RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIIe KAMER

A R R E S T

nr. 219.116 van 2 mei 2012
in de zaken A. 186.951/XII-5336
A. 189.179/XII-5515

In zake: BELGACOM
naamloze vennootschap van publiek recht
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Barteld Schutyser
kantoor houdend te 1050 Brussel
Louizalaan 106
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

1. OPDRACHTHOUDENDE VERENIGING INTERKOMMUNALE VOOR TELEDISTRIBUTIE VAN HET GEWEST ANTWERPEN (INTEGAN)
2. OPDRACHTHOUDENDE VERENIGING INTER-MEDIA
3. OPDRACHTHOUDENDE VERENIGING WEST-VLAAMSE ENERGIE EN TELEDISTRIBUTIEMAATSCHAPPIJ (WVEM)
4. De CVBA PROVINCIALE BRABANTS ENERGIEMAATSCHAPPIJ (PBE)
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Jan Peeters, David D'Hooghe en Paul Van der Putten
kantoor houdend te 1000 Brussel
Loksumstraat 25
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkomende partijen:

1. de NV TELENET
2. de NV TELENET VLAANDEREN
3. de NV TELENET GROUP HOLDING
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Thomas De Meese en Benito Boone
kantoor houdend te 1000 Brussel
Koningstraat 71
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de beroepen

1. Het beroep, ingesteld in de zaak A.186.951 op 1 februari 2008, strekt tot de nietigverklaring van:

> "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 televisie-activiteiten 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."

Het beroep, ingesteld in de zaak A.189.179 op 23 juli 2008, strekt tot de nietigverklaring 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 netwerkonderdelen 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 netwerkonderdelen 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 netwerkonderdelen 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 netwerkonderdelen 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."

II. Verloop van de rechtspleging

2. Bij arrest nr. 183.265 van 22 mei 2008 is in de zaak A.186.951 de vordering tot schorsing van de tenuitvoerlegging van de bestreden beslissingen verworpen.

De verzoekende partij heeft een verzoekschrift tot voortzetting van de rechtspleging ingediend.

De nv Telenet, de nv Telenet Vlaanderen en de nv Telenet Group Holding hebben in de zaak A.186.951 een verzoekschrift tot tussenkomst ingediend. De tussenkomst is toegestaan bij beschikking van 5 september 2008.

Bij arrest nr. 200.366 van 2 februari 2010 is in de zaak A.189.179 het debat heropend.

De verwerende partijen hebben in de beide zaken een memorie van antwoord ingediend en de verzoekende partij heeft telkens ook een memorie van wederantwoord ingediend.

De tussenkomende partijen hebben in de beide zaken een memorie ingediend.

Eerste auditeur Jos Stevens heeft een verslag over de beide zaken opgesteld.

De verzoekende partij en de verwerende partijen hebben in de beide zaken een laatste memorie ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 27 maart 2012.

Staatsraad Geert Van Haegendoren heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Barteld Schutyser, die verschijnt voor de verzoekende partij, advocaten David D'Hooghe en Peter Wytinck, die verschijnen voor de verwerende partijen en advocaat Thomas De Meese, die verschijnt voor de tussenkomende partijen, zijn gehoord.

Eerste auditeur Jos Stevens heeft advies gegeven.

Er is toepassing gemaakt van de bepalingen op het gebruik der talen, vervat in titel VI, hoofdstuk II, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973.

III. Feiten

3.1. De eerste drie verwerende partijen -Integan, Inter-Media en WVEM- 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 -PBE- 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 23 september 1996 in ruil voor de inbreng *in natura* voor de duur van vijftig 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 7 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 worden de gebruiksrechten op het kabelnet als volgt verdeeld tussen de verwerende kabelmaatschappijen en Telenet.

Telenet verkrijgt de exclusiviteit op "punt tot punt telecommunicatiediensten", de kabelmaatschappijen verkrijgen de exclusiviteit voor het aanbieden van "broadcastingdiensten" en beide partijen kunnen "multimedia" aanbieden.

De overeenkomst kent ook een voorkeurrecht aan Telenet toe bij een eventuele verkoop van de eigendomsrechten op de kabelnetwerken. Artikel 8.1 van de inbrengakte bepaalt daarover het volgende:

> "8.1.1 Interkabel zal haar rechten (daarin inbegrepen medeëigendomsrechten) in het Kabelnet niet geheel of gedeeltelijk overdragen aan eender welke derde partij (daarin inbegrepen een Intercommunale of een Gemeente) zonder de voorafgaandelijke schriftelijke toestemming van [Telenet Vlaanderen].
> 8.1.2 Elke Intercommunale verbindt er zich toe om haar medeëigendomsrechten op een IC Kabelnet slechts geheel of gedeeltelijk over te dragen aan een derde partij, dan nadat zij aan [Telenet Vlaanderen] de optie heeft gegeven om de eigendomsrechten die ze wenst over te dragen, aan te kopen.
> [Telenet Vlaanderen] zal het recht hebben de medeëigendomsrechten die door een Intercommunale worden aangeboden, aan te kopen, onder dezelfde voorwaarden aangeboden door de derde partij behalve dat de

