



Samling af Afgørelser

DOMSTOLENS DOM (Tiende Afdeling)

14. november 2013 *

»Præjudiciel forelæggelse — artikel 49 TEUF — etableringsfrihed — artikel 56 TEUF — fri udveksling af tjenesteydelser — ligebehandlingsprincippet og princippet om forbud mod forskelsbehandling — gennemsigtighedsforpligtelse — anvendelsesområde — aftale indgået mellem en medlemsstats offentlige myndigheder og en virksomhed i denne medlemsstat — disse myndigheders overdragelse af deres aktivitet bestående i levering af tv-tjenester og for en tidsbegrænset periode eneretten til brugen af deres kabelnet til en virksomhed i nævnte medlemsstat — spørgsmålet om en erhvervsdrivende i samme medlemsstat kan påberåbe sig artikel 49 TEUF og 56 TEUF ved domstolene i denne medlemsstat — intet udbud — begrundelse — eksistensen af en tidligere aftale — transaktion med henblik på at bilægge en tvist vedrørende fortolkningen af denne aftale — risiko for værdiforringelse af den overdragne aktivitet«

I sag C-221/12,

angående en anmodning om præjudiciel afgørelse i henhold til artikel 267 TEUF, indgivet af Raad van State van België (Belgien) ved afgørelse af 2. maj 2012, indgået til Domstolen den 11. maj 2012, i sagen:

Belgacom NV

mod

Interkommunale voor Teledistributie van het Gewest Antwerpen (Integan),

Inter-Media,

West-Vlaamse Energie- en Teledistributiemaatschappij (WVEM),

Provinciale Brabantse Energiemaatschappij CVBA (PBE),

procesdeltagere:

Telenet NV,

Telenet Vlaanderen NV,

Telenet Group Holding NV,

har

* Processprog: nederlandsk.

DOMSTOLEN (Tiende Afdeling)

sammensat af dommerne A. Rosas, som fungerende formand for Tiende Afdeling, og D. Šváby (refererende dommer) og C. Vajda,

generaladvokat: Y. Bot

justitssekretær: A. Calot Escobar,

på grundlag af den skriftlige forhandling,

efter at der er afgivet indlæg af:

- Belgacom NV ved advocaat B. Schutyser
- Interkommunale voor Teledistributie van het Gewest Antwerpen (Integan), Inter-Media, West-Vlaamse Energie- en Teledistributiemaatschappij (WVEM) og Provinciale Brabantse Energiemaatschappij CVBA (PBE) ved advocaten D. D’Hooghe og P. Wytinck
- Telenet NV, Telenet Vlaanderen NV og Telenet Group Holding NV ved advocaat T. De Meese
- den belgiske regering ved J.-C. Halleux og C. Pochet, som befuldmægtigede, bistået af avocat S. Depre
- den italienske regering ved G. Palmieri, som befuldmægtiget, bistået af avvocato dello Stato C. Colelli
- Europa-Kommissionen ved T. van Rijn, I. Rogalski og A. Tokár, som befuldmægtigede,

og idet Domstolen efter at have hørt generaladvokaten har besluttet, at sagen skal pådømmes uden forslag til afgørelse,

afsagt følgende

Dom

- 1 Anmodningen om præjudiciel afgørelse vedrører fortolkningen af artikel 49 TEUF og 56 TEUF.
- 2 Denne anmodning om præjudiciel afgørelse er indgivet inden for rammerne af en sag, der føres af Belgacom NV (herefter »Belgacom«) mod fire kommunale sammenslutninger, Interkommunale voor Teledistributie van het Gewest Antwerpen (Integan), Inter-Media, West-Vlaamse Energie- en Teledistributiemaatschappij (WVEM) og Provinciale Brabantse Energiemaatschappij CVBA (PBE) (herefter under ét »kommunesammenslutningerne«), og som vedrører forskellige afgørelser, hvorved sidstnævnte har godkendt indgåelsen – uden udbud – af aftaler om overførsel til Telenet NV (herefter »Telenet«) af deres aktivitet, der består i levering af tv-tjenester, tv-abonnementer tegnet af deres kunder og for en tidsbegrænset periode også tilhørende rettigheder over deres kabelnet samt et langtidslejemål over dette net.

Retsforskrifter

- 3 Artikel 1 i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/18/EF af 31. marts 2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter (EUT L 134, s. 114, og berigtigelse i EUT 2004 L 351, s. 44) indeholder følgende definitioner:

»[...]

2. a) Ved »offentlige kontrakter« forstås gensidigt bebyrdende aftaler, der indgås skriftligt mellem en eller flere økonomiske aktører og en eller flere ordregivende myndigheder, og som vedrører udførelsen af arbejde, levering af varer eller tjenesteydelser, der er omfattet af dette direktiv.

