

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK.

A R R E S T

**nr. 188.272 van 27 november 2008
in de zaak A. 189.179/XII-5515.**

In zake : de NV BELGACOM,
die woonplaats kiest bij
advocaten B. Martens en B. Schutyser,
kantoor houdende te 1050 Brussel,
Louizalaan 106

tegen :

1. de OPDRACHTHOUDENDE VERENIGING INTER-COMMUNALE VOOR TELEDISTRIBUTIE VAN HET GEWEST ANTWERPEN (INTEGAN),
2. de OPDRACHTHOUDENDE VERENIGING INTER-MEDIA,
3. de OPDRACHTHOUDENDE VERENIGING WEST-VLAAMSE ENERGIE- EN TELEDISTRIBUTIE-MAATSCHAPPIJ (WVEM),
4. de INTERCOMMUNALE VERENIGING COÖPERATIEVE VENNOOTSCHAP MET BEPERKTE AANSPRAKELIJKHEID PROVINCIALE BRABANTSE ENERGIEMAATSCHAPPIJ (PBE),

die woonplaats kiezen bij
advocaten J. Peeters, D. D'Hooghe en P. Van der Putten,
kantoor houdende te 1000 Brussel,
Loksumstraat 25.

tussenkomenende partijen :

1. de NV TELENET,
 2. de NV TELENET VLAANDEREN,
 3. de NV TELENET GROUP HOLDING,
- die woonplaats kiezen bij
advocaten T. De Meese en B. Boone,
kantoor houdende te 1000 Brussel,
Koningstraat 71.

DE Wnd. VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER,

Gezien het verzoekschrift dat de NV Belgacom op 23 juli 2008 heeft ingediend om de schorsing te vorderen van de tenuitvoerlegging van :

- “1. De beslissing van de Raad van Bestuur van de opdrachthoudende vereniging InterMedia, met maatschappelijk zetel te 3500 Hasselt, Trichterheideweg 8, van 27 juni 2008, waarin de Raad van Bestuur zijn goedkeuring verleent aan het akkoord tot de overdracht van de analoge en digitale klantenbasis aan Telenet en over de aankoop en lange termijn

lease van netwerkkonderdelen door Telenet en beslist dat ‘gelet op de gemotiveerde beslissing van de raad van bestuur d.d. 12 december 2007 kan dan ook beraadslaagd en beslist worden overeenkomsten met Telenet te sluiten zonder de brief van Belgacom in overweging te nemen nu reeds eerder beslist werd geen marktbevraging te organiseren’.

2. De beslissing van de Raad van Bestuur van de opdrachthoudende vereniging Integan, met maatschappelijk zetel te 2660 Antwerpen-Hoboken, Boombekelaan 14, van 27 juni 2008, waarin de Raad van Bestuur zijn goedkeuring verleent aan het akkoord tot de overdracht van de analoge en digitale klantenbasis aan Telenet en over de aankoop en lange termijn lease van netwerkkonderdelen door Telenet en beslist dat ‘gelet op de gemotiveerde beslissing van de raad van bestuur d.d. 14 december 2007 kan dan ook beraadslaagd en beslist worden overeenkomsten met Telenet te sluiten zonder de brief van Belgacom in overweging te nemen nu reeds eerder beslist werd geen marktbevraging te organiseren’
3. De beslissing van de Raad van Bestuur van de opdrachthoudende vereniging WestVlaamse Energie- en teledistributiemaatschappij (hierna ‘WVEM’), met maatschappelijke zetel te 8820 Torhout, Ringlaan Noord 9, van 27 juni 2008, waarin de Raad van Bestuur zijn goedkeuring verleent aan het akkoord tot de overdracht van de analoge en digitale klantenbasis aan Telenet en over de aankoop en lange termijn lease van netwerkkonderdelen door Telenet, en beslist dat ‘gelet op de gemotiveerde beslissing van de, raad van bestuur d.d. 17 december 2007 kan dan ook beraadslaagd en beslist worden overeenkomsten met Telenet te sluiten zonder de brief van Belgacom in overweging te nemen nu reeds eerder beslist werd geen marktbevraging te organiseren’;
4. De beslissing van de Raad van Bestuur van opdrachthoudende vereniging Provinciale Brabantse Energiemaatschappij (hierna ‘PBE’), met maatschappelijke zetel te 3210 Lubbeek (Linden), Diestsesteenweg 126, van 27 juni 2008, waarin de Raad van Bestuur van PBE zijn goedkeuring verleent aan het akkoord tot de overdracht van de analoge en digitale klantenbasis aan Telenet en over de aankoop en lange termijn lease van netwerkkonderdelen door Telenet en beslist dat ‘gelet op de gemotiveerde beslissing van de raad van bestuur d.d. 17 december 2007 kan dan ook beraadslaagd en beslist worden [overeenkomsten met Telenet te sluiten] zonder de brief van Belgacom in overweging te nemen nu reeds eerder beslist werd geen marktbevraging te organiseren’;

