



Rättsfallssamlingen

DOMSTOLENS DOM (tionde avdelningen)

den 14 november 2013*

”Begäran om förhandsavgörande — Artikel 49 FEUF — Etableringsfrihet — Artikel 56 FEUF — Frihet att tillhandahålla tjänster — Principen om likabehandling och icke-diskrimineringsprincipen — Skyldighet att lämna insyn — Tillämpningsområde — Avtal som ingåtts mellan offentliga organ i en medlemsstat och ett företag i samma medlemsstat — Nämnas organs överlåtelse av verksamhet för tillhandahållande av tv-tjänster samt överlåtelse, för en begränsad tidsperiod, av ensamrätt att nyttja deras kabelnät till ett företag i nämnda medlemsstat — Möjlighet för en ekonomisk aktör i samma medlemsstat att vid domstolarna i den medlemsstaten åberopa artiklarna 49 FEUF och 56 FEUF — Anbudsinfordran har ej skett — Motivering — Ett äldre avtal föreligger — Åtgärd avsedd att avsluta en tvist avseende tolkningen av det äldre avtalet — Risk för värdeminskning av den överlåtna verksamheten”

I mål C-221/12,

angående en begäran om förhandsavgörande enligt artikel 267 FEUF, framställd av Raad van State van België (Belgien) genom beslut av den 2 maj 2012, som inkom till domstolen den 11 maj 2012, i målet

Belgacom NV

mot

Interkommunale voor Teledistributie van het Gewest Antwerpen (Integan),

Inter-Media,

West-Vlaamse Energie- en Teledistributiemaatschappij (WVEM),

Provinciale Brabantse Energiemaatschappij CVBA (PBE),

ytterligare deltagare i rättegången:

Telenet NV,

Telenet Vlaanderen NV,

Telenet Group Holding NV,

meddelar

* Rättegångsspråk: nederländska.

DOMSTOLEN (tionde avdelningen)

sammansatt av A. Rosas, tillförordnad ordförande på tionde avdelningen, samt domarna D. Šváby (referent) och C. Vajda,

generaladvokat: Y. Bot,

justitiesekreterare: A. Calot Escobar,

efter det skriftliga förfarandet,

med beaktande av de yttranden som avgetts av:

- Belgacom NV, genom B. Schutyser, advocaat,
- Interkommunale voor Teledistributie van het Gewest Antwerpen (Integan), Inter-Media, West-Vlaamse Energie- en Teledistributiemaatschappij (WVEM) och Provinciale Brabantse Energiemaatschappij CVBA (PBE), genom D. D’Hooghe och P. Wytinck, advocaten,
- Telenet NV, Telenet Vlaanderen NV och Telenet Group Holding NV, genom T. De Meese, advocaat,
- Belgiens regering, genom J.-C. Halleux och C. Pochet, båda i egenskap av ombud, biträdda av S. Depré, avocat,
- Italiens regering, genom G. Palmieri, i egenskap av ombud, biträdd av C. Colelli, avvocato dello Stato,
- Europeiska kommissionen, genom T. van Rijn, I. Rogalski och A. Tokár, samtliga i egenskap av ombud,

med hänsyn till beslutet, efter att ha hört generaladvokaten, att avgöra målet utan förslag till avgörande,

följande

Dom

- 1 Begäran om förhandsavgörande avser tolkningen av artiklarna 49 FEUF och 56 FEUF.
- 2 Begäran har framställts i ett mål mellan Belgacom NV (nedan kallat Belgacom) och fyra interkommunala sammanslutningar, nämligen Interkommunale voor Teledistributie van het Gewest Antwerpen (Integan), Inter-Media, West-Vlaamse Energie- en Teledistributiemaatschappij (WVEM) och Provinciale Brabantse Energiemaatschappij CVBA (PBE) (nedan tillsammans kallade de interkommunala sammanslutningarna) avseende flera olika beslut genom vilka dessa sammanslutningar godkände att avtal – utan föregående anbudsinfordran – ingicks om att delar av deras verksamhet skulle överlätas till Telenet NV (nedan kallat Telenet). Överlåtelsen avsåg tillhandahållande av tv-tjänster och de avtal om tv-abonnemang som de ingått med sina kunder samt för en tidsbegränsad period accessoriska rättigheter avseende kabelnät och en nyttjanderätt (droit d’emphytéose) till dessa nät.

Tillämpliga bestämmelser

- 3 Artikel 1 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster (EUT L 134, s. 114; rättelse i EUT L 351, s. 44), innehåller följande definitioner:

”...

2. a) *offentliga kontrakt*: skriftliga kontrakt med ekonomiska villkor som slutits mellan en eller flera ekonomiska aktörer och en eller flera upphandlande myndigheter och som avser utförande av byggtreprenad, leverans av varor eller tillhandahållande av tjänster i den mening som avses i detta direktiv.