[...]

- d) Ved »offentlige tjenesteydelseskontrakter« forstås offentlige kontrakter, bortset fra offentlige bygge- og anlægskontrakter og vareindkøbskontrakter, der vedrører tjenesteydelser nævnt i bilag II.

[...]

4. Ved »koncessionskontrakt om tjenesteydelser« forstås en kontrakt med samme karakteristika som offentlige tjenesteydelseskontrakter bortset fra, at vederlaget for den tjenesteydelse, der skal præsteres, enten udelukkende består i retten til at udnytte tjenesteydelsen eller i denne ret sammen med betaling af en pris.

[...]«

- 4 Direktiv 2004/18 finder ifølge dets artikel 17 ikke anvendelse på koncessionskontrakter om tjenesteydelser.

Twisten i hovedsagen og de præjudicielle spørgsmål

- 5 Kommunesammenslutningerne udgøres af udelukkende offentligretlige deltagere. I begyndelsen leverede de teletjenester via deres egne kabler.
- 6 De erhvervede i 1996 via et offentligretligt andelsselskab, Interkabel, en andel på 1,51% af kapitalen i Telenet i forbindelse med stiftelsen af sidstnævnte selskab gennem et apportindskud af brugsretten til en del af deres kabelnet for en periode på 50 år. Denne brugsret bestod i en eneret til brugen af dette net til levering af tjenesteydelser benævnt »punkt til punkt telekommunikationstjenester« og en ikke-eksklusiv ret, til levering af tjenesteydelser benævnt »multimedia«, mens kommunesammenslutningerne beholdt eneretten til at bruge deres net til levering af broadcastingtjenester.
- 7 Indskudsoverenskomsten tildelte også Telenet en forkøbsret i tilfælde af afhændelse af ejendomsrettighederne over kommunesammenslutningernes kabelnet og en fortrinsret i tilfælde af, at brugsretten til nettet tildeles tredjemand med henblik på levering af multimedietjenester.
- 8 Efterfølgende stiftede kommunesammenslutningerne den økonomiske sammenslutning IN-DI med henblik på bl.a. at udbyde interaktive digitale tv-tjenester via deres kabelnet.

- 9 Telenet anlagde en sag vedrørende realiteten og en sag vedrørende foreløbige forholdsregler med henblik på at få nedlagt forbud mod denne aktivitet med den begrundelse, at den henhørte under »punkt til punkt telekommunikationstjenester« som omhandlet i indskudsoverenskomsten fra 1996. Den dommer, der tog stilling til begæringen om foreløbige forholdsregler, tog ved en foreløbig afgørelse begæringen til følge. Denne kendelse er appelleret.
- 10 Samtidigt indledtes forhandlinger mellem samtlige berørte parter med henblik på at indgå et forlig. Disse forhandlinger førte til indgåelse af en principaftale, som kommunesammenslutningernes kompetente organer tiltrådte ved afgørelser truffet i løbet af december 2007.
- 11 Denne aftale indebar særligt, at Telenet blev indrømmet et langtidslejemål vedrørende kommunesammenslutningernes net for en periode på 38 år svarende til den resterende varighed af den brugsret, som Telenet oprindeligt var blevet tildelt i indskudsoverenskomsten fra 1996, mod betaling af diverse modydelser bl.a. for omkostningerne, afskrivningerne, den investerede kapital og udgifterne til administration, vedligeholdelse, udvidelse og forbedring af kabelnettet. På denne måde fik denne virksomhed eneret til at bruge dette net til levering af telefoni, internetadgang og analogt, digitalt og interaktivt tv. Således var virksomheden fra da af i stand til på hele det af kabelnettet dækkede område at udbyde, hvad der efter de aktuelle handelsmæssige standarder kaldes »triple play« og vedrører samlet en levering af disse ydelser. Endvidere indebar nævnte aftale navnlig, at kommunesammenslutningernes aktivitet bestående i levering af tv-tjenester og tilhørende abonnementer overførtes til Telenet. De påregnede modydelser var opgjort til 350 mio. EUR.
- 12 Nævnte principaftale mundede ud i indgåelse af en endelig aftale (herefter »den anfægtede aftale«). Den samlede værdi af Telenets modydelser beløb sig imidlertid til 425 mio. EUR, dvs. 5 mio. EUR mere end pålydendet af et bud betegnet »ikke-bindende«, som Belgacom havde afgivet med henblik på erhvervelse af kommunesammenslutningernes aktivitet vedrørende levering af analoge og digitale tv-signaler og tilhørende abonnementer samt en ikke-eksklusiv ret til at bruge kommunesammenslutningernes kabelnet til levering af teletjenester. Sidstnævnte aftale blev fulgt op af en ny række afgørelser truffet af kommunesammenslutningerne i løbet af juni 2008.
- 13 Belgacom anlagde sag til prøvelse af de sidstnævnte afgørelser såvel som afgørelserne nævnt i præmis 10 ved Raad van State van België.
- 14 Forinden havde dette selskab rettet henvendelse til kommunesammenslutningerne vedrørende indgåelsen af principaftalen og tilkendegivet sin interesse i visse af de rettigheder, som denne aftale fastsatte overførsel af. I deres svar havde kommunesammenslutningerne anført, at Belgacom ikke kunne anses for en potentiel forhandlingspartner, henset til begrænsningerne i indskudsoverenskomsten fra 1996 og den omstændighed, at overførsel af de pågældende rettigheder ville svare til at skabe en monopolstilling for selskabet, idet Belgacom allerede udbød fuldstændige tv-tjenester ved hjælp af selskabets eget net på det område, der er dækket af kommunesammenslutningernes kabelnet. Dette selskab svarede dertil, at dets net kunne gøres til genstand for en delt brug, som kunne muliggøre opretholdelse af en effektiv konkurrence. Belgacom afgav efterfølgende, men forud for indgåelsen af den anfægtede aftale, det bud, der er nævnt i denne doms præmis 12.
- 15 Inden for rammerne af hovedsagen har Belgacom navnlig støttet sit søgsmål på artikel 43 EF og 49 EF, som nu svarer til henholdsvis artikel 49 TEUF og 56 TEUF. Selskabet har anført, at ligebehandlingsprincippet og princippet om forbud mod forskelsbehandling samt proportionalitetsprincippet finder anvendelse, uanset hvordan den anfægtede aftale kvalificeres, og at der ikke foreligger noget tvingende alment hensyn, der kan begrunde, at der ikke blev iværksat et udbud før indgåelsen af den anfægtede aftale.