Gezien de nota van de verwerende partijen;

Gezien het verzoekschrift tot tussenkomst van 19 september 2008 ingediend door de NV Telenet, de NV Telenet Vlaanderen en de NV Telenet Group Holding;

Gezien het verslag opgemaakt door eerste auditeur P. Barra;

Gelet op de kennisgeving van het verslag aan partijen;

Gelet op de beschikking van 26 september 2008 waarbij de terechtzitting bepaald wordt op 14 oktober 2008;

Gehoord het verslag van staatsraad G. van Haegendoren;

Gehoord de opmerkingen van advocaat B. Schutyser, die verschijnt voor verzoekster, van advocaat D. D'Hooghe, die verschijnt voor de verwerende partijen, en van advocaat T. Meese, die verschijnt voor de tussenkommende partijen;

Gehoord het eensluidend advies van eerste auditeur P. Barra;

Gelet op de artikelen 17 en 18 en titel VI, hoofdstuk II, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973,

OVERWEEGT WAT VOLGT :

De procedure

1. Met een verzoekschrift van 19 september 2008 hebben de NV Telenet, de NV Telenet Vlaanderen en de NV Telenet Group Holding gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen. Als betrokken en begunstigde partijen bij de in de bestreden handelingen bedoelde akkoorden hebben zij belang bij de uitkomst van het geschil, zodat er grond is om hun verzoek in te willigen.

2. Met een brief van 23 september 2008 en andermaal op de zitting beklaagt verzoekster zich er over dat de verwerende partijen in de nota met opmerkingen een exceptie van onontvankelijkheid opwerpen omdat ondertussen een overeenkomst gesloten zou zijn, terwijl de stukken waaruit het bestaan van die overeenkomst moet blijken als vertrouwelijk worden aangemerkt. Zij laakt dat aldus geen tegensprekelijk debat mogelijk is over de vraag of al dan niet een overeenkomst bestaat.

Zoals hierna zal blijken, wordt over deze welbepaalde exceptie geen uitspraak gedaan en is het antwoord op de vraag naar het bestaan -en dus naar de tekst- van de bedoelde overeenkomst niet nuttig voor de oplossing van het

geschil. De schorsingsvordering kan dan ook regelmatig worden afgehandeld, zonder dat de niet-inzage van het beweerd vertrouwelijk gedeelte van het administratief dossier thans de rechten van verzoekster en de wapengelijkheid tussen partijen in het gedrang heeft gebracht.

De feitelijke gegevens van de zaak

3.1. De drie eerste verwerende partijen zijn intergemeentelijke samenwerkingsverbanden, in het bijzonder opdrachthoudende verenigingen zoals bedoeld in het decreet van 6 juli 2001 houdende de Intergemeentelijke Samenwerking. De vierde verwerende partij is een gewestgrensoverschrijdende intercommunale, onderworpen aan de wet van 22 december 1986 betreffende de intercommunales. Alle vier zijn het zogenaamde zuivere kabelmaatschappijen, wat betekent dat zij enkel publiekrechtelijke aandeelhouders hebben.

De vier verwerende partijen hebben op 24 juni 1996 de (gemeenrechtelijke) cvba Interkabel opgericht om te participeren in Telenet. Telenet is aanbieder van telefonie, TV (digitaal en analoog) en internet via de kabel. Wat het werkingsgebied van de vier verwerende partijen betreft heeft de cvba Interkabel via de zogenaamde inbrengakte van 1996 middels de inbreng in natura voor de duur van 50 jaar van gebruiksrechten op een deel van het kabelnet, een participatie genomen in Telenet. Interkabel participeert voor 1,51 % in Telenet.

