



Jurisprudentie

ARREST VAN HET HOF (Tiende kamer)

14 november 2013*

„Prejudiciële verwijzing — Artikel 49 VWEU — Vrijheid van vestiging — Artikel 56 VWEU — Vrij verrichten van diensten — Beginselen van gelijke behandeling en non-discriminatie — Transparantieplichting — Werkingssfeer — Overeenkomst tussen openbare lichamen van lidstaat en onderneming uit zelfde lidstaat — Overdracht door deze lichamen van hun televisieactiviteiten alsook, voor bepaalde duur, van exclusief gebruiksrecht op hun kabelnetwerken aan onderneming uit deze lidstaat — Mogelijkheid voor marktdeelnemer uit zelfde lidstaat om zich voor rechterlijke instanties van deze lidstaat op artikelen 49 VWEU en 56 VWEU te beroepen — Geen marktbevraging — Rechtvaardiging — Bestaan van vroegere overeenkomst — Dading die ertoe strekt einde te maken aan geding betreffende uitlegging van deze overeenkomst — Risico van waardevermindering van overgedragen activiteit”

In zaak C-221/12,

betreffende een verzoek om een prejudiciële beslissing krachtens artikel 267 VWEU, ingediend door de Raad van State van België bij beslissing van 2 mei 2012, ingekomen bij het Hof op 11 mei 2012, in de procedure

Belgacom NV

tegen

Interkommunale voor Teledistributie van het Gewest Antwerpen (Integan),

Inter-Media,

West-Vlaamse Energie- en Teledistributiemaatschappij (WVEM),

Provinciale Brabantse Energiemaatschappij CVBA (PBE),

in tegenwoordigheid van:

Telenet NV,

Telenet Vlaanderen NV,

Telenet Group Holding NV,

wijst

* Procestaal: Nederlands.

HET HOF (Tiende kamer),

samengesteld als volgt: A. Rosas, waarnemend voor de president van de Tiende kamer, D. Šváby (rapporteur) en C. Vajda, rechters,

advocaat-generaal: Y. Bot,

griffier: A. Calot Escobar,

gezien de stukken,

gelet op de opmerkingen van:

- Belgacom NV, vertegenwoordigd door B. Schutyser, advocaat,
- Intercommunale voor Teledistributie van het Gewest Antwerpen (Integan), Inter-Media, West-Vlaamse Energie- en Teledistributiemaatschappij (WVEM) en Provinciale Brabantse Energiemaatschappij CVBA (PBE), vertegenwoordigd door D. D’Hooghe en P. Wytinck, advocaten,
- Telenet NV, Telenet Vlaanderen NV en Telenet Group Holding NV, vertegenwoordigd door T. De Meese, advocaat,
- de Belgische regering, vertegenwoordigd door J.-C. Halleux en C. Pochet als gemachtigden, bijgestaan door S. Depré, advocaat,
- de Italiaanse regering, vertegenwoordigd door G. Palmieri als gemachtigde, bijgestaan door C. Colelli, avvocato dello Stato,
- de Europese Commissie, vertegenwoordigd door T. van Rijn, I. Rogalski en A. Tokár als gemachtigden,

gelet op de beslissing, de advocaat-generaal gehoord, om de zaak zonder conclusie te berechten,

het navolgende

Arrest

- 1 Het verzoek om een prejudiciële beslissing betreft de uitlegging van de artikelen 49 VWEU en 56 VWEU.
- 2 Dit verzoek is ingediend in het kader van een geding tussen Belgacom NV (hierna: „Belgacom”) en vier intercommunale verenigingen, namelijk Intercommunale voor Teledistributie van het Gewest Antwerpen (Integan), Inter-Media, West-Vlaamse Energie- en Teledistributiemaatschappij (WVEM) en Provinciale Brabantse Energiemaatschappij CVBA (PBE) (hierna tezamen: „intercommunales”), betreffende verschillende beslissingen waarbij deze intercommunales ermee hebben ingestemd dat zonder marktbevraging overeenkomsten werden gesloten waarbij hun televisieactiviteiten en televisieabonnees alsook, voor bepaalde duur, bijkomende rechten op hun kabelnetwerken werden overgedragen aan Telenet NV (hierna: „Telenet”) en aan deze laatste een erfpacht op deze netwerken werd verleend.

Toepasselijke bepalingen

- 3 Artikel 1 van richtlijn 2004/18/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten (PB L 134, blz. 114, met rectificatie in PB 2004, L 351, blz. 44) bevat de volgende definities:

„[...]

2. a) ‚Overheidsopdrachten’ zijn schriftelijke overeenkomsten onder bezwarende titel die tussen een of meer ondernemers en een of meer aanbestedende diensten zijn gesloten en betrekking hebben op de uitvoering van werken, de levering van producten of de verlening van diensten in de zin van deze richtlijn.

