

WYROK TRYBUNAŁU (dziesiąta izba)

z dnia 14 listopada 2013 r. (*)

Odesłanie prejudycjalne – Artykuł 49 TFUE – Swoboda przedsiębiorczości – Artykuł 56 TFUE – Swoboda świadczenia usług – Zasady równego traktowania i niedyskryminacji – Obowiązek przejrzystości – Zakres stosowania – Porozumienie zawarte między podmiotami publicznymi państwa członkowskiego a przedsiębiorstwem z tego samego państwa członkowskiego – Przeniesienie przez te podmioty działalności polegającej na świadczeniu usług telewizyjnych, a także, na czas określony, wyłącznego prawa użytkowania ich sieci kablowych na przedsiębiorstwo z rzezonego państwa członkowskiego – Możliwość powołania się przez przedsiębiorcę z tego samego państwa członkowskiego na art. 49 TFUE i 56 TFUE przed sądami tego państwa członkowskiego – Brak ogłoszenia przetargu – Względy uzasadniające – Istnienie wcześniejszego porozumienia – Transakcja mająca na celu zakończenie sporu dotyczącego interpretacji tego porozumienia – Ryzyko obniżenia wartości przeniesionej działalności

W sprawie C-221/12

mającej za przedmiot wniosek, na podstawie art. 267 TFUE, o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym, złożony przez Raad van State van België (Belgia) postanowieniem z dnia 2 maja 2012 r., które wpłynęło do Trybunału w dniu 11 maja 2012 r., w postępowaniu

Belgacom NV

przeciwko

Interkommunale voor Teledistributie van het Gewest Antwerpen (Integan),

Inter-Media,

West-Vlaamse Energie- en Teledistributiemaatschappij (WVEM),

Provinciale Brabantse Energiemaatschappij CVBA (PBE),

przy udziale:

Telenet NV,

Telenet Vlaanderen NV,

Telenet Group Holding NV,

TRYBUNAŁ (dziesiąta izba),

w składzie: A. Rosas, pełniący obowiązki prezesa dziesiątej izby, D. Šváby (sprawozdawca) i C. Vajda, sędziowie,

rzecznik generalny: Y. Bot,

sekretarz: A. Calot Escobar,

uwzględniając pisemny etap postępowania,

rozważywszy uwagi przedstawione:

- w imieniu Belgacom NV przez B. Schutysera, advocaat,
- w imieniu Interkommunale voor Teledistributie van het Gewest Antwerpen (Integan), Inter-Media, West-Vlaamse Energie- en Teledistributiemaatschappij (WVEM) oraz Provinciale Brabantse Energiemaatschappij CVBA (PBE) przez D. D’Hooghe’a oraz P. Wytincka, advocaten,
- w imieniu Telenet NV, Telenet Vlaanderen NV oraz Telenet Group Holding NV przez T. De Meese’a, advocaat,
- w imieniu rządu belgijskiego przez J.C. Halleux oraz C. Pochet, działających w charakterze pełnomocników, wspieranych przez adwokata S. Deprégo,
- w imieniu rządu włoskiego przez G. Palmieri, działającą w charakterze pełnomocnika, wspieraną przez C. Colelli, avvocato dello Stato,
- w imieniu Komisji Europejskiej przez T. van Rijna, I. Rogalskiego oraz A. Tokára, działających w charakterze pełnomocników,

podjąwszy, po wysłuchaniu rzecznika generalnego, decyzję o rozstrzygnięciu sprawy bez opinii,

wydaje następujący

Wyrok

- 1 Wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym dotyczy wykładni art. 49 TFUE i 56 TFUE.
- 2 Wniosek ten został przedstawiony w ramach sporu pomiędzy Belgacom NV (zwanym dalej „Belgacomem”) a czterema stowarzyszeniami międzygminnymi, Interkommunale voor Teledistributie van het Gewest Antwerpen (Integan), Inter-Media, West-Vlaamse Energie- en Teledistributiemaatschappij (WVEM) oraz Provinciale Brabantse Energiemaatschappij CVBA (PBE) (zwanymi dalej łącznie „Stowarzyszeniami”) w przedmiocie różnych decyzji, którymi te ostatnie wyraziły zgodę na zawarcie, bez ogłaszania przetargu, porozumień przewidujących przeniesienie na Telenet NV (zwaną dalej „Telenet”) ich działalności polegającej na świadczeniu usług telewizyjnych i umów abonamentu telewizyjnego zawartych przez ich klientów, a także, na czas określony, praw pokrewnych do ich sieci kablowych i przyznanie prawa dzierżawy tych sieci.

Ramy prawne

- 3 Artykuł 1 dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz.U. L 134, s. 114, sprostowanie Dz.U. 2004, L 351, s. 44), zawiera następujące definicje:

„[...]”