- 16 Kommunesammenslutningerne har derimod gjort gældende, at anvendelse af ligebehandlingsprincippet ikke udelukker, at en kontrakt som den, der er omhandlet i hovedsagen, kan indgås uden et forudgående udbud, hvis den offentlige myndighed, der er initiativtageren, har bestemte grunde dertil, som uden nødvendigvis at være forbundet med almenvellet beror på reelle faktiske omstændigheder og et plausibelt juridisk grundlag, hvilket svarer til begrebet »objektive omstændigheder« i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i Domstolens retspraksis. Sådanne foreligger i det foreliggende tilfælde i betragtning af dels de fortrins- og forkøbsrettigheder, som Telenet fik i henhold til indskudsoverenskomsten fra 1996, og som må anses for at udgøre en eneret, hvilket umuliggjorde iværksættelse af et effektivt udbud, dels den foreliggende tvist mellem kommunesammenslutningerne og Telenet vedrørende rækkevidden af denne indskudsoverenskomst, henset til retssagens forventelige varighed og den risiko for strenge sanktioner, som kommunesammenslutningerne ville løbe, hvis det blev fastslået ved en endelig afgørelse, at de havde tilsidesat denne overenskomst.
- 17 Den forelæggende ret har anført, at alle hovedsagens parter anerkender, at den anfægtede aftale ikke er omfattet af anvendelsesområdet for nogen af direktiverne om offentlige kontrakter. Det er dens opfattelse, at uanset hvordan den anfægtede aftale betegnes, indgår kommunesammenslutningernes tilgrundliggende afgørelser i en sammenhæng, der er karakteriseret ved et offentligt indgreb med henblik på at tilrettelægge udøvelsen af en økonomisk aktivitet, og at den skønsbeføjelse, der tilkommer myndigheden på dette område, er begrænset af ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsforpligtelsen. I betragtning af den omhandlede transaktions omfang anser den det desuden for sandsynligt, at udenlandske virksomheder ville have tilkendegivet deres interesse i tilfælde af et udbud.
- 18 Denne ret har fastslået, at hensigten med den anfægtede aftale var at bilægge den tvist, der var opstået mellem kommunesammenslutningerne og Telenet vedrørende rækkevidden af indskudsoverenskomsten fra 1996, og at denne tvist udelukkende beroede på en teknologisk udvikling, som de kontraherende parter ikke havde kunnet forudse ved overenskomstens indgåelse. Nærmere bestemt gjorde den ved nævnte overenskomst fastlagte fordeling af brugsretten til kommunesammenslutningernes kabelnet det ikke muligt for nogen af parterne at udbyde fuldstændige teletjenester, idet de interaktive tv-tjenester var omfattet af Telenets eneret, mens kommunesammenslutningerne havde eneret til at udbyde teletjenester.
- 19 Nævnte ret har imidlertid også fastslået, at den anfægtede aftale er mere vidtrækkende, end hvad der var nødvendigt for at bilægge nævnte tvist, idet den radikalt ændrer den fordeling af brugsretten til kommunesammenslutningernes kabelnet, som var fastlagt ved indskudsoverenskomsten fra 1996, ved at tildele Telenet rettigheder, som selskabet ikke oprindeligt havde fået tildelt, og som ikke var genstand for tvisten. I kraft af denne aftale og en modydelse på 425 mio. EUR havde Telenet fra da af haft en samlet eksklusiv brugsret til dette net, hvorved selskabet på hele det af dette net dækkede område, hvilket repræsenterer ca. en tredjedel af dets forretningsområde, kan udbyde fuldstændige tv-ydelser og dermed udbyde, hvad der efter de aktuelle handelsstandarder svarer til »triple play«, ligesom selskabet i forvejen gjorde på de to andre tredjedele af sit forretningsområde.
- 20 Desuden er den forelæggende ret af den opfattelse, at eksistensen af indskudsoverenskomsten fra 1996 ikke i sig selv kan begrunde indgåelsen af den anfægtede aftale. Dels kunne der nemlig have været indført en ordning for delt brug af kabelnettet. Dels er de fortrins- og forkøbsrettigheder, som Telenet har fået i henhold til overenskomsten, ikke i sig selv til hinder for, at flere ansøgere behandles ens, og dermed, at deres bud underkastes en reel sammenligning.
- 21 Denne ret er dog i tvivl om, hvorvidt en overordnet sammenhæng, som foruden indskudsoverenskomsten fra 1996 udgøres af den efterfølgende tvist vedrørende rækkevidden af denne overenskomst på grund af den teknologiske udvikling og af den retsafgørelse, der er truffet vedrørende denne tvist, kan begrunde, at der ikke blev iværksat et udbud. Dels ville overførslen til tredjemand af rettigheder, som ifølge nævnte overenskomst skulle have været overdraget til Telenet, nemlig uundgåeligt have medført nye tvister og øget retlig usikkerhed. Dels ville en manglende løsning på

