

# 6 Concessies, vergunningen en transparantie (commentaar bij HvJ EU 14 november 2013, C-221/12, Belgacom)

MR. A. DRAHMANN

Of sprake is van een concessieovereenkomst of een vergunning – en of de transparantieverplichting van toepassing is – wordt door het Hof van Justitie zelfstandig en op basis van materiële criteria geduid.

Op 14 november 2013 heeft het Hof van Justitie van de Europese Unie een interessant arrest gewezen over de vraag wanneer de transparantieverplichting in acht moet worden genomen. Het arrest, met zaaknummer C-221/12, bevat niet zozeer nieuwe elementen, maar geeft een duidelijk overzicht van de criteria die het Hof van Justitie hanteert. Uit het arrest volgt dat overeenkomsten en vergunningen onder omstandigheden kunnen worden aangemerkt als een concessieovereenkomst. Het arrest is daarmee ook van belang voor de Nederlandse praktijk.

Hierna zal eerst kort de casus worden beschreven. Vervolgens zal achtereenvolgens worden ingegaan op de vraag of de in het arrest aan de orde zijnde overeenkomst een concessieovereenkomst is (onder 2), wanneer de transparantieverplichting in acht moet worden genomen (onder 3), wanneer sprake is van een duidelijk grensoverschrijdend belang (onder 4), wat het verschil is tussen een concessie en een vergunning (onder 5), en wanneer sprake is van een dwingende reden van algemeen belang en de rol van het rechtszekerheidsbeginsel daarbij (onder 6). Afgesloten wordt met het belang van het arrest voor de Nederlandse praktijk.<sup>1</sup>

## 1. Casus

De casus van deze procedure is – kort samengevat – als volgt. Een viertal ‘intercommunales’ (die alleen publiekrechtelijke aandeelhouders hebben) leverden tot 1996 teledistributiediensten via hun eigen kabelnetwerken. In 1996 is Telenet opgericht. In de inbrengakte is door de intercommunales onder meer een exclusief gebruiksrecht van 50 jaar op deze

netwerken voor het aanbieden van punt-tot-punttelecommunicatiediensten voor Telenet opgenomen. De akte bevat daarnaast een niet-exclusief recht voor het aanbieden van multimediadiensten. Ook is een voorkeurrecht aan Telenet opgenomen 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 multimediadiensten.

Sinds 1996 hebben de technologische ontwikkelingen niet stilgestaan. Dit heeft geleid tot een geschil tussen Telenet en de intercommunales over de vraag of het aanbieden van interactieve digitale televisie valt onder punt-tot-punttelecommunicatiediensten. In 2007 hebben partijen ter beëindiging van dit geschil een principeakkoord gesloten. Onderdeel van dit akkoord was de verlening van erfpacht op de netwerken van de intercommunales aan Telenet. Hierdoor beschikte Telenet over een exclusief recht om deze netwerken te gebruiken voor het aanbieden van telefoniediensten, internettoegang en analoge, digitale en interactieve televisiediensten. Met andere woorden: door het akkoord kon Telenet voortaan ‘triple play’ aanbieden. Het principeakkoord is gevolgd door een definitieve overeenkomst tussen Telenet en de intercommunales.

Belgacom – een concurrent van Telenet – heeft beroep ingesteld tegen het sluiten van deze definitieve overeenkomst. Belgacom had namelijk voordat het principeakkoord werd gesloten al contact opgenomen met de intercommunales en haar belangstelling geuit voor de verwerving van bepaalde rechten die op grond van het akkoord zouden worden overgedragen. De intercommunales hebben hierop geantwoord dat Belgacom niet in aanmerking kwam als gesprekspartner door onder meer de inbrengakte uit 1996.

<sup>1</sup> Bij dit arrest heb ik ook een – korte – annotatie geschreven in JAAN 2014, afl. 1, waarin ik slechts inga op r.o. 33 van het arrest.

Ook zou de overdracht van de betrokken rechten Belgacom een monopoliepositie opleveren, omdat Belgacom dan zou beschikken over zowel haar eigen netwerk als het netwerk van de intercommunales. Belgacom heeft als reactie hierop voorgesteld een gedeeld gebruik van de netwerken mogelijk te maken, waardoor de mededinging kon worden gehandhaafd. Desalniettemin zijn de intercommunales overgegaan tot het sluiten van de definitieve overeenkomst. Belgacom gaat in beroep bij de Belgische Raad van State, waarna de Raad van State een drietal prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie stelt. Belgacom doet een beroep op de artikelen 49 VWEU en 56 VWEU. Op grond van deze artikelen en de beginselen van gelijke behandeling en non-discriminatie en het evenredigheidsbeginsel had er volgens Belgacom vóór de sluiting van de definitieve overeenkomst een oproep tot inschrijving moeten plaatsvinden.

## 2. Hoe moet de overeenkomst tussen Telenet en de intercommunales worden geduid?

Artikel 1 van Richtlijn 2004/18/EG<sup>2</sup> definieert overheidsopdrachten als “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.”

De ‘concessieovereenkomst voor diensten’ wordt in hetzelfde artikel gedefinieerd als “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.” Artikel 17 van de richtlijn bepaalt dat de richtlijn niet van toepassing is op concessieovereenkomsten voor diensten.

Het Hof van Justitie stelt allereerst vast dat de definitieve overeenkomst kwalificeert als een concessieovereenkomst en overweegt daartoe als volgt:

“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 (...).”

Uit deze overwegingen kan worden afgeleid dat de toepassingsmodaliteiten en de kwalificatie van de overeenkomst door de partijen niet van belang is. Of sprake is van een concessieovereenkomst is een autonoom begrip.

Het Hof van Justitie benoemt niet expliciet dat sprake is van een ‘bezwarende titel’. Dat daar volgens het Hof wel sprake van is, blijkt onder meer uit de overwegingen van het Hof dat van belang is dat Telenet wordt verplicht de overgedragen activiteit uit te oefenen en dat het aan de exploitatie van de activiteit verbonden risico wordt overgedragen. De bezwarende titel is daarmee gegeven. De overeenkomst is echter geen overheidsopdracht, maar een concessieovereenkomst, omdat de tegenprestatie bestaat uit het exclusieve recht om de kabelnetwerken te exploiteren. Van belang is verder dat het Hof van Justitie voor de kwalificatie van de overeenkomst uitsluitend kijkt naar de nieuwe overeenkomst zelf en niet naar de inbrengakte. Het leerstuk van de ‘wezenlijke wijziging’ komt in dit arrest dan ook niet naar voren.<sup>3</sup> Het belang van de inbrengakte komt wel aan de orde bij de vraag of het sluiten van de definitieve overeenkomst gerechtvaardigd is op grond van het rechtszekerheidsbeginsel.