2. a) »Zamówienia publiczne« oznaczają umowy o charakterze odpłatnym zawierane na piśmie pomiędzy jedną lub więcej instytucjami zamawiającymi [większą liczbą instytucji zamawiających] a jednym lub więcej wykonawcami [większą liczbą wykonawców], których przedmiotem jest wykonanie robót budowlanych, dostawa produktów lub świadczenie usług w rozumieniu niniejszej dyrektywy.

[...]

- d) »Zamówienia publiczne na usługi« oznaczają zamówienia publiczne, inne niż zamówienia na roboty budowlane lub dostawy, których przedmiotem jest świadczenie usług, o których mowa w załączniku II.

[...]

4. »Koncesja na usługi« oznacza umowę tego samego rodzaju jak zamówienie publiczne na usługi, z wyjątkiem faktu, że wynagrodzenie za świadczenie usług stanowi albo wyłącznie prawo do korzystania z takiej usługi, albo takie prawo wraz z płatnością.

[...]”.

- 4 Zgodnie z art. 17 dyrektywy 2004/18 nie ma ona zastosowania do koncesji na usługi.

Postępowanie główne i pytania prejudycjalne

- 5 Stowarzyszenia obejmują tylko związki prawa publicznego. Pierwotnie świadczyły one usługi telewizyjne za pośrednictwem swoich sieci kablowych.
- 6 W 1996 r. nabyły one za pośrednictwem spółdzielni prawa cywilnego Interkabel udział w wysokości 1,51% w kapitale Telenetu, przy utworzeniu tej ostatniej spółki, w formie wniesienia do niej praw częściowego użytkowania ich sieci kablowych na okres 50 lat. Te prawa użytkowania polegały na wyłącznym prawie użytkowania tych sieci w celu świadczenia usług zwanych „usługami telekomunikacyjnymi punkt–punkt” oraz niewyłącznym prawie świadczenia usług zwanych „multimedialnymi”, przy czym Stowarzyszenia zachowywały wyłączne prawo użytkowania swoich sieci do celów świadczenia usług nadawczych.
- 7 Wniesienie wkładu przyznawało Telenetowi także prawo pierwokupu w wypadku zbycia praw własności do sieci kablowych Stowarzyszeń i prawo pierwszeństwa w wypadku przyznania osobie trzeciej praw do użytkowania ich do celów świadczenia „usług multimedialnych”.
- 8 Następnie Stowarzyszenia utworzyły związek współpracy gospodarczej IN-DI w celu udostępnienia między innymi usług interaktywnej telewizji cyfrowej za pośrednictwem swych sieci kablowych.
- 9 Telenet wniósł powództwo co do istoty, a także wniosek o zastosowanie środka tymczasowego w przedmiocie zakazu wykonywania tej działalności na tej podstawie, że wchodzi ona w zakres „usług telekomunikacyjnych punkt–punkt” w rozumieniu umowy wniesienia wkładu z 1996 r. Sąd rozstrzygający w przedmiocie środków tymczasowych orzeczeniem tymczasowym uznał wniesione powództwo. Orzeczenie to zostało zaskarżone.
- 10 Jednocześnie zostały rozpoczęte negocjacje między wszystkimi zainteresowanymi stronami w celu zawarcia ugody. Negocjacje te doprowadziły do zawarcia porozumienia ramowego, które właściwe organy Stowarzyszeń zatwierdziły decyzjami wydanymi w grudniu 2007 r.