Integan, PBE en Infrax (WVEM en Inter-Media) hebben op 22 februari 2007 de vennootschap onder de vorm van een economisch samenwerkingsverband IN.DI opgericht met het oog op het aanbieden van digitale TV.

3.2. Door de voornoemde inbrengakte waren de gebruiksrechten op het kabelnet als volgt verdeeld tussen de verwerende kabelmaatschappijen en Telenet. Telenet verkreeg de exclusiviteit op “punt tot punt telecommunicatiediensten”, de kabelmaatschappijen verkregen de exclusiviteit voor het aanbieden van “broadcastingdiensten” en beide partijen konden “multimedia” aanbieden. De overeenkomst kent ook een voorkeurrecht aan Telenet toe bij een eventuele verkoop van de eigendomsrechten op de kabelnetwerken.

In de praktijk biedt Telenet telefoon en internet diensten aan, de verwerende kabelmaatschappijen de kabeltelevisie (analoog). In het werkingsgebied van de gemengde intercommunales biedt Telenet sinds 2002 analoge kabeltelevisie aan en sinds 2005 digitale TV. In het werkingsgebied van verwerende partijen bieden deze sinds 2004 ook digitale TV aan, sinds 2007 via IN.DI interactieve digitale TV en multimediasdiensten.

Verzoekster Belgacom NV beschikt over het telefonienetwerk. Zij biedt sinds 1998 internet aan via ADSL en sinds 2005 digitale TV. Zij biedt geen analoge TV aan; sinds 2007 biedt zij zogenaamde bundels aan, namelijk een combinatie van vaste en mobiele telefonie, ADSL en TV.

3.3. Er ontstaat tussen Telenet en de verwerende partijen vervolgens een geschil omtrent de precieze draagwijdte van de inbrengakte. Over twee punten lijkt de discussie te gaan.

Internet is voor de verwerende partijen een multimedia-activiteit die dus zowel door Telenet als door de verwerende partijen kan ontwikkeld worden; Telenet meent dat het een haar voorbehouden punt tot punt telecommunicatiedienst is.

Interactieve televisie is volgens de verwerende partijen een broadcastingactiviteit, vandaar de oprichting van IN.DI; voor Telenet is het een punt tot punt activiteit.

Bij beschikking in kort geding van 5 juli 2007 van de voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg te Brussel, verkrijgt Telenet het voorlopig verbod onder dwangsom voor verwerende partijen, cvba Interkabel en IN.DI om interactieve diensten via het kabelnet aan te bieden.

3.4. Naast het aantekenen van beroep hebben verwerende partijen gepoogd gesprekken aan te knopen met Telenet. Die hebben geleid tot het principe-akkoord van 26 november 2007 tussen verwerende partijen, Interelectra, Interkabel en IN.DI en Telenet. Er werd een persbericht over verspreid op dezelfde dag.

Het principeakkoord betreft, luidens het persbericht en de nota met opmerkingen van de verwerende partijen, een transactie inzake de kabelactiviteiten waarvan de voorwaarden en modaliteiten in verdere onderhandelingen en besprekingen nog door de partijen zijn te voeren. Het principeakkoord bevat, met de bewoordingen van de verwerende partijen, de “krijtlijnen (structuur van de transactie en waardering)” en is onderworpen aan definitieve overeenkomsten. Doel is te komen tot een overdracht van onder meer de analoge en digitale TV activiteiten (en abonnees) van verwerende partijen aan Telenet tegen betaling (geschatte waarde € 350 miljoen). De verwerende partijen blijven eigenaar van het kabelnet maar geven voor 38 jaar een erfpacht aan Telenet; verwerende partijen blijven instaan voor beheer, onderhoud, uitbreiding en opwaardering van het kabelnet.

Concreet zou dit betekenen dat in het werkgebied van verwerende partijen Telenet het enige aanspreekpunt is voor internet, telefonie, analoge, digitale en interactieve digitale TV-diensten via het kabelnet.

3.5. Ingevolge dit persbericht stuurt de gedelegeerd bestuurder van verzoekster op 30 november 2007 aan de vier verwerende partijen een brief waarin hij verwijst naar het principeakkoord en hij om een gesprek verzoekt met het oog op het naar voor brengen van een alternatieve bieding.