...

- d) *offentliga tjänstekontrakt*: andra offentliga kontrakt än offentliga byggtreprenad- eller varukontrakt som avser utförande av sådana tjänster som anges i bilaga II.

...

4. *tjänstekoncession*: ett kontrakt av samma typ som ett offentligt tjänstekontrakt med den skillnaden att ersättningen för tjänsternas utförande utgörs antingen av endast rätten att utnyttja tjänsten eller av dels en sådan rätt, dels betalning.

...”

- 4 Enligt artikel 17 i direktiv 2004/18 tillämpas inte det direktivet på tjänstekoncessioner.

Målet vid den nationella domstolen och tolkningsfrågorna

- 5 Samtliga interkommunala sammanslutningar är offentligrättsliga. Ursprungligen tillhandahöll de kabel-tv-tjänster via egna kabelnät.

- 6 År 1996 förvärvade de interkommunala sammanslutningarna, genom det kooperativa företaget Interkabel, en andel motsvarande 1,51 procent i Telenet i samband med att det bolaget bildades. De tillsköt apportegendom i form av delvis nyttjanderätt för sistnämnda bolag till deras kabelnät för en tidsperiod på 50 år. Nämnda nyttjanderätt innebar att Telenet hade ensamrätt att använda dessa nät för att tillhandahålla ”telekommunikationstjänster från punkt till punkt” och en icke-exklusiv rätt att använda näten för att tillhandahålla ”multimedietjänster”. De interkommunala sammanslutningarna behöll ensamrätten att tillhandahålla ”radio- och tv-tjänster”.

- 7 Den apportegendom som tillsköts gav även Telenet förköpsrätt om de interkommunala sammanslutningarna skulle överlåta äganderätten till kabelnäten och företrädesrätt om en tredjeman skulle förvärva nyttjanderätterna till kabelnäten för tillhandahållande av ”multimedietjänster”.

- 8 Därefter bildade de interkommunala sammanslutningarna den ekonomiska föreningen IN-DI i syfte att tillhandahålla bland annat interaktiv digital-tv via sina kabelnät.

- 9 Telenet väckte talan samt ingav en ansökan om interimistiska åtgärder i syfte att förbjuda denna verksamhet. Telenet ansåg nämligen att sådan verksamhet utgjorde ”telekommunikationstjänster från punkt till punkt” i den mening som avsågs vid överenskommelsen om apportegendom av år 1996. Domaren med behörighet att besluta om interimistiska åtgärder fattade ett interimistiskt beslut som innebar att nämnda ansökan bifölls. Detta beslut överklagades.