overdracht van een medeëigendomsrecht van een Intercommunale niet onderworpen zal zijn aan het voorkooprecht (i) wanneer de overnemer een Gemeente is en de overdracht van het recht van medeëigendom van de Intercommunale aan de betrokken Gemeente gebeurt ten gevolge van de terugtrekking van de Gemeente uit de Intercommunale of van de ontbinding van de Intercommunale of (ii) wanneer de overnemer een intercommunale is die actief is in de sector van het verlenen van Broadcasting Diensten of (iii) wanneer de overnemer Interkabel is.
8.1.3 Interkabel en elke Intercommunale verbinden er zich toe om niet uit te treden uit hun vrijwillige medeëigendom op elk van de IC Kabelnetten zonder de voorafgaande schriftelijke toestemming van [Telenet Vlaanderen].
8.1.4 Elke overdracht van het aandeel in de medeëigendom op een IC Kabelnet door Interkabel of door een Intercommunale aan een andere partij dan [Telenet Vlaanderen] (daarin begrepen de toegelaten overdrachten bedoeld in artikel 8.1.2 hierboven), zal in elk geval onderworpen zijn aan een gepaste regeling die garandeert dat de Gebruiksrechten van [Telenet Vlaanderen] niet door de betrokken overdracht zullen worden aangetast."

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 dezen sinds 2004 ook digitale TV aan, sinds 2007 via IN.DI interactieve digitale TV en multimediadiensten.

Verzoekster, de nv Belgacom, 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 verwerende partijen vervolgens een geschil omtrent de precieze draagwijdte van de inbrengakte:
- Internet is voor verwerende partijen een multimedia-activiteit die dus zowel door Telenet als door verwerende partijen ontwikkeld kan worden. Telenet meent dat het een haar voorbehouden punt tot punt telecommunicatiedienst is.

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

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 rechtstreeks of onrechtstreeks op enigerlei wijze interactieve diensten via het Interkabel-netwerk of de lancering ervan aan te kondigen, aan te bieden, te leveren, of te promoten, in het bijzonder:
- film, TV-programma's of andere visuele signalen op aanvraag (zoals, maar hiertoe niet beperkt, Net Gemist, C-More, i-Watch);
- interactieve applicaties (zoals, maar hiertoe niet beperkt, applicaties die toelaten om via de afstandsbediening deel te nemen aan spelprogramma's of zijn stem uit te brengen op een bepaalde deelnemer aan een wedstrijd of spelprogramma) met uitzondering van *Near Video on Demand* en *Pay per View* in de zin van de inbrengakte.

De diensten van interactieve digitale televisie en van TV-programma's op aanvraag worden door de rechter *prima facie* als punt tot punt telecommunicatiediensten in de zin van artikel 1.21 van de inbrengakte beschouwd.

3.4. Naast het aantekenen van beroep hebben verwerende partijen parallel gesprekken aangeknoopt met Telenet. Die leiden tot het principeakkoord van 26 november 2007 tussen verwerende partijen, Interelectra, Interkabel, IN.DI en Telenet.

Het principeakkoord betreft een transactie inzake de kabelactiviteiten waarvan de voorwaarden en de invulling in nadere onderhandelingen en besprekingen nog door de partijen zijn uit te werken. Het principeakkoord bevat, met de bewoordingen van 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 800.000 abonnees analoge televisie en 60.000 abonnees digitale televisie) van verwerende partijen aan Telenet tegen betaling (geschatte waarde 350 miljoen euro). Verwerende partijen blijven eigenaar van het kabelnet, maar geven voor 38 jaar via een erfpacht het volledige genotsrecht op het kabelnet aan Telenet. Telenet betaalt een eenmalige vergoeding, een jaarlijkse vergoeding voor kosten en afschrijvingen en een vergoeding op geïnvesteerd kapitaal. Verwerende partijen blijven instaan, eveneens tegen vergoeding, voor beheer, onderhoud, uitbreiding en opwaardering van het kabelnet.

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

3.5. Ingevolge een persbericht dat met betrekking tot het principeakkoord is verspreid, stuurt de gedelegeerd bestuurder van Belgacom op 30 november 2007 aan de vier verwerende partijen een brief waarin hij verwijst naar het principeakkoord en om een gesprek verzoekt met het oog op het naar voor brengen van een alternatieve bieding.

De vier kabelmaatschappijen 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 voorkooprechten ten voordele van Telenet) en, anderzijds, gelet op het feit dat er met een samenwerking met Belgacom een monopolie tot stand zou komen.

De gedelegeerd bestuurder van Belgacom 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 mededin-

ging. Voorts wijst hij erop 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 wordt afgeleid", maar dat "wordt […] aanvaard dat bijzondere redenen kunnen rechtvaardigen dat een contractuele relatie wordt aangegaan zonder voorafgaande marktbevraging". Voor dit laatste wijst de nota op het geschil met Telenet, op de voorkooprechten vermeld in de inbrengakte ten voordele van Telenet, op zekere mededingingsrechtelijke aspecten en op de marktconforme waardering.

De raad van bestuur van Inter-Media stemt op 4 december 2007 in met het principeakkoord; 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 principeakkoord verder een definitief akkoord uit te werken.

3.7. Belgacom 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 dan de 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. Belgacom 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 voorstel gaat uit van een niet-exclusief, gedeeld gebruik van de kabel voor televisiediensten.

