр. II-4177, точка 52) и Решение на Първоинстанционния съд от 8 ноември 1990 г. по дело Barbi/Комисия (T-73/89, Recueil, стр. II-619, точка 42). За задълбочено изследване на съотношението между предварителната фаза и официалната процедура по разследване вж. точки 17—19 от заключението на генералния адвокат Tesauro, представено на 31 март 1993 г. по дело Cook/Комисия (Решение от 19 май 1993 г., C-198/91, Recueil, стр. I-2487) и точки 37 и 38 от заключението на генералния адвокат Van Gerven, представено на 28 април 1993 г. по дело Matra/Комисия (Решение от 15 юни 1993 г., C-225/91, Recueil, стр. I-3203).
112 — Решение от 15 септември 1998 г. по дело BP Chemicals/Комисия (T-11/95, Recueil, стр. II-3235, точка 166), Решение от 18 септември 1995 г. по дело SIDE/Комисия (T-49/93, Recueil, стр. II-2501, точка 58) и Решение от 15 март 2001 г. по дело Prayon-Rupel/Комисия (T-73/98, Recueil, стр. II-867, точка 42).
113 — Решение по дело Prayon-Rupel/Комисия (посочено погоре в бележка под линия 112, точка 47).
114 — Решение по дело Prayon-Rupel/Комисия (посочено погоре в бележка под линия 112, точка 43).

Комисията все пак разполага с известно право на преценка при издирването и проверката на обстоятелствата по случая, за да определи дали те създават сериозни затруднения [115].

209. Макар Съдът да не е определил точно кои обстоятелства могат да бъдат указание за наличие на сериозно затруднение [116], ще отбележа, че съдебната практика приема следните три вида данни.

210. Първият вид данни може да се изведе от съдържанието на обсъжданията, започнали между Комисията и държавата членка по време на предварителната фаза [117].

211. В това отношение отбелязвам, че Първоинстанционният съд се позовава на писмени изявления, свързани с делото, в които Комисията упоменава наличието на изключителна сложност [118]. Първоинстанционният съд обаче обяснява, че тези писмени изявления се отнасят не до спорната мярка, а до други мерки, дали повод за откриването на официална процедура по разследване. Следователно тези данни не сочат наличие на сериозни затруднения. Установявам, че жалбоподателите не оспорват този извод на Първоинстанционния съд [119].

212. Вторият вид данни е срокът, изтекъл по време на фазата на предварително разглеждане в случая.

213. Ако той значително надхвърля срока, който обикновено е необходим за предварителната фаза, това може да е указание за сериозно затруднение [120]. В точки 158 и 160 от обжалваното решение Първоинстанционният съд приема, че предвид натовареността, именно поради останалите жалби на жалбоподателите, Комисията не е отделила неразумно много време. Ето защо Първоинстанционният съд констатира, поне имплицитно, че изтеклият срок не е указание за наличие на сериозно затруднение. Този извод на Първоинстанционния съд също не е оспорен от жалбоподателя.

214. Третият вид данни, които могат да са указание за наличие на сериозни затруднения, са преценките, на които се основава

115 — Решение по дело Prayon-Rupel/Комисия (посочено по-горе в бележка под линия 112, точка 43).

116 — Вж. точка 43 от заключението на генералния адвокат Alber, представено на 18 май 2000 г. по дело Португалия/Комисия (Решение от 3 май 2001 г., C-204/97, Recueil, стр. I-3175).

117 — Вж. точка 45 от заключението на генералния адвокат Van Gerven, представено на 28 април 1993 г. по дело Matra/Комисия (посочено по-горе в бележка под линия 111); Решение на Първоинстанционния съд от 10 май 2000 г. по дело SIC/Комисия (T-46/97, Recueil, стр. II-2125, точка 4).

118 — Вж. точка 157 от обжалваното решение.

119 — В жалбата си жалбоподателите се позовават само на точки 93, 94, 126 и 155 от обжалваното решение.

