Recueil de la jurisprudence

ARRÊT DE LA COUR (dixième chambre)

14 novembre 2013 *

«Renvoi préjudiciel — Article 49 TFUE — Liberté d'établissement — Article 56 TFUE — Libre prestation de services — Principes d'égalité de traitement et de non-discrimination — Obligation de transparence — Champ d'application — Convention conclue entre des entités publiques d'un État membre et une entreprise de cet État membre — Cession, par ces entités, de leur activité de fourniture de services de télévision ainsi que, pour une durée déterminée, du droit exclusif d'utilisation de leurs réseaux câblés à une entreprise dudit État membre — Possibilité pour un opérateur économique du même État membre d'invoquer les articles 49 TFUE et 56 TFUE devant les juridictions de cet État membre — Absence d'appel au marché — Justification — Existence d'une convention antérieure — Transaction destinée à mettre fin à un litige relatif à l'interprétation de cette convention — Risque de dépréciation de l'activité cédée»

Dans l'affaire C-221/12,

ayant pour objet une demande de décision préjudicielle au titre de l'article 267 TFUE, introduite par le Raad van State van België (Belgique), par décision du 2 mai 2012, parvenue à la Cour le 11 mai 2012, dans la procédure

Belgacom NV

contre

Interkommunale voor Teledistributie van het Gewest Antwerpen (Integan),

Inter-Media,

West-Vlaamse Energie- en Teledistributiemaatschappij (WVEM),

Provinciale Brabantse Energiemaatschappij CVBA (PBE),

en présence de:

Telenet NV,

Telenet Vlaanderen NV,

Telenet Group Holding NV,

LA COUR (dixième chambre),

composée de M. A. Rosas, faisant fonction de président de la dixième chambre, MM. D. Šváby (rapporteur) et C. Vajda, juges,

* Langue de procédure: le néerlandais.

avocat général: M. Y. Bot,

greffier: M. A. Calot Escobar,

vu la procédure écrite,

considérant les observations présentées:

— pour Belgacom NV, par M[e] B. Schutyser, advocaat,

— pour Interkommunale voor Teledistributie van het Gewest Antwerpen (Integan), Inter-Media, West-Vlaamse Energie- en Teledistributiemaatschappij (WVEM) et Provinciale Brabantse Energiemaatschappij CVBA (PBE), par M[es] D. D'Hooghe et P. Wytinck, advocaten,

— pour Telenet NV, Telenet Vlaanderen NV et Telenet Group Holding NV, par M[e] T. De Meese, advocaat,

— pour le gouvernement belge, par M. J.-C. Halleux et M[me] C. Pochet, en qualité d'agents, assistés de M[e] S. Depré, avocat,

— pour le gouvernement italien, par M[me] G. Palmieri, en qualité d'agent, assistée de M[me] C. Colelli, avvocato dello Stato,

— pour la Commission européenne, par MM. T. van Rijn, I. Rogalski et A. Tokár, en qualité d'agents,

vu la décision prise, l'avocat général entendu, de juger l'affaire sans conclusions,

rend le présent

Arrêt

1 La demande de décision préjudicielle porte sur l'interprétation des articles 49 TFUE et 56 TFUE.

2 Cette demande a été présentée dans le cadre d'un litige opposant Belgacom NV (ci-après «Belgacom») à quatre associations intercommunales, Interkommunale voor Teledistributie van het Gewest Antwerpen (Integan), Inter-Media, West-Vlaamse Energie- en Teledistributiemaatschappij (WVEM) et Provinciale Brabantse Energiemaatschappij CVBA (PBE) (ci-après, ensemble, les «Intercommunales»), au sujet de diverses décisions par lesquelles ces dernières ont approuvé la conclusion, sans appel au marché, de conventions prévoyant le transfert à Telenet NV (ci-après «Telenet») de leur activité de fourniture de services de télévision et des contrats d'abonnement à la télévision souscrits par leurs clients ainsi que, pour une durée déterminée, des droits accessoires sur leurs réseaux câblés et l'octroi d'un droit d'emphytéose sur ces réseaux.

Le cadre juridique

3 L'article 1[er] de la directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil, du 31 mars 2004, relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services (JO L 134, p. 114, et rectificatif JO 2004, L 351, p. 44), contient les définitions suivantes:

«[...]