- 11 Porozumienie to przewidywało w szczególności przyznanie Telenetowi prawa dzierżawy do sieci Stowarzyszeń na okres 38 lat, odpowiadającego okresowi praw ich użytkowania, które zostały mu pierwotnie przyznane w ramach umowy wniesienia wkładu z 1996 r., za zapłatą różnych wynagrodzeń, zwłaszcza za koszty i odpisy, za zainwestowany kapitał, a także za koszty eksploatacji, konserwacji, rozbudowy i ulepszania tych sieci. W ten sposób przedsiębiorstwo to dysponowało wyłącznym prawem użytkowania owych sieci do celów świadczenia usług telefonii, dostępu do Internetu, a także telewizji analogowej, cyfrowej i interaktywnej. Od tego czasu mogło ono składać na terytorium objętym rzeczonymi sieciami ofertę odpowiadającą aktualnym standardom handlowym, zwaną „triple play”, dotyczącą połączonego świadczenia tych usług. Rzeczony porozumienie przewidywało ponadto w szczególności przeniesienie na Telenet działalności polegającej na świadczeniu usług telewizyjnych Stowarzyszeń, a także umów abonamentowych na te usługi. Łączne przewidywane wynagrodzenie zostało oszacowane na 350 mln EUR.
- 12 Rzeczony porozumienie ramowe doprowadziło do zawarcia ostatecznego porozumienia (zwanego dalej „spornym porozumieniem”). Łączna wartość wynagrodzeń należnych od Telenetu została jednak podwyższona do 425 mln EUR, czyli 5 mln EUR więcej niż kwota uznanej za „niewiążącą” oferty przedstawionej z inicjatywy Belgacomu za nabycie działalności polegającej na rozpowszechnianiu sygnałów telewizji analogowej i cyfrowej Stowarzyszeń, umów abonamentowych na te usługi, a także niewyłącznych praw użytkowania sieci kablowych Stowarzyszeń do celów świadczenia usług telewizyjnych. To ostatnie porozumienie zostało sfinalizowane w wyniku szeregu nowych decyzji przyjętych przez Stowarzyszenia w czerwcu 2008 r.
- 13 Te ostatnie decyzje, podobnie jak decyzje wskazane w pkt 10 niniejszego wyroku, zostały zaskarżone przez Belgacom do Raad van State van België (belgijskiej rady państwa).
- 14 Wcześniej spółka ta zażądała wyjaśnień od Stowarzyszeń co do zawarcia porozumienia ramowego, okazując zainteresowanie nabyciem niektórych praw, których przeniesienie przewidywało to porozumienie. W odpowiedzi Stowarzyszenia wskazały, że Belgacom nie może być uważany za potencjalnego partnera ze względu na ograniczenia zawarte w umowie wniesienia wkładu z 1996 r., a także okoliczność, iż przeniesienie na niego omawianych praw zapewniłoby mu pozycję monopolistyczną. Belgacom proponował już pełne usługi telewizyjne za pośrednictwem własnej sieci na terytorium objętym sieciami kablowymi Stowarzyszeń. Spółka ta odparła na to, że te ostatnie sieci mogły być przedmiotem współdzielenia, które umożliwiałoby utrzymanie skutecznej konkurencji. Później, lecz przed zawarciem spornego porozumienia, Belgacom złożył ofertę przywołaną w pkt 12 niniejszego wyroku.
- 15 W ramach postępowania głównego Belgacom oparł swoje skargi w szczególności na art. 43 WE i 49 WE, którym obecnie odpowiadają art. 49 TFUE i 56 TFUE. Utrzymuje on, że zasady równego traktowania i niedyskryminacji, a także zasada proporcjonalności, obowiązują niezależnie od zakwalifikowania spornego porozumienia oraz że nie istnieje żaden nadrzędny wzgląd interesu ogólnego mogący uzasadnić brak ogłoszenia przetargu przed zawarciem spornego porozumienia.
- 16 Stowarzyszenia podnoszą natomiast, że stosowanie zasady równości nie wyklucza zawarcia umowy takiej jak będąca przedmiotem postępowania głównego bez uprzedniego ogłoszenia przetargu, jeżeli władza publiczna, która się tego podejmuje, ma konkretne powody, aby tak uczynić, które to powody, niekoniecznie będąc związane z interesem ogólnym, są rzeczywiście co do faktu i dopuszczalne co do prawa, co odpowiada pojęciu „obiektywnych okoliczności” w rozumieniu orzecznictwa Trybunału. Ma to miejsce w niniejszej sprawie, mając na względzie, po pierwsze, prawa pierwszeństwa i pierwokupu, jakimi dysponował Telenet na mocy umowy wniesienia wkładu z 1996 r., które należy uważać za ustanawiające wyłączne prawo uniemożliwiające skuteczne ogłoszenie przetargu, a po drugie, spór istniejący między

Stowarzyszeniami a Telenetem co do zakresu tej umowy wniesienia wkładu, biorąc pod uwagę przewidywany czas trwania procedur i ryzyko poważnych sankcji, na jakie narażają się Stowarzyszenia, gdyby w ostatecznym orzeczeniu uznano, iż naruszyły one tę umowę.

