UNIONIN TUOMIOISTUIMEN TUOMIO (kymmenes jaosto)

14 päivänä marraskuuta 2013 *

Ennakkoratkaisupyyntö — SEUT 49 artikla — Sijoittautumisvapaus — SEUT 56 artikla — Palvelujen tarjoamisen vapaus — Yhdenvertaisen kohtelun ja syrjintäkiellon periaatteet — Avoimuusvelvoite — Soveltamisala — Jäsenvaltion julkisten yksiköiden ja samaan jäsenvaltioon sijoittautuneen yrityksen välillä tehty sopimus — Tilanne, jossa kyseiset yksiköt luovuttavat televisiopalvelujen tarjoamista koskevan toimintansa sekä määräajaksi yksinoikeuden käyttää niiden kaapeliverkkoja tähän jäsenvaltioon sijoittautuneelle yritykselle — Samaan jäsenvaltioon sijoittautuneen taloudellisen toimijan mahdollisuus vedota SEUT 49 ja SEUT 56 artiklaan tämän jäsenvaltion tuomioistuimissa — Tarjouskilpailun järjestämättä jättäminen — Oikeuttaminen — Aikaisemman sopimuksen olemassaolo — Sovinto, jolla on tarkoitus saada päätökseen tämän sopimuksen tulkintaa koskeva riita — Luovutetun toiminnan arvon alentamisen vaara

Asiassa C-221/12,

jossa on kyse SEUT 267 artiklaan perustuvasta ennakkoratkaisupyynnöstä, jonka Raad van State van België (Belgia) on esittänyt 2.5.2012 tekemällään päätöksellä, joka on saapunut unionin tuomioistuimeen 11.5.2012, saadakseen ennakkoratkaisun asiassa

Belgacom NV

vastaan

Interkommunale voor Teledistributie van het Gewest Antwerpen (Integan),

Inter-Media,

West-Vlaamse Energie- en Teledistributiemaatschappij (WVEM) ja

Provinciale Brabantse Energiemaatschappij CVBA (PBE),

Telenet NV:n,

Telenet Vlaanderen NV:n ja

Telenet Group Holding NV:n

osallistuessa asian käsittelyyn,

UNIONIN TUOMIOISTUIN (kymmenes jaosto),

toimien kokoonpanossa: tuomarit A. Rosas, joka hoitaa kymmenennen jaoston puheenjohtajan tehtäviä, D. Šváby (esittelevä tuomari) ja C. Vajda,

* Oikeudenkäyntikieli: hollanti.

julkisasiamies: Y. Bot,

kirjaaja: A. Calot Escobar,

ottaen huomioon kirjallisessa käsittelyssä esitetyn,

ottaen huomioon huomautukset, jotka sille ovat esittäneet

— Belgacom NV, edustajanaan advocaat B. Schutyser,

— Interkommunale voor Teledistributie van het Gewest Antwerpen (Integan), Inter-Media, West-Vlaamse Energie- en Teledistributiemaatschappij (WVEM) ja Provinciale Brabantse Energiemaatschappij CVBA (PBE), edustajinaan advocaat D. D'Hooghe ja advocaat P. Wytinck,

— Telenet NV, Telenet Vlaanderen NV ja Telenet Group Holding NV, edustajanaan advocaat T. De Meese,

— Belgian hallitus, asiamiehinään J.-C. Halleux ja C. Pochet, avustajanaan avocat S. Depré,

— Italian hallitus, asiamiehenään G. Palmieri, avustajanaan avvocato dello Stato C. Colelli,

— Euroopan komissio, asiamiehinään T. van Rijn, I. Rogalski ja A. Tokár,

päätettyään julkisasiamiestä kuultuaan ratkaista asian ilman ratkaisuehdotusta,

on antanut seuraavan

tuomion

1 Ennakkoratkaisupyyntö koskee SEUT 49 ja SEUT 56 artiklan tulkintaa.

2 Tämä pyyntö on esitetty asiassa, jossa vastakkain ovat Belgacom NV (jäljempänä Belgacom) ja toisaalta neljä kuntien välistä yhteisöä, eli Interkommunale voor Teledistributie van het Gewest Antwerpen (Integan), Inter-Media, West-Vlaamse Energie- en Teledistributiemaatschappij (WVEM) ja Provinciale Brabantse Energiemaatschappij CVBA (PBE) (jäljempänä kuntien väliset yhteisöt), ja jossa ovat kyseessä useat päätökset, joilla viimeksi mainitut päättivät tehdä tarjouskilpailua järjestämättä sopimukset, joilla Telenet NV:lle (jäljempänä Telenet) luovutettiin niiden televisiopalvelujen tarjoamista koskeva toiminta ja niiden asiakkaiden tekemät televisiopalveluja koskevat tilaajasopimukset sekä määräajaksi niiden kaapeliverkkoihin liittyvät liitännäisoikeudet ja myönnettiin näihin verkkoihin liittyvä käyttöoikeus.

Asiaa koskevat oikeussäännöt

3 Julkisia rakennusurakoita sekä julkisia tavara- ja palveluhankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta 31.3.2004 annetun Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivin 2004/18/EY (EUVL L 134, s. 114 ja oikaisu EUVL L 351, s. 44) 1 artiklaan sisältyvät seuraavat määritelmät:

”_ _

2. a) ’Julkisia hankintoja koskevilla sopimuksilla’ tarkoitetaan rahallista vastiketta vastaan tehtyjä kirjallisia sopimuksia, jotka on tehty yhden tai useamman taloudellisen toimijan ja yhden tai useamman hankintaviranomaisen välillä ja joiden tarkoituksena on tässä direktiivissä tarkoitettu rakennusurakan toteuttaminen, tavaran hankinta tai palvelun suorittaminen.