De vier verwerende partijen antwoorden met brieven van 11 december 2007, 14 december 2007, 12 december 2007 en 17 december 2007. Zij betogen hierin dat Belgacom niet in aanmerking kan komen als gesprekspartner, enerzijds, gelet op zekere beperkingen in de inbrengakte (bedongen gebruiksrechten, voorkeurrechten en voorkeurrechten ten voordele van Telenet), anderzijds, gelet op het feit dat er met een samenwerking met Belgacom een monopolie tot stand zou komen.

De gedelegeerd bestuurder van verzoekende partij antwoordt hierop met een brief van 14 december 2007. Hij wijst op de mogelijkheid om een gedeeld gebruik van de kabel te maken, hetgeen zou leiden tot een effectieve mededinging. Voorts wijst hij er op dat er openbaarmaking van de relevante informatie dient te geschieden teneinde mededinging mogelijk te maken.

3.6. De raden van bestuur van de vier verwerende partijen hebben kennis genomen van het principeakkoord met inbegrip van een “Nota aan de Raad van Bestuur en de Aandeelhouders”. In die nota wordt betoogd dat als uitgangspunt voor dergelijke transactie uit het gelijkheidsbeginsel en het transparantiebeginsel een principiële verplichting tot marktbevraging geldt; bijzondere redenen kunnen nochtans rechtvaardigen dat een contractuele relatie wordt aangegaan zonder voorafgaande marktbevraging. Voor dit laatste wijst de nota op het geschil met Telenet, over de voorkooprechten, vermeld in de inbrengakte ten voordele van Telenet, zekere mededingingsrechtelijke aspecten en de marktconforme waardering.

De raad van bestuur van Intermedia beslist op 4 december 2007 tot akkoord met het principe-akkoord; op 14 december 2007 geeft de raad van bestuur van Integan de toelating aan haar directiecomité om de overeenkomst verder te onderhandelen; op 17 december 2007 geeft de raad van bestuur van WVEM groen licht aan het verder uitwerken van het project; op 17 december 2007 beslist de raad van bestuur van PBE binnen de krijtlijnen van het principe-akkoord verder een definitief akkoord uit te werken.

3.7. Verzoekster verzoekt op 26 december 2007 de voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg van Antwerpen om verbod op te leggen aan verwerende partijen welke handeling dan ook te stellen die verder uitvoering geeft aan het principeakkoord tussen Interkabel en Telenet met betrekking tot de overdracht van rechten op het kabelnetwerk, de televisieactiviteiten en de abonnees analoge en digitale televisie. Op 11 maart 2008 is volgende beschikking tussengekomen :

“[...] Leggen de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden Inter-Media, Integan, WVEM, de intercommunale PBE, de CVBA Interkabel en het economisch samenwerkingsverband In Di verbod op welke handeling ook te stellen die verdere uitvoering geeft aan het Principe-akkoord tussen Interkabel en Telenet met betrekking tot de overdracht van rechten op het kabelnetwerk, de televisie activiteiten en de abonnees analoge en digitale televisie van de voornoemde partijen aan Telenet, onder verbeurte van een dwangsom van 1.000.000 euro per partij en per inbreuk en dit totdat er een uitspraak zal zijn van de rechter ten gronde met betrekking tot de beweerde nietigheid”.

Wat de uitspraak van de rechter ten gronde betreft overweegt de Voorzitter dat er inmiddels door de nv Belgacom een dagvaarding voor de rechter ten gronde werd uitgebracht.

Tegen deze beschikking stellen verwerende partijen beroep in bij het Hof van Beroep te Antwerpen.

3.8. Verzoekster doet ondertussen met een brief van 22 januari 2008 een niet bindend voorstel aan verwerende partijen voor de overname van de analoge en digitale televisieactiviteiten en van de bestaande klantenbasis. Het is gebaseerd op een niet-exclusief, gedeeld gebruik van de kabel voor televisiediensten.