- 17 Sąd odsyłający wskazuje, że wszystkie strony postępowania głównego przyznają, iż sporne porozumienie nie wchodzi w zakres stosowania żadnej z dyrektyw dotyczącej zamówień publicznych. Według tego sądu niezależnie od zakwalifikowania spornego porozumienia rozpatrywane przez niego decyzje Stowarzyszeń wpisują się w ramy interwencji publicznej mającej na celu uregulowanie wykonywania działalności gospodarczej, a uprawnienia dyskrecjonalne, jakimi dysponuje władza w tym zakresie, są ograniczone przez zasadę równości i obowiązek przejrzystości. Uważa on ponadto, że ze względu daną transakcję prawdopodobne jest, iż w wypadku ogłoszenia przetargu wykazałyby zainteresowanie przedsiębiorstwa mające siedzibę za granicą.
- 18 Sąd ten stwierdza, że zawarcie spornego porozumienia było motywowane chęcią zakończenia sporu powstałego między Stowarzyszeniami a Telenetem co do zakresu umowy wniesienia wkładu z 1996 r. oraz że spór ten wynikał wyłącznie z rozwoju technologicznego, jakiego strony nie mogły przewidzieć w czasie sporządzenia tej umowy. Konkretnie podział praw użytkowania sieci kablowych Stowarzyszeń taki jak został dokonany wspomnianą umową nie pozwala żadnej ze stron oferować pełnych usług telewizyjnych, ponieważ usługi telewizji interaktywnej należą do praw wyłącznych Telenetu, podczas gdy tylko Stowarzyszenia mają prawo do świadczenia usług telewizyjnych.
- 19 Jednakże sąd ten stwierdza również, że sporne porozumienie wykracza poza to, co było konieczne do zakończenia rzeczonego sporu, radykalnie zmieniając podział praw użytkowania sieci kablowych Stowarzyszeń przewidziany w umowie wniesienia wkładu z 1996 r., poprzez przyznanie Telenetowi praw, które nie były mu udzielone pierwotnie i które nie były przedmiotem sporu. Dzięki temu porozumieniu, za zapłatą wynagrodzenia w wysokości 425 mln EUR, Telenet dysponuje obecnie globalnym wyłącznym prawem użytkowania tych sieci, co pozwala mu oferować na terytorium objętym owymi sieciami – stanowiącym około jednej trzeciej jego strefy działalności – pełne usługi telewizyjne, a więc i ofertę „triple play”, odpowiadającą aktualnym standardom handlowym, w ten sam sposób, w jaki to już czynił na pozostałych dwóch trzecich swojej strefy działalności.
- 20 Sąd odsyłający ocenia ponadto, że istnienie umowy wniesienia wkładu z 1996 r. samo w sobie nie może być uważane za uzasadnienie zawarcia spornego porozumienia. Po pierwsze bowiem, system współdzielenia sieci kablowej mógł być wprowadzony. Po drugie, prawa pierwszeństwa i pierwokupu, jakimi dysponuje Telenet na mocy tej umowy, nie stoją na przeszkodzie traktowaniu kilku kandydatów w równy sposób, a tym samym poddaniu ich ofert rzecztywistej analizie porównawczej.
- 21 Sąd ten zastanawia się jednak, czy ogólny kontekst, zakreślony – poza umową wniesienia wkładu z 1996 r. – przez powstały później spór co do zakresu tej umowy ze względu na rozwój technologiczny i przez orzeczenie sądowe wydane w ramach tego sporu, nie może stanowić uzasadnienia okoliczności, że nie było ogłoszenia o przetargu. Z jednej bowiem strony przeniesienie na osobę trzecią praw, które zostały przekazane Telenetowi rzeczoną umową, niechybnie wzbudziłoby nowe spory i zwiększyło niepewność prawa, z drugiej strony rozwiązanie sporu z Telenetem skutkowałoby tym, że Stowarzyszenia nie byłyby w stanie świadczyć pełnych usług telewizyjnych przez długi okres, co nie tylko powodowałoby znaczną szkodę ekonomiczną, ponieważ Belgacom mógłby zająć rynek, lecz także miałoby wpływ na konsumentów.
- 22 W tym kontekście rzeczony sąd rozważa możliwość, że sporne porozumienie, które urzeczywistnia ugodę kończącą spór zaistniały między Telenetem i Stowarzyszeniami, mogłoby

być uważane za całkowicie zgodne z umową wniesienia wkładu z 1996 r., a nie za niezależne porozumienie, które można zawrzeć tylko z poszanowaniem art. 49 TFUE i 56 TFUE.

- 23 Wreszcie sąd odsyłający podnosi, że w wyroku z dnia 21 lipca 2005 r. w sprawie C-231/03 Coname, Zb.Orz. s. I-7287, pkt 19, Trybunał powołał się na możliwość uzasadnienia odmiennego traktowania stanowiącego dyskryminację pośrednią ze względu na przynależność państwową wynikającą z bezpośredniego udzielenia koncesji na usługi „obiektywnymi okolicznościami”. Sąd odsyłający zastanawia się jednak nad zakresem tego pojęcia w odniesieniu do pojęcia „nadrzędnych względów interesu ogólnego”.
- 24 W tych okolicznościach Raad van State van België postanowił zawiesić postępowanie i zwrócić się do Trybunału z następującymi pytaniami prejudycjalnymi:
- „1) Czy art. 49 TFUE i 56 TFUE należy interpretować w ten sposób, że przedsiębiorstwo mające siedzibę w Belgii może powołać się przed sądem belgijskim na podstawowe zasady prawa Unii, w szczególności na obowiązek przejrzystości wywodzony z powyższych artykułów, w związku z porozumieniem niewchodzącym w zakres obowiązywania dyrektyw w sprawie zamówień publicznych, na podstawie którego władze belgijskie przenoszą prawa na inne przedsiębiorstwo belgijskie bez uprzedniego zorganizowania przetargu?
- 2) Czy dążenie do unikania naruszenia istniejących, jako takich bezspornych i bardzo specyficznych ram umownych między osobą prawną prawa publicznego a niekontrolowanym przez nią prywatnoprawnym przedsiębiorstwem albo zawarcie transakcji lub ugody w celu zakończenia istniejącego sporu o interpretację wskazanych ram umownych – przy czym umowa ta wynika z praw, które zostały przyznane stronom na podstawie tymczasowego orzeczenia sądu w przedmiocie środków tymczasowych, i przy czym dana działalność [tej osoby prawnej] bez takiej ugody może ponieść znaczną szkodę i obniżenie wartości, a konsumenci w międzyczasie pozostają bez dostępu do określonych usług – może być uważane za nadrzędny wzgląd interesu ogólnego bądź przynajmniej za obiektywną podstawę uzasadnienia, która uprawnia osoby prawne prawa publicznego do nieorganizowania przetargu i bezpośredniego udzielenia zamówienia w drodze wyjątku i z odstępniem od zasady równego [traktowania] i zakazu dyskryminacji ze względu na przynależność państwową, które są ustanowione w art. 49 TFUE i 56 TFUE, [a także od wynikającego z nich obowiązku przejrzystości]?
- 3) Jeżeli na pytanie drugie może zostać udzielona odpowiedź twierdząca – czy powyższa transakcja lub powyższa ugoda, aby nie ograniczać wskazanych swobód podstawowych zagwarantowanych przez prawo Unii bardziej niż jest to konieczne do osiągnięcia zamierzonego celu, muszą zostać ograniczone w wymaganym stopniu dla zakończenia powstałego sporu, czy też ze względu na przyszłe różnice zdań, które są racjonalnie i logicznie związane ze sporem, strony mogą zawrzeć wykraczającą ponad to ugodę, która jednocześnie gwarantuje interesy konsumentów i [zapewnia] maksymalizację wartości danej działalności podlegającej przeniesieniu?”.