– –

d) ’Julkisia palveluhankintoja koskevilla sopimuksilla’ tarkoitetaan muita kuin julkisia rakennusurakoita ja julkisia tavarahankintoja koskevia julkisia hankintasopimuksia, joiden kohteena on liitteessä II tarkoitettujen palvelujen suorittaminen.

– –

4. ’Palveluja koskevalla käyttöoikeussopimuksella’ [jäljempänä palvelukonsessio] tarkoitetaan muutoin samanlaista sopimusta kuin julkista palveluhankintaa koskevaa sopimusta, paitsi että palvelujen suorittamisen vastikkeena on joko yksinomaan palvelun käyttöoikeus [oikeammin: oikeus hyödyntää palvelua] tai tällainen oikeus ja maksu yhdessä.

– –”

4 Direktiivin 2004/18 17 artiklan mukaan tätä direktiiviä ei sovelleta palvelukonsessioihin.

Pääasia ja ennakkoratkaisukysymykset

5 Kuntien välisillä yhteisöillä on ainoastaan julkisoikeudellisia osakkeenomistajia. Ne tarjosivat aluksi televiestintäpalveluja omien kaapeliverkkojensa välityksellä.

6 Ne hankkivat vuonna 1996 Interkabel-nimisen yleisen oikeuden mukaisen osuuskunnan välityksellä 1,51 prosentin suuruisen osuuden Telenetin pääomasta viimeksi mainitun yhtiön perustamisen yhteydessä luovuttamalla sille apporttina käyttöoikeudet osaan niiden kaapeliverkkoja viideksikymmeneksi vuodeksi. Näihin käyttöoikeuksiin kuului yksinoikeus käyttää näitä verkkoja niin kutsuttujen pisteestä pisteeseen välitettävien televiestintäpalvelujen tarjoamiseen sekä muu kuin yksinomainen oikeus tarjota niin kutsuttuja multimediapalveluja, ja kuntien välisillä yhteisöillä säilyi yksinoikeus käyttää verkkojaan yleisradiolähetyspalvelujen tarjoamiseen.

7 Apporttisopimuksessa annettiin lisäksi Telenetille etuosto-oikeus kuntien välisten yhteisöjen kaapeliverkkojen omistusoikeuksia luovutettaessa ja etuoikeus kuntien välisten yhteisöjen myöntäessä kolmansille käyttöoikeuksia multimediapalvelujen tarjoamiseksi.

8 Tämän jälkeen kuntien väliset yhteisöt perustivat IN-DI-nimisen taloudellisen etuyhtymän tarjotakseen muun muassa interaktiivisia digitaalisia televisiopalveluja kaapeliverkkojensa välityksellä.

9 Telenet nosti pääasiassa kanteen ja esitti väliaikaista oikeussuojaa koskevan hakemuksen, joissa vaadittiin kieltämään kyseisen toiminnan harjoittaminen sillä perusteella, että se kuuluu vuonna 1996 tehdyssä apporttisopimuksessa tarkoitettuihin pisteestä pisteeseen välitettäviin televiestintäpalveluihin. Välitoimista päättävä tuomari hyväksyi väliaikaisella ratkaisullaan käsiteltäväkseen saatetun hakemuksen. Sen ratkaisuun haettiin muutosta.

10 Samaan aikaan kaikki osapuolet järjestivät neuvotteluja voidakseen saavuttaa asiassa sovinnon. Neuvottelujen päätteeksi tehtiin periaatesopimus, jonka kuntien välisten yhteisöjen toimivaltaiset elimet hyväksyivät joulukuussa 2007 tekemillään päätöksillä.

11 Kyseisessä sopimuksessa määrättiin erityisesti, että Telenetille annettiin kuntien välisten yhteisöjen verkkoihin liittyvä käyttöoikeus 38 vuodeksi, mikä vastasi sille alun perin vuonna 1996 tehdyssä apporttisopimuksessa myönnettyjen, mainittuihin verkkoihin liittyvien käyttöoikeuksien jäljellä olevaa kestoa, ja sen oli maksettava kuluja ja poistoja, investoitua pääomaa sekä verkkojen hallinnasta, kunnossapidosta, laajentamisesta ja parantamisesta aiheutuvia kustannuksia vastaavat korvaukset. Kyseisellä yrityksellä olisi siten yksinoikeus käyttää mainittuja verkkoja puhelinpalvelujen, internetpalvelujen sekä analogisten, digitaalisten ja interaktiivisten televisiopalvelujen tarjoamiseen. Se voisi siten tästä lähtien tarjota kyseisten verkkojen kattamalla alueella nykyisten kaupallisten vaatimusten mukaista triple play -palvelua, jossa näitä palveluja tarjotaan yhdessä. Lisäksi kyseisessä sopimuksessa määrättiin vielä, että Telenetille luovutetaan kuntien välisten yhteisöjen televisiopalvelujen tarjoamista koskeva toiminta sekä näitä palveluja koskevat tilaajasopimukset. Korvausten määräksi arvioitiin 350 miljoonaa euroa.