3.9. Op 1 februari 2008 dient verzoekster een vordering tot schorsing en een beroep tot nietigverklaring in tegen :

“1. De beslissing van de Raad van Bestuur van de opdrachthoudende vereniging Inter-Media, met maatschappelijke zetel te 3500 Hasselt, Trichterheideweg 8, van 4 december 2007, waarin de Raad van Bestuur van Inter-Media zijn goedkeuring hecht aan de inhoud van het principe-akkoord tot overdracht van zijn televisie-activiteiten evenals van bijkomende rechten op zijn kabelnetwerk aan Telenet, de impliciete weigering om Belgacom het recht te geven een alternatieve bieding op die activiteiten en rechten uit te brengen en de beslissing van de voorzitter van de opdrachthoudende vereniging Inter-Media, zoals meegedeeld bij brief van 11 december 2007, waarin deze laatste Belgacom de mogelijkheid weigert om een alternatieve bieding in te dienen.

2. De beslissing van de Raad van Bestuur van de opdrachthoudende vereniging Integan, met maatschappelijke zetel te 2660 Antwerpen-Hoboken, Boombekelaan 14, van onbekende datum maar vermoedelijk van 14 december 2007, waarin de Raad van Bestuur het Directiecomité de toelating geeft om het principe-akkoord tot overdracht van zijn televisieactiviteiten en bijkomende rechten op zijn kabelnetwerk aan Telenet verder te onderhandelen, de impliciete weigering om Belgacom het recht te geven een alternatieve bieding op die activiteiten en rechten uit te brengen en de beslissing van Voorzitter, de Eerste Ondervoorzitter en de algemeen directeur van Integan, zoals meegedeeld bij brief van 14 december 2007, waarin deze laatsten meedelen dat het hen niet mogelijk zou zijn ‘thans inhoudelijk te reageren’, op de vraag van Belgacom om een alternatieve bieding in te dienen en de daaruit voortvloeiende impliciete beslissing waarin Integan Belgacom de mogelijkheid weigert een alternatieve bieding in te dienen.

3. De beslissing van de Raad van Bestuur van de Opdrachthoudende vereniging West-Vlaamse Energie- en teledistributiemaatschappij (hierna ‘WVEM’), met maatschappelijke zetel te 8820 Torhout, Ringlaan Noord 9, van 17 december 2007, waarin de Raad van Bestuur van WVEM ‘groen licht’ geeft om verder te werken aan de overdracht van zijn televisieactiviteiten evenals van het toestaan van bijkomende rechten op zijn kabelnetwerk aan Telenet en waarbij WVEM, zoals meegedeeld in een brief van dezelfde datum, Belgacom de mogelijkheid weigert om een alternatieve bieding in te dienen.

4. De beslissing van de Raad van Bestuur van opdrachthoudende vereniging Provinciale Brabantse Energiemaatschappij (hierna ‘PBE’), met maatschappelijke zetel te 3210 Lubbeek (Linden), Diestsesteenweg 126, van onbekende datum maar vermoedelijk genomen op 17 december 2007, waarin de Raad van Bestuur van PBE beslist dat een definitief akkoord kan worden uitgewerkt met betrekking tot de overdracht van zijn televisieactiviteiten en van bijkomende rechten op zijn kabelnetwerk aan Telenet, de impliciete weigering om Belgacom het recht te geven een alternatieve bieding op die activiteiten en

rechten uit te brengen en de beslissing van de Directeur-generaal van PBE, zoals meegedeeld bij brief van 12 december 2007, waarin deze laatste Belgacom de mogelijkheid weigert een alternatieve bieding in te dienen”.

Bij tussenarrest nr. 183.265 van 22 juni 2008 verwerpt de Raad van State de vordering omdat geen moeilijk te herstellen ernstig nadeel is aangetoond.

3.10. Op 4 juni 2008 beslist het Hof van Beroep van Antwerpen dat het zonder rechtsmacht is en wordt de beschikking van 11 maart 2008 dus hervormd.

3.11. Op 10 juni 2008 stuurt de gedelegeerd bestuurder van verzoekster een brief aan verwerende partijen een nieuw niet-bindend en voorwaardelijk bod op de televisiekanten en niet-exclusieve gebruiksrechten voor het aanbieden van televisie via de kabelnetten van Integan, Inter-media, PBE en WVEM (een indicatief bod van 420 miljoen euro voor de overname van de analoge en digitale televisiekanten en -activiteiten en het verwerven van niet-exclusieve gebruiksrechten met het oog op het aanbieden van analoge en digitale televisie via de kabel van verwerende partijen).