120 — Решение от 20 март 1984 г. по дело Германия /Комисия (84/82, Recueil, стр. 1451, точки 15—17), Решение по дело SIC/Комисия (посочено по-горе в бележка под линия 117, точки 102—107), Решение по дело Prayon-Rupel/Комисия (посочено по-горе в бележка под линия 112, точки 53—85), заключение на генералния адвокат Alber, представено на 18 май 2000 г. по дело Португалия/Комисия (посочено по-горе в бележка под линия 116, точка 43).

Комисията, за да приеме решение в края на предварителната фаза. Тези преценки могат да създадат сериозни затруднения, които могат да обосноват откриването на фазата на официално разследване [121].

215. Следователно според мен проверката на тези данни предполага първо да се установят фактическите преценки, на които се основава Комисията, за да се провери след това дали тя е разполагала с необходимите елементи за преценките, на които се е основала [122].

216. Предвид предходните съображения според мен Първоинстанционният съд по-скоро не е допуснал грешка при прилагане на правото, като е действал по посочения начин в настоящия случай. Според мен се налага именно приложеният от него подход. Тъй като Комисията следва да избере мотивите, на които основава решението си, трябва най-напред да се установят преценките, на които тя основава решението си, след което да се прецени дали тя разполага с достатъчно елементи, за да направи точните преценки.

217. Що се отнася до критиката, че тази констатация е само формална, според мен не са необходими обширни мотиви, ако практическото изследване на преценките на Комисията покаже, че тя е разполагала с всички необходими елементи.

218. В заключение приемам, че Първоинстанционният съд е взел предвид трите типични вида данни, които могат да покажат наличието на сериозно затруднение, като никой от тях не показва наличието на такова. Що се отнася до третия вид данни, посочен от жалбоподателите, според мен приложеният от Първоинстанционния съд подход не е опорочил решението му с грешка при прилагане на правото.

219. Освен това жалбоподателите твърдят, че Първоинстанционният съд отчасти е отрекъл спорното решение, търсейки сам сложни заместващи преценки. Това показвало, че е необходимо провеждането на официална процедура по разследване.

220. При това положение ще отбележа, първо, че не сложността на необходимите преценки налага откриването на официална процедура по разследване [123]. Откриването на официална процедура по разследване е необходимо само ако Комисията срещне сериозни затруднения по отношение на преценките, на които основава решението си. Следователно един-

121 — Решение по дело Cook/Комисия (посочено по-горе в бележка под линия 111, точка 31), Решение по дело SIC/Комисия (посочено по-горе в бележка под линия 116, точки 74—85), Решение по дело Prayon-Rupel/Комисия (посочено по-горе в бележка под линия 112, точки 86—107), заключение на генералния адвокат Alber по дело Португалия/Комисия (посочено по-горе в бележка под линия 116, точки 45—51).

122 — Вж. подхода на Първоинстанционния съд в Решение от 13 януари 2004 г. по дело Thermenhotel Stoiser Franz и др./Комисия (T-158/99, Recueil, стр. II-1).

123 — Решение по дело BUPA и др. (посочено по-горе в бележка под линия 111, точка 333).

ствено когато Комисията не е могла да преодолее тези затруднения по време на фазата на предварителното разглеждане, се налага провеждане на официална процедура по разследване.

221. Второ, жалбоподателите твърдят, че Първоинстанционният съд е отрекъл мотивите на Комисията и ги е заменил със свои собствени мотиви. Ако това твърдение е основателно, само по себе си то би представлявало грешка при прилагане на правото, която може да доведе до отмяна на обжалваното решение. Първоинстанционният съд не е оправомощен да замества мотивите на Комисията със собствените си мотиви [124]. Ето защо се налага да се разгледа основателността на това твърдение.

222. Най-напред, що се отнася до критиката на жалбоподателите, че Първоинстанционният съд е поставил под съмнение съображенията на Комисията относно икономическата стойност на лицензиите, ще отбележа, че тази критика се отнася до доводи, приведени от Комисията по време на съдебното заседание [125]. Същевременно решението на Комисията се основава на несигурния характер на лицензиите [126], на неизбежността на мерките на френските власти поради естеството и структурата на общностната рамка [127] и на довода, че лицензиите не трябва да се предоставят по пазарни цени [128]. Оспорването на доводите относно икономическата стойност на лицензиите следователно не влияе на мотивите на спорното решение.