- 10 Samtidigt inleddes förhandlingar mellan samtliga berörda parter i syfte att nå en uppgörelse. Förhandlingarna utmynnade i en principöverenskommelse som berörda enheter i de interkommunala sammanslutningarna godkände genom beslut som fattades under december 2007.
- 11 Principöverenskommelsen innebar närmare bestämt att nyttjanderätten (*droit d'emphytéose*) till de interkommunala sammanslutningarnas kabelnät uppläts till Telenet för en period på 38 år. Den tidsperioden motsvarade den resterande delen av den nyttjanderättsperiod som ursprungligen överenskommit i samband med tillskjutandet av apportegendom år 1996. Telenet skulle betala olika former av ersättningar, bland annat ersättning för kostnader och nedskrivningar, för investerat kapital samt för kostnader för förvaltning, underhåll, utbyggnad och uppgradering av kabelnäten. Härigenom fick Telenet ensamrätt att nyttja kabelnäten för att tillhandahålla telefoni-, och internet-tjänster samt analoga, digitala och interaktiva tv-tjänster. Bolaget hade således möjlighet att inom det område som kabelnäten omfattade tillhandahålla tjänster motsvarande den aktuella standardnivån på marknaden, det vill säga så kallade "triple play"-tjänster som innebär att dessa tjänster tillhandahålls samtidigt. Principöverenskommelsen innebar vidare bland annat att de interkommunala sammanslutningarnas verksamhet för tillhandahållande av tv-tjänster överläts till Telenet samt även de kontrakt avseende abonnemang på dessa tjänster. Ersättningen uppskattades till 350 miljoner euro.
- 12 Principöverenskommelsen utmynnade i ett avtal (nedan kallat det omtvistade avtalet). Ersättningen höjdes dock till 425 miljoner euro, det vill säga 5 miljoner euro mer än det anbud som ansågs vara "icke-bindande" och som Belgacom lämnade i syfte att förvärva de interkommunala sammanslutningarnas verksamhet för tillhandahållande av analoga och digitala tv-tjänster och av de avtal som ingåtts avseende dessa tjänster samt icke-exklusiva rättigheter att använda de interkommunala sammanslutningarnas nät för att tillhandahålla "radio- och tv-tjänster". Det omtvistade avtalet ingicks efter det att de interkommunala sammanslutningarna fattat en rad nya beslut under juni 2008.
- 13 Sistnämnda beslut, i likhet med de beslut som nämnts i punkt 10 i förevarande dom, överklagades till Raad van State van België (Belgiens högsta förvaltningsdomstol).
- 14 I ett tidigare skede hade Belgacom med anledning av ingåendet av principöverenskommelsen meddelat de interkommunala sammanslutningarna att det var intresserat av att förvärva vissa rättigheter som skulle överlåtas enligt principöverenskommelsen. De interkommunala sammanslutningarna svarade att Belgacom inte hade rätt att göra ett sådant förvärv med beaktande av de begränsningar som föreskrevs i överenskommelsen om apportegendom av år 1996 och av att Belgacom skulle få en monopolställning om Belgacom förvärvade de ifrågavarande rättigheterna. Belgacom tillhandahöll nämligen redan ett komplett utbud av tv-tjänster via det egna nätet inom det område som de interkommunala sammanslutningarnas kabelnät omfattade. Belgacom genmälde att sistnämnda kabelnät skulle kunna användas av flera, vilket skulle medföra att en effektiv konkurrens bibehölls. I ett senare skede, men innan det omtvistade avtalet ingicks, lämnade Belgacom det anbud som angetts i punkt 12 i förevarande dom.
- 15 I det nationella målet grundade Belgacom sitt överklagande bland annat på artiklarna 43 EG och 49 EG, vilka numera motsvarar artiklarna 49 FEUF och 56 FEUF. Belgacom anser att principen om likabehandling, icke-diskrimineringsprincipen och proportionalitetsprincipen ska tillämpas oavsett hur det omtvistade avtalet kvalificeras och att det inte föreligger något tvingande skäl av allmänintresse som innebär att det var berättigat att ingå det omtvistade avtalet utan föregående inbjudan till anbudsgivning.
- 16 De interkommunala sammanslutningarna har däremot gjort gällande att tillämpning av principen om likabehandling inte utesluter att ett sådant avtal som det som är i fråga i det nationella målet får ingås utan föregående inbjudan till anbudsgivning. De menar att så är fallet om den offentliga myndighet som tar initiativ till det har särskilda skäl härför, som inte nödvändigtvis måste avse allmänintresset men som rent faktiskt ska föreligga och vara tillåtna, vilket motsvarar begreppet "sakliga skäl" i den

mening som avses i domstolens praxis. Enligt de interkommunala sammanslutningarna är de kriterierna uppfyllda i förevarande fall eftersom Telenets företrädesrätt och förköpsrätt enligt överenskommelsen om apportegendom av år 1996 ska anses medföra ensamrätt som utesluter möjligheten att inbjuda till anbudsgivning. Vidare är kriterierna uppfyllda eftersom det föreligger en tvist mellan de interkommunala sammanslutningarna och Telenet med avseende på vad parterna kom överens om i nämnda överenskommelse om apportegendom samt med beaktande av den tid förfarandena kan antas ta och av de omfattande sanktionsåtgärder som kan vidtas mot de interkommunala sammanslutningarna för det fall att det slutligt slås fast att de har agerat i strid med vad som överenskommit i samband med tillskjutandet av apportegendom.