tvisten i forhold til Telenet have bevirket, at kommunesammenslutningerne ikke ville have været i stand til at udbyde fuldstændige tv-tjenester i lang tid, hvilket ikke blot ville have haft en betydelig økonomisk skadevirkning, eftersom Belgacom kunne indtage markedet, men også kunne have påvirket forbrugerne.

- 22 På denne baggrund anser nævnte ret det for muligt at anse den anfægtede aftale, som fastlægger forliget, hvorved tvisten mellem Telenet og kommunesammenslutningerne bilægges, for et lovligt tillæg til indskudsoverenskomsten fra 1996 fremfor en selvstændig aftale, der kun kan indgås under iagttagelse af artikel 49 TEUF og 56 TEUF.
- 23 Endelig har den forelæggende ret anført, at Domstolen i dom af 21. juli 2005, Coname (sag C-231/03, Sml. I, s. 7287, præmis 19), anførte, at en forskellig behandling, der udgør en indirekte forskelsbehandling på grund af nationalitet, som følge af den direkte tildeling af en koncessionskontrakt, kan begrundes i »objektive omstændigheder«. Den forelæggende ret er dog i tvivl om rækkevidden af dette begreb i forhold til rækkevidden af begrebet »tvingende almene hensyn«.
- 24 På denne baggrund har Raad van State van België besluttet at udsætte sagen og forelægge Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:
- »1) Skal artikel 49 TEUF eller 56 TEUF fortolkes således, at en i Belgien hjemmehørende virksomhed ved en belgisk domstol kan støtte ret på unionsrettens grundlæggende principper, især den forpligtelse til gennemsigtighed, der følger af disse artikler, for så vidt angår en aftale, der ikke er omfattet af anvendelsesområdet for et af direktiverne om offentlige kontrakter, og hvorved en belgisk myndighed overdrager rettigheder til en anden belgisk virksomhed uden at have organiseret et offentligt udbud?
- 2) Kan ønsket om at forhindre en krænkelse af et særligt kontraktmæssigt forhold, der i sig selv ikke er anfægtet, mellem en offentligretlig juridisk person og privatretlig person, der ikke kontrolleres af den offentligretlige juridiske person, eller afslutning af en transaktion eller indgåelse af et forlig med det formål at afslutte en bestående tvist med hensyn til fortolkningen af det nævnte kontraktmæssige forhold, hvorved forliget tager udgangspunkt i parternes rettigheder i henhold til en foreløbig retsafgørelse, og myndighedens aktiviteter uden forliget kunne lide en alvorlig skade og værdiforringelse og forbrugerne indtil videre blive afskåret fra adgang til tjenesteydelser, anses for et tvingende alment hensyn eller i det mindste for en objektiv omstændighed, der giver den offentligretlige juridiske person hjemmel til som en undtagelse og under fravigelse af ligebehandlingsprincippet og princippet om forbud mod forskelsbehandling på grundlag af nationalitet i henhold til artikel 49 TEUF og 56 TEUF og den deraf flydende forpligtelse til gennemsigtighed at undlade at afholde offentligt udbud og tildele ordren direkte?
- 3) Såfremt det andet spørgsmål besvares bekræftende, skal den førnævnte transaktion eller det førnævnte forlig for ikke at begrænse de nævnte grundlæggende friheder, der er sikret ved unionsretten, videre end nødvendigt for at nå det tilsigtede formål, da begrænses til hvad der er strengt nødvendigt for at afslutte den opståede tvist, eller kan parterne med henblik på fremtidige tvister indgå et mere vidtrækkende forlig, der har en rimelig og logisk sammenhæng med tvisten, og som samtidigt sikrer forbrugernes rettigheder og indebærer en værdimaksimering af den overdragne aktivitet?«