223. По-нататък жалбоподателите сочат, че в точки 113—121 от обжалваното решение Първоинстанционният съд заместил преценката на Комисията със собствената си преценка относно липсата на селективно предимство поради поранното предоставяне на лицензиите. В това отношение приемам, че мотивите на Първоинстанционния съд в точки 113—121 са неправилни. Както според мотивите на Първоинстанционния съд, изложени при условията на евентуалност в точки 123—125 от обжалваното решение, така и съгласно мотивите на Комисията в спорното решение [129], липсата на селективно предимство обаче се основава на довода, че прилагането на едни и същи условия спрямо всички оператори е неизбежно съгласно правилата на общностната рамка.

224. Освен това, що се отнася до различните рискове, поети от Orange и SFR, като кандидати по първата покана за представяне на кандидатури, спрямо Bouygues Télécom, описани в точки 131 и 132 от обжалваното решение, това е изложен при условията на евентуалност довод на Първоинстанционния съд, като решаващ е доводът за неизбежността на частичния отказ и на прилагането на еднакви условия според структурата на общностната рамка.

124 — *Lenaerts*, K., D. Arts, I. Maselis, op. cit. (вж. бележка под линия 22), p. 456, 16-005.

125 — Както Първоинстанционният съд приема изрично в точка 105 от обжалваното решение, той оспорва доводите, приведени от Комисията по време на съдебното заседание. Той не се позовава на мотивите на спорното решение.

126 — Вж. точка 27 от спорното решение.

127 — Вж. точка 28 от спорното решение.

128 — Вж. точка 29 от спорното решение.

129 — Вж. точка 28 от спорното решение.

225. Накрая, що се отнася до изследването на различните възможности, с които са разполагали френските власти, ще отбележа, че Комисията ги е взела предвид, поспециално в точки 11, 12, 22, 23 и 26—28 от спорното решение, и че следователно Първоинстанционният съд не е заменил мотивите на Комисията със своите собствени мотиви.

226. Предвид изложените съображения критиката относно замяната на мотивите е неоснователна. Следователно жалбоподателите не могат да се основат на този довод, за да твърдят, че Комисията срещнала сериозни затруднения.

227. Ето защо предлагам второто правно основание на жалбоподателите да се отхвърли като неоснователно.

B — *По първото правно основание*

228. Според жалбоподателите Първоинстанционният съд е нарушил задължението за мотивиране.

229. Следва да се напомни, че мотивите на решение на Първоинстанционния съд трябва по ясен и недвусмислен начин да излагат съображенията, така че да дадат възможност на заинтересованите лица да се запознаят с основанията за постановяването му, а на компетентната юрисдикция — да упражни съдебен контрол [130].

230. Жалбоподателите отправят критика първо за това, че Първоинстанционният съд се е основал на изключението, изведено от естеството и структурата на системата, без в достатъчна степен да опише тази структура. Неговото описание на системата не било достатъчно подробно и съдържало противоречия.

231. Независимо че според мен всяко изключение, изведено от естеството и структурата на системата, трябва да е изрично мотивирано, в случая смятам критиката на жалбоподателите за неоснователна.

232. Първоинстанционният съд описва относимите елементи на общностната рамка и произтичащите от нея задължения за френските власти [131]. Тъй като общностната рамка преследва няколко цели (поспециално намирането на четирима оператори, за да се осигури достатъчна конкуренция [132], спазване на принципа за недо-

130 — Решение от 20 февруари 1997 г. по дело Комисия/Daffix (C-166/95 P, Recueil, стр. I-983, точка 24), Решение от 7 май 1998 г. по дело Somaco/Комисия (C-401/96 P, Recueil, стр. I-2587, точка 53) и Решение от 13 декември 2001 г. по дело Cubero Vermurie/Комисия (C-446/00 P, Recueil, стр. I-10315, точка 20); *Lenaerts*, K., D. Arts, I. Maselis, op. cit. (вж. бележка под линия 22), p. 457, 16-008.