W przedmiocie pytań prejudycjalnych

W przedmiocie pytania pierwszego

- 25 Poprzez pytanie pierwsze sąd odsyłający zasadniczo dąży do ustalenia, czy art. 49 TFUE i 56 TFUE powinno się interpretować w ten sposób, że przedsiębiorca z danego państwa członkowskiego może powołać się przed sądami tego państwa członkowskiego na naruszenie obowiązku przejrzystości wywodzonego z powyższych artykułów w związku z zawarciem porozumienia, na podstawie którego jeden podmiot lub więcej podmiotów publicznych

rzeczonego państwa członkowskiego przenosi odpłatnie na innego przedsiębiorcę z tego samego państwa członkowskiego między innymi wyłączne prawo użytkowania telewizyjnych sieci kablowych, a także swoją działalność polegającą na świadczeniu usług telewizyjnych i umowy abonamentowe związane z tą działalnością.

- 26 Należy stwierdzić, że niezależnie od warunków praktycznych i ocen dokonanych przez strony wydaje się, iż porozumienie takie jak sporne porozumienie, które przenosi na Telenet działalność polegającą na świadczeniu usług telewizyjnych Stowarzyszeń i przyznaje mu, w szczególności w celu wykonywania tej działalności, wyłączne prawo użytkowania ich sieci kablowych, należy przeanalizować jako koncesję na usługi w rozumieniu art. 1 ust. 4 dyrektywy 2004/18.
- 27 Po pierwsze bowiem, o ile zobowiązuje ono nabywcę do wykonywania nabytej działalności, porozumienie takie stanowi zamówienie publiczne na świadczenie usług, o których mowa w załączniku II do dyrektywy 2004/18, z wyjątkiem sposobu zapłaty, ponieważ wynagrodzenie za świadczenie usług telewizyjnych polega na prawie wykonywania danej działalności, zgodnie z definicją zawartą w rzeczonem art. 1 ust. 4. Po drugie, warunek, zgodnie z którym ryzyko związane z wykonywaniem tej działalności powinno być przeniesione na nabywcę (zob. podobnie w szczególności wyroki: z dnia 11 czerwca 2009 r. w sprawie C-300/07 Hans & Christophorus Oymanns, Zb.Orz. s. I-4779, pkt 72, a także z dnia 10 marca 2011 r. w sprawie C-274/09 Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler, Zb.Orz. s. I-1335, pkt 26 i przytoczone tam orzecznictwo) jest również spełniony w ramach tego porozumienia.
- 28 Niezależnie od wyłączenia koncesji na usługi z zakresu stosowania dyrektywy 2004/18 na mocy jej art. 17 władze publiczne, zamierzając udzielić takiej koncesji, są zobowiązane do przestrzegania podstawowych reguł traktatu FUE, a w szczególności zasad niedyskryminacji ze względu na przynależność państwową, równego traktowania, a także wynikającego z nich obowiązku przejrzystości, jeżeli ta koncesja ma niewątpliwe znaczenie transgraniczne (zob. podobnie w szczególności wyrok z dnia 17 lipca 2008 r. w sprawie C-347/06 ASM Brescia, Zb.Orz. s. I-5641, pkt 58, 59 i przytoczone tam orzecznictwo).
- 29 Jeśli chodzi o istnienie niewątpliwego znaczenia transgranicznego – może ono w szczególności wynikać ze znaczenia gospodarczego porozumienia, którego zawarcie jest planowane, i miejsca jego wykonania (zob. podobnie ww. wyrok w sprawie ASM Brescia, pkt 62 i przytoczone tam orzecznictwo) lub też właściwości technicznych (zob. analogicznie wyrok z dnia 15 maja 2008 r. w sprawach połączonych C-147/06 i C-148/06 SECAP i Santorso, Zb.Orz. s. I-3565, pkt 24).
- 30 Do sądu odsyłającego należy przeprowadzenie oceny wszystkich istotnych elementów w tym zakresie (zob. podobnie wyrok z dnia 23 grudnia 2009 r. w sprawie C-376/08 Serrantoni i Consorzio stabile edili, Zb.Orz. s. I-12169, pkt 25 i przytoczone tam orzecznictwo), co jak wydaje się, już uczynił, ponieważ stwierdził, iż mając na względzie znaczenie porozumienia będącego przedmiotem postępowania głównego prawdopodobne jest, że przedsiębiorstwa mające siedzibę w innych państwach członkowskich wykazałyby zainteresowanie w wypadku ogłoszenia przetargu.
- 31 Należy ponadto wyjaśnić, że dla istnienia niewątpliwego znaczenia transgranicznego nie jest konieczne, aby przedsiębiorca faktycznie okazał zainteresowanie. Jest tak w szczególności wtedy, gdy – jak w ramach postępowania głównego – spór dotyczy braku przejrzystości spornego porozumienia. W takim bowiem wypadku przedsiębiorcy mający siedzibę w innych państwach członkowskich nie mają faktycznej możliwości wyrażenia zainteresowania otrzymaniem tej koncesji (zob. podobnie ww. wyrok w sprawie Coname, pkt 18; oraz wyrok z dnia 13 października 2005 r. w sprawie C-458/03 Parking Brixen, Zb.Orz. s. I-8585, pkt 55).