3.9. Op 1 februari 2008 dient Belgacom voorliggend beroep tot nietigverklaring A.186.951 in tegen de *sub* 3.6 vermelde beslissingen van de raden van bestuur van verwerende partijen, waarvan zij ook de schorsing van de tenuitvoerlegging vordert. Bij tussenarrest nr. 183.265 van 22 mei 2008 verwerpt de Raad van State deze 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 Belgacom een brief aan verwerende partijen waarin hij een nieuw niet-bindend en voorwaardelijk bod doet op de televisieklanten en niet-exclusieve gebruiksrech-

ten 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 televisieklanten 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, "over de verdere uitwerking van de krijtlijnen zoals uiteengezet in het Principeakkoord". Tegenover het oorspronkelijk bod van het principeakkoord ten belope van 350 miljoen euro wordt 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, zijnde de activiteit die bestaat uit de distributie, commercialisering en levering van informatie- en communicatiesignalen, voorziening en levering van audio- en televisiesignalen en de uitbating van een kabelTV-netwerk),
- een overeenkomst per kabelmaatschappij houdende de vestiging van een recht van erfpacht over de integrale capaciteit van het kabelnet,
- 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.

De inhoud van de overeenkomst overdracht bedrijfstak en van de erfpachtovereenkomst zijn in een toelichtende nota bij de voorgenomen transactie aan de leden van de raad van bestuur van elke betrokken kabelmaatschappij op nagenoeg gelijkluidende wijze samengevat, bijvoorbeeld in het geval van WVEM:

> "3 Overeenkomst Overdracht Bedrijfstak
> De Overeenkomst Overdracht Bedrijfstak zet de afspraken uiteen die tussen partijen gemaakt worden omtrent de overdracht van de TV-activiteiten van de WVEM, zijnde de activiteit die bestaat uit de distributie, commercialisering en levering van informatie- en communicatiesignalen, voorziening en levering van audio- en televisiesignalen en de uitbating van een kabelTV-netwerk in het Gebied (in de overeenkomst gedefinieerd als de 'ICS-Activiteit').
> Mogelijkerwijze zal de overdracht van de ICS-Activiteit verlopen overeenkomstig de procedure van art. 770 W.Venn. (zijnde de procedure voor overdracht van een bedrijfstak).
> De WVEM zal op datum van ondertekening van de overeenkomst bepaalde verklaringen en garanties afleggen (vennootschapsrechtelijk bestaan van de WVEM, de bekwaamheid van de WVEM om de overeenkomst te sluiten en uit te voeren, het feit dat de overeenkomst geen schending uitmaakt, mbt. activa, activiteiten, vergunningen en licenties, verbintenissen en contracten, litiges, kabelnet).
> De Overeenkomst Overdracht Bedrijfstak voorziet in een specifiek vergoedingsmechanisme in geval van schendingen van de verklaringen en garanties, waarbij voorzien is in beperkingen in de tijd, een minimumbedrag en een drempel voor vorderingen en een plafond van aansprakelijkheid.
> Daarnaast zijn nog een aantal algemene bepalingen opgenomen die de aansprakelijkheid van de verkoper trachten te beperken (voorwaardelijke of potentiële schade, opbrengsten uit verzekeringen en schadevergoeding door derden worden meegeteld in de berekening van de schade van de koper, edm.).
> De overeenkomst voorziet in een hoofdelijke aansprakelijkheid van de WVEM en lnterkabel, waarbij deze hoofdelijkheid evenwel beperkt is tot het respectieve aandeel van de WVEM en lnterkabel in het aandeel van de mede-eigendom tussen de WVEM en Interkabel over het kabelnet.
> In de Overeenkomst Overdracht Bedrijfstak is een regeling opgenomen indien zich tussen het ogenblik van ondertekening van de overeenkomst en de datum van closing nog nieuwe feiten zouden voordoen die een schending uitmaken van de verklaringen en garanties van de WVEM.

Indien deze nieuwe feiten niet te wijten zijn aan de WVEM of Interkabel, geven deze in principe geen aanleiding tot een vergoeding vanwege de WVEM ten aanzien van Telenet. Indien deze feiten of aangelegenheden een bepaald bedrag overschrijden, heeft Telenet de mogelijkheid de Overeenkomst Overdracht Bedrijfstak te beëindigen.
Er is een specifieke procedure uitgewerkt voor de hypothese waarin (de uitvoering van) de overeenkomst verboden, beperkt, gewijzigd, voorkomen of uitgesteld wordt ingevolge procedures ingesteld door derden. De overeenkomst voorziet thans in een regeling waarbij, indien de WVEM en/of Interkabel aansprakelijk gesteld zouden worden en gedwongen zouden worden tot het betalen van een schadevergoeding op grond van de argumentatie dat geen marktbevraging georganiseerd werd, Telenet de WVEM en/of Interkabel (onder bepaalde omstandigheden en volgens bepaalde modaliteiten) voor dergelijke aansprakelijkheid zal vrijwaren.
In de overeenkomst is een niet-concurrentiebeding opgenomen voor een periode van 5 jaar. Tevens is een exclusiviteitsbeding opgenomen voor de periode tussen de ondertekening van de overeenkomst en de closing datum waarbij de WVEM en Interkabel de verbintenis aangaan om geen voorstel of aanbod van derde partijen uit te lokken, aan te moedigen of in overweging te nemen of om gesprekken aan te knopen of onderhandelingen op te starten met derde partijen om gelijkaardige overeenkomsten te sluiten als deze voorgenomen in de transactie met Telenet.
4 Erfpachtovereenkomst
De WVEM zal een recht van erfpacht vestigen over de integrale capaciteit van het kabelnet ten voordele van Telenet waardoor Telenet over de mogelijkheid zal beschikken om alle diensten aan te bieden over het kabelnet. Alle werken aan het kabelnet (waaronder onderhouds-, uitbreidings-, vervangingswerken) zullen door de WVEM uitgevoerd worden op vraag en op de uiteindelijke instructie (binnen de bepaalde parameters en overlegprocedures) van Telenet. De praktische modaliteiten van deze afspraken tussen de WVEM en Telenet werden verder uitgewerkt in een 'Technisch Memorandum' dat als bijlage aan de Erfpachtovereenkomst zal gehecht worden.
De vergoeding die de WVEM ontvangt voor de onderhouds- en herstellingswerken is forfaitair bepaald. De vervangings- en uitbreidingswerken worden door Telenet betaald aan kostprijs vermeerderd met een billijke vergoeding (vaste rentevoet over de looptijd van de overeenkomst). In de mate de financieringskost van de WVEM hoger zou kunnen liggen dan de vaste rentevoet, zal in een gepaste afdekking van dit financiële risico moeten voorzien worden *(hedging)*. De vervangings- en uitbreidingwerken worden mee opgenomen in de canonvergoeding (de jaarlijkse betaling voor het recht van erfpacht) en worden afgeschreven over een looptijd van 15 jaar.
De volledige capaciteit over het kabelnet wordt in erfpacht gegeven aan Telenet, hetgeen beoogt toekomstige discussies omtrent het openbreken van de kabel (verplichte toegang van derden tot het kabelnet) af te wentelen op Telenet. Het is Telenet die de verantwoordelijkheid op zich zal