[...]

- d) ‚Overheidsopdrachten voor diensten’ zijn andere overheidsopdrachten dan overheidsopdrachten voor werken of leveringen, die betrekking hebben op het verrichten van de in bijlage II bedoelde diensten.

[...]

4. De ‚concessieovereenkomst voor diensten’ is een overeenkomst met dezelfde kenmerken als een overheidsopdracht voor diensten met uitzondering van het feit dat de tegenprestatie voor de te verlenen diensten bestaat hetzij uit uitsluitend het recht de dienst te exploiteren, hetzij uit dit recht, gepaard gaande met een prijs.

[...]”

- 4 Volgens artikel 17 van richtlijn 2004/18 is deze richtlijn niet van toepassing op concessieovereenkomsten voor diensten.

Hoofding en prejudiciële vragen

- 5 De intercommunales hebben enkel publiekrechtelijke aandeelhouders. Zij leverden aanvankelijk teledistributiediensten via hun eigen kabelnetwerken.
- 6 Bij de oprichting van Telenet in 1996 hebben zij via een gemeenrechtelijke coöperatieve vennootschap met beperkte aansprakelijkheid, Interkabel, een participatie van 1,51 % in deze vennootschap genomen in ruil voor de inbreng voor een duur van vijftig jaar van gebruiksrechten op een deel van hun kabelnetwerken. Deze gebruiksrechten omvatten een exclusief gebruiksrecht op deze netwerken voor het aanbieden van „punt-tot-punttelecommunicatiediensten” en een niet-exclusief recht voor het aanbieden van „multimediasdiensten”. De intercommunales behielden het exclusieve recht om hun netwerken te gebruiken voor het aanbieden van „broadcastingdiensten”.
- 7 De inbrengakte kende ook een voorkooprecht aan Telenet toe bij een eventuele overdracht van de eigendomsrechten op de kabelnetwerken van de intercommunales en een voorkeurrecht voor het geval dat gebruiksrechten op deze netwerken aan een derde zouden worden toegekend met het oog op het aanbieden van „multimediasdiensten”.
- 8 Vervolgens hebben de intercommunales het economisch samenwerkingsverband IN-DI opgericht, met name met het oog op het aanbieden van interactieve digitale televisie via hun kabelnetwerken.

- 9 Telenet heeft een beroep ten gronde en een beroep in kort geding ingesteld om de uitoefening van deze activiteit te doen verbieden op grond dat het gaat om „punt-tot-punttelecommunicatiediensten” in de zin van de inbrengakte van 1996. Bij voorlopige beslissing heeft de kortgedingrechter de bij hem ingestelde vordering toegewezen. Tegen zijn beschikking is hoger beroep ingesteld.
- 10 Tegelijkertijd hebben alle betrokken partijen onderhandelingen aangeknoopt om tot een dading te komen. Deze onderhandelingen leidden tot een principeakkoord dat de bevoegde organen van de intercommunales hebben goedgekeurd bij besluiten van december 2007.
- 11 Dit akkoord bepaalde in het bijzonder dat een erfpacht op de netwerken van de intercommunales aan Telenet werd verleend tegen betaling van diverse vergoedingen, met name voor kosten en afschrijvingen, voor het geïnvesteerde kapitaal en voor de kosten van beheer, onderhoud, uitbreiding en opwaardering van deze netwerken, dit voor een periode van 38 jaar, die overeenstemde met de resterende duur van de gebruiksrechten die haar oorspronkelijk bij de inbrengakte van 1996 waren verleend. Aldus beschikte deze onderneming over een exclusief recht om deze netwerken te gebruiken voor het aanbieden van telefoniediensten, internettoegang en analoge, digitale en interactieve televisiediensten. Zij kon dus voortaan op het door deze netwerken bestreken grondgebied „triple play” aanbieden, die bestaat in een combinatie van deze diensten en aan de huidige commerciële eisen voldoet. Het akkoord bepaalde voorts met name dat de televisieactiviteiten van de intercommunales alsook de televisieabonnees aan Telenet werden overgedragen. Het bedrag van alle vergoedingen samen werd geraamd op 350 miljoen EUR.
- 12 Dit principeakkoord heeft geleid tot de sluiting van een definitieve overeenkomst (hierna: „litigieuze overeenkomst”). Het totale bedrag van de door Telenet verschuldigde vergoedingen is evenwel gebracht op 425 miljoen EUR, 5 miljoen EUR meer dan het bedrag dat Belgacom had genoemd in het „niet-bindende” voorstel dat zij had geformuleerd met het oog op de verwerving van de activiteiten van de intercommunales bestaande in de levering van analoge en digitale televisiesignalen, alsook van de televisieabonnees en van niet-exclusieve gebruiksrechten op de kabelnetwerken van de intercommunales voor het aanbieden van teledistributiediensten. Deze overeenkomst kwam tot stand na een nieuwe reeks besluiten van de intercommunales van juni 2008.
- 13 Tegen deze besluiten, alsook tegen die welke in punt 10 van het onderhavige arrest zijn genoemd, heeft Belgacom een beroep ingesteld bij de Raad van State van België.
- 14 Vooraf had deze onderneming de intercommunales gecontacteerd over de sluiting van het principeakkoord en haar belangstelling geuit voor de verwerving van bepaalde rechten die volgens dit akkoord werden overgedragen. De intercommunales hadden hierop geantwoord dat Belgacom niet in aanmerking kwam als gesprekspartner, gelet op bepaalde beperkingen in de inbrengakte van 1996 en op het feit dat de overdracht van de betrokken rechten aan Belgacom haar een monopoliepositie zou opleveren, aangezien Belgacom reeds een volwaardig pakket aan televisiediensten aanbod via haar eigen netwerk op het grondgebied dat door de kabelnetwerken van de intercommunales werd bestreken. Hierop had deze onderneming geantwoord dat het mogelijk was om een gedeeld gebruik van deze netwerken te maken, waardoor een daadwerkelijke mededinging kon worden gehandhaafd. Nadien heeft Belgacom, nog vóór de sluiting van de litigieuze overeenkomst, het in punt 12 van het onderhavige arrest genoemde aanbod gedaan.
- 15 Belgacom beroept zich in het kader van het hoofdgeding met name op de artikelen 43 EG en 49 EG, waarmee de huidige artikelen 49 VWEU en 56 VWEU overeenstemmen. Zij stelt dat de beginselen van gelijke behandeling en non-discriminatie en het evenredigheidsbeginsel in acht moeten worden genomen, ongeacht de kwalificatie van de litigieuze overeenkomst, en dat er geen dwingende redenen van algemeen belang zijn die kunnen rechtvaardigen dat vóór de sluiting van de litigieuze overeenkomst geen oproep tot inschrijving heeft plaatsgevonden.