- 17 Den nationella domstolen har angett att samtliga parter i det nationella målet har medgett att det omtvistade avtalet inte omfattas av tillämpningsområdet för något av direktiven på området för offentlig upphandling. Den nationella domstolen anser att, oavsett hur det omtvistade avtalet kvalificeras, ska de beslut som de interkommunala sammanslutningarna fattade och som ingåendet av det omtvistade avtalet var beroende av, anses utgöra en del av en offentlig åtgärd avsedd att reglera en ekonomisk verksamhet och det utrymme för skönsmässig bedömning som myndigheten härvid förfogar över begränsas av principen om likabehandling och skyldigheten att lämna insyn. Dessutom anser den nationella domstolen att det med beaktande av den berörda verksamhetens betydelse är troligt att företag etablerade i utlandet skulle ha tillkännagett sitt intresse om en anbudsinfordran hade offentliggjorts.
- 18 Den nationella domstolen konstaterar att det omtvistade avtalet ingicks i syfte att den tvist skulle avgöras som uppstått mellan de interkommunala sammanslutningarna och Telenet avseende vad som överenskommit i samband med tillskjutandet av apportegendom år 1996 samt att det uteslutande är den tekniska utvecklingen, vilken parterna inte kunde förutse när apportegendomen tillsköts, som gett upphov till tvisten. Den fördelning av nyttjanderätterna till de interkommunala sammanslutningarnas kabelnät som parterna kom överens om i samband med tillskjutandet av apportegendomen innebar närmare bestämt att ingen av dem hade möjlighet att tillhandahålla ett komplett utbud av tv-tjänster, eftersom de interaktiva tv-tjänsterna omfattades av Telenets ensamrätt och endast de interkommunala sammanslutningarna hade rätt att tillhandahålla radio- och tv-tjänster.
- 19 Den nationella domstolen konstaterar emellertid även att det omtvistade avtalet går utöver vad som är nödvändigt för att nämnda tvist ska kunna avgöras, genom att det innebär en radikal omfördelning av nyttjanderätterna till de interkommunala sammanslutningarnas kabelnät jämfört med vad som angavs i överenskommelsen om apportegendom år 1996. Telenet gavs nämligen rättigheter som det bolaget ursprungligen inte hade tilldelats och som inte var föremål för tvisten. Tack vare nämnda avtal, och genom att utge 425 miljoner euro i ersättning, fick Telenet övergripande sett ensamrätt att nyttja dessa nät med möjlighet att inom de områden som omfattas av samma nät – vilka motsvarar ungefär en tredjedel av dess geografiska verksamhetsområde – tillhandahålla ett komplett utbud av tv-tjänster och således "triple play"-tjänster motsvarande den nuvarande standardnivån på marknaden, på samma sätt som bolaget redan gjorde på de övriga två tredjedelarna av dess geografiska verksamhetsområde.
- 20 Dessutom anser den nationella domstolen att den omständigheten att överenskommelsen om apportegendom av år 1996 föreligger, inte i sig kan anses innebära att det var motiverat att ingå det omtvistade avtalet. Dels skulle ett system med delad nyttjanderätt till kabelnätet ha kunnat inrättas. Dels utgör inte Telenets företrädesrätt och förköpsrätt enligt vad som beslutades i samband med tillskjutandet av apportegendomen hinder för att flera aktörer behandlas lika och att deras anbud således är föremål för en verklig komparativ prövning.
- 21 Den nationella domstolen anser emellertid att det är oklart huruvida den allmänna kontexten – som utöver överenskommelsen om apportegendom av år 1996 kännetecknas av den tvist som uppstod i ett senare skede avseende vad som beslutades i samband med tillskjutandet av nämnda apportegendom med beaktande av den tekniska utvecklingen och det domstolsavgörande som meddelades i den tvisten – kan anses vara sådan att det var motiverat att inte genomföra någon offentlig upphandling.

Dels skulle det utan tvivel ha uppstått nya tvister och medfört större rättsosäkerhet om de rättigheter som Telenet hade förvärvat skulle ha överlåtits till en tredjeman. Dels skulle de interkommunala sammanslutningarna under lång tid inte ha kunnat tillhandahålla ett komplett utbud av tv-tjänster om inte tvisten med Telenet hade kunnat lösas. Det skulle inte endast ha medfört en betydande ekonomisk skada genom att Belgacom kunde etablera sig på marknaden utan skulle även ha kunnat påverka konsumenterna.

- 22 I ett sådant sammanhang menar den nationella domstolen att det omtvistade avtalet – som innebar att parterna förliktes och att man kunde nå en lösning i tvisten mellan Telenet och de interkommunala sammanslutningarna – eventuellt skulle kunna anses utgöra ett legitimt komplement till överenskommelsen om apportegendom av år 1996 snarare än ett självständigt avtal som endast får ingås med iakttagande av artiklarna 49 FEUF och 56 FEUF.
- 23 Slutligen har den nationella domstolen framhållit att domstolen i dom av den 21 juli 2005 i mål C-231/03, Coname (REG 2005, s. I-7287, punkt 19) har angett att särbehandling som utgör indirekt diskriminering på grund av nationalitet, kan vara motiverad om det föreligger ”sakliga skäl” för en sådan diskriminering. Den nationella domstolen anser emellertid att det är oklart vilken räckvidd det begreppet ska ges med beaktande av begreppet ”tvingande skäl av allmänintresse”.
- 24 Mot denna bakgrund beslutade Raad van State van België att vilandeförklara målet och ställa följande frågor till domstolen:
- ”1) Ska artiklarna 49 eller 56 FEUF tolkas så, att ett i Belgien etablerat företag vid belgiska domstolar kan åberopa grundläggande bestämmelser i unionsrätten, särskilt den skyldighet att lämna insyn som följer av ovannämnda artiklar, när en belgisk myndighet i ett avtal som inte omfattas av tillämpningsområdet för något av direktiven om offentlig upphandling överlåter rättigheter till ett annat belgiskt företag utan att utlysa en anbudsinfordran?
 - 2) Kan en strävan efter att förhindra ett åsidosättande av befintliga, ostridiga och mycket specifika avtalsramar mellan en offentligrättslig juridisk person och ett privat företag som denna inte kontrollerar, eller ingåendet av en förlikning eller uppgörelse i syfte att avsluta en befintlig tolkningstvist rörande ovannämnda avtalsramar – när uppgörelsen grundas på parternas rättigheter enligt ett tidigare interimistiskt beslut och en utebliven uppgörelse kan leda till att [nämnda juridiska persons] verksamhet skadas allvarligt och minskar i värde och till att konsumenterna under tiden inte tillhandahålls berörda tjänster – anses utgöra tvingande skäl av allmänintresse, eller åtminstone ett sakligt skäl, som rättfärdigar att offentliga juridiska personer genom tillämpning av undantag, och som ett avsteg från principen om likabehandling och förbudet mot diskriminering på grund av nationalitet enligt artiklarna 49 FEUF och 56 FEUF och den skyldighet att lämna insyn som följer av dessa artiklar, inte utlyser någon anbudsinfordran utan direkt tilldelar kontrakt?
 - 3) Om den andra frågan besvaras jakande, ska den ovannämnda förlikningen eller uppgörelsen, för att inte inskränka ovannämnda grundläggande unionsrättsliga friheter mer än vad som krävs för att uppnå det eftersträvade målet, i så fall begränsas till vad som är strikt nödvändigt för att avsluta den uppkomna tvisten eller får parterna för att undvika framtida tvister med en rimlig och logisk koppling till den aktuella tvisten ingå en mer långtgående uppgörelse som samtidigt tillvaratar konsumenternas intressen och maximerar värdet på den verksamhet som överläts?”