2. a) Les ‘marchés publics’ sont des contrats à titre onéreux conclus par écrit entre un ou plusieurs opérateurs économiques et un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs et ayant pour objet l’exécution de travaux, la fourniture de produits ou la prestation de services au sens de la présente directive.

[...]

d) Les ‘marchés publics de services’ sont des marchés publics autres que les marchés publics de travaux ou de fournitures portant sur la prestation de services visés à l’annexe II.

[...]

4. La ‘concession de services’ est un contrat présentant les mêmes caractéristiques qu’un marché public de services, à l’exception du fait que la contrepartie de la prestation des services consiste soit uniquement dans le droit d’exploiter le service, soit dans ce droit assorti d’un prix.

[...]»

4 Conformément à l’article 17 de la directive 2004/18, celle-ci ne s’applique pas aux concessions de services.

Le litige au principal et les questions préjudicielles

5 Les Intercommunales ne comportent que des associés de droit public. Elles fournissaient initialement des services de télédistribution au moyen de leurs propres réseaux câblés.

6 En 1996, elles ont acquis par l’intermédiaire d’une société coopérative de droit commun, Interkabel, une participation de 1,51 % dans le capital de Telenet, lors de la création de cette dernière société, moyennant l’apport à celle-ci de droits d’utilisation partielle de leurs réseaux câblés pour une durée de 50 ans. Ces droits d’utilisation consistaient en un droit exclusif d’utilisation de ces réseaux pour la fourniture de services dits «de télécommunication point-à-point» et en un droit non exclusif s’agissant de la fourniture de services dits «multimédia», les Intercommunales conservant le droit exclusif d’utiliser leurs réseaux pour la fourniture de services de radiodiffusion.

7 L’acte d’apport attribuait également à Telenet un droit de préemption en cas de cession des droits de propriété sur les réseaux câblés des Intercommunales et un droit préférentiel en cas d’octroi à un tiers de droits d’utilisation de ceux-ci pour la fourniture de «services multimédias».

8 Par la suite, les Intercommunales ont constitué le groupement d’intérêt économique IN-DI en vue de proposer, notamment, des services de télévision numérique interactive par l’intermédiaire de leurs réseaux câblés.

9 Telenet a introduit une action au fond ainsi qu’une action en référé visant à faire interdire l’exercice de cette activité, au motif qu’elle relèverait des «services de télécommunication point-à-point» au sens de l’acte d’apport de 1996. Statuant par décision provisoire, le juge des référés a fait droit à l’action introduite devant lui. Son ordonnance a été frappée d’appel.

10 Simultanément, des négociations ont été entamées entre l’ensemble des parties concernées en vue de parvenir à un règlement transactionnel. Ces négociations débouchèrent sur la conclusion d’un accord de principe que les organes compétents des Intercommunales ont approuvé par des décisions intervenues dans le courant du mois de décembre 2007.

11 Cet accord prévoyait en particulier l'attribution à Telenet d'un droit d'emphytéose portant sur les réseaux des Intercommunales pour une période de 38 ans, correspondant à la durée résiduelle des droits d'utilisation de ceux-ci qui lui avaient été initialement octroyés dans le cadre de l'acte d'apport de 1996, moyennant le paiement de diverses contreparties, notamment pour les coûts et les amortissements, pour le capital investi ainsi que pour les frais de gestion, d'entretien, d'extension et de mise à niveau de ces réseaux. De cette manière, cette entreprise disposerait du droit exclusif d'utiliser ces derniers pour la fourniture de services de téléphonie, d'accès à Internet ainsi que de télévision analogique, numérique et interactive. Ainsi, elle serait désormais en mesure de proposer sur le territoire couvert par lesdits réseaux une offre correspondant aux standards commerciaux actuels, dite «triple play», portant sur la fourniture combinée de ces services. Ledit accord prévoyait encore, notamment, le transfert à Telenet de l'activité de fourniture de services de télévision des Intercommunales ainsi que des contrats d'abonnement à ces services. L'ensemble des contreparties envisagées était évalué à 350 millions d'euros.