- 16 De intercommunales betogen daarentegen dat de toepassing van het gelijkheidsbeginsel niet uitsluit dat zonder voorafgaande oproep tot mededinging een overeenkomst kan worden gesloten zoals die welke in het hoofdgeding aan de orde is, indien de overheid die hiertoe het initiatief neemt daarvoor precieze redenen heeft die in feite juist en in rechte aannemelijk zijn, zonder dat zij noodzakelijkerwijs verband hoeven te houden met het openbaar belang, wat overeenstemt met het begrip „objectieve rechtvaardigingsgronden” zoals bedoeld in de rechtspraak van het Hof. Dat is volgens hen in casu het geval, gelet op de voorkeurrechten en het voorkooprecht waarover Telenet krachtens de inbrenngakte van 1996 beschikte, die een exclusief recht in het leven roepen dat een daadwerkelijke mededinging uitsluit, en op het geschil tussen de intercommunales en Telenet betreffende de draagwijdte van deze inbrenngakte, aangezien een procedure naar verwachting lang zou duren en de intercommunales zware sancties boven het hoofd hingen indien in een definitieve uitspraak zou worden geoordeeld dat zij deze akte niet in acht hadden genomen.
- 17 De verwijzende rechter merkt op dat alle partijen in het hoofdgeding aanvaarden dat de litigieuze overeenkomst niet binnen de werkingssfeer van een van de richtlijnen inzake overheidsopdrachten valt. Volgens deze rechter zijn de besluiten van de intercommunales die tot de litigieuze overeenkomst hebben geleid, ongeacht de kwalificatie van deze overeenkomst, vastgesteld in het kader van een overheidsopdracht dat ertoe strekt de uitoefening van een economische activiteit te regelen, en is de discretionaire bevoegdheid die de overheid ter zake heeft, begrensd door het gelijkheidsbeginsel en de transparantieplichting. Voorts is hij van oordeel dat het gelet op het belang van de betrokken transactie waarschijnlijk is dat buitenlandse ondernemingen bij een marktbevraging belangstelling zouden hebben getoond.
- 18 De verwijzende rechter stelt vast dat de sluiting van de litigieuze overeenkomst was ingegeven door de wil om een einde te maken aan het geschil tussen de intercommunales en Telenet over de draagwijdte van de inbrenngakte van 1996, en dat dit geschil uitsluitend voortvloeide uit een technologische ontwikkeling die de contractpartijen niet konden voorzien in de periode dat deze akte werd opgesteld. Meer bepaald bood de verdeling van de gebruiksrechten op de kabelnetwerken van de intercommunales in deze akte geen van de partijen de mogelijkheid om een volwaardig pakket televisiediensten aan te bieden, aangezien Telenet het exclusieve recht had om interactieve televisiediensten aan te bieden, terwijl alleen de intercommunales het recht hadden om teledistributiediensten te verstrekken.
- 19 De verwijzende rechter stelt echter eveneens vast dat de litigieuze overeenkomst verder gaat dan strikt noodzakelijk is om bovengenoemd geschil te beëindigen, aangezien de in de inbrenngakte van 1996 vastgestelde verdeling van de gebruiksrechten op de kabelnetwerken van de intercommunales ingrijpend wordt gewijzigd in die zin dat aan Telenet rechten worden toegekend die haar oorspronkelijk niet waren verleend en waarop het geschil geen betrekking had. Dankzij deze overeenkomst beschikt Telenet thans in ruil voor een vergoeding van 425 miljoen EUR over een exclusief gebruiksrecht op al deze netwerken, wat haar in staat stelt om op het door deze netwerken bestreken grondgebied, dat ongeveer een derde van haar werkingsgebied uitmaakt, een volwaardig pakket televisiediensten en dus „triple play” aan te bieden, dat aan de huidige commerciële eisen voldoet, zoals zij reeds deed op de overige twee derden van haar werkingsgebied.
- 20 De verwijzende rechter is bovendien van oordeel dat het bestaan van de inbrenngakte van 1996 op zich de sluiting van de litigieuze overeenkomst niet kan rechtvaardigen. Er had immers een systeem van gedeeld gebruik van het kabelnetwerk kunnen worden ingevoerd. Voorts vormen de voorkeur- en voorkooprechten waarover Telenet krachtens deze akte beschikt geen beletsel om verschillende gegadigden gelijk te behandelen en hun aanbiedingen dus aan een reëel vergelijkend onderzoek te onderwerpen.
- 21 De verwijzende rechter vraagt zich evenwel af of de algemene context – namelijk de inbrenngakte van 1996, het geschil over de draagwijdte van deze akte dat later door de technologische ontwikkelingen is ontstaan en de rechterlijke beslissing die in het kader van dit geschil is geweest – geen