dienen te nemen indien derde partijen toegang eisen tot (een deel van) de capaciteit van het kabelnet.
De Erfpachtovereenkomst voorziet dat de WVEM op een beperkt deel van de capaciteit van het kabelnet bepaalde limitatief omschreven diensten kan blijven aanbieden aan bepaalde openbare instellingen (zgn. LIPIS-diensten).
Als garantie voor het behoud van de kwaliteit van het kabelnet, is voorzien in een benchmark ten aanzien van het kabelnet van Telenet. Meer bepaald is voorzien dat het kabelnet van de WVEM op minstens hetzelfde niveau moet gehouden worden als het netwerk van Telenet. Er is een aparte regeling uitgewerkt voor de Telenet benchmark in afgelegen gebieden (in zulke gebieden gelden dezelfde maatstaven als degene die Telenet voor haar eigen netwerk gebruikt, en moet het kabelnet van de WVEM derhalve op hetzelfde niveau gehouden worden als het netwerk van Telenet in dergelijke gebieden).
De Erfpachtovereenkomst bepaalt dat, indien afbreuk wordt gedaan aan de rechten die Telenet ontleent aan deze Erfpachtovereenkomst, de kabelmaatschappijen Telenet zullen vergoeden voor dergelijke verliezen.
Indien een bepaalde gemeente zou willen uittreden uit de WVEM, behoudt zij deze mogelijkheid, doch is zij wel verplicht om alle aan het kabelnet verbonden rechten en verplichtingen mee over te nemen (m.i.v. het recht van erfpacht gevestigd op het kabelnet). Schade veroorzaakt aan Telenet die specifiek het gevolg is van het uittreden van een gemeente uit de WVEM, zal door de betreffende gemeente vergoed moeten worden, en niet door de WVEM in het algemeen.
In de Erfpachtovereenkomst zijn onder bepaalde welomschreven voorwaarden instaprechten voorzien voor de financiers van Telenet.
De beslissing om een recht van erfpacht toe te kennen op het kabelnet, impliceert tevens de beslissing om het kabelnet te desaffecteren. Alhoewel er onduidelijkheid bestaat over de vraag of het kabelnet van de WVEM behoort tot het openbaar domein, wordt voor alle duidelijkheid aan de raad van bestuur voorgesteld om expliciet de beslissing te nemen het kabelnet te desaffecteren. In ieder geval is het zo dat in het licht van de voorgenomen transactie de WVEM zich voortaan uitsluitend zal toeleggen op het onderhoud, de uitbreidings- en vervangingswerken aan het kabelnet. De commerciële uitbating van het kabelnet wordt volledig overgeheveld naar Telenet, hetgeen tevens impliceert dat het daaraan verbonden commerciële risico (o.a. churn risico, problematiek van unbundling) volledig ten laste valt van Telenet."

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

- De raad van bestuur van Inter-Media merkt op dat hij op 4 december 2007 het principeakkoord heeft goedgekeurd en op gemotiveerde wijze heeft beslist 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 Inter-Media op 4 december 2007 gemotiveerd heeft beslist 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 stelt vast "dat de thans voorliggende overeenkomsten overeenstemmen met de principes en krijtlijnen zoals opgelegd en beslist door de raad van bestuur van Inter-Media op 4 december 2007" en beslist "dat deze overeenkomsten in nadere uitvoering van voormelde beslissing worden goedgekeurd". Tenslotte roept de raad van bestuur van Inter-Media een algemene vergadering samen op 29 september 2008 om bepaalde overeenkomsten goed te keuren en merkt hij op dat deze overeenkomsten slechts door de algemene vergadering zullen zijn goedgekeurd met een driekwartmeerderheid.