12 Ledit accord de principe déboucha sur la conclusion d'un accord final (ci-après l'«accord litigieux»). La valeur globale des contreparties dues par Telenet a toutefois été portée à 425 millions d'euros, soit 5 millions d'euros de plus que le montant d'une offre qualifiée de «non contraignante» présentée d'initiative par Belgacom pour l'acquisition des activités de distribution de signaux de télévision analogique et numérique des Intercommunales et des contrats d'abonnement à ces services ainsi que de droits non exclusifs d'utilisation des réseaux câblés des Intercommunales pour la fourniture de services de télédistribution. Ce dernier accord fut finalisé à la suite d'une nouvelle série de décisions adoptées par les Intercommunales dans le courant du mois de juin 2008.

13 Ces dernières décisions, de même que celles mentionnées au point 10 du présent arrêt, firent l'objet de recours de Belgacom devant le Raad van State van België (Conseil d'État de Belgique).

14 Préalablement, cette société avait interpellé les Intercommunales quant à la conclusion de l'accord de principe, manifestant son intérêt pour l'acquisition de certains droits dont cet accord prévoyait le transfert. En réponse, les Intercommunales avaient indiqué que Belgacom ne pouvait pas être considérée comme un interlocuteur potentiel eu égard aux restrictions contenues dans l'acte d'apport de 1996 ainsi qu'au fait que lui transférer les droits concernés reviendrait à lui assurer une situation monopolistique, Belgacom proposant déjà des services de télévision complets au moyen de son propre réseau sur le territoire couvert par les réseaux câblés des Intercommunales. Cette société rétorqua à cet égard que ces derniers réseaux pourraient faire l'objet d'une utilisation partagée qui permettrait le maintien d'une concurrence effective. Ultérieurement, mais avant la conclusion de l'accord litigieux, Belgacom fit l'offre évoquée au point 12 du présent arrêt.

15 Dans le cadre de la procédure au principal, Belgacom fonde ses recours notamment sur les articles 43 CE et 49 CE, auxquels correspondent actuellement, respectivement, les articles 49 TFUE et 56 TFUE. Elle soutient que les principes d'égalité de traitement et de non-discrimination ainsi que le principe de proportionnalité s'imposent, quelle que soit la qualification à donner à l'accord litigieux, et qu'il n'existe aucune raison impérieuse d'intérêt général de nature à justifier qu'il n'y ait pas eu de mise en concurrence avant la conclusion de l'accord litigieux.

16 Les Intercommunales font valoir, au contraire, que l'application du principe d'égalité n'exclut pas qu'un contrat tel que celui en cause au principal puisse être conclu sans appel préalable à la concurrence si l'autorité publique qui en prend l'initiative a des raisons précises pour ce faire, qui, sans être nécessairement liées à l'intérêt général, soient réelles en fait et admissibles en droit, ce qui correspondrait à la notion de «circonstances objectives» au sens de la jurisprudence de la Cour. Tel serait le cas en l'occurrence, eu égard, d'une part, aux droits préférentiels et de préemption dont disposait Telenet en vertu de l'acte d'apport de 1996, qui devraient être considérés comme constitutifs d'un droit exclusif rendant irréalisable une mise en concurrence effective, et, d'autre part, au litige

existant entre les Intercommunales et Telenet quant à la portée de cet acte d'apport, compte tenu de la longueur prévisible des procédures et du risque de lourdes sanctions auquel les Intercommunales se seraient exposées s'il avait été jugé par une décision définitive qu'elles avaient méconnu cet acte.

17 La juridiction de renvoi indique que l'ensemble des parties au principal admet que l'accord litigieux ne relève pas du champ d'application de l'une des directives en matière de marchés publics. Selon cette juridiction, quelle que soit la qualification de l'accord litigieux, les décisions des Intercommunales dont il procède s'inscrivent dans le cadre d'une intervention publique destinée à régler l'exercice d'une activité économique et le pouvoir discrétionnaire dont dispose l'autorité dans ce cadre est limité par le principe d'égalité et l'obligation de transparence. Elle considère par ailleurs que, eu égard à l'importance de l'opération concernée, il est probable que, en cas d'appel au marché, des entreprises établies à l'étranger auraient manifesté leur intérêt.

18 Cette juridiction constate que la conclusion de l'accord litigieux a été motivée par la volonté de mettre fin au litige survenu entre les Intercommunales et Telenet quant à la portée de l'acte d'apport de 1996 et que ce litige résultait exclusivement d'une évolution technologique que les parties contractantes ne pouvaient pas prévoir à l'époque où cet acte fut établi. Concrètement, la répartition des droits d'utilisation des réseaux câblés des Intercommunales telle qu'opérée par ledit acte ne permettait à aucune des parties d'offrir des services de télévision complets, les services de télévision interactive relevant des droits exclusifs de Telenet tandis que les Intercommunales avaient seules le droit d'exploiter les services de télédistribution.