rechtvaardigingsgrond zou kunnen vormen voor het feit dat geen marktbevraging heeft plaatsgevonden. Indien de bij deze akte aan Telenet overgedragen rechten aan een derde waren overgedragen, zou dit immers ongetwijfeld tot nieuwe geschillen hebben geleid en de rechtsonzekerheid hebben vergroot. Voorts zouden de intercommunales gedurende een lange periode niet in staat zijn geweest om een volwaardig pakket televisiediensten aan te bieden indien een oplossing voor het geschil met Telenet was uitgebleven, wat niet alleen grote economische schade zou hebben veroorzaakt, aangezien Belgacom zelf de markt kon bezetten, maar ook de consument had kunnen schaden.

- 22 In die context vraagt de verwijzende rechter zich af of de litigieuze overeenkomst, die de concrete uitwerking vormt van de dading die een einde maakt aan het geschil tussen Telenet en de intercommunales, als een gewettigde aanvulling van de inbrengakte van 1996 kan worden beschouwd, dan wel moet worden opgevat als een autonome overeenkomst die slechts met inachtneming van de artikelen 49 VWEU en 56 VWEU kan worden gesloten.
- 23 Ten slotte merkt de verwijzende rechter op dat het Hof in het arrest van 21 juli 2005, Coname (C-231/03, Jurispr. blz. I-7287, punt 19), heeft vastgesteld dat een ongelijke behandeling die een indirecte discriminatie op grond van nationaliteit vormt en voortvloeit uit de rechtstreekse toewijzing van een dienstenconcessie, door „objectieve rechtvaardigingsgronden” kan worden gerechtvaardigd. De verwijzende rechter vraagt zich evenwel af wat de draagwijdte van dit begrip is ten opzichte van het begrip „dwingende redenen van algemeen belang”.
- 24 In deze context heeft de Raad van State van België de behandeling van de zaak geschorst en het Hof de volgende prejudiciële vragen gesteld:
- „1) Dienen de artikelen 49 of 56 VWEU zo te worden uitgelegd, dat een onderneming gevestigd in België zich voor de Belgische rechter mag beroepen op de fundamentele regels van het Unierecht, met name op de transparantieplichting die uit de voormelde artikelen afgeleid wordt, met betrekking tot een overeenkomst die niet binnen de werkingssfeer van één van de richtlijnen inzake openbare aanbestedingen valt, waarbij een Belgische overheid rechten overdraagt aan een andere Belgische onderneming en zij daarbij geen marktbevraging heeft georganiseerd?
 - 2) Kan het streven om de schending te voorkomen van een bestaand, op zich genomen niet betwist en zeer specifiek contractueel kader tussen een publiekrechtelijke rechtspersoon en een privaatrechtelijke, niet door haar gecontroleerde onderneming, of het sluiten van een transactie of een dading met als doel het beëindigen van een bestaand interpretatiegeschil omtrent voormeld contractueel kader, waarbij die dading uitgaat van de rechten van partijen conform een voorlopige beslissing van een kortgedingrechter en waarbij zonder dergelijke dading de betrokken activiteit van de [publiekrechtelijke rechtspersoon] ernstige schade en waardevermindering kan oplopen en in de tussentijd consumenten van diensten verstoken blijven, beschouwd worden als een dwingende reden van openbaar belang, of minstens een objectieve rechtvaardigingsgrond, die verantwoordt dat publieke rechtspersonen bij wijze van uitzondering en in afwijking op het beginsel van gelijke behandeling en het verbod van discriminatie op grond van nationaliteit, die in de artikelen 49 en 56 VWEU zijn neergelegd en de daaruit voortvloeiende transparantieplichting, geen marktbevraging organiseren en de opdracht direct toewijzen?
 - 3) Indien de tweede vraag positief beantwoord kan worden, dient de voormelde transactie of dading, om de voormelde door het Unierecht gewaarborgde fundamentele vrijheden niet verder te beperken dan nodig ter bereiken van het gestelde doel, dan beperkt te blijven tot hetgeen strikt noodzakelijk is om aan het gerezen geschil een einde te stellen of mogen de partijen een meer verregaande dading aangaan met het oog op toekomstige betwistingen die een redelijk en logisch verband hebben met het geschil en die tevens de belangen van de consumenten waarborgt alsmede een waardemaximalisatie van de betrokken overgedragen activiteit inhoudt?”