- 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 driekwartmeerderheid 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 driekwartmeerderheid 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 heeft beslist geen marktbevraging te organiseren. Ook hij meent op dezelfde gronden dat de brief van Belgacom niet meer in overweging kan worden genomen. Hij keurt de overeenkomsten goed en roept een algemene vergadering samen op 30 september 2008 om bepaalde overeenkomsten met een drie vierde 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 verzoekster aangevochten in de zaak A.189.179. Bij arrest nr. 188.272 van 27 november 2008 verwerpt de Raad van State de gevorderde schorsing van tenuitvoerlegging van deze beslissingen. Bij arrest nr. 200.366 van 2 februari 2010 is het debat, wat het onderzoek ten gronde betreft, heropend.

3.14. In het vonnis van de rechtbank van eerste aanleg van Antwerpen van 6 april 2009 wordt geoordeeld dat verzoekster geen belang heeft bij de nietigverklaring van de overeenkomsten die het voorwerp van de transactie uitmaken. Tegen dit vonnis heeft verzoekster beroep ingesteld, dat nog hangende is.

3.15. Het cassatieberoep tegen het *sub* 3.10 vermeld arrest van 4 juni 2008 van het hof van beroep van Antwerpen is met arrest van 24 september 2010 verworpen.

IV. Pleitnota

4.1. De verwerende partijen hebben na de wisseling van de laatste memories maar voor de openbare terechtzitting een pleitnota aan de Raad van State bezorgd.

4.2. Het besluit van de Regent van 23 augustus 1948 tot regeling van de rechtspleging voor de afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State voorziet niet in de mogelijkheid om een dergelijke nota als een processtuk neer te leggen.

Het is de partijen echter wel toegestaan om nieuwe feiten, die een invloed kunnen hebben op de ontvankelijkheid of de gegrondheid van het beroep, aan de Raad van State ter kennis te brengen. In zoverre de pleitnota op dergelijke feiten betrekking heeft, kan ze dan ook bij de zaak worden betrokken.

In zoverre de pleitnota geen betrekking heeft op dergelijke feiten wordt ze niet als een processtuk in aanmerking genomen, maar als een loutere inlichting en als de schriftelijke neerslag van de mondelinge uiteenzetting van verwerende partijen ter zitting, en behoeft ze geen formeel antwoord.

V. Voorwerp van de beroepen en samenvoeging

5. In de eerdere schorsingsprocedures is reeds er vanuit gegaan dat het principeakkoord, zoals de benaming al doet begrijpen, geen eindbeslissing is maar te begrijpen is als een stap tijdens de onderhandelingen tussen verwerende en tussenkomende partijen die hun marsrichting naar definitieve overeenkomsten moest verduidelijken. Evenwel is ook aangenomen dat uit dit akkoord en de bestreden beslissingen in de zaak A.186.951 al wel eenduidig de aanvechtbare vóórbeslissing bleek om slechts met één preferentiële partner -Telenet- besprekingen te voeren en om alleszins niet met Belgacom gesprekken aan te knopen.

Geen der partijen heeft deze zienswijze naderhand nog tegengesproken -enkel argumenteert verzoekster dat haar beroep in de tweede zaak óók tegen door haar aanvechtbare beslissingen is gericht, zonder hieruit te concluderen dat de in de eerste zaak bestreden beslissingen, en dus dat beroep, zonder voorwerp zijn geworden.

De Raad ziet geen reden om zijn opvatting ter zake thans te wijzigen. De verwerende partijen hebben na te hebben ingestemd met het principeakkoord naderhand verder onderhandeld, wat heeft geresulteerd in de tweede reeks beslissingen van 27 juni 2008 om goedkeuring te hechten aan en opdracht te geven tot het sluiten van de diverse hiervóór opgesomde overeenkomsten. Die onderhandelingen hadden uitsluitend betrekking op de tussen verwerende partijen en Telenet te maken afspraken en hebben in die mate tot de nieuwe reeks beslissingen geleid. Aan de optie om de markt niet ruimer open te stellen is daarbij niet getornd, zelfs is ze niet meer opnieuw in vraag gesteld, laat staan onderworpen aan een "nieuw en volwaardig onderzoek" zoals verzoekster het meent. Integendeel valt de Raad verzoekster bij waar zij in de zaak A.189.179 schrijft in het inleidend verzoekschrift en herhaalt in de memorie van wederantwoord, dat "[de] Kabelmaatschappijen […] Belgacom's bod weliswaar nooit, zo blijkt nu, in aanmerking genomen [hebben]".

De uit de in de zaak A.186.951 bestreden beslissingen blijkende weigering om een marktbevraging te organiseren en, meer bepaald, om met Belgacom te onderhandelen, is een eenzijdige rechtshandeling die voor verzoekster dadelijk nadelige rechtsgevolgen heeft. Ze verschijnt dan ook als een aanvechtbare vóórbeslissing in de complexe verrichting die tot de finale transactie moet leiden.

6. Volgens de verwerende partijen heeft verzoekster dan weer geen belang om de met het tweede beroep aangevochten beslissingen aan te vechten, omdat waar het haar wezenlijk om te doen is reeds en uitsluitend is besloten in de eerste reeks bestreden beslissingen. Volgens tussenkomende partij, die eenzelfde exceptie inzake het belang opwerpt, is het tweede beroep om diezelfde reden daarenboven ook laattijdig.

Verzoekster houdt in de memorie van wederantwoord een breedvoerig betoog om deze excepties te weerleggen.