3.12. Op 13 juni 2008 wordt volgend persbericht verspreid door Interkabel :

“Interkabel heeft akte genomen van de brief van Belgacom. Daarnaast hebben we tevens akte genomen van het feit dat Telenet akte genomen heeft van de brief van Belgacom. De bal ligt nu in het kamp van Telenet”.

3.13. Na de arresten van het Hof van Beroep te Antwerpen en van de Raad van State zijn verdere onderhandelingen gevoerd tussen verwerende partijen en Telenet, naar de woorden van verwerende partijen in hun nota, “over de verdere uitwerking van de krijtlijnen zoals uiteengezet in het Principeakkoord”. Tegenover het bod van het principe-akkoord ten belope van 350 miljoen euro wordt thans een bod gesteld door Telenet van 425 miljoen euro. Er worden meerdere overeenkomsten uitgewerkt om de verschillende aspecten van het principeakkoord juridisch te formaliseren: een overeenkomst per kabelmaatschappij tot overdracht van een bedrijfstak (de TV-activiteiten), een overeenkomst per kabelmaatschappij houdende de vestiging van een recht van erfpacht, een Kabelnet Raam Overeenkomst, een Interpretatieve Overeenkomst over de draagwijdte van de inbrengakte om het lopende geschil tussen verwerende partijen en Telenet te beëindigen, een Transitie

Dienstenovereenkomst, een overeenkomst over de overname van personeelsleden van Integan en overeenkomsten met betrekking tot enkele onroerende goederen.

Op 27 juni 2008 nemen de raden van bestuur van de verwerende partijen beslissingen :

- De raad van bestuur van Intermedia merkt op dat hij op 4 december 2007 het principeakkoord heeft goedgekeurd en op gemotiveerde wijze beslist heeft geen marktbevraging te organiseren. Daar de beroepen van Belgacom bij de kortgeding rechter en bij de Raad van State verworpen waren zijn de onderhandelingen met Telenet hervat. De brief van Belgacom van 10 juni 2008 dient niet in overweging te worden genomen nu Intermedia op 4 december 2007 gemotiveerd beslist heeft om alleen met Telenet te onderhandelen (er “kan dan ook beraadslaagd en beslist worden overeenkomsten met Telenet te sluiten zonder de brief van Belgacom in overweging te nemen nu reeds eerder beslist werd geen marktbevraging te organiseren”). De raad van bestuur keurt de definitieve overeenkomsten goed met Telenet onder bepaalde opschortende voorwaarden. Tenslotte roept Intermedia een algemene vergadering samen op 29 september 2008 om bepaalde overeenkomsten goed te keuren en merkt zij op dat deze overeenkomsten slechts door de algemene vergadering zullen zijn goedgekeurd mits een drie vierde meerderheid.

- De raad van bestuur van Integan stelt vast dat hij op 14 december 2007 het principeakkoord heeft goedgekeurd en op gemotiveerde wijze beslist heeft geen marktbevraging te organiseren. Ook hij meent dat de brief van Belgacom niet meer in overweging genomen kan worden omdat op 14 december 2007 beslist was om geen marktbevraging te houden. Hij keurt de overeenkomsten goed en roept een algemene vergadering samen op 30 september 2008 om bepaalde overeenkomsten met een drievierde meerderheid goed te keuren.

- De raad van bestuur van WVEM stelt vast dat hij op 17 december 2007 het principeakkoord heeft goedgekeurd en op gemotiveerde wijze beslist heeft geen marktbevraging te organiseren. Ook hij meent om dezelfde redenen dat de brief van Belgacom niet meer in overweging genomen kan worden. Hij keurt de overeenkomsten goed en roept een algemene vergadering samen op 30 september 2008 om bepaalde overeenkomsten met een drievierde meerderheid goed te keuren.

- De raad van bestuur van PBE stelt vast dat hij op 17 december 2007 het principeakkoord heeft goedgekeurd en op gemotiveerde wijze beslist heeft geen marktbevraging te organiseren. Ook hij meent op dezelfde gronden dat de brief van Belgacom niet meer in overweging genomen kan worden. Hij keurt de overeenkomsten goed en roept een algemene vergadering samen op 30 september 2008 om bepaalde overeenkomsten met een drievierde meerderheid goed te keuren. De vertegenwoordigers van de stad Diest onthouden zich bij de stemming.