Beantwoording van de prejudiciële vragen

Eerste vraag

- 25 Met zijn eerste vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of de artikelen 49 VWEU en 56 VWEU aldus moeten worden uitgelegd dat een marktdeelnemer uit een lidstaat voor de rechterlijke instanties van deze lidstaat kan aanvoeren dat de uit deze artikelen voortvloeiende transparantieplichting is geschonden bij de sluiting van een overeenkomst waarbij een of meer openbare lichamen van deze lidstaat ten bezwarende titel met name het exclusieve recht om kabelnetwerken voor teledistributie te exploiteren, alsook hun televisieactiviteiten en -abonnees aan een marktdeelnemer uit deze lidstaat overdragen.
- 26 Vastgesteld moet worden dat een overeenkomst zoals die welke hier aan de orde is, ongeacht de toepassingsmodaliteiten en de door de partijen gegeven kwalificatie, als een concessieovereenkomst voor diensten in de zin van artikel 1, lid 4, van richtlijn 2004/18 moet worden opgevat, voor zover de televisieactiviteiten van de intercommunales hierbij aan Telenet worden overgedragen en haar met name met het oog op de uitoefening van deze activiteiten het exclusieve recht wordt verleend om hun kabelnetwerken te exploiteren.
- 27 Voor zover een dergelijke overeenkomst de cessionaris ertoe verplicht de overgedragen activiteit uit te oefenen, vertoont zij immers de kenmerken van een overheidsopdracht voor het verrichten van de in bijlage II bij richtlijn 2004/18 bedoelde diensten, met uitzondering van de vergoedingswijze, aangezien de tegenprestatie voor de te leveren televisiediensten bestaat in het recht de betrokken dienst te exploiteren, overeenkomstig de definitie in bovengenoemd artikel 1, lid 4. Voorts is in het kader van deze overeenkomst ook voldaan aan de voorwaarde dat het aan de exploitatie van deze activiteit verbonden risico aan de concessiehouder wordt overgedragen (zie in die zin met name arresten van 11 juni 2009, *Hans & Christophorus Oymanns*, C-300/07, Jurispr. blz. I-4779, punt 72, en 10 maart 2011, *Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler*, C-274/09, Jurispr. blz. I-1335, punt 26 en aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 28 Niettegenstaande het feit dat concessieovereenkomsten voor diensten volgens artikel 17 van richtlijn 2004/18 buiten de werkingssfeer van deze richtlijn vallen, moeten de overheidsinstanties die een dergelijke concessie willen verlenen, de fundamentele regels van het VWEU en het verbod van discriminatie op grond van nationaliteit, het beginsel van gelijke behandeling en de hieruit voortvloeiende transparantieplichting in acht nemen wanneer deze concessie een duidelijk grensoverschrijdend belang heeft (zie in die zin met name arrest van 17 juli 2008, *ASM Brescia*, C-347/06, Jurispr. blz. I-5641, punten 58 en 59 en aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 29 Het duidelijke grensoverschrijdende belang kan met name voortvloeien uit het economische belang van de geplande overeenkomst, de plaats van uitvoering ervan (zie in die zin arrest *ASM Brescia*, reeds aangehaald, punt 62 en aldaar aangehaalde rechtspraak) of uit de technische kenmerken ervan (zie naar analogie arrest van 15 mei 2008, *SECAP en Santorso*, C-147/06 en C-148/06, Jurispr. blz. I-3565, punt 24).
- 30 Het staat aan de verwijzende rechter om alle relevante gegevens dienaangaande gedetailleerd te beoordelen (zie in die zin arrest van 23 december 2009, *Serrantoni en Consorzio stabile edili*, C-376/08, Jurispr. blz. I-12169, punt 25 en aldaar aangehaalde rechtspraak), wat in casu reeds lijkt te zijn gebeurd, aangezien de verwijzende rechter heeft vastgesteld dat het gelet op het belang van de overeenkomst die in het hoofdgeding aan de orde is waarschijnlijk is dat ondernemingen uit andere lidstaten bij een marktbevraging belangstelling zouden hebben getoond.