Prövning av tolkningsfrågorna

Den första frågan

- 25 Den nationella domstolen har ställt den första frågan för att få klarhet i huruvida artiklarna 49 FEUF och 56 FEUF ska tolkas så, att en ekonomisk aktör i en medlemsstat vid domstolarna i samma medlemsstat kan åberopa åsidosättande av den skyldighet att lämna insyn som följer av dessa artiklar i samband med att ett avtal ingås som innebär att ett eller flera offentliga organ i nämnda medlemsstat till en ekonomisk aktör i samma medlemsstat mot betalning bland annat överlåter ensamrätt att utnyttja kabelnät för radio- och tv-tjänster samt verksamheten för tillhandahållande av tv-tjänster och avtal avseende abonnemang på dessa tjänster.
- 26 Domstolen konstaterar ett sådant avtal som det omtvistade avtalet framstår – oberoende av de faktiska omständigheterna och av hur parterna betecknar det – som en tjänstekoncession i den mening som avses i artikel 1.4 i direktiv 2004/18. Avtalet innebär nämligen att de interkommunala sammanslutningarnas verksamhet för tillhandahållande av tv-tjänster överläts till Telenet och ger detta bolag, bland annat för att det ska kunna bedriva den verksamheten, ensamrätt att nyttja nämnda sammanslutningars kabelnät.
- 27 I den mån som avtalet innebär att den mottagande parten är skyldig att bedriva den verksamhet som överlåtits, rör det sig om ett offentligt tjänstekontrakt som avses i bilaga II till direktiv 2004/18, med undantag för det sätt på vilket ersättning utgår, då ersättningen för tv-tjänsternas utförande utgörs av ensamrätten att bedriva den berörda verksamheten, vilket motsvarar definitionen i nämnda artikel 1.4. Vidare är även villkoret att den mottagande parten tar på sig den verksamhetsrisk som är förenad med utnyttjandet av de aktuella tjänsterna (se, för ett liknande resonemang, bland annat, dom av den 11 juni 2009 i mål C-300/07, Hans & Christophorus Oymanns, REG 2009, s. I-4779, punkt 72, och av den 10 mars 2011 i mål C-274/09, Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler, REU 2011, s. I-1335, punkt 26 och där angiven rättspraxis) uppfyllt med avseende på avtalet i fråga.
- 28 Även om direktiv 2004/18 inte tillämpas på tjänstekoncessioner enligt artikel 17 i det direktivet, är emellertid de myndigheter som avser att ingå avtal om sådana koncessioner skyldiga att beakta EUF-fördragets grundläggande regler samt principen om förbud mot diskriminering på grund av nationalitet, principen om likabehandling och skyldigheten att lämna insyn som följer härav när en sådan koncession har ett bestämt gränsöverskridande intresse (se, för ett liknande resonemang, bland annat, dom av den 17 juli 2008 i mål C-347/06, ASM Brescia, REG 2008, s. I-5641, punkterna 58 och 59 och där angiven rättspraxis).
- 29 Ett bestämt gränsöverskridande intresse kan anses föreligga bland annat som en följd av den ekonomiska betydelse som det avtal som är avsett att ingås har, den plats som tjänsten ska utföras på (se, för ett liknande resonemang, domen i det ovannämnda målet ASM Brescia, punkt 62 och där angiven rättspraxis) eller tekniska aspekter (se, analogt, dom av den 15 maj 2008 i de förenade målen C-147/06 och C-148/06, SECAP och Santorso, REG 2008, s. I-3565, punkt 24).
- 30 Det ankommer på den nationella domstolen att göra en ingående bedömning av samtliga relevanta omständigheter rörande det aktuella avtalet (se, för ett liknande resonemang, dom av den 23 december 2009 i mål C-376/08, Serrantoni och Consorzio stabile edili, REU 2009, s. I-12169, punkt 25 och där angiven rättspraxis). Det förefaller som om detta redan gjorts i förevarande fall. Den nationella domstolen har nämligen konstaterat att det med beaktande av den berörda verksamhetens betydelse är troligt att företag etablerade i andra medlemsstater skulle ha tillkännagett sitt intresse om en anbudsinfordran hade offentliggjorts.