19 Toutefois, ladite juridiction constate également que l'accord litigieux va au-delà de ce qui était nécessaire pour mettre fin audit litige, en modifiant radicalement la répartition des droits d'utilisation des réseaux câblés des Intercommunales prévue dans l'acte d'apport de 1996, par l'octroi à Telenet de droits qui ne lui étaient pas initialement attribués et qui ne faisaient pas l'objet du litige. Grâce à cet accord, moyennant le paiement d'une contrepartie de 425 millions d'euros, Telenet dispose désormais d'un droit d'utilisation exclusif global de ces réseaux qui lui permet de proposer sur le territoire couvert par ces réseaux, qui représente environ un tiers de sa zone d'activité, des services complets de télévision et, donc, une offre «triple play» correspondant aux standards commerciaux actuels, de la même manière qu'elle le faisait déjà sur les deux autres tiers de sa zone d'activité.

20 La juridiction de renvoi estime en outre que l'existence de l'acte d'apport de 1996 ne saurait, à elle seule, être considérée comme une justification de la conclusion de l'accord litigieux. En effet, d'une part, un système d'utilisation partagée du réseau câblé aurait pu être mis en place. D'autre part, les droits préférentiels et de préemption dont dispose Telenet en vertu de cet acte ne sont pas tels qu'ils empêcheraient que plusieurs candidats soient traités de façon égale et, donc, que leurs offres soient soumises à un examen comparatif réel.

21 Cette juridiction se demande toutefois si le contexte général, caractérisé, outre par l'acte d'apport de 1996, par le différend survenu ultérieurement quant à la portée de cet acte en raison des évolutions technologiques et par la décision judiciaire intervenue dans le cadre de ce différend, ne pourrait constituer un motif justifiant qu'il n'ait pas été fait appel au marché. En effet, d'une part, le transfert à un tiers de droits qui auraient été cédés à Telenet par ledit acte aurait immanquablement suscité de nouveaux litiges et accru l'insécurité juridique. D'autre part, l'absence de solution au différend avec Telenet aurait eu pour conséquence que les Intercommunales n'auraient pas été en mesure de fournir des services de télévision complets pendant une longue période, ce qui non seulement aurait provoqué un préjudice économique important, car Belgacom pouvait, quant à elle, occuper le marché, mais aurait aussi été susceptible d'affecter les consommateurs.

22 Dans un tel contexte, ladite juridiction envisage la possibilité que l'accord litigieux, qui matérialise le règlement transactionnel mettant fin au différend survenu entre Telenet et les Intercommunales, puisse être considéré comme un complément légitime à l'acte d'apport de 1996, plutôt que comme une convention autonome ne pouvant être conclue que dans le respect des articles 49 TFUE et 56 TFUE.

23 Enfin, la juridiction de renvoi relève que, dans l'arrêt du 21 juillet 2005, Coname (C-231/03, Rec. p. I-7287, point 19), la Cour a évoqué la possibilité de justifier une différence de traitement constitutive d'une discrimination indirecte en raison de la nationalité, résultant de l'attribution directe d'une concession de services, par des «circonstances objectives». La juridiction de renvoi s'interroge toutefois sur la portée de cette notion au regard de celle de la notion de «raisons impérieuses d'intérêt général».

24 Dans ce contexte, le Raad van State van België a décidé de surseoir à statuer et de poser à la Cour les questions préjudicielles suivantes:

«1) Les articles 49 TFUE ou 56 TFUE doivent-ils être interprétés en ce sens qu'une entreprise établie en Belgique peut invoquer devant le juge belge les règles fondamentales du droit de l'Union, notamment l'obligation de transparence qui découle des articles susmentionnés, concernant une convention qui ne relève pas du champ d'application de l'une des directives relatives aux marchés publics, par laquelle une autorité belge transfère des droits à une autre entreprise belge sans qu'aucun appel au marché n'ait été organisé?