- 31 Voorts zij gepreciseerd dat voor het bestaan van een duidelijk grensoverschrijdend belang niet vereist is dat een marktdeelnemer daadwerkelijk belangstelling heeft geuit. Dit geldt in het bijzonder wanneer het geschil, zoals in het hoofdgeding, betrekking heeft op het gebrek aan transparantie dat ten aanzien van de betrokken overeenkomst heerste. In een dergelijk geval hebben de marktdeelnemers uit andere lidstaten immers geen reële mogelijkheid om hun belangstelling voor de betrokken concessie te uiten (zie in die zin arrest Coname, reeds aangehaald, punt 18, en arrest van 13 oktober 2005, Parking Brixen, C-458/03, Jurispr. blz. I-8585, punt 55).
- 32 Zodra vaststaat dat een bepaalde concessieovereenkomst voor diensten een duidelijk grensoverschrijdend belang heeft, geldt de transparantieverplichting die rust op de instantie die de concessie verleent, bovendien ten aanzien van elke potentiële inschrijver (zie in die zin arrest van 13 april 2010, Wall, C-91/08, Jurispr. blz. I-2815, punt 36), ook al is deze gevestigd in dezelfde lidstaat als deze instantie.
- 33 Volledigheidshalve zij opgemerkt dat het Unierecht de overdragende instantie dezelfde verplichtingen zou opleggen indien de overeenkomst die in het hoofdgeding aan de orde is, de cessionaris niet ertoe zou verplichten om de overgedragen activiteit uit te oefenen, en hierbij dus een vergunning zou worden verleend om een economische activiteit uit te oefenen. Een dergelijke vergunning onderscheidt zich immers niet van een concessieovereenkomst voor diensten, voor zover het gaat om de verplichting om de fundamentele regels van het Verdrag en de daaruit voortvloeiende beginselen in acht te nemen, wanneer marktdeelnemers uit andere lidstaten geïnteresseerd kunnen zijn in de uitoefening van deze activiteit (zie in die zin met name arresten van 3 juni 2010, Sporting Exchange, C-203/08, Jurispr. blz. I-4695, punten 46 en 47, en 9 september 2010, Engelmann, C-64/08, Jurispr. blz. I-8219, punten 51-53).
- 34 Gelet op al deze overwegingen moet op de eerste vraag worden geantwoord dat de artikelen 49 VWEU en 56 VWEU aldus moeten worden uitgelegd dat een marktdeelnemer uit een lidstaat voor de rechterlijke instanties van deze lidstaat kan aanvoeren dat de uit deze artikelen voortvloeiende transparantieverplichting is geschonden bij de sluiting van een overeenkomst waarbij een of meer openbare lichamen van deze lidstaat aan een marktdeelnemer uit dezelfde lidstaat een concessieovereenkomst voor diensten hebben gegund die een duidelijk grensoverschrijdend belang heeft, of een marktdeelnemer het exclusieve recht voor het uitoefenen van een economische activiteit hebben verleend dat een dergelijk belang heeft.

Tweede vraag

- 35 Met zijn tweede vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of de artikelen 49 VWEU en 56 VWEU aldus moeten worden uitgelegd dat omstandigheden zoals die van het hoofdgeding kunnen worden beschouwd als dwingende redenen van algemeen belang of als objectieve rechtvaardigingsgronden die verantwoorden dat openbare lichamen een concessieovereenkomst voor diensten die betrekking heeft op televisieactiviteiten die deze lichamen via hun kabelnetwerken uitoefenen, in afwijking van de in deze artikelen vervatte beginselen van gelijke behandeling en non-discriminatie rechtstreeks aan een marktdeelnemer gunnen.
- 36 Bovenbedoelde omstandigheden betreffen de wil om bepaalde gebruiksrechten op deze kabelnetwerken in acht te nemen die de betrokken lichamen bij een vroegere overeenkomst aan deze marktdeelnemer hebben verleend, alsook de wil om tot een dading te komen om een einde te maken aan een geschil betreffende de omvang van deze rechten, rekening houdend met een voorlopige rechterlijke beslissing, en tegelijkertijd een waardevermindering te vermijden van deze televisieactiviteiten die deze lichamen via deze netwerken uitoefenen, en de mogelijkheid te bieden om een volwaardig commercieel pakket aan te bieden aan degenen die op deze diensten zijn geabonneerd.