## 3. Wanneer moet de transparantieverplichting in acht worden genomen?

Het Hof van Justitie overweegt dat ondanks dat concessieovereenkomsten voor diensten niet onder de werkingssfeer van de richtlijn vallen, overheidsinstanties wel de fundamentele regels van het VWEU en het verbod van discriminatie op grond van nationaliteit, het beginsel van gelijke behandeling en de hieruit voortvloeiende transparantieverplichting in acht moeten nemen wanneer deze concessie een duidelijk grensoverschrijdend belang heeft. De transparantieverplichting vloeit dus rechtstreeks voort uit het Unierecht en is niet afhankelijk van de werkingssfeer van de aanbestedingsrichtlijn.

Zodra vaststaat dat een bepaalde concessieovereenkomst voor diensten een duidelijk grensoverschrijdend belang heeft, geldt de transparantieverplichting bovendien ten aanzien van elke potentiële inschrijver en dus ook ten aanzien van een inschrijver die is gevestigd in dezelfde lidstaat als deze instantie. Met andere woorden: als sprake is van een duidelijk grensoverschrijdend belang dan kan ook een nationale inschrijver zoals Belgacom betogen dat de transparantieverplichting is geschonden door de intercommunales.

<sup>2</sup> 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.

<sup>3</sup> Zie over dit leerstuk bijv. S.C. Borger en A-F. van 't Hooft, ‘De wezenlijke wijziging in het voorstel voor de nieuwe aanbestedingsrichtlijn’, TA 2013/116.

Uit dit arrest volgt dan ook dat een partij die wil betwisten dat sprake is van een grensoverschrijdend belang niet kan volstaan met erop te wijzen dat er geen buitenlandse partijen bij een geschil betrokken zijn. In o.a. het RLSAN-arrest (HvJ EG 9 september 1999, C-108/98) oordeelde het Hof van Justitie dat het Unierecht niet van toepassing is “in een situatie als die van het hoofdgeding, die zich in al haar aspecten binnen een enkele lidstaat afspeelt en uit dien hoofde geen enkel aanknopingspunt heeft met de door het gemeenschapsrecht geregelde situaties op het gebied van het vrije verkeer van personen en diensten”. Dat deze jurisprudentie over zuiver interne situaties nog altijd van toepassing is, volgt uit HvJ EU 12 december 2013, C-292/12, waarin het Hof van Justitie op de prejudiciële vraag antwoordt dat “voor zover zij de artikelen 49 VWEU en 56 VWEU betreft, [moet] worden geantwoord dat deze artikelen niet van toepassing zijn op een situatie als in het hoofdgeding, die zich in al haar aspecten in één enkele lidstaat afspeelt.”

Het hier besproken arrest preciseert de jurisprudentie van het Hof van Justitie in die zin dat als alle aspecten van een geschil zich binnen een enkele lidstaat afspelen, maar wel sprake is van een duidelijk grensoverschrijdend belang, er dus een aanknopingspunt bestaat dat het vrije verkeer van diensten en dus het Unierecht van toepassing is. Dit is ook logisch: het feit dat er alleen nationale partijen betrokken zijn bij de procedure wordt mogelijk veroorzaakt doordat de procedure onvoldoende transparant is geweest. De nationale rechter zal alle relevante gegevens aangaande het grensoverschrijdende belang gedetailleerd moeten beoordelen.<sup>4</sup>

Deze overweging uit het arrest is ook voor de Nederlandse praktijk van belang. Als sprake is van een geschil tussen in Nederland gevestigde partijen dan is dat, mede blijkens het hier centraal staande arrest, onvoldoende om daaruit de conclusie te trekken dat het Unierecht niet van toepassing is. In dit verband wijs ik op een uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State van 23 november 2011.<sup>5</sup> In deze procedure werd betoogd dat de verlening van een vergunning in strijd met het vrij verkeer van diensten was. De Afdeling oordeelt:

“2.5.3. Volgens vaste rechtspraak van het Hof (...) kunnen de verdragsbepalingen inzake het vrij verkeer van diensten niet worden toegepast op zuiver interne situaties. De nationale rechter moet in een aan hem voorgelegde zaak uitmaken of zich een zuiver interne situatie voordoet. EVT en TSM zijn in Nederland gevestigde bedrijven, die veerdiensten onderhouden tussen Terschelling en Harlingen, een traject dat voert over de Waddenzee. In verband met de exploitatie van hun veerdiensten wensen EVT en TSM met hun boten ligplaats in te nemen in de haven van Terschelling, waarvoor zij beide afhankelijk zijn van toestemming van het college. In dit geval heeft het college EVT ligplaatsvergunning verleend voor plek 2 met het voorschrift. Alle relevante elementen in deze zaak spelen zich geheel af in de interne sfeer van Nederland, zodat zich naar het oordeel

van de Afdeling een zuiver interne situatie voordoet. EVT heeft ter zitting van de Afdeling aangevoerd dat als gevolg van het concentratiebeleid van het college andere dienstverleners worden uitgesloten en daardoor ook mogelijk buitenlandse dienstverleners. Wat daar ook van zij, een belemmering die een buitenlandse dienstverlener mogelijk ondervindt maakt in dit geding, dat speelt tussen twee Nederlandse dienstverleners, niet dat kan worden gesproken van een grensoverschrijdend element. [ond. ann.] Het voorgaande betekent dat de bepalingen van het VWEU inzake het vrij verkeer van diensten geen toepassing kunnen vinden in deze zaak.”

Mede gelet op de hier geannoteerde uitspraak van het Hof van Justitie, zal een rechter in toekomstige procedures niet slechts op basis van de (vestigingsplaats van de) feitelijke procespartijen kunnen bepalen of sprake is van een zuiver interne situatie waarop het Unierecht niet van toepassing is. De rechter zal op basis van andere elementen moeten vaststellen of sprake is van een duidelijk grensoverschrijdend belang.

#### 4. Wanneer is sprake van een duidelijk grensoverschrijdend belang?

Het Hof van Justitie overweegt dat het duidelijke grensoverschrijdende belang met name kan voortvloeien uit (i) het economische belang van de geplande overeenkomst, (ii) de plaats van uitvoering ervan of (iii) uit de technische kenmerken ervan.

Het is aan de verwijzende rechter om te beoordelen of sprake is van een duidelijk grensoverschrijdend belang. In casu leek dit al te zijn gebeurd, omdat de Belgische Raad van State al had vastgesteld dat het gelet op het belang van de overeenkomst waarschijnlijk is dat ondernemingen uit andere lidstaten bij een marktbevraging belangstelling zouden hebben getoond. Uit de feiten blijkt dat met de definitieve overeenkomst het bedrag van door Telenet verschuldigde vergoedingen namelijk € 425 miljoen is.