- 31 Domstolen framhåller att det inte krävs att en ekonomisk aktör har tillkännagett sitt intresse i det enskilda fallet för att det ska anses föreligga ett bestämt gränsöverskridande intresse. Detta gäller särskilt när tvisten, såsom i det nationella målet, rör avsaknad av insyn med avseende på det ifrågasvarande avtalet. I ett sådant fall har ekonomiska aktörer som är etablerade i andra medlemsstater nämligen inte någon faktisk möjlighet att tillkänna sitt intresse av att beviljas koncessionen (se, för ett liknande resonemang, domarna i det ovannämnda målet Coname, punkt 18, och dom av den 13 oktober 2005 i mål C-458/03, Parking Brixen, REG 2005, s. I-8585, punkt 55).
- 32 När det har slagits fast att det föreligger ett bestämt gränsöverskridande intresse vad beträffar beviljande av en viss tjänstekoncession, ska den skyldighet att lämna insyn, som åvilar den offentliga myndighet som ska bevilja tjänstekoncessionen, komma alla potentiella anbudsgivare tillgodo (se, för ett liknande resonemang, dom av den 13 april 2010 i mål C-91/08, Wall, REU 2010, s. I-2815, punkt 36), oberoende av om de är etablerade i samma medlemsstat som nämnda myndighet eller inte.
- 33 Det ska framhållas att det i unionsrätten uppställs samma krav på den myndighet som ska bevilja tjänstekoncessionen även om det avtal som är i fråga i det nationella målet inte innebär att den mottagande parten är skyldig att bedriva den verksamhet som överlåtits, utan ger densamme tillstånd att utöva ekonomisk verksamhet. Ett sådant tillstånd skiljer sig nämligen inte från en tjänstekoncession vad avser skyldigheten att iaktta fördragets grundläggande bestämmelser och de principer som följer av detsamma, när det rör sig om verksamhet som är sådan att den skulle kunna vara av intresse för ekonomiska aktörer som är etablerade i andra medlemsstater (se, för ett liknande resonemang, bland annat dom av den 3 juni 2010 i mål C-203/08, Sporting Exchange, REU 2010, s. I-4695, punkterna 46 och 47, och av den 9 september 2010 i mål C-64/08, Engelmann, REU 2010, s. I-8219, punkterna 51–53).
- 34 Av det anförda följer att den första frågan ska besvaras enligt följande. Artiklarna 49 FEUF och 56 FEUF ska tolkas så, att en ekonomisk aktör i en medlemsstat vid domstolarna i samma medlemsstat kan åberopa åsidosättande av den skyldighet att lämna insyn som följer av dessa artiklar i samband med att ett avtal ingås som innebär att ett eller flera offentliga organ i nämnda medlemsstat antingen har beviljat en tjänstekoncession med ett bestämt gränsöverskridande intresse till en ekonomisk aktör i samma medlemsstat, eller har beviljat en ekonomisk aktör ensamrätt att bedriva ekonomisk verksamhet med ett sådant intresse.

Den andra frågan

- 35 Den nationella domstolen har ställt den andra frågan för att få klarhet i huruvida artiklarna 49 FEUF och 56 FEUF ska tolkas så, att sådana faktiska omständigheter som de som är i fråga i det nationella målet kan anses utgöra tvingande skäl av allmänintresse eller sakliga skäl som innebär att det är motiverat att offentliga organ till en ekonomisk aktör direkt beviljar en tjänstekoncession som avser verksamhet för tillhandahållande av tv-tjänster som dessa offentliga organ bedriver med hjälp av kabelnät som tillhör dem, och därvid gör avsteg från principen om likabehandling och icke-diskrimineringsprincipen enligt nämnda artiklar.
- 36 De omständigheter som avses är strävan efter att förhindra ett åsidosättande av ett befintligt avtal genom vilket de berörda organen gav den ekonomiska aktören rättigheter avseende nyttjandet av nämnda kabelnät samt strävan efter att nå en uppgörelse i syfte att avsluta en tvist avseende omfattningen av dessa rättigheter med beaktande av ett interimistiskt domstolsbeslut, samtidigt som man vill förhindra en värdeminskning av nämnda verksamhet för tillhandahållande av tv-tjänster som dessa organ bedriver med hjälp av dessa kabelnät och möjliggöra att de som har abonnerat på dessa tjänster tillhandahålls ett komplett utbud av tjänster.