- 32 Ponadto gdy zostało stwierdzone istnienie niewątpliwego znaczenia transgranicznego dotyczącego udzielenia danej koncesji na usługi, obowiązek przejrzystości spoczywający na organach udzielających koncesji działa na korzyść wszystkich potencjalnych oferentów (zob. podobnie wyrok z dnia 13 kwietnia 2010 r. w sprawie C-91/08 Wall, Zb.Orz. s. I-2815, pkt 36), niezależnie od tego, czy mają oni siedzibę w tym samym państwie członkowskim, co te organy.
- 33 Do celów praktycznych należy wyjaśnić, że prawo Unii nakładałoby te same wymogi na organ dokonujący zbycia, gdyby porozumienie będące przedmiotem postępowania głównego nie zobowiązywało nabywcy do wykonywania nabytej działalności tak, że porozumienie to zawierałoby wówczas zezwolenie na wykonywanie działalności gospodarczej. Takie zezwolenie nie różni się bowiem od koncesji na usługi, jeśli chodzi o obowiązek przestrzegania podstawowych reguł traktatu i wynikających z nich zasad, jeżeli wykonywanie tej działalności może potencjalnie zainteresować przedsiębiorców mających siedzibę w innych państwach członkowskich (zob. podobnie w szczególności wyroki: z dnia 3 czerwca 2010 r. w sprawie C-203/08 Sporting Exchange, Zb.Orz. s. I-4695, pkt 46, 47; a także z dnia 9 września 2010 r. w sprawie C-64/08 Engelmann, Zb.Orz. s. I-8219, pkt 51–53).
- 34 W świetle powyższych rozważań na pytanie pierwsze należy odpowiedzieć, iż art. 49 TFUE i 56 TFUE powinno się interpretować w ten sposób, że przedsiębiorca z danego państwa członkowskiego może powołać się przed sądami tego państwa członkowskiego na naruszenie obowiązku przejrzystości wywodzonego z powyższych artykułów w związku z zawarciem porozumienia, na podstawie którego jeden podmiot lub więcej podmiotów publicznych rzeczono państwa członkowskiego albo udziela przedsiębiorcy z tego samego państwa członkowskiego koncesji na usługi mającej niewątpliwie znaczenie transgraniczne, albo przyznaje przedsiębiorcy wyłączne prawo wykonywania działalności gospodarczej mającej takie znaczenie.