Vervolgens benadrukt (of in zijn eigen woorden ‘preciseert’) het Hof van Justitie dat voor het bestaan van een duidelijk grensoverschrijdend belang niet is vereist 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.

Uit dit arrest van het Hof van Justitie kan mijns inziens worden afgeleid dat snel aan het vereiste van een duidelijk grensoverschrijdend belang is voldaan. Slechts in evidente gevallen zou een beroep op het Unierecht dan ook buiten beschouwing moeten worden gelaten omdat sprake is van een zuiver interne situatie. Een dergelijke uitleg heeft tot gevolg dat ook de transparantieverplichting een ruime

<sup>4</sup> R.o. 30 van het arrest.

<sup>5</sup> ABRvS 23 november 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BU5445 en herhaald door Rb. Leeuwarden op 12 december 2012, ECLI:NL:RBLEE:2012:BY5837.

reikwijdte krijgt. Het in acht nemen van deze verplichting zou dan ook bij iedere opdracht- en concessieverlening het uitgangspunt moeten zijn. Slechts in bijzondere gevallen, namelijk als evident is dat geen sprake kan zijn van een grensoverschrijdend belang, zou de transparantieplichting niet in acht hoeven worden genomen.

## 5. Verschil tussen een concessie en een vergunning?

Interessant is dat het Hof van Justitie vervolgens nog ‘volledigheidshalve’ opmerkt

“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 (...)” (r.o. 33).

Uit dit arrest blijkt wat volgens het Hof van Justitie het verschil is tussen een concessie en een vergunning. Dit verschil is gelegen in de uitvoeringsverplichting. Bij een vergunning wordt normaliter slechts een recht verleend (een toestemming om een bepaalde handeling te verrichten die anders verboden zou zijn) zonder dat de vergunninghouder ook verplicht wordt om die handeling te verrichten. Het Hof van Justitie beschrijft dit door te stellen dat als de concessieovereenkomst de cessionaris er niet toe zou verplichten om de activiteit uit te oefenen, er dus een vergunning zou zijn verleend om de economische activiteit uit te oefenen.

Hieruit kan duidelijk worden afgeleid wat het Hof van Justitie onder een ‘concessieovereenkomst’ en een ‘vergunning’ verstaat. Het essentiële verschil is dat een concessieovereenkomst de cessionaris verplicht om de overgedragen activiteit uit te oefenen. Een vergunning bevat kennelijk volgens het Hof van Justitie niet een dergelijke uitvoeringsverplichting. De Aanbestedingsrichtlijn en de Aanbestedingswet bevatten wel een definitie van een ‘concessieovereenkomst’, maar niet van een ‘vergunning’. Het Nederlands (bestuurs)recht kent wel een definitie van een besluit in artikel 1:3 van de Algemene wet bestuursrecht (Awb), maar geen definitie van een ‘vergunning’ of ‘concessie’. Hierdoor rijst de vraag of een vergunning met een uitvoeringsplicht onder omstandigheden aangemerkt zou moeten worden als een concessieovereenkomst.<sup>6</sup> Voorbeelden van vergunningen met een uitvoerings-

plicht zijn de Beschikking Staatsloterij<sup>7</sup> en de frequentievergunning op grond van de Telecommunicatiewet<sup>8</sup>.

Uit het Betfair<sup>9</sup>- en Engelmänn-arrest<sup>10</sup> bleek al eerder dat volgens het Hof van Justitie de transparantieplichting ook toegepast moet worden in een systeem waarbij een schaarse vergunning (dat wil zeggen een vergunning waarvan er maar één of enkele worden verleend) wordt verleend, “aangezien de gevolgen van een dergelijke vergunning jegens in andere lidstaten gevestigde ondernemingen, die mogelijk geïnteresseerd zouden zijn in het verrichten van deze activiteit, dezelfde zijn als die van een concessieovereenkomst voor diensten”. De vraag of een vergunning aangemerkt zou moeten worden als een concessie zal dan ook met name van belang worden als er een concessierichtlijn komt.<sup>11</sup>

Als bij het vestigen van een exclusief recht bij vergunning of concessieovereenkomst de transparantieplichting in acht moet worden genomen, ligt het voor de hand dat bij iedere vestiging van een bijzonder of uitsluitend recht<sup>12</sup> een transparante procedure moet worden gevolgd, tenzij een van de Verdragsuitzonderingen van toepassing is.<sup>13</sup>

Tegen de vestiging van een exclusief recht zonder dat de transparantieplichting in acht is genomen, kunnen rechtsmiddelen worden aangewend. Onduidelijk is nog of in een geschil tegen een besluit tot vestiging van een alleenrecht de civiele of bestuursrechter bevoegd is.<sup>14</sup> Bij vergunningverlening is de bestuursrechter echter zonder twijfel de bevoegde rechter. Het zal mijns inziens dan ook nog slechts een kwestie van tijd zijn voordat het beginsel van gelijke behandeling en de transparantieplichting een rol gaan spelen bij procedures voor de bestuursrechter.<sup>15</sup>

6 Zie ook A. Drahmman, ‘Transparantie en mededinging in het Nederlandse bestuursrecht: van opdrachten, via concessies naar vergunningen?’, *NALL* 2012, november, DOI 10.5553/NALL/.000007 en A. Drahmman, ‘Uitdijning van de werking van het transparantiebeginsel: van concessies naar vergunningen? Een beschouwing naar aanleiding van het Betfair-arrest’, *NTB* 2012/25.

7 Art. 4 van de Beschikking Staatsloterij bepaalt dat ten minste tien maal per jaar de staatsloterij gehouden moet worden.

8 Uit de Regeling aanvraag- en veilingprocedure vergunningen 800, 900 en 1800 MHz (Stcrt. 2012, 392, p. 47-48) blijkt dat aan de frequentievergunningen een ingebruiknameverplichting wordt verbonden.

9 HvJ EU 3 juni 2010, zaak C-203/08, NJ 2010/490, m.nt. M.R. Mok.

10 HvJ EU 9 september 2010, NJ 2010/661.

11 Zie over de concessierichtlijn: G. 't Hart, ‘Voorstel voor een concessierichtlijn: niet zonder water bij de wijn’, *TA* 2012, p. 256 e.v. en S. van Garsse, ‘Eindelijk een Europese regeling voor concessies’, *TA* 2012, p. 122 e.v.

12 Art. 1.1 jo. 2.10 en 2.24, aanhef en onder a, Aanbestedingswet.

13 Zie ook in deze zin: C. van Hulsteijn, ‘Uitsluitend recht: uitsluitend onder exceptionele omstandigheden’, *TA* 2012, p. 43 e.v.