131 — Вж. по-специално описанието на общностната рамка в точки 2—8 от обжалваното решение, както и в точки 108—112, 123—125 и 134—148 от обжалваното решение.

132 — Вж. по-специално точка 134 от обжалваното решение.

пускане на дискриминация [133] и на принципа за свободна конкуренция [134], както и спазване на срока, 1 януари 2002 г. [135]), обстоятелството, че Първоинстанционният съд се позовава на различните цели на тази система, не прави мотивите му противоречиви.

233. Второ, жалбоподателите твърдят, че Първоинстанционният съд не е описал достатъчно подробно причинно-следствената връзка между естеството и структурата на системата и частичния отказ от вземанията срещу Orange и SFR.

234. В това отношение приемам, че за да се изясни неизбежността на частичния отказ от вземанията срещу Orange и SFR поради естеството и структурата на общностната рамка, не се е налагало да се посочват всички елементи от общностната рамка. В това отношение е достатъчно да се посочат принципите за равно третиране между операторите с оглед на определяне на таксите и на необходимостта от развитие на ефективна конкуренция [136].

235. Трето, независимо че операторите не критикуват изрично обстоятелството, че Първоинстанционният съд не е разгледал достатъчно подробно причинно-следствената връзка между естеството и структурата на системата и по-ранното предоставяне на лицензиите на Orange и на SFR, по съображения за изчерпателност ще засегна и това оплакване.

236. Действително в точки 123—125 от обжалваното решение Първоинстанционният съд не изяснява защо по-ранното предоставяне е било неизбежно [137]. Той обаче обяснява това и в точки 139—142 от обжалваното решение, където се позовава на задължението на френските власти да спазят срока 1 януари 2002 г. Следователно жалбоподателите са имали възможност да узнаят причината за неизбежността на по-ранно предоставяне на лицензиите, а Съдът е имал възможност да упражни съдебен контрол. Поради това обстоятелството, че Първоинстанционният съд не е посочил причината за неизбежността в точки 139—142 от обжалваното решение, не представлява съществено нарушение на задължението за мотивиране.

237. Ето защо според мен първото правно основание е неоснователно. Затова предлагам то да бъде отхвърлено.

133 — Вж. по-специално точка 108 от обжалваното решение.

134 — Вж. по-специално точки 108 и 134 от обжалваното решение.

135 — Вж. по-специално точки 141 и 142 от обжалваното решение.

136 — Вж. точки 106, 107 и 118—124 от настоящото заключение.

137 — Съгласно упоменатото по-горе (вж. точка 157 от настоящото заключение) в тези точки Първоинстанционният съд само изяснява защо прилагането на еднакви условия по лицензиите на Orange, SFR и Bouygues Télécom е неизбежно.

Г — *Обобщение*

238. Според мен всички правни основания на жалбоподателите трябва да се отхвърлят. Ето защо жалбата на жалбоподателите трябва да се отхвърли изцяло.

VII — По съдебните разноски

239. По смисъла на член 69, параграф 2 от Процедурния правилник, приложим към производството по обжалване по силата на член 118 от същия, загубилата делото страна се осъжда да заплати съдебните разноски, ако е направено такова искане. Член 69, параграф 4, първа алинея предвижда, че държавите членки, които са встъпили по делото, понасят направените от тях съдебни разноски.

240. След като Комисията, френското правителство, Orange и SFR са направили искане за осъждането на Bouygues и на Bouygues Télécom и последните са загубили делото, те трябва да бъдат осъдени да заплатят съдебните разноски.

241. Френската република понася направените от нея съдебни разноски.

VIII — Заключение

242. С оглед на изложените по-горе съображения предлагам Съда да се произнесе, както следва:

1) да отхвърли жалбата,

2) да осъди жалбоподателите да заплатят съдебните разноски,

3) да постанови Френската република да понесе направените от нея съдебни разноски.