12 Mainitun periaatesopimuksen jälkeen tehtiin lopullinen sopimus (jäljempänä riidanalainen sopimus). Telenetin maksettavaksi tulevien korvausten määrä korotettiin kuitenkin 425 miljoonaan euroon, joka on 5 miljoonaa euroa enemmän kuin sen ”sitomattomaksi” luokitellun tarjouksen määrä, jonka Belgacom teki kuntien välisten yhteisöjen analogisten ja digitaalisten televisiosignaalien lähettämistoimintojen ja näitä palveluja koskevien tilaajasopimusten sekä kuntien välisten yhteisöjen kaapeliverkkojen muiden kuin yksinomaisten käyttöoikeuksien ostamiseksi televiestintäpalvelujen tarjoamista varten. Viimeksi mainittu sopimus tuli voimaan kuntien välisten yhteisöjen kesäkuussa 2008 tekemien useiden uusien päätösten jälkeen.

13 Belgacom valitti viimeksi mainituista päätöksistä ja nyt käsiteltävän tuomion 10 kohdassa mainituista päätöksistä Raad van State van Belgiëlle.

14 Belgacom oli tätä ennen ottanut yhteyttä kuntien välisiin yhteisöihin periaatepäätöksen johdosta ja ilmaissut kiinnostuksensa ostaa tietyt oikeudet, joiden luovutusta sopimus koski. Kuntien väliset yhteisöt ilmoittivat vastauksena, että Belgacomin ei voitu katsoa olevan mahdollinen neuvottelukumppani, kun otetaan huomioon vuonna 1996 tehtyyn apporttisopimukseen sisältyvät rajoitukset sekä se, että kyseisten oikeuksien luovutuksesta sille seuraisi, että sille varmistettaisiin monopoliasema, koska Belgacom tarjoaa jo täydet televisiopalvelut oman verkkonsa välityksellä kuntien välisten yhteisöjen kaapeliverkkojen kattamalla alueella. Belgacom vastasi tähän, että viimeksi mainittuja verkkoja voitaisiin käyttää jaetusti, mikä mahdollistaisi toimivan kilpailun. Belgacom teki lopuksi ennen riidanalaisen sopimuksen tekemistä tämän tuomion 12 kohdassa mainitun tarjouksen.

15 Belgacom perustaa pääasiassa valituksensa erityisesti EY 43 ja EY 49 artiklaan, joita vastaavat nykyisin SEUT 49 ja SEUT 56 artikla. Se väittää, että yhdenvertaisen kohtelun ja syrjintäkiellon periaatteita sekä suhteellisuusperiaatetta on noudatettava riippumatta siitä, miten riidanalainen sopimus on luokiteltava, ja ettei ole olemassa yleistä etua koskevia pakottavia syitä, jotka olisivat omiaan oikeuttamaan sen, ettei asiassa ole järjestetty tarjouskilpailua ennen riidanalaisen sopimuksen tekemistä.

16 Kuntien väliset yhteisöt väittävät sitä vastoin, että yhdenvertaisen kohtelun periaatteen soveltaminen ei sulje pois sitä, että pääasian kohteena olevan kaltainen sopimus voidaan tehdä tarjouskilpailua järjestämättä, jos viranomaisella on tähän täsmälliset, asiasisällöltään oikeat ja oikeudellisesti perusteltavissa olevat syyt, joiden ei tarvitse välttämättä liittyä yleiseen etuun ja jotka vastaavat unionin tuomioistuimen oikeuskäytännössä tarkoitettua ”objektiivisten olosuhteiden” käsitettä. Näin on niiden mukaan nyt käsiteltävässä asiassa, kun otetaan huomioon yhtäältä Telenetillä vuonna 1996 tehdyn apporttisopimuksen nojalla olevat etu- ja etuosto-oikeudet, jotka muodostavat niiden mukaan yksinoikeuden, joka estää toimivan kilpailuttamisen, ja toisaalta kuntien välisten yhteisöjen ja Telenetin välinen riita mainitun apporttisopimuksen ulottuvuudesta, kun otetaan huomioon oikeudenkäyntimenettelyjen ennakoitavissa oleva kesto ja vaara raskaista seuraamuksista, joita kuntien välisille yhteisöille määrättäisiin, jos lopullisessa ratkaisussa katsottaisiin, että ne olivat jättäneet tämän sopimuksen huomiotta.

17 Ennakkoratkaisua pyytänyt kansallinen tuomioistuin toteaa, että kaikki pääasian asianosaiset ovat yksimielisiä siitä, että riidanalainen sopimus ei kuulu minkään julkisia hankintoja koskevan direktiivin soveltamisalaan. Kansallisen tuomioistuimen mukaan kyseessä olevat kuntien välisten yhteisöjen päätökset kuuluvat riidanalaiselle sopimukselle annettavasta luokittelusta riippumatta sellaisen julkisen toimenpiteen yhteyteen, jolla on tarkoitus säännellä taloudellisen toiminnan harjoittamista, ja viranomaisella tässä yhteydessä olevaa harkintavaltaa rajoittavat yhdenvertaisen kohtelun periaate ja avoimuusvelvoite. Se katsoo lisäksi, että kun otetaan huomioon kyseisen toimen merkittävyys, on todennäköistä, että mikäli asia olisi kilpailutettu, ulkomaille sijoittautuneet yritykset olisivat ilmaisseet kiinnostuksensa.