Het auditoraatsverslag besteedt aan de excepties geen aandacht, wat verzoekster in haar laatste memorie doet aannemen dat het auditoraat ze impliciet verwerpt vermits zijn verslag op de grond van de middelen ingaat.

Het stilzwijgen in hun laatste memorie, door verwerende partijen, en het nalaten door tussenkomende partijen om nog een laatste memorie in te dienen, doet voorts de vraag rijzen of zij de excepties nog wel handhaven.

Voor de Raad van State volstaat het evenwel op te merken dat, zoals hij reeds heeft gewezen in algemene vergadering van de afdeling bestuursrechtspraak in het arrest nr. 152.174 van 2 december 2005 inzake Amec Spie, een verzoekende partij die een griefhoudende vóórbeslissing aanvecht slechts belang behoudt voor zover zij ook de eindbeslissing van de complexe administratieve verrichting in de rechtsstrijd betrekt. Had verzoekster de eindbeslissingen ongemoeid gelaten, dan zou zij uit de inwilliging van het eerste beroep geen voordeel meer puren. Die vaststelling volstaat om de excepties af te wijzen en het tweede beroep ontvankelijk te achten.

Er is bijgevolg hoe dan ook geen reden om, zoals verzoekster in de memorie van wederantwoord vraagt, de beoordeling van de ontvankelijkheid aan de algemene vergadering van de afdeling bestuursrechtspraak voor te leggen.

7. Een en ander verantwoordt bovendien dat de beide zaken samen worden behandeld en dat er in één arrest uitspraak over wordt gedaan, des te meer aangezien verzoekster in de tweede zaak als enig middel de grief aanvoert die zij in de eerste zaak als eerste middel heeft uiteengezet.

VI. Verzoek tot het opleggen van onderzoeksmaatregelen

A. Vertrouwelijke stukken

8. Het principeakkoord, bepaalde powerpointpresentaties ten behoeve van de raden van bestuur van verwerende partijen en delen van de finale overeenkomsten tussen Telenet en verwerende partijen zijn door deze laatsten als vertrouwelijk aangemerkt.

B. Inzage door de Raad van State

9.1. Verzoekster houdt in haar memories van wederantwoord een uitvoerig algemeen betoog over het recht op een eerlijk proces, met verwijzing naar rechtspraak van het Grondwettelijk Hof en het Hof van Justitie, om te besluiten dat "minstens een gedeconfidentialiseerde versie van de [bedoelde] documenten wordt overgelegd" aan de Raad van State zelf.

9.2. Deze uiteenzetting mist echter pertinentie. Immers zijn de bedoelde documenten wel degelijk door de verwerende partijen afzonderlijk neergelegd in het administratief dossier, "voor inzage door de Staatsraden en de Eerste Auditeur".

C. Inzage door verzoekster

Probleemstelling

10.1. Verzoekster vordert evenwel ook, in de zaak A.186.951, dat de Raad van State bij wege van tussenarrest zou bevelen dat de kabelmaatschappijen een gedeconfidentialiseerde versie van het principeakkoord zouden vrijgeven en aan haar bezorgen. In de zaak A.189.179 vordert zij dat haar ook van de overeenkomsten een gedeconfidentialiseerde versie zou worden voorgelegd, "bij wege

van een tussenarrest en al dan niet na de aanstelling van een deskundige om die confidentialiteit te beoordelen".

10.2. Verwerende partijen stemmen met die vragen niet in. Zij wijzen erop, gehouden te zijn tot het bewaren van de vertrouwelijkheid van bepaalde informatie die door Telenet is verstrekt. Zij beogen, door neerlegging van een volledig dossier maar met een selectie van de niet-vertrouwelijke elementen, die confidentialiteitsverplichting alsmede de vrije mededinging te vrijwaren zonder afbreuk te doen aan de taak van de Raad van State. Volgens de verwerende partijen kan de gevraagde openbaarmaking schade toebrengen aan de rechtmatige commerciële belangen van Telenet en aan de eerlijke mededinging tussen ondernemingen. Het akkoord en de ter uitvoering daarvan gesloten overeenkomsten hebben inherent betrekking op gegevens die de bescherming moeten genieten die aan zakengeheimen is toegekend. Ze geven aan wat Telenet bereid is aan te bieden, wat zij bereid zijn te aanvaarden, wat de strategische keuzes zijn van Telenet met betrekking tot haar aanbod alsmede een aantal andere aspecten die op haar betrekking hebben (knowhow en ontwikkelingsgegevens). Het akkoord en de overeenkomsten behandelen financiële aspecten inzake waardering, kasstromen en werkkapitaal. Inzage van de overeenkomsten zou tot een volledige inzage van de financiële gegevens leiden. Volgens verwerende partijen volstaat de inzage van het persbericht dat een niet-vertrouwelijke samenvatting bevat van het akkoord, van de relevante uittreksels uit de notulen van de raden van bestuur en van de voor de procedure relevante uittreksels van de overeenkomsten, "met name die bepalingen die betrekking hebben op de goedkeuring door de algemene vergadering". Deze stukken volstaan om het verzoekster mogelijk te maken haar standpunt met betrekking tot de overeenkomst te bepalen, mede gelet op de aard van het enig middel dat in essentie het ontbreken van een marktbevraging tot voorwerp heeft. Bijkomende openbaarmaking van vertrouwelijke details van de overeenkomst biedt geen meerwaarde bij het uitwerken van de argumentatie.