- 37 Er zij aan herinnerd dat, voor zover een concessieovereenkomst voor diensten een duidelijk grensoverschrijdend belang heeft, de gunning ervan aan een in de lidstaat van de aanbestedende dienst gevestigde onderneming, zonder dat er sprake is van enige transparantie, een ongelijke behandeling oplevert ten nadele van de in een andere lidstaat gevestigde ondernemingen die in de betrokken concessie geïnteresseerd zouden kunnen zijn. Doordat al deze ondernemingen worden uitgesloten, is een dergelijke ongelijke behandeling voornamelijk in hun nadeel en vormt zij dus een indirecte discriminatie op grond van nationaliteit, die in beginsel door de artikelen 49 VWEU en 56 VWEU verboden is (zie in die zin arrest ASM Brescia, reeds aangehaald, punten 59 en 60 en aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 38 Een dergelijke maatregel kan bij wijze van uitzondering worden aanvaard op een van de gronden van artikel 52 VWEU of overeenkomstig de rechtspraak van het Hof haar rechtvaardiging vinden in dwingende redenen van algemeen belang (zie naar analogie arrest Engelmann, reeds aangehaald, punten 51 en 57 en aldaar aangehaalde rechtspraak, en arrest van 10 mei 2012, *Duomo Gpa e.a.*, C-357/10–C-359/10, punt 39 en aldaar aangehaalde rechtspraak). Dienaangaande blijkt uit de punten 51 en 57 van het reeds aangehaalde arrest Engelmann, in hun onderlinge samenhang beschouwd, dat geen onderscheid hoeft te worden gemaakt tussen objectieve rechtvaardigingsgronden en dwingende redenen van algemeen belang. Dergelijke gronden moeten immers uiteindelijk een dwingende reden van algemeen belang vormen.
- 39 De in de onderhavige prejudiciële vraag genoemde gronden kunnen evenwel niet als dwingende reden van algemeen belang worden beschouwd, ongeacht of zij afzonderlijk dan wel in hun geheel worden beschouwd.
- 40 Weliswaar moet worden aanvaard dat het rechtszekerheidsbeginsel, dat een algemeen beginsel van Unierecht is, rechtvaardigt dat de rechtsgevolgen van een overeenkomst in acht worden genomen, ook – voor zover dit beginsel dit gebiedt – in het geval van een overeenkomst die is gesloten voordat het Hof zich heeft uitgesproken over de gevolgen van het primaire recht voor dergelijke overeenkomsten, en die a posteriori onverenigbaar blijkt te zijn met bepaalde van deze gevolgen (zie in die zin arrest ASM Brescia, reeds aangehaald, punten 69 en 70), maar dit beginsel kan niet worden aangevoerd om een overeenkomst uit te breiden op een wijze die in strijd is met de beginselen van gelijke behandeling en non-discriminatie en de daaruit voortvloeiende transparantieverplichting. Het doet dienaangaande niet ter zake dat deze uitbreiding een redelijke oplossing kan vormen ter beëindiging van een geschil tussen de betrokken partijen over de draagwijdte van de overeenkomst dat is ontstaan door omstandigheden waarop zij totaal geen vat hadden.
- 41 Wat voorts het risico betreft dat een door een openbaar lichaam uitgeoefende economische activiteit in waarde zal verminderen doordat het reeds bestaande contractuele kader niet aangepast blijkt aan de ontwikkeling van de technisch-commerciële context, is het vaste rechtspraak dat economische motieven niet kunnen worden aanvaard als dwingende redenen van algemeen belang die een beperking van een door het Verdrag gewaarborgde fundamentele vrijheid rechtvaardigen (zie arrest van 16 februari 2012, *Costa en Cifone*, C-72/10 en C-77/10, punt 59 en aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 42 Dienaangaande zij vastgesteld dat de omstandigheid dat de sluiting van de litigieuze overeenkomst in het belang is van de consumenten, die anders geen interactieve televisiediensten of zelfs geen commercieel aantrekkelijk dienstenpakket zouden kunnen ontvangen, niet echt te onderscheiden valt van het motief dat verband houdt met de waardevermindering van deze activiteit, maar integendeel nauw hiermee verbonden is. Deze omstandigheid geldt immers niet voor alle consumenten op het grondgebied dat door de kabelnetwerken van de intercommunales wordt bestreken, maar enkel voor die welke geabonneerd zijn op de televisiediensten die door deze laatste werden geleverd in het kader van de activiteiten waarvan de overdracht aan Telenet in het hoofdgeding aan de orde is, en het feit dat de intercommunales ten gevolge van de door de inbrengrakte van 1996 geregelde verdeling van de

gebruiksrechten op hun kabelnetwerken bepaalde diensten niet aan deze abonnees kunnen aanbieden, verklaart waarom het commerciële product dat zij op de markt kunnen aanbieden aan aantrekkelijkheid inboet, en dus waarom deze activiteit in waarde vermindert.