18 Ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin toteaa, että riidanalaisen sopimuksen tekoa on perusteltu pyrkimyksellä saattaa päätökseen kuntien välisten yhteisöjen ja Telenetin välinen riita vuonna 1996 tehdyn apporttisopimuksen ulottuvuudesta ja että tämä riita johtui pelkästään teknisestä kehityksestä, jota sopimuspuolet eivät voineet ennakoida sopimuksen tekohetkellä. Konkreettisesti on niin, että kyseisessä sopimuksessa määrätty kuntien välisten yhteisöjen kaapeliverkkoja koskevien käyttöoikeuksien jako ei sallinut minkään osapuolen tarjoavan täysiä televisiopalveluja, koska interaktiiviset televisiopalvelut kuuluivat Telenetin yksinoikeuksiin, kun taas ainoastaan kuntien välisillä yhteisöillä oli oikeus hyödyntää televiestintäpalveluja.

19 Ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin toteaa kuitenkin myös, että riidanalaisella sopimuksella ylitetään se, mikä oli tarpeen kyseisen riidan päättämiseksi, koska sillä muutetaan radikaalisti vuonna 1996 tehdyssä apporttisopimuksessa määrättyä kuntien välisten yhteisöjen kaapeliverkkoja koskevien käyttöoikeuksien jakoa, koska Telenetille myönnettiin oikeuksia, joita sille ei ollut alun perin annettu ja jotka eivät olleet riidan kohteena. Telenetillä on tämän sopimuksen ansiosta 425 miljoonan euron suuruista korvausta vastaan vastedes kattava yksinoikeus käyttää näitä verkkoja, minkä vuoksi sen on mahdollista tarjota näiden verkkojen kattamalla alueella, joka vastaa noin kolmasosaa sen toiminta-alasta, täydet televisiopalvelut ja siis nykyisten kaupallisten vaatimusten mukaista triple play -palvelua samalla tavalla kuin se teki jo toiminta-alueensa kahdessa kolmasosassa.

20 Ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin katsoo lisäksi, että vuonna 1996 tehty apporttisopimus ei voi sellaisenaan oikeuttaa riidanalaisen sopimuksen tekemistä. Yhtäältä näet olisi ollut mahdollista perustaa kaapeliverkon jaettua käyttöä koskeva järjestelmä. Toisaalta Telenetillä mainitun sopimuksen nojalla olevat etu- ja etuosto-oikeudet eivät estä sitä, että useita tarjoajia kohdellaan yhdenvertaisesti ja että siis niiden tarjouksia tosiasiallisesti verrataan perusteellisesti.

21 Ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin pohtii kuitenkin, voiko yleinen asiayhteys, johon kuuluvat sekä vuonna 1996 tehty apporttisopimus, teknisen kehityksen vuoksi tämän sopimuksen ulottuvuudesta myöhemmin syntynyt riita että tämän riidan yhteydessä annettu tuomioistuimen ratkaisu, olla oikeuttamisperuste sille, ettei asiassa ole järjestetty tarjouskilpailua. Yhtäältä näet siitä, että kolmannelle osapuolelle olisi luovutettu kyseisellä sopimuksella Telenetille myönnettyjä oikeuksia, olisi väistämättä syntynyt uusia riitoja, mikä olisi ennestään lisännyt oikeudellista epävarmuutta. Toisaalta siitä, että Telenetin kanssa olevaa riitaa ei olisi saatu ratkaistua, olisi seurannut, että kuntien väliset yhteisöt eivät olisi voineet tarjota täysiä televisiopalveluja pitkään aikaan, mistä olisi aiheutunut sekä huomattavaa taloudellista vahinkoa, koska Belgacom olisi puolestaan voinut vallata markkinat, että lisäksi sillä olisi voinut olla haitallisia vaikutuksia kuluttajiin.

22 Ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin pohtii tässä asiayhteydessä, voidaanko riidanalaisen sopimuksen, jolla saavutettiin sovinto Telenetin ja kuntien välisten yhteisöjen välisessä riidassa, katsoa olevan vuonna 1996 tehdyn apporttisopimuksen laillinen täydennys eikä niinkään itsenäinen sopimus, joka voidaan tehdä ainoastaan SEUT 49 ja SEUT 56 artiklaa noudattaen.

23 Ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin toteaa lopuksi, että asiassa C-231/03, Coname, 21.7.2005 annetussa tuomiossa (Kok., s. I-7287, 19 kohta) on viitattu mahdollisuuteen oikeuttaa kansalaisuuteen perustuvaan välilliseen syrjintään johtava erilainen kohtelu, joka johtuu siitä, että konsessiosopimus

tehdään suoraan jonkin tahon kanssa, ”objektiivisilla olosuhteilla”. Kyseinen tuomioistuin pohtii kuitenkin tämän käsitteen ulottuvuutta ”yleistä etua koskevia pakottavia syitä” koskevan käsitteen ulottuvuuden valossa.

24 Tässä tilanteessa Raad van State van België päätti lykätä asian käsittelyä ja esittää unionin tuomioistuimelle seuraavat ennakkoratkaisukysymykset:

”1) Onko SEUT 49 tai SEUT 56 artiklaa tulkittava siten, että Belgiaan sijoittautunut yritys voi vedota belgialaisessa tuomioistuimessa unionin oikeuden perustavanlaatuisiin sääntöihin, erityisesti edellä mainittuihin artikloihin perustuvaan avoimuusvelvoitteeseen, asiassa, joka koskee sopimusta, joka ei kuulu julkisista hankinnoista annettujen direktiivien soveltamisalaan ja jossa belgialainen viranomainen luovuttaa oikeuksia toiselle belgialaiselle yritykselle eikä järjestä tässä yhteydessä tarjouskilpailua?