W przedmiocie pytania drugiego

- 35 Poprzez pytanie drugie sąd odsyłający zasadniczo dąży do ustalenia, czy art. 49 TFUE i 56 TFUE powinno się interpretować w ten sposób, że okoliczności takie jak będące przedmiotem postępowania głównego można uznać za nadrzędne względny interesu ogólnego lub okoliczności obiektywne mogące uzasadnić bezpośrednie udzielenie przez podmioty publiczne, na rzecz przedsiębiorcy, koncesji na usługi dotyczącej działalności polegającej na świadczeniu usług telewizyjnych wykonywanej przez te podmioty za pośrednictwem należących do nich sieci kablowych, z odstępieniem od zasad równego traktowania i niedyskryminacji ustanowionych w rzeczonych artykułach.
- 36 Takimi okolicznościami są wola przestrzegania określonych praw, które na mocy wcześniejszego porozumienia zostały przyznane przez dane podmioty na rzecz tego przedsiębiorcy w odniesieniu do użytkowania owych sieci kablowych, a także wola zawarcia ugody w celu zakończenia sporu dotyczącego zakresu tych praw, przy uwzględnieniu sądowego orzeczenia tymczasowego, jednak bez obniżenia wartości rzeczonoj działalności polegającej na świadczeniu usług telewizyjnych wykonywanej przez te podmioty za pośrednictwem wspomnianych sieci i za pozwoleniem, aby abonamentom tych usług została złożona pełna oferta handlowa.
- 37 Należy przypomnieć, że w zakresie, w jakim koncesja na usługi ma niewątpliwie znaczenie transgraniczne, udzielenie jej, przy całkowitym braku przejrzystości, przedsiębiorstwu znajdującemu się w państwie członkowskim instytucji zamawiającej, stanowi przejaw odmiennego traktowania na niekorzyść przedsiębiorstw, które mogą być zainteresowane taką koncesją i znajdują się w innym państwie członkowskim. Poprzez wykluczenie tych wszystkich przedsiębiorstw takie odmierne traktowanie działa głównie na ich niekorzyść i stanowi przejaw dyskryminacji pośredniej ze względu na przynależność państwową, zakazanej co do zasady na

mocy art. 49 TFUE i 56 TFUE (zob. podobnie ww. wyrok w sprawie ASM Brescia, pkt 59, 60 i przytoczone tam orzecznictwo).

- 38 W drodze wyjątku taki przepis może zostać uznany za dopuszczalny w świetle względów wskazanych w art. 52 TFUE albo uzasadniony zgodnie z orzecznictwem Trybunału poprzez odwołanie się do nadrzędnych względów interesu ogólnego (zob. analogicznie ww. wyrok w sprawie Engelmann, pkt 51, 57 i przytoczone tam orzecznictwo; wyrok z dnia 10 maja 2012 r. w sprawach połączonych od C-357/10 do C-359/10 Duomo Gpa i in., pkt 39 i przytoczone tam orzecznictwo). W tym ostatnim zakresie z łącznej lektury pkt 51 i 57 ww. wyroku w sprawie Engelmann wynika, że nie należy rozróżniać okoliczności obiektywnych i nadrzędnych względów interesu ogólnego. Takie okoliczności ostatecznie powinny bowiem stanowić nadrzędny wzgląd interesu ogólnego.
- 39 Motywy wskazane w niniejszym pytaniu prejudycjalnym, niezależnie od tego, czy są rozważane oddzielnie, czy łącznie, nie mogą być uważane za nadrzędny wzgląd interesu ogólnego.
- 40 Należy wprawdzie przyznać, że zasada pewności prawa, która jest ogólną zasadą prawa Unii, może uzasadnić przestrzeganie skutków prawnych porozumienia, nawet jeżeli zasada ta dotyczy porozumienia zawartego przed orzeczeniem Trybunału w przedmiocie skutków prawa pierwotnego wobec tego typu porozumień, które później okazują się sprzeczne z niektórymi z tych skutków (zob. podobnie ww. wyrok w sprawie ASM Brescia, pkt 69, 70). Jednakże nie można powoływać się na rzeczoną zasadę, aby rozszerzyć porozumienie sprzeczne z zasadami równego traktowania i niedyskryminacji, a także z wynikającym z nich obowiązkiem przejrzystości. Nie ma znaczenia w tym względzie, że to rozszerzenie może stanowić racjonalne rozwiązanie odpowiednie do zakończenia sporu zaistniałego między zainteresowanymi stronami, z przyczyn całkowicie niezależnych od ich woli, co do zakresu wiążącego je porozumienia.
- 41 Ponadto w odniesieniu do ryzyka obniżenia wartości działalności o charakterze gospodarczym wykonywanej przez podmiot publiczny ze względu na wcześniej istniejące porozumienie ramowe, które okazuje się nieodpowiednie w świetle rozwoju kontekstu techniczno-handlowego, z utrwalonego orzecznictwa wynika, że powodów natury gospodarczej nie można dopuścić w charakterze nadrzędnych względów interesu ogólnego mogących stanowić uzasadnienie ograniczenia jednej z podstawowych swobód gwarantowanych przez traktat (zob. wyrok z dnia 16 lutego 2012 r. w sprawach połączonych C-72/10 i C-77/10 Costa i Cifone, pkt 59 i przytoczone tam orzecznictwo).
- 42 W tym względzie należy stwierdzić, że okoliczność, iż zawarcie spornego porozumienia odpowiadałoby interesowi konsumentów, którzy w jego braku nie mogliby korzystać z telewizji interaktywnej, a także z atrakcyjnej gospodarczo połączonej oferty usług, w rzeczywistości nie różni się od względu dotyczącego obniżenia wartości tej działalności, lecz przeciwnie, jest z nim ściśle związana. Ta okoliczność dotyczy bowiem nie wszystkich konsumentów obecnych na terytorium objętym sieciami kablowymi Stowarzyszeń, lecz wyłącznie tych, którzy wykupili abonament na usługi telewizyjne świadczone przez te ostatnie w ramach działalności, której przeniesienie na Telenet jest przedmiotem sprawy głównej, a brak możliwości proponowania przez Stowarzyszenia tym abonentom określonych usług ze względu na podział praw użytkowania ich sieci kablowych uregulowany w umowie wniesienia wkładu z 1996 r. wyjaśnia utratę atrakcyjności oferty handlowej, jaką mogłyby złożyć na rynku, a zatem obniżenie wartości tej działalności.
- 43 Należy wreszcie wyjaśnić, że argumenty, które rozważane oddzielnie nie stanowią nadrzędnych względów interesu ogólnego uzasadniających odstępstwo od zasad równości i niedyskryminacji,