14 Volgens de Rechtbank Den Haag (Rb. Den Haag 29 februari 2012, Gst. 2013/62, m.nt. H.K. Theissen en R.J.M.H. de Greef, ECLI:NL:RBSGR:2012:BW5722) dient een besluit waarbij een uitsluitend recht wordt verstrekt te worden aangemerkt als een besluit ter voorbereiding van een privaatrechtelijke rechtshandeling, als bedoeld in art. 8:3 van de Awb, waartegen geen bezwaar en beroep bij de bestuursrechter openstaat. Mijns inziens had de overeenkomst echter ook gekwalificeerd kunnen worden als een uitvoeringsovereenkomst van het besluit tot vestiging van het alleenrecht. In dat geval zou de bestuursrechter wel bevoegd zijn.

15 Vgl. A. Drahmman, ‘Is de transparantie bij de verdeling van schaarse vergunningen voldoende geborgd?’, «JBplus» 2013, p. 141 e.v.

## 6. Wanneer is sprake van een dwingende reden van algemeen belang: het rechtszekerheidsbeginsel?

Moet bij een concessieovereenkomst met grensoverschrijdend belang altijd de transparantieplichting in acht worden genomen? Een gebrek aan transparantie levert een ongelijke behandeling op 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. Dit is in beginsel door de artikelen 49 VWEU en 56 VWEU verboden. 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.

Het Hof van Justitie oordeelt in dit arrest dat in dit geval geen sprake is van dergelijke dwingende redenen. De verwijzende rechter had gewezen op een aantal omstandigheden die een rechtvaardiging zouden kunnen vormen om af te zien van een oproep tot mededinging. Deze omstandigheden betreffen de eerbiediging van de eerder in 1996 gemaakte afspraken, alsmede de wil om het bestaande geschil tussen Telenet en de intercommunales te schikken.

Het Hof van Justitie overweegt dat het rechtszekerheidsbeginsel, dat een algemeen beginsel van Unierecht is, rechtvaardigt dat de rechtsgevolgen van een overeenkomst in acht worden genomen, ook 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 onvereenigbaar blijkt te zijn met bepaalde van deze gevolgen. Het rechtszekerheidsbeginsel kan echter niet worden aangevoerd om een overeenkomst uit te breiden op een wijze die in strijd is met de transparantieplichting. Het doet daarbij 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 (zijnde de technologische ontwikkelingen).

Bovendien kunnen economische motieven niet worden aanvaard als dwingende redenen van algemeen belang. De omstandigheid dat de definitieve overeenkomst in het belang zou zijn van de consumenten, die anders geen interactieve televisiediensten of zelfs geen commercieel aantrekkelijk dienstenpakket zouden kunnen ontvangen, overtuigt het Hof van Justitie evenmin. Deze omstandigheid geldt immers niet voor alle consumenten op het grondgebied van de intercommunales, maar alleen voor de abonnees van Telenet. Dat Telenet door de afspraken uit de inbrengakte van 1996 bepaalde diensten niet aan deze abonnees zou kunnen aanbieden, verklaart waarom het commerciële

product dat zij op de markt kan aanbieden aan aantrekkelijkheid inboet, en dus waarom deze activiteit in waarde vermindert. De belangen van de consumenten vallen daarom niet echt te onderscheiden van de economische belangen (de waardevermindering van deze activiteit) van Telenet en de intercommunales.

## 7. Afronding: relevantie voor de Nederlandse praktijk

Zoals ik al stelde in de inleiding, bevat het arrest niet zozeer nieuwe elementen, maar geeft het wel een duidelijk overzicht van de criteria die het Hof van Justitie hanteert bij de beantwoording van de vraag wanneer de transparantieplichting in acht moet worden genomen.

Allereerst is van belang dat het Hof van Justitie zelf beoordeelt wanneer sprake is van een concessie. De kwalificatie van de overeenkomst door partijen is dus niet van belang. Het Hof stelt dat in dit geval sprake was van een concessieovereenkomst, omdat één partij een exclusief exploitatierecht verkreeg.

Vervolgens brengt het Hof van Justitie in herinnering dat overheidsinstanties bij zowel concessieverlening als vergunningverlening wel 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 moeten nemen wanneer sprake is van een duidelijk grensoverschrijdend belang. Daarbij is van belang dat de transparantieplichting geldt ten aanzien van elke potentiële inschrijver en dus ook op een inschrijver die is gevestigd in dezelfde lidstaat als overheidsinstantie.

Als gekeken wordt naar de Nederlandse praktijk dan lijkt soms te eenvoudig gesteld te worden dat als sprake is van een geding dat slechts speelt tussen Nederlandse dienstverleners het grensoverschrijdend element ontbreekt. Uit het arrest van het Hof van Justitie volgt dat het grensoverschrijdend belang kan voortvloeien uit met name (i) het economische belang van de geplande overeenkomst, (ii) de plaats van uitvoering ervan of (iii) uit de technische kenmerken ervan. Het is niet nodig dat een buitenlandse onderneming daadwerkelijk belangstelling heeft geuit.

Verder komt in het arrest naar voren wat Unierechtelijk het verschil is tussen een concessie en een schaarse vergunning. Dit verschil is namelijk gelegen in de uitvoeringsplicht die is opgenomen in de concessieovereenkomst. In Nederland komt het soms voor dat er een uitvoeringsverplichting aan een vergunning wordt verbonden. Naar mijn mening is verdedigbaar dat in dergelijke gevallen sprake is van een dienstenconcessie. Op dit moment is de relevantie hiervan voor de praktijk nog klein, omdat op beide de transparantieplichting van toepassing is. Dit zal echter anders worden als de concessierichtlijn in werking treedt. Op 15 januari 2014 heeft het Europees Parlement nieuwe aan-

bestedingsrichtlijnen en een concessierichtlijn vastgesteld. Deze richtlijnen zullen moeten worden geïmplementeerd in de Nederlandse wetgeving. Het zou goed zijn als de wetgever bij de implementatie aandacht besteedt aan de wijze van vestiging van exclusieve rechten bij (bestuursrechtelijk) besluit. Mede op basis van dit arrest kunnen marktpartijen in ieder geval betogen dat bij de vestiging van een exclusief recht bij vergunningverlening of ander besluit de transparantieplichting in acht moet worden genomen.

Ten slotte komt in het arrest de vraag aan de orde of bij een concessieovereenkomst met grensoverschrijdend belang altijd de transparantieplichting in acht moet worden genomen. Dit is niet het geval als sprake is van een dwingende reden

van algemeen belang. Daarvan is in dit geval geen sprake. Bovendien kan het rechtszekerheidsbeginsel niet worden aangevoerd om een bestaande overeenkomst uit te breiden op een wijze die in strijd is met de transparantieplichting.

**Over de auteur**

Annemarie Drahmman is werkzaam bij Stibbe als senior Professional Support Lawyer en is als promovenda verbonden aan de afdeling staats- en bestuursrecht van de Universiteit Leiden.