2) Voidaanko pyrkimystä estää julkisoikeudellisen oikeushenkilön ja sen määräysvallan ulkopuolella olevan yksityisoikeudellisen yrityksen välillä voimassa olevien, sinänsä kiistattomien ja hyvin erityisten sopimuspuitteiden loukkaaminen tai sellaisen liiketoimen tai sovinnon tekemistä, jonka tavoitteena on edellä mainittuja sopimuspuitteita koskevien tulkintaerimielisyyksien päättäminen, kun sovinnossa lähdetään välitoimimenettelyssä annetun väliaikaisen päätöksen mukaisista oikeuksista ja ilman tällaista sovintoa kyseisen [oikeushenkilön] toiminnalle voi aiheutua vakavaa vahinkoa ja arvonmenetystä ja kuluttajat jäävät täksi ajaksi ilman kyseisiä palveluita, pitää yleistä etua koskevana pakottavana syynä tai ainakin objektiivisena olosuhteena, jonka nojalla julkisoikeudelliset oikeushenkilöt voivat poikkeuksellisesti ja SEUT 49 ja SEUT 56 artiklaan sisältyvistä yhdenvertaisen kohtelun periaatteesta ja kansalaisuuteen perustuvan syrjinnän kiellosta sekä näihin perustuvasta avoimuusvelvoitteesta poiketen jättää tarjouskilpailun järjestämättä ja myöntää hankintasopimuksen suoraan?

3) Jos toiseen kysymykseen on vastattava myöntävästi, onko edellä mainitun liiketoimen tai sovinnon rajoituttava, jotta edellä mainittuja unionin oikeudessa taattuja perusvapauksia ei rajoiteta enempää kuin on tarpeen tavoiteltavan päämäärän saavuttamiseksi, siihen, mikä on ehdottoman välttämätöntä syntyneen kiistan päättämiseksi, vai voivatko asianosaiset tehdä pitemmälle menevän sovinnon tulevien erimielisyyksien varalta, joilla on perusteltu ja looginen yhteys kiistaan, kun sopimus samalla turvaa kuluttajien edut ja sisältää kyseisen luovutetun toiminnan arvon maksimoinnin?”

Ennakkoratkaisukysymysten tarkastelu

Ensimmäinen kysymys

25 Ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin pyrkii ensimmäisellä kysymyksellään selvittämään pääasiallisesti, onko SEUT 49 ja SEUT 56 artiklaa tulkittava siten, että jäsenvaltioon sijoittautunut taloudellinen toimija voi vedota tämän jäsenvaltion tuomioistuimissa siihen, että mainittuihin artikloihin perustuvaa avoimuusvelvoitetta on rikottu tehtäessä sopimus, jolla yksi tai useampi kyseisen jäsenvaltion julkinen yksikkö on antanut vastikkeellisesti samaan jäsenvaltioon sijoittautuneelle taloudelliselle toimijalle erityisesti yksinoikeuden hyödyntää telekaapeliverkkoja sekä televisiopalvelujen tarjoamista koskevan toimintansa ja näitä palveluja koskevat tilaajasopimukset.

26 On todettava, että riidanalaisen sopimuksen kaltainen sopimus, jolla luovutetaan Telenetille kuntien välisten yhteisöjen televisiopalvelujen tarjoamista koskeva toiminta ja myönnetään sille erityisesti tämän toiminnan harjoittamista varten yksinoikeus hyödyntää niiden kaapeliverkkoja, on sen käytännön toteuttamistavoista ja osapuolten määrittämistä luonnehdinnoista riippumatta luokiteltava direktiivin 2004/18 1 artiklan 4 kohdassa tarkoitetuksi palvelukonsessioksi.

27 Yhtäältä näet siltä osin kuin tällaisessa sopimuksessa velvoitetaan konsessionsaaja harjoittamaan luovutettua toimintaa se on direktiivin 2004/18 liitteessä II tarkoitettuja palveluja koskeva julkinen sopimus, paitsi korvaustavan osalta, koska televisiopalvelujen tarjoamisen vastikkeena on oikeus hyödyntää kyseistä toimintaa kyseiseen 1 artiklan 4 kohtaan sisältyvän määritelmän mukaisesti. Toisaalta edellytys, jonka mukaan tämän toiminnan hyödyntämiseen liittyvän riskin on siirryttävä konsessionsaajalle (ks. vastaavasti mm. asia C-300/07, Hans & Christophorus Oymanns, tuomio 11.6.2009, Kok., s. I-4779, 72 kohta ja asia C-274/09, Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler, tuomio 10.3.2011, Kok., s. I-1335, 26 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen), täyttyy myös tämän sopimuksen yhteydessä.

28 Vaikka palvelukonsessiot on jätetty direktiivin 2004/18 soveltamisalan ulkopuolelle sen 17 artiklan nojalla, viranomaisten on tällaista konsessiota myöntäessään noudatettava EUT-sopimuksen perustavanlaatuisia oikeussääntöjä, kansalaisuuteen perustuvan syrjinnän kieltoa koskevaa periaatetta ja yhdenvertaisen kohtelun periaatetta sekä niihin perustuvaa avoimuusvelvoitetta silloin, kun tällaiseen konsessioon liittyy varma rajat ylittävä intressi (ks. vastaavasti mm. asia C-347/06, ASM Brescia, tuomio 17.7.2008, Kok., s. I-5641, 58 ja 59 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen).