2) La tentative d'éviter la violation d'un cadre contractuel existant très spécifique, non contesté en tant que tel, liant une personne morale de droit public et une entreprise de droit privé, non contrôlée par [cette] personne morale de droit public, ou la conclusion d'une opération ou d'un accord transactionnel ayant pour objectif de mettre fin à un litige existant portant sur l'interprétation du cadre contractuel susmentionné, ce règlement étant fondé sur les droits des parties tels qu'établis par une décision provisoire d'un juge des référés, alors que, à défaut d'un tel règlement, l'activité en cause de [ladite personne morale] est susceptible de subir une [atteinte] importante ainsi qu'une réduction de valeur et que les consommateurs sont entre-temps privés des services concernés, peuvent-elles être considérées comme des raisons impérieuses d'intérêt général, ou à tout le moins comme une circonstance objective, de nature à justifier que les personnes de droit public n'organisent pas d'appel au marché et octroient directement le marché, à titre d'exception et par dérogation au principe d'égalité de traitement et à l'interdiction de toute discrimination sur la base de la nationalité, inscrits aux articles 49 TFUE et 56 TFUE, ainsi qu'à l'obligation de transparence qui en découle?

3) Si la deuxième question doit recevoir une réponse positive, l'opération ou l'accord transactionnel susmentionnés doivent-ils, pour ne pas restreindre les libertés fondamentales susmentionnées, garanties par le droit de l'Union, plus qu'il n'est nécessaire pour atteindre l'objectif poursuivi, se limiter à ce qui est strictement nécessaire pour mettre fin au litige en cours, ou les parties peuvent-elles conclure un accord transactionnel ayant une portée plus étendue pour tenir compte des contestations à venir ayant un lien raisonnable et logique avec le litige, tout en garantissant en même temps les intérêts des consommateurs et en assurant une maximalisation de la valeur des activités concernées faisant l'objet d'un transfert?»

Sur les questions préjudicielles

Sur la première question

25 Par sa première question, la juridiction de renvoi demande, en substance, si les articles 49 TFUE et 56 TFUE doivent être interprétés en ce sens qu'un opérateur économique d'un État membre peut invoquer devant les juridictions de cet État membre la violation de l'obligation de transparence qui découle de ces articles à l'occasion de la conclusion d'une convention par laquelle une ou plusieurs entités publiques dudit État membre cèdent à titre onéreux à un opérateur économique du même État membre, notamment, le droit exclusif d'exploiter des réseaux câblés de télédistribution ainsi que leur activité de fourniture de services de télévision et les contrats d'abonnement liés à cette activité.

26 Il y a lieu de constater que, indépendamment des modalités pratiques et des qualifications déterminées par les parties, une convention telle que l'accord litigieux, en ce qu'il transfère à Telenet l'activité de fourniture de services de télévision des Intercommunales et lui confère, notamment afin d'exercer cette activité, le droit exclusif d'exploiter les réseaux câblés de celles-ci, paraît devoir s'analyser en une concession de services au sens de l'article 1er, paragraphe 4, de la directive 2004/18.

27 En effet, d'une part, pour autant qu'elle oblige le cessionnaire à exercer l'activité cédée, une telle convention constitue un marché public portant sur la fourniture de services visés à l'annexe II de la directive 2004/18, à l'exception du mode de rémunération, la contrepartie de la fourniture de services de télévision consistant dans le droit d'exploiter l'activité concernée, conformément à la définition figurant audit article 1er, paragraphe 4. D'autre part, la condition selon laquelle le risque lié à l'exploitation de cette activité doit être transféré au concessionnaire (voir en ce sens, notamment, arrêts du 11 juin 2009, Hans & Christophorus Oymanns, C-300/07, Rec. p. I-4779, point 72, ainsi que du 10 mars 2011, Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler, C-274/09, Rec. p. I-1335, point 26 et jurisprudence citée) est également remplie dans le cadre de cette convention.

28 Or, nonobstant l'exclusion des concessions de services du champ d'application de la directive 2004/18 en vertu de l'article 17 de celle-ci, les autorités publiques qui attribuent une telle concession sont tenues de respecter les règles fondamentales du traité FUE, les principes de non-discrimination en raison de la nationalité et d'égalité de traitement ainsi que l'obligation de transparence qui en découle dès lors que cette concession présente un intérêt transfrontalier certain (voir en ce sens, notamment, arrêt du 17 juillet 2008, ASM Brescia, C-347/06, Rec. p. I-5641, points 58 et 59 ainsi que jurisprudence citée).