## 3

Hof van Justitie EU  
14 november 2013, C-221/12  
(mr. Rosas, mr. Šváby, mr. Vajda)  
Noot mr. A. Drahmman  
Noot mr. M. Meulenbelt, tevens behorend bij  
«JAAN» 2014/2

**Verzoek om een prejudiciële beslissing. 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 art. 49 en 56 VWEU te beroepen. 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.**

[VWEU art. 49, 56; Richtlijn 2004/18/EG art. 17]

*De Raad van State van België heeft het Hof – onder meer – de volgende prejudiciële vragen gesteld:*

*1) Dienen art. 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 art. 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**

*Niettegenstaande het feit dat concessieovereenkomsten voor diensten volgens art. 17 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.*

*Het duidelijke grensoverschrijdende belang kan met name voortvloeien uit het economische belang van de geplande overeenkomst, de plaats van uitvoering ervan of uit de technische kenmerken ervan.*

*Er zij gepreciseerd dat voor het bestaan van een duidelijk grensoverschrijdend belang niet vereist is dat een marktdeelnemer daadwerkelijk belangstelling heeft gewist. 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.

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, ten aanzien van elke potentiële inschrijver. 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.

#### Tweede vraag

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 art. 49 en 56 VWEU verboden is. Een dergelijke maatregel kan bij wijze van uitzondering worden aanvaard op een van de gronden van art. 52 VWEU of overeenkomstig de rechtspraak van het Hof haar rechtvaardiging vinden in dwingende redenen van algemeen belang. 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.

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.

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, 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.

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.

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 inbrenkakte 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.

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.

Derde vraag

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

Het Hof verklaart voor recht:

1) De art. 49 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 art. 49 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 de 102e artikelen vervatte beginselen van gelijke behandeling en non-discriminatie.

Belgacom NV,

advocaat mr. B. Schutyser,

tegen

Interkommunale voor Teledistributie van het Gewest Antwerpen (Integan), Inter-Media, West-Vlaamse Energie en Teledistributiemaatschappij (WVEM) en Provinciale Brabantse Energiemaatschappij CVBA (PBE),

advocaten mr. D. D'Hooghe en mr. P. Wytinck,

en

Telenet NV, Telenet Vlaanderen NV en Telenet Group Holding NV,

advocaat mr. T. De Meese,

Voorts opmerkingen gemaakt door:

De Belgische regering,

gemachtigden J. C. Halleux en C. Pochet, en bijgestaan door advocaat mr. S. Depré,

De Italiaanse regering,

gemachtigde G. Palmieri, en bijgestaan door advocaat mr. C. Colelli,

De Europese Commissie,

gemachtigden T. van Rijn, I. Rogalski en A. Tokár.

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 Interkommunale 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.

*Hoofdinging 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 „multimedia-

diensten”. De intercommunales behielden het exclusieve recht om hun netwerken te gebruiken voor het aanbieden van „broadcastingdiensten”.

7 De inbrengakte kende ook een voorkeurrecht 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 inbrengrakte 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 aanbood 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 kwalifica-

tie 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 voorkeurrecht waarover Telenet krachtens de inbrengrakte 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 inbrengrakte, 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 overheidsoptreden 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 inbrengrakte 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 inbrengakte 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 inbrengakte 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 voorkeuren 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 inbrengakte 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 gewezen – geen rechtvaardigingsgrond zou kunnen vormen voor het feit dat geen marktbevraging heeft plaatsgevonden. Indien de bij deze akte aan Telenet over-

gedragen 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 kenmer-

ken 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 transparantieplichting 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 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.

#### *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 verantwoordt 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, nog niet gepubliceerd in de Jurisprudentie, 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, nog niet gepubliceerd in de Jurisprudentie, 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 hoofdingang 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.*

#### NOOT

Dit arrest is om twee redenen lezenswaardig. Ten eerste omdat het een duidelijk overzicht geeft van de criteria die het Hof van Justitie (HvJ EU) hanteert om te bepalen wanneer de transparantieplichting in acht moet worden genomen. Ten tweede volgt uit het arrest dat overeenkomsten onder bepaalde omstandigheden kunnen worden aangemerkt als concessieovereen-

komst en dat zowel concessieovereenkomsten als vergunningen transparant tot stand moeten komen. Het arrest is daarmee ook van belang voor de Nederlandse praktijk.

Het HvJ EU stelt allereerst dat de toepassingsmodaliteiten en de kwalificatie van de overeenkomst door de partijen niet van belang zijn. Of sprake is van een concessieovereenkomst wordt door het HvJ EU bepaald en is daarmee een zogenaamd 'autonoom begrip'. Aan de hand van de definitie van een concessieovereenkomst voor diensten in Richtlijn 2004/18/EG concludeert het HvJ EU dat sprake is van een concessie. Op concessieovereenkomsten voor diensten zijn de aanbestedingsrichtlijnen niet van toepassing. Wel moet, volgens vaste jurisprudentie van het HvJ EU, op grond van het Unierecht, het beginsel van gelijke behandeling en de transparantieverplichting in acht worden genomen, mits sprake is van een duidelijk grensoverschrijdend belang. Op dit criterium van het grensoverschrijdend belang gaat mr. M. Meulenbelt in bij zijn annotatie bij HvJ EU 14 november 2013, C-388/12 «JAAN» 2014/2) en het onderhavige arrest C-221/12. Ik volsta dan ook met erop te wijzen dat uit dit arrest volgt dat het niet noodzakelijk is dat in een procedure voor de Nederlandse rechter ten minste één partij uit een andere lidstaat van de Europese Unie partij bezwaar aantekent tegen het gebrek aan transparantie of zelfs maar daadwerkelijk belangstelling in de concessie heeft geuit. Bovendien, zodra vaststaat dat sprake is van een duidelijk grensoverschrijdend belang, geldt de transparantieverplichting ten aanzien van elke potentiële inschrijver. Met andere woorden: ook een Nederlandse marktpartij kan dus een beroep doen op de transparantieverplichting voor de Nederlandse rechter. Dit is van belang, omdat uit eerdere jurisprudentie van het HvJ EU kon worden afgeleid dat de vrij verkeersbepalingen niet van toepassing zijn op zuiver interne situaties.<sup>1</sup>

Als sprake is van een concessieovereenkomst met een grensoverschrijdend belang dan moet dus de transparantieverplichting in acht worden genomen. Enkel als sprake is van een dwingende

reden van algemeen belang kan hiervan worden afgezien. Tot die door het HvJ EU erkende dwingende redenen behoren onder meer milieubescherming, ruimtelijke ordening en consumentenbescherming.<sup>2</sup> In het hier gepubliceerde arrest wordt bevestigd dat – conform vaste jurisprudentie – economische motieven niet kunnen worden aanvaard als dwingende redenen van algemeen belang.