Ook geven de vier raden van bestuur delegatie aan bepaalde van hun bestuurders om de definitieve overeenkomsten te ondertekenen.

Deze beslissingen worden door verzoekende partij aangeduid als de bij het voorliggend verzoekschrift bestreden beslissingen.

De ontvankelijkheid van de vordering

4. Verwerende partij betwist de ontvankelijkheid van de vordering. Onder meer werpt zij op dat verzoekster geen belang er bij heeft, omdat de gevraagde schorsing haar geen direct en persoonlijk voordeel kan verschaffen dat rechtstreeks uit de schorsing voortvloeit. De principiële keuze om geen marktbevraging te organiseren is immers vervat in eerdere beslissingen van 14 resp. 17 december 2007 en deze beslissingen zijn en blijven uitvoerbaar.

Deze exceptie houdt nauw verband met de tweede schorsingsvoorwaarde en zal er hierna samen mee besproken worden.

Vooralsnog bestaat er geen noodzaak om over de overige door de verwerende partij en de tussenkomende partij opgeworpen ontvankelijkheids-exceptions uitspraak te doen. Een onderzoek van en een uitspraak over die andere exceptions zou alleen nodig zijn indien zou komen vast te staan dat de grondvoorwaarden voor het toewijzen van de vordering tot schorsing vervuld zijn, wat, zoals hierna zal blijken, niet het geval is.

De schorsingsvoorwaarden

5. Krachtens artikel 17, § 2, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State kan slechts tot schorsing van de tenuitvoerlegging worden besloten

onder de dubbele voorwaarde dat ernstige middelen worden aangevoerd die de vernietiging van de aangevochten beslissing kunnen verantwoorden en dat de onmiddellijke tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing een moeilijk te herstellen ernstig nadeel kan berokkenen.

Beoordeling van de tweede schorsingsvoorwaarde

6. Verzoekster merkt op dat de betrokken kabelmaatschappijen hun activiteiten en abonnees zonder mededinging aan Telenet zullen overdragen zodat laatstgenoemde de enige zal zijn die de kabel gebruikt terwijl verzoekster definitief het recht geweigerd wordt om een alternatieve bieding uit te brengen. Zij wenst medecontractant van de kabelmaatschappijen te worden en bijgevolg haar kansen op rechtsherstel in natura te vrijwaren.

Verzoekster schetst in detail de inzet van de overeenkomst voor haar marktaandeel en groeimogelijkheden, zowel dadelijk wat analoge televisie betreft als wanneer die klanten overstappen naar digitale televisie of een keuze maken inzake internet en telefonie.

7. Het moeilijk te herstellen ernstig nadeel moet rechtstreeks voortvloeien uit de bestreden beslissing waarvan de schorsing van de tenuitvoerlegging wordt gevorderd en die schorsing moet enig nuttig effect hebben om het risico op het aangevoerde nadeel te keren.

8. Verzoekster schrijft zelf, in randnummer 228 van haar verzoekschrift, dat de kabelmaatschappijen “inhoudelijk niet gereageerd [hebben] op het tweede bod van Belgacom van 10 juni 2008 en evenmin op de hernieuwde vraag van Belgacom in de begeleidende brief bij haar tweede bod om een procedure van marktbevraging met respect voor de principes van gelijkheid, niet-discriminatie en transparantie in te zetten”.

Formeel wordt in elk van de thans bestreden beslissingen uitdrukkelijk gesteld dat de brief van 10 juni 2008 van Belgacom niet in overweging wordt genomen omdat in december 2007 gemotiveerd beslist werd geen marktbevraging te organiseren en enkel te onderhandelen met Telenet.