29 Varma rajat ylittävä intressi voi olla seurausta muun muassa aiotun sopimuksen taloudellisesta merkityksestä, sen suorittamispaikasta (ks. vastaavasti em. asia ASM Brescia, tuomion 62 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen) tai teknisistä ominaispiirteistä (ks. analogisesti yhdistetyt asiat C-147/06 ja C-148/06, SECAP ja Santorso, tuomio 15.5.2008, Kok., s. I-3565, 24 kohta).

30 Ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen tehtävänä on arvioida yksityiskohtaisesti kaikki tältä osin merkitykselliset seikat (ks. vastaavasti asia C-376/08, Serrantoni ja Consorzio stabile edili, tuomio 23.12.2009, Kok., s. I-12169, 25 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen), minkä se näyttää jo tehneenkin käsiteltävässä asiassa, koska se on todennut, että kun otetaan huomioon pääasiassa kyseessä olevan sopimuksen merkitys, on todennäköistä, että ulkomaille sijoittautuneet yritykset olisivat ilmaisseet kiinnostuksensa, mikäli sopimus olisi kilpailutettu.

31 Lisäksi on täsmennettävä, että varma rajat ylittävä intressi on olemassa ilman, että edellytetään, että jokin taloudellinen toimija olisi todella ilmaissut kiinnostuksensa. Näin on erityisesti, kuten käsiteltävässä asiassa, kun riita koskee avoimuuden puuttumista kyseisen sopimuksen osalta. Tällaisessa tapauksessa muihin jäsenvaltioihin sijoittautuneilla taloudellisilla toimijoilla ei näet ole todellista mahdollisuutta ilmaista kiinnostustaan kyseisen konsessiosopimuksen tekemiseen (ks. vastaavasti em. asia Coname, tuomion 18 kohta ja asia C-458/03, Parking Brixen, tuomio 13.10.2005, Kok., s. I-8585, 55 kohta).

32 Kun on osoitettu, että tiettyyn palvelukonsessioon liittyy varma rajat ylittävä intressi, palvelukonsessiosopimuksen tekeviä viranomaisia velvoittava avoimuusvelvoite pätee kaikkien mahdollisten tarjoajien osalta (ks. vastaavasti asia C-91/08, Wall, tuomio 13.4.2010, Kok., s. I-2815, 36 kohta), vaikka ne olisivat sijoittautuneet samaan jäsenvaltioon kuin kyseinen viranomainen.

33 Täydellisyyden vuoksi on täsmennettävä, että unionin oikeudessa asetettaisiin samat vaatimukset konsession myöntävälle viranomaiselle, jos pääasiassa kyseessä olevassa sopimuksessa ei velvoitettaisi konsession saajaa harjoittamaan luovutettua toimintaa vaan kyseiseen sopimukseen sisältyisi lupa harjoittaa taloudellista toimintaa. Tällainen lupa ei näet eroa palvelukonsessiosta EUT-sopimuksen perustavanlaatuisten sääntöjen ja siitä johtuvien periaatteiden noudattamista koskevan velvollisuuden osalta, koska tämän toiminnan harjoittaminen saattaa kiinnostaa muihin jäsenvaltioihin sijoittautuneita yrityksiä (ks. vastaavasti mm. asia C-203/08, Sporting Exchange, tuomio 3.6.2010, Kok., s. I-4695, 46 ja 47 kohta sekä asia C-64/08, Engelmann, tuomio 9.9.2010, Kok., s. I-8219, 51–53 kohta).

34 Kaiken edellä esitetyn perusteella ensimmäiseen kysymykseen on vastattava, että SEUT 49 ja SEUT 56 artiklaa on tulkittava siten, että jäsenvaltioon sijoittautunut taloudellinen toimija voi vedota tämän jäsenvaltion tuomioistuimissa siihen, että mainittuihin artikloihin perustuvaa avoimuusvelvoitetta on

rikottu tehtäessä sopimus, jolla yksi tai useampi kyseisen jäsenvaltion julkinen yksikkö on joko antanut samaan jäsenvaltioon sijoittautuneelle taloudelliselle toimijalle palvelukonsession, johon liittyy varma rajat ylittävä intressi, tai antanut taloudelliselle toimijalle yksinoikeuden harjoittaa taloudellista toimintaa, johon liittyy tällainen intressi.

Toinen kysymys

35 Ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin pyrkii toisella kysymyksellään selvittämään pääasiallisesti, onko SEUT 49 ja SEUT 56 artiklaa tulkittava siten, että pääasian kohteena olevien kaltaisten olosuhteiden voidaan katsoa olevan yleistä etua koskevia pakottavia syitä tai objektiivisia olosuhteita, joilla voidaan oikeuttaa se, että julkiset yksiköt myöntävät suoraan taloudelliselle toimijalle palvelukonsession, joka koskee näiden yksiköiden kaapeliverkkojensa avulla harjoittamaa televisiopalvelujen tarjoamistoimintaa, kyseisissä artikloissa vahvistetuista yhdenvertaisen kohtelun ja syrjintäkiellon periaatteista poiketen.