29 S'agissant de l'existence d'un intérêt transfrontalier certain, celle-ci peut résulter, notamment, de l'importance économique de la convention dont la conclusion est projetée, du lieu de son exécution (voir, en ce sens, arrêt ASM Brescia, précité, point 62 et jurisprudence citée) ou encore de caractéristiques techniques (voir, par analogie, arrêt du 15 mai 2008, SECAP et Santorso, C-147/06 et C-148/06, Rec. p. I-3565, point 24).

30 Il appartient à la juridiction de renvoi de procéder à une appréciation circonstanciée de tous les éléments pertinents à cet égard (voir, en ce sens, arrêt du 23 décembre 2009, Serrantoni et Consorzio stabile edili, C-376/08, Rec. p. I-12169, point 25 et jurisprudence citée), ce qu'elle paraît avoir déjà fait en l'occurrence, puisqu'elle a constaté que, eu égard à l'importance de la convention en cause au principal, il est probable que des entreprises établies dans d'autres États membres auraient manifesté leur intérêt en cas d'appel au marché.

31 Il convient encore de préciser qu'un intérêt transfrontalier certain existe sans qu'il soit requis qu'un opérateur économique ait effectivement manifesté son intérêt. Il en est spécialement ainsi lorsque, comme dans le cadre de l'affaire au principal, le litige porte sur l'absence de transparence ayant entouré la convention en cause. En effet, dans un tel cas, les opérateurs économiques établis dans

d'autres États membres n'ont pas de réelle possibilité de manifester leur intérêt à obtenir cette concession (voir, en ce sens, arrêts Coname, précité, point 18, et du 13 octobre 2005, Parking Brixen, C-458/03, Rec. p. I-8585, point 55).

32 En outre, une fois établie l'existence d'un intérêt transfrontalier certain concernant l'attribution d'une concession de services donnée, l'obligation de transparence qui s'impose à l'autorité concédante bénéficie à tout soumissionnaire potentiel (voir, en ce sens, arrêt du 13 avril 2010, Wall, C-91/08, Rec. p. I-2815, point 36), fût-il établi dans le même État membre que cette autorité.

33 À toutes fins utiles, il y a lieu de préciser que le droit de l'Union imposerait les mêmes exigences à l'autorité cédante si la convention en cause au principal n'obligeait pas le cessionnaire à exercer l'activité cédée, de sorte que cette convention comporterait alors une autorisation d'exercer une activité économique. En effet, une telle autorisation ne se distingue pas d'une concession de services en ce qui concerne l'obligation de respecter les règles fondamentales du traité et les principes qui en découlent dès lors que l'exercice de cette activité est de nature à intéresser potentiellement des opérateurs économiques établis dans d'autres États membres (voir en ce sens, notamment, arrêts du 3 juin 2010, Sporting Exchange, C-203/08, Rec. p. I-4695, points 46 et 47, ainsi que du 9 septembre 2010, Engelmann, C-64/08, Rec. p. I-8219, points 51 à 53).

34 Eu égard à l'ensemble des considérations qui précèdent, il y a lieu de répondre à la première question posée que les articles 49 TFUE et 56 TFUE doivent être interprétés en ce sens qu'un opérateur économique d'un État membre peut invoquer devant les juridictions de cet État membre la violation de l'obligation de transparence découlant de ces articles qui aurait été commise à l'occasion de la conclusion d'une convention par laquelle une ou plusieurs entités publiques dudit État membre ont soit attribué à un opérateur économique du même État membre une concession de services présentant un intérêt transfrontalier certain, soit accordé à un opérateur économique le droit exclusif d'exercer une activité économique présentant un tel intérêt.

Sur la deuxième question

35 Par sa deuxième question, la juridiction de renvoi demande, en substance, si les articles 49 TFUE et 56 TFUE doivent être interprétés en ce sens que des circonstances telles que celles en cause au principal peuvent être considérées comme des raisons impérieuses d'intérêt général ou des circonstances objectives de nature à justifier l'attribution directe par des entités publiques, à un opérateur économique, d'une concession de services portant sur une activité de fourniture de services de télévision exercée par ces entités au moyen de réseaux câblés leur appartenant, par dérogation aux principes d'égalité de traitement et de non-discrimination consacrés par lesdits articles.