Om de præjudicielle spørgsmål

Det første spørgsmål

- 25 Med det første spørgsmål ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt oplyst, om artikel 49 TEUF og 56 TEUF skal fortolkes således, at en erhvervsdrivende i en medlemsstat ved denne medlemsstats domstole kan påberåbe sig, at der er sket tilsidesættelse af den gennemsigtighedsforpligtelse, der følger af disse artikler, i forbindelse med indgåelsen af en aftale, hvorved en eller flere af nævnte medlemsstats offentlige myndigheder mod vederlag overdrager navnlig eneretten til brug af deres kabelnet til levering af teletjenester og deres aktivitet bestående i levering af tv-tjenester og dermed forbundne abonnementer til en erhvervsdrivende i samme medlemsstat.
- 26 Det bemærkes uafhængigt af de af parterne valgte fremgangsmåder og betegnelser, at en aftale som den anfægtede aftale, for så vidt som den overdrager kommunesammenslutningernes aktivitet bestående i levering af tv-tjenester til Telenet og navnlig med henblik på udøvelsen af denne aktivitet tildeler dette selskab eneret til brugen af deres kabelnet, skal undersøges som en koncessionskontrakt om tjenesteydelser i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i artikel 1, stk. 4, i direktiv 2004/18.
- 27 For det første udgør en sådan aftale nemlig, for så vidt som den forpligter erhververen til at udøve den overdragne aktivitet, en offentlig kontrakt om levering af tjenesteydelser som omhandlet i bilag II til direktiv 2004/18 bortset fra betalingsmåden, idet vederlaget for leveringen af tv-tjenester består i retten til at udøve den pågældende aktivitet, hvilket opfylder definitionen i nævnte artikel 1, stk. 4. For det andet er betingelsen om, at risikoen forbundet med udøvelsen af denne aktivitet skal påhvile erhververen (jf. i denne retning bl.a. dom af 11.6.2009, sag C-300/07, Hans & Christophorus Oymanns, Sml. I, s. 4779, præmis 72, og af 10.3.2011, sag C-274/09, Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler, Sml. I, s. 1335, præmis 26 og den deri nævnte retspraksis), ligeledes opfyldt i forbindelse med denne aftale.
- 28 Selv om koncessionskontrakter om tjenesteydelser falder uden for anvendelsesområdet for direktiv 2004/18 ifølge direktivets artikel 17, skal offentlige myndigheder, som tildeler en sådan koncessionskontrakt, imidlertid overholde de grundlæggende regler i EUF-traktaten, princippet om forbud mod forskelsbehandling på grund af nationalitet og ligebehandlingsprincippet samt den gennemsigtighedsforpligtelse, som følger heraf, når denne koncessionskontrakt frembyder en bestemt grænseoverskridende interesse (jf. i denne retning bl.a. dom af 17.7.2008, sag C-347/06, ASM Brescia, Sml. I, s. 5641, præmis 58 og 59 og den deri nævnte retspraksis).
- 29 Med hensyn til, om der foreligger en bestemt grænseoverskridende interesse, bemærkes, at denne bl.a. kan følge af den økonomiske betydning af den kontrakt, der planlægges indgåelse af, og af stedet for dens opfyldelse (jf. i denne retning ASM Brescia-dommen, præmis 62 og den deri nævnte retspraksis) eller dens tekniske karakter (jf. analogt dom af 15.5.2008, forenede sager C-147/06 og C-148/06, SECAP og Santorso, Sml. I, s. 3565, præmis 24).
- 30 Det tilkommer den forelæggende ret at foretage en indgående vurdering af alle de relevante omstændigheder i denne henseende (jf. i denne retning dom af 23.12.2009, sag C-376/08, Serrantoni og Consorzio stabile edili, Sml. I, s. 12169, præmis 25 og den deri nævnte retspraksis), hvilket den allerede synes at have foretaget i det foreliggende tilfælde, eftersom den har fastslået, at det, henset til betydningen af den i hovedsagen omhandlede aftale, er sandsynligt, at virksomheder i andre medlemsstater ville have tilkendegivet deres interesse i tilfælde af et udbud.
- 31 Det præciseres endvidere, at det ikke kræves, for at der foreligger en bestemt grænseoverskridende interesse, at en erhvervsdrivende rent faktisk har manifesteret sin interesse. Dette er særligt tilfældet, når der som i hovedsagen foreligger en tvist vedrørende manglende gennemsigtighed forbundet med den omhandlede aftale. I et sådant tilfælde har erhvervsdrivende i andre medlemsstater nemlig ikke