- 37 Domstolen erinrar om att när en tjänstekoncession har ett bestämt gränsöverskridande intresse, innebär – i avsaknad av insyn – det faktum att avtalet tilldelas ett företag i den medlemsstat där den upphandlande myndigheten finns, en särbehandling till förfång för företag i en annan medlemsstat, som kunde ha ett intresse av denna upphandling. En sådan särbehandling, vilken, genom att samtliga företag i en annan medlemsstat utesluts, i huvudsak är till förfång för dessa företag, utgör indirekt diskriminering på grund av nationalitet, vilken i princip är förbjuden enligt artiklarna 49 FEUF och 56 FEUF (se, för ett liknande resonemang, domen i det ovannämnda målet ASM Brescia, punkterna 59 och 60, och där angiven rättspraxis).
- 38 Undantagsvis kan en sådan åtgärd vara tillåten med stöd av något av de skäl som anges i artikel 52 FEUF eller motiverad med stöd av tvingande skäl av allmänintresse (se, analogt, domen i det ovannämnda målet Engelmänn, punkterna 51 och 57 och där angiven rättspraxis, och dom av den 10 maj 2012 i de förenade målen C-357/10–C-359/10, *Duomo Gpa m.fl.*, punkt 39 och där angiven rättspraxis). Vad beträffar sistnämnda skäl följer det av punkt 51 jämförd med 57 i domen i det ovannämnda målet Engelmänn att det inte ska göras skillnad mellan sakliga skäl och tvingande skäl av allmänintresse. Sakliga skäl måste nämligen utgöra tvingande skäl av allmänintresse.
- 39 De skäl som har angetts i förevarande tolkningsfråga kan – oavsett om de betraktas tillsammans eller var för sig – emellertid inte anses utgöra tvingande skäl av allmänintresse.
- 40 Visserligen kan rättssäkerhetsprincipen, som utgör en grundläggande unionsrättslig princip, innebära att det är motiverat att iakttäta ett avtals rättsverknningar, vilket även i den mån det följer av den principen gäller avtal som ingicks innan domstolen uttalade sig om primärrättens verknningar med avseende på avtal av det slaget och vilka senare visade sig vara oförenliga med nämnda verknningar (se, för ett liknande resonemang, domen i det ovannämnda målet ASM Brescia, punkterna 69 och 70). Nämnda princip kan emellertid inte med framgång åberopas för att motivera att ett avtal ges ett mer omfattande innehåll som strider mot principen om likabehandling, icke-diskrimineringsprincipen och den skyldighet att lämna insyn som följer därav. Det saknar härvid betydelse om det mer omfattande avtalsinnehållet innebär att en lösning kan nås i en tvist mellan de berörda parterna, som uppkommit av skäl som ligger helt utanför deras kontroll, avseende omfattningen av det avtal som de är bundna av.
- 41 Vad beträffar risken att det sker en värdeminskning av en ekonomisk verksamhet som bedrivs av ett offentligt organ, med anledning av ett befintligt avtal som har visat sig vara olämpligt med beaktande av den tekniska och kommersiella utvecklingen, framgår det av fast rättspraxis att ekonomiska skäl inte kan anses utgöra tvingande skäl av allmänintresse som kan motivera en inskränkning i en grundläggande frihet som garanteras i fördraget (se dom av den 16 februari 2012 i de förenade målen C-72/10 och C-77/10, *Costa och Cifone*, punkt 59 och där angiven rättspraxis).
- 42 Domstolen konstaterar att den omständigheten att ingåendet av det omtvistade avtalet skulle sammanfalla med konsumenternas intresse, vilka i annat fall inte skulle kunna tillhandahållas interaktiva tv-tjänster, eller ett kombinerat utbud av sådana tjänster som är attraktivt på marknaden, egentligen inte skiljer sig från det skäl som avser risken för värdeminskning av nämnda verksamhet, utan i stället är nära förbundet med det skälet. Nämnda omständighet avser nämligen inte samtliga konsumenter i det område som omfattas av de interkommunala sammanslutningarnas kabelnät, utan endast de som har abonnerat på de tv-tjänster som sammanslutningarna tillhandahöll inom ramen för den verksamhet vars överlåtelse till Telenet är föremål för det nationella målet. Att det var omöjligt för de interkommunala sammanslutningarna att tillhandahålla sina kunder vissa tjänster på grund av fördelningen av nyttjanderätterna till deras kabelnät, vilket reglerades i överenskommelsen om apportegendom av år 1996, förklarar varför de tjänster de kunde tillhandahålla på marknaden blev mindre attraktiva och varför verksamheten minskade i värde.