In deze annotatie wil ik in het bijzonder de nadruk leggen op een overweging die het HvJ EU 'volledigheidshalve' maakt.<sup>3</sup> Het betreft r.o. 33 die als volgt luidt:

*'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 (...).'*

Deze overweging is om twee redenen interessant. Ten eerste blijkt hieruit wat volgens het HvJ EU het verschil is tussen een concessie en een vergunning. Ten tweede blijkt hieruit dat onder omstandigheden bij het vestigen van een exclusief recht (ook wel 'uitsluitend recht' of 'alleenrecht' genoemd) bij vergunning de transparantieverplichting in acht moet worden genomen.

Over het verschil tussen een concessie en een vergunning is allereerst van belang dat de aanbestedingsrichtlijnen en Aanbestedingswet 2012 wel een definitie bevatten van een 'concessieovereenkomst', maar niet van een 'vergunning'.

1 O.a. HvJ EU 9 september 1999, C-108/98, RI.SAN.

2 O.a. HvJ EU 24 maart 2011, C-400/08.

3 In TA 2014, 1 zal een uitgebreider commentaar van mijn hand bij dit arrest verschijnen.

Uit het *Betfair* (of *Sporting Exchange*)-arrest<sup>4</sup> en het *Engelmann*-arrest<sup>5</sup> bleek al eerder dat de transparantieverplichting ook toegepast moet worden in een systeem waarbij een schaarse vergunning (dat wil zeggen een vergunning waarvan er maar één of enkele worden verleend) wordt verleend, 'aangezien de gevolgen van een dergelijke vergunning jegens in andere lidstaten gevestigde ondernemingen, die mogelijk geïnteresseerd zouden zijn in het verrichten van deze activiteit, dezelfde zijn als die van een concessieovereenkomst voor diensten'.

Uit dit arrest blijkt wat het verschil is tussen een concessie en een vergunning. Dit verschil is gelegen in de uitvoeringsverplichting. Bij een vergunning wordt normaliter slechts een recht verleend (een toestemming om een bepaalde handeling te mogen verrichten die anders verboden zou zijn) zonder dat de vergunninghouder ook verplicht wordt om die handeling te verrichten. Het HvJ EU beschrijft dit door te stellen dat als de concessieovereenkomst de cessionaris er niet toe zou verplichten om de activiteit uit te oefenen, er dus een vergunning zou zijn verleend om de economische activiteit uit te oefenen.

In Nederland zijn er verschillende voorbeelden te geven van vergunningen met een uitvoeringsplicht, bijvoorbeeld de Beschikking Staatsloterij (waarin is bepaald dat ten minste tien maal per jaar de staatsloterij moet worden gehouden) en de frequentievergunning op grond van de Telecommunicatiewet (waar uit de Regeling aanvraag- en veilingprocedure vergunningen 800, 900 en 1800 MHz, *Stcrt.* 2012, 392, p. 47-48, blijkt dat aan de frequentievergunning een ingebruiknameverplichting wordt verbonden).

Zoals gesteld zal ook bij een zogenaamde 'schaarse vergunning' de transparantieverplichting in acht moeten worden genomen. De vraag of een vergunning aangemerkt zou moeten worden als een concessie, zal dan ook met name van belang worden als er een concessierichtlijn komt. Mijns inziens is het mogelijk dat nadat de concessierichtlijn in de Nederlandse wetgeving is geïmplementeerd, bij de verlening van een schaarse vergunning met uitvoeringsplicht te

betogen valt dat sprake is van een dienstenconcessie en daarom de verplichtingen die verbonden zijn aan concessieverlening in acht moeten worden genomen.<sup>6</sup>

Blijkens dit arrest moet bij het vestigen van een exclusief recht moet de transparantieverplichting in acht worden genomen. Op grond van art. 2.10 Aanbestedingswet 2012 kan een aanbestedende dienst een bijzonder recht of een uitsluitend recht om openbare diensten te verrichten verlenen. Mede op basis van dit arrest kan gesteld worden dat bij de verlening van dergelijke bijzondere en uitsluitende rechten een transparante procedure moet worden gevolgd, tenzij een van de Verdragsuitzonderingen van toepassing is.<sup>7</sup> Tegen de vestiging van een dergelijk recht zonder dat de transparantieverplichting in acht is genomen, kunnen rechtsmiddelen worden aangewend. Bij vergunningverlening is de bestuursrechter de bevoegde rechter. Het zal mijns inziens dan ook nog slechts een kwestie van tijd zijn voordat het beginsel van gelijke behandeling en de transparantieverplichting een rol zullen gaan spelen bij procedures voor de bestuursrechter.<sup>8</sup>

Concluderend: dit arrest is interessant voor het onderscheid tussen 'vergunningen' en 'concessieovereenkomsten' en de vraag in hoeverre de transparantieverplichting in acht moet worden genomen bij de vestiging van een exclusief (of uitsluitend) recht. Op 15 januari heeft het Europees Parlement nieuwe aanbestedingsrichtlijnen en een concessierichtlijn vastgesteld. Deze

4 HvJ EU 3 juni 2010, C-203/08.

5 HvJ EU 9 september 2010, C-64/08.

6 Wie meer wil weten over het verschil tussen concessies en vergunningen, verwijs ik naar A. Drahmman, 'Transparantie en mededinging in het Nederlandse bestuursrecht: van opdrachten, via concessies naar vergunningen?', *NALL* 2012, november, DOI 10.5553/NALL.000007 en A. Drahmman, 'Uitdijning van de werking van het transparantiebeginsel: van concessies naar vergunningen? Een beschouwing naar aanleiding van het *Betfair*-arrest', *NTB* 2012/25.

7 Zie ook in deze zin: C. van Hulsteijn, 'Uitsluitend recht: uitsluitend onder exceptionele omstandigheden', *TA* 2012, p. 43 e.v.

8 Vgl. A. Drahmman, 'Is de transparantie bij de verdeling van schaarse vergunningen voldoende geborgd?', *JBplus* 2013, p. 141 e.v.

richtlijnen zullen moeten worden geïmplementeerd in de Nederlandse wetgeving. Het zou goed zijn als de wetgever bij de implementatie aandacht zou besteden aan de wijze van vestiging van exclusieve rechten bij (bestuursrechtelijk) besluit. Mede op basis van dit arrest kunnen marktpartijen in ieder geval betogen dat bij de vestiging van een exclusief recht bij vergunningverlening of ander besluit de transparantieverplichting in acht moet worden genomen.