36 Les circonstances ainsi visées sont la volonté de respecter certains droits que, par une convention préexistante, les entités concernées ont octroyés à cet opérateur quant à l'utilisation de ces réseaux câblés ainsi que la volonté de parvenir à un règlement transactionnel en vue de mettre fin à un litige relatif à l'étendue de ces droits en tenant compte d'une décision de justice provisoire, tout en évitant la dépréciation de ladite activité de fourniture de services de télévision exercée par ces entités au moyen desdits réseaux et en permettant qu'une offre commerciale complète soit proposée aux abonnés à ces services.

37 Il convient de rappeler que, dans la mesure où une concession de services présente un intérêt transfrontalier certain, son attribution, en l'absence de toute transparence, à une entreprise située dans l'État membre dont relève le pouvoir adjudicateur est constitutive d'une différence de traitement au détriment des entreprises susceptibles d'être intéressées par celle-ci qui sont situées dans un autre État membre. En excluant toutes ces entreprises, une telle différence de traitement joue principalement au

détriment de ces dernières et constitue, dès lors, une discrimination indirecte selon la nationalité, interdite, en principe, par application des articles 49 TFUE et 56 TFUE (voir, en ce sens, arrêt ASM Brescia, précité, points 59 et 60 ainsi que jurisprudence citée).

38 Par exception, une telle mesure peut être admise au titre de l'un des motifs énoncés à l'article 52 TFUE ou justifiée, conformément à la jurisprudence de la Cour, par des raisons impérieuses d'intérêt général (voir, par analogie, arrêts Engelmann, précité, points 51 et 57 ainsi que jurisprudence citée, et du 10 mai 2012, Duomo Gpa e.a., C-357/10 à C-359/10, point 39 ainsi que jurisprudence citée). À ce dernier égard, il ressort de la lecture combinée des points 51 et 57 de l'arrêt Engelmann, précité, qu'il n'y a pas lieu de distinguer les circonstances objectives et les raisons impérieuses d'intérêt général. En effet, de telles circonstances doivent constituer, en dernière analyse, une raison impérieuse d'intérêt général.

39 Or, les motifs mentionnés dans la présente question préjudicielle, qu'ils soient considérés isolément ou ensemble, ne peuvent pas être considérés comme des raisons impérieuses d'intérêt général.

40 Certes, il y a lieu d'admettre que le principe de sécurité juridique, qui est un principe général du droit de l'Union, est de nature à justifier que les effets juridiques d'une convention soient respectés y compris, dans la mesure que ce principe commande, dans le cas d'une convention conclue avant que la Cour ne se soit prononcée sur les implications du droit primaire à l'égard des conventions de ce type et qui, a posteriori, se révélerait contraire à certaines de ces implications (voir, en ce sens, arrêt ASM Brescia, précité, points 69 et 70). Cependant, ledit principe ne saurait être invoqué pour donner à une convention une extension contraire aux principes d'égalité de traitement et de non-discrimination ainsi qu'à l'obligation de transparence qui en découle. Il est indifférent, à cet égard, que cette extension puisse constituer une solution raisonnable propre à mettre fin à un litige survenu entre les parties concernées, pour des raisons totalement indépendantes de leur volonté, quant à la portée de la convention qui les lie.

41 Par ailleurs, s'agissant du risque de dépréciation d'une activité de nature économique exercée par une entité publique en raison d'un cadre conventionnel préexistant qui se révèle inadapté eu égard à l'évolution du contexte technico-commercial, il est de jurisprudence constante que des motifs de nature économique ne sauraient être admis en tant que raisons impérieuses d'intérêt général de nature à justifier une restriction à une liberté fondamentale garantie par le traité (voir arrêt du 16 février 2012, Costa et Cifone, C-72/10 et C-77/10, point 59 et jurisprudence citée).