10.3. Verzoekster repliceert hierop in de memories van wederantwoord dat zij zich moet kunnen verdedigen op basis van de stukken waar de pro-

cedure eigenlijk over gaat. Zij herinnert aan het recht op een eerlijk proces, beschermd door artikel 6 EVRM. In het kader daarvan moet zij "kunnen vaststellen wat precies de draagwijdte van de aan de gang zijnde transactie is en welke rechten werden toegekend of zullen worden toegekend":

> "Hierna zal, bijvoorbeeld, blijken dat de Kabelmaatschappijen en Telenet menen dat de overeenkomst als een erfpachtovereenkomst moet worden beschouwd. Zij menen dat de transactie tegemoet komt aan bepaalde Voorkeur- en Voorkooprechten met een precieze draagwijdte […]. Belgacom kan de gegrondheid van die affirmatie niet nagaan en er zich niet tegen verweren indien zij in de overeenkomst geen inzage heeft."

en:

> "Volgens een vaste rechtspraak van het Hof van Justitie is echter het werkelijk voorwerp van de overeenkomst doorslaggevend om de kwalificatievraag te beantwoorden. Door Belgacom inzage in de overeenkomsten te ontzeggen, ontnemen de Kabelmaatschappijen en Telenet de mogelijkheid om haar standpunt, dat de overeenkomst een concessie voor het beheer van een openbare dienst is, te volle te verdedigen."

In de laatste memories bespreekt verzoekster de rechtspraak van de Raad van State met betrekking tot de vertrouwelijkheid van stukken. Zij leest hierin dat een verwerende partij secuur moet aangeven waarom voor het debat noodzakelijke stukken niet vrijgegeven mogen worden. Volgens haar komen de verwerende partijen in deze zaak hieraan niet toe: wat zij als verweer bijbrengen zijn loutere stijlformules.

Verzoekster beklemtoont dat het stuk 6 in de zaak A.186.951, waarvan zij de vrijgave vordert, het voorwerp zelf vormt van de debatten:

> "Het is niet alleen de verantwoording waarom de transactie alleen met Telenet werd gesloten die relevant is. Het is de inhoud van de transactie zelf (waarmee de verantwoording in overeenstemming moet zijn) die moet toelaten te oordelen of er dwingende redenen van algemeen belang zijn of een objectieve en redelijke verantwoording die zouden toelaten de uit het gelijkheids-, niet-discriminatie en transparantie-verplichting voortvloeiende plicht tot het organiseren van een marktbevraging te miskennen."

Beoordeling

11.1. Vastgesteld zij, vooraf, dat het motief gesteund op de mededingingsrechtelijke bezwaren "niet dient onderzocht te worden" volgens het auditoraatsverslag, aangezien het auditoraat van oordeel is dat een ander opgegeven motief zowel wettig als afdoende is om de bestreden beslissing te schragen en dus de marktbevraging af te wijzen. De Raad van State zal zich thans eerst uitspreken over de conclusies van het auditoraatsverslag en zal zich bijgevolg thans niet uiten over voornoemd op het mededingingsrecht gesteund motief. In voorkomend geval -namelijk indien blijkt dat de conclusies van het auditoraatsverslag geen oplossing van het geschil bieden- zal het auditoraat met een aanvullend onderzoek worden belast. Om die reden is het inzicht van de Raad dat hij zich ook nog niet heeft uit te spreken over de vraag of in het licht van het beginsel van de tegenspraak, dit middelonderdeel mag worden beoordeeld zonder verzoekster, "al dan niet na de aanstelling van een deskundige" zoals zij zelf stelt, inzage te geven in bepaalde vertrouwelijke stukken.

11.2. Het motief dat steunt op het marktconform karakter van de waardering dan weer, is om de redenen die hierna *sub* 23.3 aan bod komen en die vreemd zijn aan de vertrouwelijkheid van bepaalde documenten, niet op ontvankelijke wijze bestreden. Het kan bijgevolg geen verantwoording bieden om de vertrouwelijkheid van sommige stukken te lichten.

12.1. Hierna wordt het door het auditoraat wél besproken element van de door verwerende partijen gegeven verantwoording, dat verzoekster ook als ondeugdelijk bestempelt, nader onderzocht. Dit motief betreft in essentie het geschil met Telenet, in samenhang met de voorkooprechten van Telenet uit de inbrengakte van 1996. Om de redenen die hierna worden uiteengezet, verantwoordt het tegen dit motief aangevoerde middelonderdeel niet dat de vertrouwelijke gegevens vrijgegeven moeten worden en dat de gedeeltelijk openbaar gemaakte stukken niet kunnen volstaan.

12.2. Belgacom bestrijdt in wezen het ontbreken van elke marktbevraging, die haar heeft verhinderd zelfs maar kandidaat te zijn. Zij streeft na, alsnog een marktbevraging te kunnen afdwingen. Met verwerende partijen moet dan ook worden vastgesteld dat het vrijgeven aan verzoekster van de door Telenet aan hen meegedeelde zakengeheimen, een marktverstorend voordeel aan verzoekster zou bezorgen en de eerlijke mededinging ernstig in het gedrang zou brengen, indien het beroep ingewilligd zou worden.