A. Drahmman

Promovenda aan de afdeling staats- en bestuursrecht van de Universiteit Leiden en senior Professional Support Lawyer bij Stibbe

#### NOOT

Op 14 november 2013 heeft het HvJ EU twee belangwekkende arresten gewezen (zaak C-221/12, Belgacom NV en zaak C-388/12, Comune di Ancona) die de 'Telaustria-jurisprudentie' en de daarin neergelegde transparantieer verder doortrekken, en deze verder verduidelijken ten aanzien van het criterium van het 'grensoverschrijdend belang'. Het HvJ EU verduidelijkt tevens de mogelijkheden tot rechtvaardiging van inbreuken op het transparantiebeginsel.

#### De transparantieer

De befaamde arresten Unitron Scandinavia (HvJ EU zaak C-275/98, Jurispr. 1999, I-8291 en Telaustria (zaak C-324/98, Jurispr. 2000, I-10770) lagen aan de basis van een serie arresten waarin het HvJ EU bepaalde dat de Verdragsartikelen inzake vrijheid van vestiging en vrij verkeer van diensten (art. 49 en 56 VWEU) vereisen dat de gunning van concessies voor (openbare) dienstverlening wordt voorafgegaan door een 'passende mate van openbaarheid'. De ratio achter deze transparantieer is samengevat in r.o. 46 en 47 van het arrest Comune di Ancona. Transparantie is vereist, aldus het HvJ EU, opdat de gunningsprocedure voor de concessie voor elke potentiële inschrijver 'voor mededinging openstaat en op onpartijdigheid kan worden getoetst' (r.o. 46). Meer in het bijzonder zou een gebrek aan transparantie leiden tot een 'ongelijke behandeling in het nadeel van ondernemin-

gen in andere lidstaten' (r.o. 47). De transparantieer is controversieel, en heeft geleid tot meer dan 20 arresten van het HvJ EU.

#### Materiële werkingsfeer

Het HvJ EU paste de transparantieer aanvankelijk vooral toe op concessies voor openbare dienstverlening aan marktpartijen, waaronder concessies voor de publicatie van telefoongidsen (zaak C-324/98, Telaustria, Jurispr. 2000 I-10745); het exploiteren van publieke parkeergarages (zaak C-458/03, Parking Brixen, Jurispr. 2005, I-08585); gasdistributie (zaken C-231/03, Coname, Jurispr. 2005 I-07287 en C-347/06, ASM Brescia, Jurispr. 2008 I-05641); afvalophaling (zaak C-108/98, RI.SAN, Jurispr. 1999 I-05219), ambulancediensten (zaak C-160/08, Commissie/Duitsland, Jurispr. 2010 I-03713 en zaak C-274/09, Privater Rettungsdienst, Jurispr. 2011 I-01335) en (potentieel) kabelnetten (zaak C-324/07, Coditel Brabant, Jurispr. 2008 I-08457). In het arrest Belgacom trekt het HvJ EU die lijn definitief door naar concessies voor de exploitatie van kabelnetten (r.o. 32). Het HvJ EU bevestigt daarbij dat voor de kwalificatie van een 'concessie' vereist is dat het exploitatierisico wordt overgedragen aan de concessionaris (r.o. 27; zie in gelijke zin de conclusie van A-G Bot bij het arrest Comune di Ancona, r.o. 104). Deze overweging moet worden gelezen in samenhang met de vaststelling in het arrest Helmut Muller (zaak C-451/08, r.o. 74) dat van een 'concessie' alleen sprake kan zijn indien de aanbesteder de over- of opgedragen activiteit aanvankelijk zelf uitvoerde, althans de verantwoordelijkheid of het exploitatierisico daarvoor zelf droeg.

In arrest Belgacom lijkt het HvJ EU een stap verder te zetten door in r.o. 33 kortweg te bepalen dat de transparantieer zich evenzeer zou uitstrekken tot de onderhandse verlening van vergunningen 'om een economische activiteit uit te oefenen'. De soep wordt hier echter niet zo heet gegeten als zij wordt opgediend. In de door het HvJ EU ter onderbouwing aangehaalde arresten gaat het niet zomaar om vergunningen, maar om de in vergunningen vervatte exclusieve rechten om binnen een bepaald gebied een bepaalde economische activiteit uit te oefenen: in Sporting Exchange (HvJ EU 3 juni 2010, zaak C-203/08, Jurispr. p. I-4695) ging het om het (Nederlandse) gokmonopolie op sportweddenschap-

pen, en in de zaak *Engelmann* (HvJ EU 9 september 2010, zaak C-64/08, Jurispr. p. I-8219) om de toekenning van één van de twaalf (per gemeente) exclusieve rechten op exploitatie van een casino. R.o. 44 en het dictum van het arrest *Belgacom* verduidelijken dan ook terecht dat vergunningen alleen onder het transparantiebeginsel vallen wanneer daarmee 'een exclusief recht voor het uitoefenen van een activiteit wordt verleend'. Er blijven nog interessante vragen over, zoals de vraag wanneer een recht 'exclusief' is, en hoe 'publiek' de betrokken diensten moeten zijn. Die vragen vallen echter buiten het bestek van de onderhavige noot.

#### Grensoverschrijdend belang

Het HvJ EU heeft de transparantie niet alleen toegepast op concessies, maar ook op 'gewone' overheidsopdrachten met een waarde beneden de drempel, en op overheidsopdrachten voor 'I-B diensten' waarvoor een verlicht aanbestedingsregime geldt. In het arrest *An Post* (HvJ EU 13 november 2007, zaak C-507/03, Jurispr. I-09777) bracht het HvJ EU een belangrijke beperking aan: een klager (in casu de Europese Commissie) diende aan te tonen 'dat de betrokken opdracht (...) duidelijk belang had voor een onderneming die is gevestigd in een andere lidstaat dan de aanbestedende dienst' (r.o. 32). In verschillende arresten werd bevestigd dat het vereiste van 'een duidelijk grensoverschrijdend belang' gelegen kan zijn in het economische belang van de geplande overeenkomst, in de plaats van uitvoering of de technische kenmerken ervan. Het is aan de nationale rechter om alle gegevens dienomtrent te beoordelen (arrest *Belgacom*, r.o. 29).

In de zaak *Belgacom* stelde de Belgische Raad van State reeds vast dat de economische waarde van het onderhands met Telenet gesloten contract (tenminste EUR 420 miljoen) op zichzelf al voldoende leek om 'waarschijnlijk' de belangstelling te hebben gewekt van een buitenlandse partij (arrest nr. 219.116 van 2 mei 2012, XII-5336, p. 54: 'dat niet is uitgesloten – zelfs waarschijnlijk, gezien de allesbehalve geringe economische betekenis van de transactie – dat bij een daadwerkelijke marktbevraging ook ondernemingen die gevestigd zijn in een andere lidstaat belangstelling ervoor zouden kunnen tonen'). De Belgische RvS verwees naar de conclusie

van A-G Stix-Hackl in zaak C-213 (*Coname*) dat 'alleen al de mogelijkheid van een benadeling van ondernemingen uit andere lidstaten voldoende [is] om te kunnen spreken van een grensoverschrijdende situatie.'