haft en reel mulighed for at tilkendegive deres interesse i at få tildelt denne koncessionskontrakt (jf. i denne retning Coname-dommen, præmis 18, og dom af 13.10.2005, sag C-458/03, Parking Brixen, Sml. I, s. 8585, præmis 55).

- 32 Hertil kommer, at når det i forbindelse med tildelingen af en given koncessionskontrakt er fastslået, at der foreligger en bestemt grænseoverskridende interesse, gælder den gennemsigthedsforpligtelse, der påhviler den koncessionsgivende myndighed til fordel for enhver potentiel tilbudsgiver (jf. i denne retning dom af 13.4.2010, sag C-91/08, Wall, Sml. I, s. 2815, præmis 36), uanset om denne er etableret i samme medlemsstat som denne myndighed.
- 33 For alle tilfældes skyld bemærkes, at samme krav ifølge EU-retten ville påhvile den koncessionsgivende myndighed, selv om den i hovedsagen omhandlede aftale ikke forpligtede erhververen til at udøve den overdragne aktivitet, idet denne aftale indebar en tilladelse til at udøve en økonomisk aktivitet. Der er nemlig ikke forskel på en sådan tilladelse og en koncessionskontrakt om tjenesteydelser for så vidt angår forpligtelsen til at overholde traktatens grundlæggende regler og de deraf følgende principper, når udøvelsen af denne aktivitet har en sådan karakter, at den potentielt er af interesse for erhvervsdrivende i andre medlemsstater (jf. i denne retning bl.a. dom af 3.6.2010, sag C-203/08, Sporting Exchange, Sml. I, s. 4695, præmis 46 og 47, og af 9.9.2010, sag C-64/08, Engelmann, Sml. I, s. 8219, præmis 51-53).
- 34 Henset til samtlige ovenstående betragtninger skal det første forelagte spørgsmål besvares med, at artikel 49 TEUF og 56 TEUF skal fortolkes således, at en erhvervsdrivende i en medlemsstat ved denne medlemsstats domstole kan påberåbe sig, at der er sket tilsidesættelse af den gennemsigthedsforpligtelse, der følger af disse artikler, i forbindelse med indgåelsen af en aftale, hvorved en eller flere af nævnte medlemsstats offentlige myndigheder enten har tildelt en erhvervsdrivende i samme medlemsstat en koncessionskontrakt om tjenesteydelser, som frembyder en bestemt grænseoverskridende interesse, eller har tildelt en erhvervsdrivende eneret til at udøve en økonomisk aktivitet, som frembyder en sådan interesse.