36 Tällaisia olosuhteita ovat pyrkimys kunnioittaa tiettyjä kaapeliverkkojen käyttöön liittyviä oikeuksia, jotka mainitut yksiköt olivat luovuttaneet jo olemassa olevalla sopimuksella kyseiselle toimijalle, sekä pyrkimys saada aikaan sovinto, jotta riita näiden oikeuksien ulottuvuudesta voitiin saattaa päätökseen ottamalla huomioon välitoimimenettelyssä annettu väliaikainen tuomioistuimen päätös; samalla on kuitenkin haluttu välttää sitä, että näiden yksiköiden kyseisten verkkojen avulla harjoittaman televisiopalvelujen tarjoamista koskevan toiminnan arvo alenisi, ja mahdollistaa se, että näiden palvelujen tilaajille tarjotaan täysi kaupallinen tarjonta.

37 On muistutettava, että silloin kun palvelukonsessioon liittyy varma rajat ylittävä intressi, sillä, että tämä sopimus tehdään täysin vailla avoimuutta hankintaviranomaisen jäsenvaltiossa sijaitsevan yrityksen kanssa, loukataan yhdenvertaisen kohtelun periaatetta kyseisestä konsessiosta mahdollisesti kiinnostuneiden, toisessa jäsenvaltiossa sijaitsevien yritysten vahingoksi. Tällainen erilainen kohtelu, joka sulkemalla kaikki nämä yritykset pois on pääasiallisesti niille vahingollista, on SEUT 49 ja SEUT 56 artiklassa lähtökohtaisesti kiellettyä kansalaisuuteen perustuvaa välillistä syrjintää (ks. vastaavasti em. asia ASM Brescia, tuomion 59 ja 60 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen).

38 Tällainen toimenpide voi poikkeuksellisesti olla sallittu jonkin SEUT 52 artiklassa ilmaistun syyn perusteella tai se voi olla oikeutettu unionin tuomioistuimen oikeuskäytännössä tarkoitettujen yleistä etua koskevien pakottavien syiden vuoksi (ks. analogisesti em. asia Engelmann, tuomion 51 ja 57 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen sekä yhdistetyt asiat C-357/10–C-359/10, Duomo Gpa ym., tuomio 10.5.2012, 39 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen). Viimeksi mainitun osalta edellä mainitussa asiassa Engelman annetun tuomion 51 ja 57 kohdasta yhdessä käy ilmi, että objektiivisia olosuhteita ja yleistä etua koskevia pakottavia syitä ei ole tarpeen erottaa toisistaan. Tällaisten olosuhteiden on näet aina oltava yleistä etua koskeva pakottava syy.

39 Riippumatta siitä, tarkastellaanko nyt käsiteltävässä ennakkoratkaisupyynnössä mainittuja perusteita yhdessä vai erikseen, niiden ei voida katsoa olevan yleistä etua koskeva pakottava syy.

40 On totta, että oikeusvarmuuden periaate, joka on unionin oikeuden yleinen periaate, on omiaan oikeuttamaan sen, että sopimuksen oikeusvaikutuksia kunnioitetaan, myös – sikäli kuin kyseinen periaate tätä edellyttää – tapauksessa, jossa sopimus on tehty ennen kuin unionin tuomioistuin on lausunut primaarioikeuden seurauksista tämäntyyppisiin sopimuksiin, jotka osoittautuvat myöhemmin tiettyjen tällaisten seurausten vastaisiksi (ks. vastaavasti em. asia ASM Brescia, tuomion 69 ja 70 kohta). Mainittuun periaatteeseen ei voida kuitenkaan vedota, jotta sopimusta voitaisiin laajentaa yhdenvertaisen kohtelun ja syrjintäkiellon periaatteiden sekä niihin perustuvan avoimuusvelvoitteen vastaisesti. Tässä yhteydessä on merkityksetöntä, voiko tällainen laajentaminen olla perusteltu ratkaisu sen riidan ratkaisemiseksi, joka kyseisten osapuolten välillä on syntynyt niitä sitovan sopimuksen ulottuvuudesta täysin niiden tahdosta riippumattomista syistä.

41 Vakiintuneessa oikeuskäytännössä on todettu julkisen yksikön olemassa olevan mutta myöhemmin teknisen ja kaupallisen kehityksen vuoksi riittämättömäksi osoittautuneen sopimuksen nojalla harjoittaman taloudellisen toiminnan arvonalennuksen vaarasta, että taloudellisia syitä ei voida pitää yleistä etua koskevina pakottavina syinä, joiden vuoksi EUT-sopimuksessa taatun perusvapauden rajoittaminen voisi olla oikeutettua (ks. yhdistetyt asiat C-72/10 ja C-77/10, Costa ja Cifone, tuomio 16.2.2012, 59 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen).

42 Tässä yhteydessä on todettava, että se seikka, että riidanalaisen sopimuksen tekeminen on kuluttajien edun mukaista, koska muutoin kuluttajille ei tarjottaisi interaktiivisia televisiopalveluja eikä kaupallisesti kiinnostavaa palveluyhdistelmää, ei eroa varsinaisesti kyseisen toiminnan arvon alenemista koskevasta perusteesta vaan päinvastoin liittyy siihen läheisesti. Tämä seikka ei näet koske kaikkia kuntien välisten yhteisöjen kaapeliverkkojen kattamalla alueella asuvia kuluttajia vaan ainoastaan niitä kuluttajia, jotka ovat kuntien välisten yhteisöjen sen toimintansa yhteydessä tarjoamien televisiopalvelujen tilaajia, jonka luovutus Telenetille on riitautettu pääasiassa, ja se seikka, että kuntien väliset yhteisöt eivät voi tarjota näille tilaajille tiettyjä palveluja vuonna 1996 tehdyssä apporttisopimuksessa toteutetun kaapeliverkkojen käyttöoikeuksien jaon vuoksi, selittää, miksi ne kaupalliset palvelut, joita ne voivat tarjota markkinoilla, ovat tulleet vähemmän kiinnostaviksi ja miksi kyseisen toiminnan arvo on siis alentunut.