Wel stuit de Belgische RvS op de vraag of Belgacom, als Belgische onderneming, een beroep kan doen op schending van het transparantiebeginsel door een Belgisch publiek lichaam. Die vraag wordt in r.o. 32 van het *Belgacom*-arrest bevestigend beantwoord: 'Zodra vaststaat dat een bepaalde concessieovereenkomst voor diensten een duidelijk grensoverschrijdend belang heeft, geldt de transparantieverplichting (...) bovendien ten aanzien van elke potentiële inschrijver (zie in die zin arrest van 13 april 2010, *Wall*, C-91/08, Jurispr. p. I-2815, punt 36), ook al is deze gevestigd in dezelfde lidstaat als deze instantie'. Interessant is dat het HvJ EU, middels zijn verwijzing naar r.o. 36 van het arrest *Wall AG*, één van de hiervoor geciteerde redenen voor introductie van de transparantie aanvoert ('zodat de dienstenconcessie voor mededinging openstaat en de aanbestedingsprocedures op onpartijdigheid kunnen worden getoetst'). De andere reden (discriminatie van juist *buitenlandse* ondernemingen) kon uiteraard niet ter onderbouwing worden ingeroepen. Verrassend is de stelligheid van het HvJ EU wellicht, maar aan duidelijkheid laat het *Belgacom*-arrest niets te wensen over. Met dit arrest is een streep gezet door het argument dat het transparantiebeginsel alleen kan worden ingeroepen door buitenlandse ondernemingen. De andersluidende conclusie van A-G Keus bij het arrest P1/Maastricht is daarom niet (langer) houdbaar («JAAN» 2013/44, r.o. 2.23: 'Naar mijn mening kan slechts een geïnteresseerde en in het buitenland gevestigde marktpartij in rechte tegen een eventuele schending van de transparantieverplichting opkomen').

In de zaak *Comune di Ancona* komt dan de vraag aan de orde of een gebrek aan grensoverschrijdend belang aangenomen mag worden op grond van het enkele feit dat de concessiehouder geen winst op de concessie kan maken. Het HvJ EU beantwoordt die vraag ontkennend. Een niet-winstgevend concessie kan voor een onderneming in een andere lidstaat interessant zijn 'aangezien dat haar hoe dan ook de kans biedt

haar intrede op de markt van die staat te maken en er bekendheid te verwerven, teneinde haar toekomstige expansie voor te bereiden' (r.o. 51). Het HvJ EU gaat niet in op de factoren die positief bewijs zouden kunnen leveren voor grensoverschrijdende belangstelling. In de conclusie van A-G Bot bij het arrest *Comune di Ancona* is een aanwijzing te vinden voor de in dat kader te maken afweging (het zou gaan om 'onmisbare infrastructuur voor de bedrijvigheid (...) in een betrekkelijk belangrijke haven aan de Adriatische zee'; zie r.o. 105).

De weigering van Nederlandse rechters om een grensoverschrijdend effect aan te nemen in de zaak P1/Maastricht («JAAN» 2013/44) oogt tegen de achtergrond van de arresten *Belgacom* en *Comune di Ancona* zeer streng. Weliswaar had P1 in de feitelijke instanties een beperkt aantal factoren genoemd (ligging van Maastricht vlak bij het drielandenpunt, de aanwezigheid van buitenlandse parkeerondernemingen op de Nederlandse markt in 2003), maar de waarde van de opdracht was relatief hoog (14.2 miljoen euro aan werken, 4.8 miljoen euro per jaar voor de exploitatie), en een tegenovergesteld oordeel was bepaald niet ondenkbaar geweest. Interessant in dit opzicht is dat de A-G in zijn conclusie bij het arrest *Comune di Ancona* (zij het in ander verband) verwijst naar het voorstel van de Europese Commissie voor een Concessierichtlijn (COM 2011/0437), waarin 5 miljoen euro wordt genomen als drempelwaarde die verplicht tot Europese concurrentiestelling.

#### Rechtvaardigingsgronden

Het laatste interessante aspect van de arresten *Belgacom* en *Comune di Ancona* betreft de mogelijkheden om onderhandse gunning te rechtvaardigen. Het HvJ EU stelt in de zaak *Belgacom* vast dat het rechtszekerheidsbeginsel kan worden ingeroepen ter bescherming van oude overeenkomsten (d.w.z. van vóór de invoering van de transparantieer door het HvJ EU). Aldus zou de transparantieer niet in de weg staan aan handhaving van een oude overeenkomst tussen de intercommunales en Telenet uit 1996, waarbij Telenet onderhands o.a. exclusieve rechten kreeg voor het aanbieden van 'punt-tot-punt telecommunicatiediensten' op de kabelnetten van de intercommunales. Die bescherming geldt volgens het HvJ EU echter niet

voor nieuwe overeenkomsten die, zoals de dadingsovereenkomst tussen Telenet en de intercommunales uit 2007, aanzienlijk verder strekken dan hun oude overeenkomst uit 1996 (r.o. 40). Over de nieuwe, verderstrekkende overeenkomst merkte de RvS reeds op: 'dat het niet aan verwerende partijen toevalt om de marktbevraging *ab initio* zinloos te achten' (p. 49). Die opmerking is bij het HvJ EU kennelijk niet in het water gevallen.

De Vlaamse intercommunales hadden nog opgeworpen dat hun economische activiteiten in waarde zouden dalen indien het contract met Telenet niet aangepast zou worden 'aan de ontwikkeling van de technisch-commerciële context'. Dat een dading (met overdracht van nieuwe rechten aan Telenet) deze waardevermindering kon voorkomen acht het HvJ EU echter niet relevant, nu 'economische motieven niet kunnen worden aanvaard als dwingende reden van algemeen belang' (r.o. 41). Tenslotte sneuvelde het argument van de intercommunales dat de Vlaamse consumenten bij het uitblijven van een dading verstoken zouden blijven van commercieel aantrekkelijke diensten. Dit was in wezen ook een onaanvaardbaar economisch argument, en het aangevoerde probleem gold volgens het HvJ EU niet voor alle consumenten, en was bovendien het gevolg van de eigen beslissing van de intercommunales uit 1996 om hun rechten te splitsen door slechts een deel van hun exploitatierechten aan Telenet over te dragen (r.o. 42). Met andere woorden: het HvJ EU lijkt de rechtvaardigingsgronden bij inbreuken op de 'transparantieer' te willen beperken tot klassieke, niet-economische redenen.

Kortom: het verstrekken en rechtvaardigen van onderhandse gunningen van concessies en exclusieve rechten is er met de beide arresten van 14 november 2013 niet eenvoudiger op geworden.

M. Meulenbelt  
Partner Sidley Austin LLP, Brussel