42 À cet égard, il y a lieu de constater que la circonstance que la conclusion de l'accord litigieux coïnciderait avec l'intérêt des consommateurs, qui, à défaut, ne pourraient pas bénéficier de la télévision interactive, voire d'une offre combinée de services commercialement attractive, ne se distingue pas réellement du motif relatif à la dépréciation de ladite activité, mais est, au contraire, intimement liée à celui-ci. En effet, cette circonstance concerne non pas l'ensemble des consommateurs présents sur le territoire couvert par les réseaux câblés des Intercommunales, mais uniquement ceux qui se sont abonnés aux services de télévision qui étaient fournis par ces dernières dans le cadre de l'activité dont la cession à Telenet est l'objet de l'affaire au principal, et l'impossibilité, pour les Intercommunales, de proposer à ces abonnés certains services en raison de la répartition des droits d'utilisation de leurs réseaux câblés régie par l'acte d'apport de 1996 explique la perte d'attractivité de l'offre commerciale qu'elles sont susceptibles de présenter sur le marché et, donc, la dépréciation de ladite activité.

43 Enfin, il y a lieu de préciser que des considérations qui, prises isolément, ne constituent pas des raisons impérieuses d'intérêt général justifiant qu'il soit fait abstraction des principes d'égalité de traitement et de non-discrimination ainsi que de l'obligation de transparence ne sauraient acquérir cette qualité du simple fait de leur addition.

44 Eu égard à l'ensemble des considérations qui précèdent, il y a lieu de répondre à la deuxième question posée que les articles 49 TFUE et 56 TFUE doivent être interprétés en ce sens que:

— la volonté de ne pas méconnaître certains droits que, par une convention préexistante, des entités publiques ont octroyés à un opérateur économique quant à l'utilisation de réseaux câblés leur appartenant ne saurait justifier que soit donnée à cette convention une extension contraire au droit de l'Union sous la forme d'une attribution directe d'une concession de services ou d'un droit exclusif d'exercer une activité présentant un intérêt transfrontalier certain, fût-ce en vue de mettre fin à un litige survenu entre les parties concernées, pour des raisons totalement indépendantes de leur volonté, quant à la portée de cette convention;

— des motifs de nature économique, telle la volonté d'éviter la dépréciation d'une activité économique, ne sont pas des raisons impérieuses d'intérêt général de nature à justifier l'attribution directe d'une concession de services portant sur cette activité ou d'un droit exclusif d'exercer ladite activité et présentant un intérêt transfrontalier certain, par dérogation aux principes d'égalité de traitement et de non-discrimination consacrés par lesdits articles.

Sur la troisième question

45 Eu égard à la réponse donnée à la deuxième question, il n'y a pas lieu de répondre à la troisième question posée.

Sur les dépens

46 La procédure revêtant, à l'égard des parties au principal, le caractère d'un incident soulevé devant la juridiction de renvoi, il appartient à celle-ci de statuer sur les dépens. Les frais exposés pour soumettre des observations à la Cour, autres que ceux desdites parties, ne peuvent faire l'objet d'un remboursement.

Par ces motifs, la Cour (dixième chambre) dit pour droit:

1) Les articles 49 TFUE et 56 TFUE doivent être interprétés en ce sens qu'un opérateur économique d'un État membre peut invoquer devant les juridictions de cet État membre la violation de l'obligation de transparence découlant de ces articles qui aurait été commise à l'occasion de la conclusion d'une convention par laquelle une ou plusieurs entités publiques dudit État membre ont soit attribué à un opérateur économique du même État membre une concession de services présentant un intérêt transfrontalier certain, soit accordé à un opérateur économique le droit exclusif d'exercer une activité économique présentant un tel intérêt.

2) Les articles 49 TFUE et 56 TFUE doivent être interprétés en ce sens que:

— la volonté de ne pas méconnaître certains droits que, par une convention préexistante, des entités publiques ont octroyés à un opérateur économique quant à l'utilisation de réseaux câblés leur appartenant ne saurait justifier que soit donnée à cette convention une extension contraire au droit de l'Union sous la forme d'une attribution directe d'une concession de services ou d'un droit exclusif d'exercer une activité présentant un intérêt transfrontalier certain, fût-ce en vue de mettre fin à un litige survenu entre les parties concernées, pour des raisons totalement indépendantes de leur volonté, quant à la portée de cette convention;

— **des motifs de nature économique, telle la volonté d'éviter la dépréciation d'une activité économique, ne sont pas des raisons impérieuses d'intérêt général de nature à justifier l'attribution directe d'une concession de services portant sur cette activité ou d'un droit exclusif d'exercer ladite activité et présentant un intérêt transfrontalier certain, par dérogation aux principes d'égalité de traitement et de non-discrimination consacrés par lesdits articles.**

Signatures