- 43 Domstolen preciserar slutligen att dessa överväganden vilka, betraktade var för sig, inte utgör några tvingande skäl av allmänintresse som innebär att det är motiverat att göra ett undantag från principen om likabehandling, icke-diskrimineringsprincipen och skyldigheten att lämna insyn, inte heller som helhet betraktade kan anses utgöra tvingande skäl av allmänintresse.
- 44 Av det anförda följer att den andra frågan ska besvaras enligt följande. Artiklarna 49 FEUF och 56 FEUF ska tolkas
- så, att strävan efter att förhindra ett åsidosättande av vissa rättigheter som offentliga organ redan genom ett befintligt avtal har gett den ekonomiska aktören avseende nyttjandet av kabelnät som tillhör nämnda organ innebär inte att det är motiverat att avtalet ges ett mer omfattande innehåll som strider mot unionsrätten i form av direkt beviljande av en tjänstekoncession eller av ensamrätt att bedriva verksamhet som har ett bestämt gränsöverskridande intresse, och det saknar härvid betydelse om det mer omfattande avtalsinnehållet innebär att en lösning kan nås i en tvist mellan de berörda parterna, som uppkommit av skäl som ligger helt utanför deras kontroll, avseende omfattningen av nämnda avtal, och
 - så, att ekonomiska skäl – såsom strävan efter att förhindra att en ekonomisk verksamhet minskar i värde – inte kan anses utgöra tvingande skäl av allmänintresse som, med undantag från principen om likabehandling och icke-diskrimineringsprincipen som följer av dessa artiklar, kan motivera direkt beviljande av en tjänstekoncession avseende den verksamheten eller av ensamrätt att bedriva nämnda verksamhet när det föreligger ett bestämt gränsöverskridande intresse.

Den tredje frågan

- 45 Med beaktande av svaret på den första frågan, saknas det anledning att besvara den andra frågan.

Rättegångskostnader

- 46 Eftersom förfarandet i förhållande till parterna i målet vid den nationella domstolen utgör ett led i beredningen av samma mål, ankommer det på den nationella domstolen att besluta om rättegångskostnaderna. De kostnader för att avge yttrande till domstolen som andra än nämnda parter har haft är inte ersättningsgilla.

Mot denna bakgrund beslutar domstolen (tionde avdelningen) följande:

- 1) **Artiklarna 49 FEUF och 56 FEUF ska tolkas så, att en ekonomisk aktör i en medlemsstat vid domstolarna i samma medlemsstat kan åberopa åsidosättande av den skyldighet att lämna insyn som följer av dessa artiklar i samband med att ett avtal ingås som innebär att ett eller flera offentliga organ i nämnda medlemsstat antingen har beviljat en tjänstekoncession med ett bestämt gränsöverskridande intresse till en ekonomisk aktör i samma medlemsstat, eller har beviljat en ekonomisk aktör ensamrätt att bedriva ekonomisk verksamhet med ett sådant intresse.**
- 2) **Artiklarna 49 FEUF och 56 FEUF ska tolkas**
 - så, att strävan efter att förhindra ett åsidosättande av vissa rättigheter som offentliga organ redan genom ett befintligt avtal har gett den ekonomiska aktören avseende nyttjandet av kabelnät som tillhör nämnda organ innebär inte att det är motiverat att avtalet ges ett mer omfattande innehåll som strider mot unionsrätten i form av direkt beviljande av en tjänstekoncession eller av ensamrätt att bedriva verksamhet som har ett bestämt gränsöverskridande intresse, och det saknar härvid betydelse om det mer

omfattande avtalsinnehållet innebär att en lösning kan nås i en tvist mellan de berörda parterna, som uppkommit av skäl som ligger helt utanför deras kontroll, avseende omfattningen av nämnda avtal, och

- **så, att ekonomiska skäl – såsom strävan efter att förhindra att en ekonomisk verksamhet minskar i värde – inte kan anses utgöra tvingande skäl av allmänintresse som, med undantag från principen om likabehandling och icke-diskrimineringsprincipen som följer av dessa artiklar, kan motivera direkt beviljande av en tjänstekoncession avseende den verksamheten eller av ensamrätt att bedriva nämnda verksamhet när det föreligger ett bestämt gränsöverskridande intresse.**

Underskrifter