Prima facie hebben verwerende partijen na het arrest van het hof van beroep verder onderhandeld met Telenet en zijn zij tot een akkoord gekomen, zonder dat zij nog hun beslissing van december 2007 hebben heroverwogen of zelfs maar na beraad hebben bevestigd. Enkel hebben zij met hun preferentiële partner verder onderhandeld. Het feit dat Telenet een hoger bod heeft uitgebracht, wat de indruk zou kunnen wekken dat Telenet een hoger bedrag geboden heeft onder druk van het bod en de brief van Belgacom van 10 juni 2008, lijkt niet die conclusie te ontkrachten. Zelfs al zou het eenzijdig door Belgacom meegedeelde, voorwaardelijke hoger bod in enigerlei mate mee tot het nieuwe bod van Telenet hebben bijgedragen, dan nog toont zulks vooralsnog niet aan dat door de verwerende partijen de eerder genomen beslissing heroverwogen zou zijn om geen marktbevraging te organiseren. Een bewijs hiervoor wordt evenmin geleverd door de onthouding van de vertegenwoordigers van de stad Diest in de raad van bestuur van PBE op 27 juni 2008 omdat zij niet zeker zijn “dat de prijs die door Telenet geboden wordt wel de beste prijs is die de PBE samen met andere kabelmaatschappijen kan bekomen”.

Conclusie lijkt dan ook te zijn dat verwerende partijen niet tot een heroverweging zijn gekomen van hun initiële standpunt van december 2007 nopens het voeren van besprekingen en onderhandelingen met één partner -Telenet- en het zich niet openstellen naar andere partijen toe. De thans bestreden beslissingen houden op het eerste gezicht geen afzonderlijk aanvechtbaar standpunt in van verwerende partijen omtrent de uitsluiting van de mededinging.

De beslissingen om niet met Belgacom te praten dateren dus van december 2007; tegen deze beslissingen, en inzonderheid het aspect dat Belgacom uitgesloten was, heeft verzoekster een schorsings- en annulatieberoep ingesteld bij de Raad van State. De Raad van State heeft de vordering tot schorsing verworpen.

Verzoekster grijpt de thans bestreden beslissingen aan als een tweede kans om de toenmalige beslissing van verwerende partijen om niet met haar te onderhandelen te doorbreken. Het enige door verzoekster aangevoerde middel steunt op de schending van het gelijkheidsbeginsel door het ontbreken van een voorafgaande marktbevraging. Mét verwerende partijen dient in de huidige stand van de procedure te worden vastgesteld dat de beslissingen daarover eerder zijn genomen, dat zij vooralsnog definitief zijn, dat de toewijzing van de gevraagde schorsing die eerdere beslissingen onverlet zou laten, en derhalve verzoekster niet

naderbij zou brengen bij de nagestreefde marktbevraging of minstens de nagestreefde mogelijkheid om zelf de rechten op het kabelnetwerk te kunnen verkrijgen.

Overigens kan in het kader van de beoordeling van het moeilijk te herstellen ernstig nadeel en rekening houdende met de aard van de schorsingsprocedure ook niet worden aanvaard dat verzoekster de vermeende onwettigheid van de definitieve beslissingen van december 2007 zou opwerpen als grond van onwettigheid van de thans bestreden navolgende beslissingen. Verzoekster diende met een schorsingsberoep die beslissingen van december 2007 aan te vechten om op dat ogenblik te pogen het nadeel dat van die beslissingen uitging te weren. Zij heeft dat ook wel gedaan, maar zonder succes.

Het aangevoerde moeilijk te herstellen ernstig nadeel wordt niet aangenomen.

9. Er is niet voldaan aan ten minste één van de voorwaarden gesteld in artikel 17, § 2, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State die cumulatief vervuld moeten zijn wil een vordering tot schorsing worden toegewezen.

OM DIE REDENEN BESLIST DE RAAD VAN STATE :

Artikel 1.

Het verzoek tot tussenkomst van de NV Telenet, de NV Telenet Vlaanderen en de NV Telenet Group Holding in de vordering tot schorsing wordt ingewilligd.

Artikel 2.

De vordering tot schorsing wordt verworpen.

Artikel 3.

De uitspraak over de bijdrage in de betaling van de kosten van de vordering tot schorsing wordt uitgesteld.

De kosten van de tussenkomst, bepaald op 375 euro, komen ten laste van de tussenkomende partijen, elk voor een derde.

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare terechtzitting, op zevenentwintig november 2008, door :

de HH.	G. VAN HAEGENDOREN,	wnd. kamervoorzitter,
		staatsraad,
	F. BONTINCK,	griffier.

De griffier,

De voorzitter,

F. BONTINCK.

G. VAN HAEGENDOREN.