a także obowiązku przejrzystości, nie mogą zyskać tej właściwości tylko z powodu ich kumulacji.

44 Mając na względzie powyższe rozważania na pytanie drugie należy odpowiedzieć, iż art. 49 TFUE i 56 TFUE powinno się interpretować w ten sposób, że:

- wola nienaruszania określonych praw do użytkowania należących do podmiotów publicznych sieci kablowych, które na mocy wcześniejszego porozumienia zostały przez nie przyznane przedsiębiorcy, nie może uzasadniać sprzecznego z prawem Unii rozszerzenia tego porozumienia w postaci bezpośredniego udzielenia koncesji na usługi lub wyłącznego prawa wykonywania działalności mającej niewątpliwe znaczenie transgraniczne, nawet jeśli następuje to w celu zakończenia sporu zaistniałego między zainteresowanymi stronami, ze względów całkowicie niezależnych od ich woli, co do zakresu tego porozumienia;
- powody natury gospodarczej, takie jak chęć uniknięcia obniżenia wartości działalności gospodarczej, nie stanowią nadrzędnych względów interesu ogólnego mogących uzasadnić bezpośrednie udzielenie koncesji na usługi dotyczące tej działalności lub wyłączne prawo wykonywania tej działalności i mające niewątpliwe znaczenie transgraniczne, z odstępieniem od zasad równego traktowania i niedyskryminacji ustanowionych przez rzeczzone artykuły.

W przedmiocie pytania trzeciego

45 W świetle odpowiedzi udzielonej na pytanie drugie nie ma potrzeby udzielenia odpowiedzi na pytanie trzecie.

W przedmiocie kosztów

46 Dla stron w postępowaniu głównym niniejsze postępowanie ma charakter incydentalny, dotyczy bowiem kwestii podniesionej przed sądem odsyłającym, do niego zatem należy rozstrzygnięcie o kosztach. Koszty poniesione w związku z przedstawieniem uwag Trybunałowi, inne niż koszty stron w postępowaniu głównym, nie podlegają zwrotowi.

Z powyższych względów Trybunał (dziesiąta izba) orzeka, co następuje:

- 1) Artykuły 49 TFUE i 56 TFUE powinno się interpretować w ten sposób, że przedsiębiorca z danego państwa członkowskiego może powołać się przed sądami tego państwa członkowskiego na naruszenie obowiązku przejrzystości wywodzonego z powyższych artykułów w związku z zawarciem porozumienia, na podstawie którego jeden podmiot lub więcej podmiotów publicznych rzeczowego państwa członkowskiego albo udziela przedsiębiorcy z tego samego państwa członkowskiego koncesji na usługi mającej niewątpliwe znaczenie transgraniczne, albo przyznaje przedsiębiorcy wyłączne prawo wykonywania działalności gospodarczej mającej takie znaczenie.
- 2) Artykuły 49 TFUE i 56 TFUE powinno się interpretować w ten sposób, że:
 - wola nienaruszania określonych praw do użytkowania należących do podmiotów publicznych sieci kablowych, które na mocy wcześniejszego porozumienia zostały przez nie przyznane przedsiębiorcy, nie może uzasadniać sprzecznego z prawem Unii rozszerzenia tego porozumienia w postaci bezpośredniego udzielenia koncesji na usługi lub wyłącznego prawa wykonywania działalności mającej niewątpliwe

znaczenie transgraniczne, nawet jeśli następuje to w celu zakończenia sporu zaistniałego między zainteresowanymi stronami, ze względów całkowicie niezależnych od ich woli, co do zakresu tego porozumienia;

- powody natury gospodarczej, takie jak chęć uniknięcia obniżenia wartości działalności gospodarczej, nie stanowią nadrzędnych względów interesu ogólnego mogących uzasadnić bezpośrednie udzielenie koncesji na usługi dotyczące tej działalności lub wyłączone prawo wykonywania tej działalności i mające niewątpliwe znaczenie transgraniczne, z odstępniem od zasad równego traktowania i niedyskryminacji ustanowionych przez rzeczony artykuły.

Podpisy

* Język postępowania: niderlandzki.