Det andet spørgsmål

- 35 Med det andet spørgsmål ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt oplyst, om artikel 49 TEUF og 56 TEUF skal fortolkes således, at omstændigheder såsom dem, der er omhandlet i hovedsagen, kan anses for at udgøre tvingende almene hensyn eller objektive omstændigheder, som kan begrunde offentlige enheders direkte tildeling til en erhvervsdrivende af en koncessionskontrakt om tjenesteydelser i form af levering af tv-tjenester, som disse enheder leverer via deres eget kabelnet, under fravigelse af det ligebehandlingsprincip og princip om forbud mod forskelsbehandling, der er sikret ved de nævnte artikler.
- 36 De i hovedsagen omhandlede omstændigheder er viljen til at respektere bestemte rettigheder, som de pågældende enheder ved en tidligere aftale har tildelt denne erhvervsdrivende vedrørende brugen af deres kabelnet, og viljen til at indgå et forlig med henblik på at bilægge en tvist vedrørende rækkevidden af disse rettigheder under hensyntagen til en foreløbig retsafgørelse og med henblik på samtidig at undgå en værdiforringelse af nævnte aktivitet, hvorved disse enheder leverer tv-tjenester via nævnte net, og at kunne tilbyde dem, som abonnerer på disse tjenesteydelser, et fuldstændigt tilbud.
- 37 Det bemærkes, at for så vidt som en koncessionskontrakt om tjenesteydelser frembyder en bestemt grænseoverskridende interesse, udgør tildelingen af denne, hvis der ikke er nogen som helst gennemsigthed, til en virksomhed beliggende i den medlemsstat, som den ordregivende myndighed hører under, en forskellig behandling til skade for virksomheder, som kan være interesseret i koncessionen, og som er beliggende i en anden medlemsstat. Ved at udelukke alle disse virksomheder er en sådan forskellig behandling hovedsagelig til skade for sidstnævnte og udgør følgelig en indirekte

forskelsbehandling på grundlag af nationalitet, hvilket i princippet er forbudt i henhold til artikel 49 TEUF og 56 TEUF (jf. i denne retning ASM Brescia-dommen, præmis 59 og 60 og den deri nævnte retspraksis).

- 38 Undtagelsesvis kan en sådan foranstaltning dog være tilladt af en af de grunde, der er opregnet i artikel 52 TEUF, eller den kan i overensstemmelse med Domstolens praksis være begrundet i tvingende almene hensyn (jf. analogt Engelmann-dommen, præmis 51 og 57 og den deri nævnte retspraksis, og dom af 10.5.2012, forenede sager C-357/10 – C-359/10, *Duomo Gpa m.fl., Sml.*, EU:C:2012:283, præmis 39 og den deri nævnte retspraksis). Med hensyn til sidstnævnte fremgår det af Engelmann-dommen, præmis 51, sammenholdt med præmis 57, at der ikke skal sondres mellem objektive omstændigheder og tvingende almene hensyn. Sådanne omstændigheder udgør nemlig i sidste ende et tvingende alment hensyn.
- 39 De grunde, der er nævnt i dette præjudicielle spørgsmål, kan derimod ikke hverken hver for sig eller samlet set anses for tvingende almene hensyn.
- 40 Det medgives, at retssikkerhedsprincippet, som er et grundlæggende EU-retligt princip, ganske vist kan begrunde, at en kontrakts retsvirkninger respekteres, herunder i det af dette princip krævede omfang i tilfælde, hvor en kontrakt er indgået, før Domstolen udtalte sig om den primære EU-rets indvirkning på kontrakter af denne type, og hvor det efterfølgende har vist sig at, at den er i strid med visse af disse indvirkninger (jf. i denne retning ASM Brescia-dommen, præmis 69 og 70). Det nævnte princip kan imidlertid ikke påberåbes for at udvide en kontrakt i strid med ligebehandlingsprincippet og princippet om forbud mod forskelsbehandling samt den deraf følgende gennemsigtighedsforpligtelse. Det har ingen betydning i denne henseende, at denne udvidelse udgør en rimelig løsning, der er egnet til at afslutte en tvist, som er opstået fuldstændigt ufrivilligt mellem de berørte parter, vedrørende rækkevidden af den kontrakt, de har indgået.
- 41 Med hensyn til risikoen for værdiforringelse af en økonomisk aktivitet, som udøves af en offentlig enhed, på grund af en tidligere aftale, der viser sig at være uhensigtsmæssig, henset til den teknologiske og kommercielle udvikling, følger det af fast retspraksis, at begrundelser af økonomisk art ikke kan godkendes som tvingende almene hensyn, der kan begrunde en restriktion af en grundlæggende frihed, som er sikret ved traktaten (jf. dom af 16.2.2012, forenede sager C-72/10 og C-77/10, *Costa og Cifone*, endnu ikke trykt i Samling af Afgørelser, præmis 59 og den deri nævnte retspraksis).
- 42 Det skal i denne forbindelse fastslås, at den omstændighed, at indgåelsen af den anfægtede aftale er sammenfaldende med en interesse hos de forbrugere, som ellers ikke ville kunne få interaktivt tv, endsiges et favorabelt samlet tilbud på tjenesteydelserne, reelt ikke adskiller sig fra begrundelsen vedrørende værdiforringelse af nævnte aktivitet, men tværtimod er nært forbundet hermed. Denne omstændighed vedrører nemlig ikke alle forbrugere inden for det område, som kommunesammenslutningernes kabelnet dækker, men kun dem, der abonnerer på de tv-tjenester, som sidstnævnte udbyder som led i den aktivitet, hvis overdragelse til Telenet er genstand for hovedsagen, og kommunesammenslutningernes manglende mulighed for at udbyde bestemte tjenesteydelser til disse abonnenter på grund af en fordeling af brugsretten til deres kabelnet, som er fastlagt ved indskudsoverenskomsten fra 1996, er forklaringen på, at de tilbud, som de kan fremsætte på markedet, er mindre attraktive, og dermed på værdiforringelsen af nævnte aktivitet.
- 43 Endelig præciseres det, at betragtninger, som isoleret set ikke udgør tvingende almene hensyn, der kan begrunde en fravigelse af ligebehandlingsprincippet og princippet om forbud mod forskelsbehandling samt af gennemsigtighedsforpligtelsen, ikke kan opnå en sådan karakter blot ved at blive akkumuleret.
- 44 Henset til samtlige ovenstående betragtninger skal det andet forelagte spørgsmål besvares med, at artikel 49 TEUF og 56 TEUF skal fortolkes således, at