- 43 Ten slotte zij gepreciseerd dat overwegingen die afzonderlijk beschouwd geen dwingende redenen van algemeen belang zijn die een afwijking van de beginselen van gelijke behandeling en non-discriminatie en de transparantieplichting rechtvaardigen, dit niet kunnen worden door het loutere feit dat zij samen worden beschouwd.
- 44 Gelet op al deze overwegingen moet op de tweede vraag worden geantwoord dat de artikelen 49 VWEU en 56 VWEU aldus moeten worden uitgelegd dat:
- de wil om bepaalde gebruiksrechten op kabelnetwerken van openbare lichamen niet te schenden die deze lichamen bij een vroegere overeenkomst aan een marktdeelnemer hebben verleend, niet kan rechtvaardigen dat deze overeenkomst op een met het Unierecht strijdige wijze wordt uitgebreid in die zin dat rechtstreeks een dienstenconcessie of een exclusief recht voor het uitoefenen van een activiteit wordt verleend met een duidelijk grensoverschrijdend belang, ook niet wanneer hiermee wordt beoogd een einde te maken aan een geschil tussen de betrokken partijen over de draagwijdte van deze overeenkomst dat is ontstaan door omstandigheden waarop zij totaal geen vat hadden;
 - economische redenen, zoals de wil om een waardevermindering van een economische activiteit te vermijden, geen dwingende redenen van algemeen belang zijn die kunnen rechtvaardigen dat een dienstenconcessie voor deze activiteit of een exclusief recht voor het verrichten van deze activiteit met een duidelijk grensoverschrijdend belang rechtstreeks wordt verleend in afwijking van de in deze artikelen vervatte beginselen van gelijke behandeling en non-discriminatie.

Derde vraag

- 45 Gezien het antwoord op de tweede vraag is het niet noodzakelijk om de derde vraag te beantwoorden.

Kosten

- 46 Ten aanzien van de partijen in het hoofdgeding is de procedure als een aldaar gerezen incident te beschouwen, zodat de verwijzende rechter over de kosten heeft te beslissen. De door anderen wegens indiening van hun opmerkingen bij het Hof gemaakte kosten komen niet voor vergoeding in aanmerking.

Het Hof (Tiende kamer) verklaart voor recht:

- 1) **De artikelen 49 VWEU en 56 VWEU moeten aldus worden uitgelegd dat een marktdeelnemer uit een lidstaat voor de rechterlijke instanties van deze lidstaat kan aanvoeren dat de uit deze artikelen voortvloeiende transparantieplichting is geschonden bij de sluiting van een overeenkomst waarbij een of meer openbare lichamen van deze lidstaat aan een marktdeelnemer uit dezelfde lidstaat een concessieovereenkomst voor diensten hebben gegund die een duidelijk grensoverschrijdend belang heeft, of een marktdeelnemer het exclusieve recht voor het uitoefenen van een economische activiteit hebben verleend dat een dergelijk belang heeft.**

2) De artikelen 49 VWEU en 56 VWEU moeten aldus worden uitgelegd dat:

- de wil om bepaalde gebruiksrechten op kabelnetwerken van openbare lichamen niet te schenden die deze lichamen bij een vroegere overeenkomst aan een marktdeelnemer hebben verleend, niet kan rechtvaardigen dat deze overeenkomst op een met het Unierecht strijdige wijze wordt uitgebreid in die zin dat rechtstreeks een dienstenconcessie of een exclusief recht voor het uitoefenen van een activiteit wordt verleend met een duidelijk grensoverschrijdend belang, ook niet wanneer hiermee wordt beoogd een einde te maken aan een geschil tussen de betrokken partijen over de draagwijdte van deze overeenkomst dat is ontstaan door omstandigheden waarop zij totaal geen vat hadden;
- economische redenen, zoals de wil om een waardevermindering van een economische activiteit te vermijden, geen dwingende redenen van algemeen belang zijn die kunnen rechtvaardigen dat een dienstenconcessie voor deze activiteit of een exclusief recht voor het verrichten van deze activiteit met een duidelijk grensoverschrijdend belang rechtstreeks wordt verleend in afwijking van de in deze artikelen vervatte beginselen van gelijke behandeling en non-discriminatie.

ondertekeningen