43 Lopuksi on vielä täsmennettävä, että olosuhteet, jotka eivät ole erikseen tarkasteltuina yleistä etua koskevia pakottavia syitä, joilla voidaan oikeuttaa yhdenvertaisen kohtelun ja syrjintäkiellon periaatteista sekä avoimuusvelvoitteesta poikkeaminen, eivät voi olla tällaisia syitä pelkästään siksi, että niitä tarkastellaan yhdessä.

44 Kaiken edellä esitetyn perusteella toiseen kysymykseen on vastattava, että SEUT 49 ja SEUT 56 artiklaa on tulkittava siten, että

— pyrkimyksellä olla rikkomatta kaapeliverkkojen käyttöön liittyviä tiettyjä oikeuksia, jotka julkiset yksiköt ovat antaneet jo olemassa olevalla sopimuksella taloudelliselle toimijalle, ei voida oikeuttaa sitä, että kyseistä sopimusta laajennettaisiin unionin oikeuden vastaisesti siten, että annetaan suoraan palvelukonsessio tai yksinoikeus harjoittaa toimintaa tilanteessa, jossa niihin liittyy varma rajat ylittävä intressi, vaikka tarkoituksena olisi ratkaista riita, joka kyseisten osapuolten välillä on syntynyt sopimuksen ulottuvuudesta täysin niiden tahdosta riippumattomista syistä

— taloudelliset syyt, kuten pyrkimys välttää taloudellisen toiminnan arvon aleneminen, eivät ole sellaisia yleistä etua koskevia pakottavia syitä, joilla voidaan oikeuttaa se, että annetaan suoraan kyseistä toimintaa koskeva palvelukonsessio tai yksinoikeus harjoittaa kyseistä toimintaa tilanteessa, jossa niihin liittyy varma rajat ylittävä intressi, kyseisissä artikloissa vahvistetuista yhdenvertaisen kohtelun ja syrjintäkiellon periaatteista poiketen.

Kolmas kysymys

45 Kun otetaan huomioon toiseen ennakkoratkaisukysymykseen annettu vastaus, kolmanteen ennakkoratkaisukysymykseen ei ole tarpeen vastata.

Oikeudenkäyntikulut

46 Pääasian asianosaisten osalta asian käsittely unionin tuomioistuimessa on välivaihe kansallisessa tuomioistuimessa vireillä olevan asian käsittelyssä, minkä vuoksi kansallisen tuomioistuimen asiana on päättää oikeudenkäyntikulujen korvaamisesta. Oikeudenkäyntikuluja, jotka ovat aiheutuneet muille kuin näille asianosaisille huomautusten esittämisestä unionin tuomioistuimelle, ei voida määrätä korvattaviksi.

Näillä perusteilla unionin tuomioistuin (kymmenes jaosto) on ratkaissut asian seuraavasti:

1) **SEUT 49 ja SEUT 56 artiklaa on tulkittava siten, että jäsenvaltioon sijoittautunut taloudellinen toimija voi vedota tämän jäsenvaltion tuomioistuimissa siihen, että mainittuihin artikloihin perustuvaa avoimuusvelvoitetta on rikottu tehtäessä sopimus, jolla yksi tai useampi kyseisen jäsenvaltion julkinen yksikkö on joko antanut samaan jäsenvaltioon sijoittautuneelle taloudelliselle toimijalle palvelukonsession, johon liittyy varma rajat ylittävä intressi, tai antanut taloudelliselle toimijalle yksinoikeuden harjoittaa taloudellista toimintaa, johon liittyy tällainen intressi.**

2) **SEUT 49 ja SEUT 56 artiklaa on tulkittava siten, että**

   — **pyrkimyksellä olla rikkomatta kaapeliverkkojen käyttöön liittyviä tiettyjä oikeuksia, jotka julkiset yksiköt ovat antaneet jo olemassa olevalla sopimuksella taloudelliselle toimijalle, ei voida oikeuttaa sitä, että kyseistä sopimusta laajennettaisiin unionin oikeuden vastaisesti siten, että annetaan suoraan palvelukonsessio tai yksinoikeus harjoittaa toimintaa tilanteessa, jossa niihin liittyy varma rajat ylittävä intressi, vaikka tarkoituksena olisi ratkaista riita, joka kyseisten osapuolten välillä on syntynyt sopimuksen ulottuvuudesta täysin niiden tahdosta riippumattomista syistä**

   — **taloudelliset syyt, kuten pyrkimys välttää taloudellisen toiminnan arvon aleneminen, eivät ole sellaisia yleistä etua koskevia pakottavia syitä, joilla voidaan oikeuttaa se, että annetaan suoraan kyseistä toimintaa koskeva palvelukonsessio tai yksinoikeus harjoittaa kyseistä toimintaa tilanteessa, jossa niihin liittyy varma rajat ylittävä intressi, kyseisissä artikloissa vahvistetuista yhdenvertaisen kohtelun ja syrjintäkiellon periaatteista poiketen.**

Allekirjoitukset