- viljen til ikke at tilsidesætte bestemte rettigheder, som de offentlige enheder ved en tidligere kontrakt har tildelt en erhvervsdrivende vedrørende brugen af deres kabelnet, ikke kan begrunde, at denne kontrakt udvides i strid med EU-retten ved en direkte tildeling af en koncessionskontrakt om tjenesteydelser eller en eneret til at udøve en aktivitet, som frembyder en bestemt grænseoverskridende interesse, uanset om det er for at bilægge en tvist, som er opstået fuldstændigt ufrivilligt mellem de berørte parter, vedrørende rækkevidden af denne kontrakt
- begrundelser af økonomisk art, såsom viljen til at undgå værdiforringelse af en økonomisk aktivitet, ikke udgør tvingende almene hensyn, der kan begrunde en direkte tildeling af en koncessionskontrakt om tjenesteydelser vedrørende denne aktivitet eller en eneret til at udøve nævnte aktivitet, som frembyder en bestemt grænseoverskridende interesse, under fravigelse af ligebehandlingsprincippet og princippet om forbud mod forskelsbehandling, som er sikret ved disse artikler.

Det tredje spørgsmål

- 45 Henset til besvarelsen af det andet spørgsmål er det uforholdsmæssigt at besvare det tredje spørgsmål.

Sagens omkostninger

- 46 Da sagens behandling i forhold til hovedsagens parter udgør et led i den sag, der verserer for den forelæggende ret, tilkommer det denne at træffe afgørelse om sagens omkostninger. Bortset fra nævnte parters udgifter kan de udgifter, som er afholdt i forbindelse med afgivelse af indlæg for Domstolen, ikke erstattes.

På grundlag af disse præmisser kender Domstolen (Tiende Afdeling) for ret:

- 1) Artikel 49 TEUF og 56 TEUF skal fortolkes således, at en erhvervsdrivende i en medlemsstat ved denne medlemsstats domstole kan påberåbe sig, at der er sket tilsidesættelse af den gennemsigtighedsforpligtelse, der følger af disse artikler, i forbindelse med indgåelsen af en aftale, hvorved en eller flere af nævnte medlemsstats offentlige myndigheder enten har tildelt en erhvervsdrivende i samme medlemsstat en koncessionskontrakt om tjenesteydelser, som frembyder en bestemt grænseoverskridende interesse, eller har tildelt en erhvervsdrivende eneret til at udøve en økonomisk aktivitet, som frembyder en sådan interesse.
- 2) Artikel 49 TEUF og 56 TEUF skal fortolkes således, at
 - viljen til ikke at tilsidesætte bestemte rettigheder, som de offentlige enheder ved en tidligere kontrakt har tildelt en erhvervsdrivende vedrørende brugen af deres kabelnet, ikke kan begrunde, at denne kontrakt udvides i strid med EU-retten ved en direkte tildeling af en koncessionskontrakt om tjenesteydelser eller en eneret til at udøve en aktivitet, som frembyder en bestemt grænseoverskridende interesse, uanset om det er for at bilægge en tvist, som er opstået fuldstændigt ufrivilligt mellem de berørte parter, vedrørende rækkevidden af denne kontrakt
 - begrundelser af økonomisk art, såsom viljen til at undgå værdiforringelse af en økonomisk aktivitet, ikke udgør tvingende almene hensyn, der kan begrunde en direkte tildeling af en koncessionskontrakt om tjenesteydelser vedrørende denne aktivitet eller en eneret til at udøve nævnte aktivitet, som frembyder en bestemt grænseoverskridende interesse, under fravigelse af ligebehandlingsprincippet og princippet om forbud mod forskelsbehandling, som er sikret ved disse artikler.

Underskrifter