De omvang van de transactie ten belope van meer dan 400 miljoen euro en de bitse strijd tussen de twee grootste concurrenten op de markt voor televisie -en, bij uitbreiding, voor de zogenaamde *triple play* bundels- doet de verwijzing naar de financiële gegevens, naar de knowhow en naar de ontwikkelingsgegevens in de als vertrouwelijk aangemerkte documenten en naar de erin opgenomen strategische keuzes van Telenet niet gelijkstellen met loutere stijlformules. De eis van verzoekster dat verwerende partijen een en ander meer in detail uitleggen, "aan de hand van specifieke voorbeelden", mag niet leiden tot een situatie waarbij precies het vertrouwelijk karakter van de financiële gegevens en de strategische keuzes enkel bewezen kan worden door die gegevens te onthullen.

12.3. Al vindt verzoekster dat de bewijslast in de eerste plaats bij de verwerende partijen ligt, dan onderneemt zij toch ook opvallend geen concrete poging om aan te tonen waarom de tekst van de inbrengakte, de uittreksels uit de notulen van de raad van bestuur, de uitvoerige erbij gaande juridische nota en de gedeeltelijk openbaar gemaakte finale overeenkomsten, die haar allemaal wel zijn meegedeeld, haar toch niet voldoende in de gelegenheid kunnen stellen om haar zaak -zoals verwerende partijen opmerken: in essentie een marktbevraging kunnen afdwingen- te dienen.

12.4. In de memorie van wederantwoord heeft het enige concrete argument dat verzoekster aanbrengt om haar verzoek tot inzage kracht bij te zetten, betrekking op de mogelijkheid -of niet- om tot een kwalificatie van de met

Telenet gesloten overeenkomst als concessie of erfpachtovereenkomst te kunnen komen. Hierna *sub* 14 zal worden vastgesteld, dat de kwalificatie van de overeenkomst neutraal is ten aanzien van de aangevoerde grief en dus niet relevant voor de beoordeling van het middelonderdeel in kwestie. Des te minder kan ze reden zijn om inzage af te dwingen. Uit de wens om de met Telenet gesloten overeenkomst naar recht te kunnen kwalificeren als concessie, dan wel als erfpachtovereenkomst, kan verzoekster dan ook geen argument halen om haar inzage in de vertrouwelijke documenten te verlenen.

12.5. De inhoud en draagwijdte van de voorkooprechten van Telenet zijn aan verzoekster bekend aan de hand van de inbrengakte, waarin ze zijn opgenomen. Verzoekster reikt geen overtuigende reden aan waarom inzage van de vertrouwelijke stukken bijkomend voor haar noodzakelijk is, eensdeels, om de aard en toepasselijkheid van de door verwerende partijen ingeroepen uitzonderingsgrond te beoordelen en, anderdeels, om zich te verweren tegen de verantwoording dat het bestaan van deze voorkooprechten en het geschil daaromtrent tussen verwerende partijen en Telenet inpasbaar zijn in de bedoelde uitzonderingsgrond. Als zij er meer bepaald in de laatste memorie aanstoot aan neemt dat het auditoraatsverslag citeert uit de zogenaamde structuurverklaring - vertrouwelijk stuk 6*quinquies* van het administratief dossier in de zaak A.186.951- verduidelijkt zij niet waarom de gedeeltelijke inzage die zij wel verkreeg in dit stuk (stuk 6*bis* van het administratief dossier) en waarvan het geciteerde in het auditoraatsverslag slechts de weergave is, niet kan volstaan om haar betoog te onderbouwen.

12.6. In de laatste memories heet het ook, voor het eerst, dat inzage van de vertrouwelijke stukken eveneens nodig is om de overeenstemming van de transactie te kunnen nagaan met de gegeven verantwoording om af te zien van de marktbevraging. Hierin vergist verzoekster zich: de verantwoording dat er objectieve redenen zijn om voor de volledige overdracht van het genotsrecht op het kabelnet van de kabelmaatschappijen, inclusief de verkoop of overdracht van abonnees en van de broadcasting- en multimediale diensten, van marktbevraging

af te zien ligt immers besloten in de inbrengakte en het daarover gerezen geschil, waaromtrent zij niet beweert dat zij niet over alle informatie beschikt, en niet in de vertrouwelijk gebleven onderdelen van de overeenkomst.

12.7. Ten slotte alludeert verzoekster in de laatste memorie op een clausule waarvan zij het bestaan maar niet de inhoud zou kennen, waarbij de tussenkomende partijen aanvaarden om in de plaats van de verwerende partijen alle claims tussen 12,5 miljoen euro en 25 miljoen euro, en deze hoger dan 37,5 miljoen euro, voor hun rekening te nemen. Bij gebrek aan inzage in de stukken kan zij daarover geen standpunt innemen, aldus verzoekster. Welnu, dit verbaast. Immers kan verzoekster in niet vertrouwelijke stukken van het administratief dossier in de zaak A.189.179 (bij voorbeeld stuk nr. 33), zijnde toelichtende nota's aan de raden van bestuur van de kabelmaatschappijen voorafgaand aan de instemming met de finale overeenkomsten, wel degelijk lezen dat Telenet "onder bepaalde omstandigheden en volgens bepaalde modaliteiten" de verwerende partijen "voor dergelijke aansprakelijkheid zal vrijwaren", namelijk indien de kabelmaatschappijen "aansprakelijk gesteld zouden worden en gedwongen zouden worden tot het betalen van een schadevergoeding op grond van de argumentatie dat geen marktbevraging georganiseerd werd". De Raad van State ziet niet in welke meerwaarde de kennis van de exacte "omstandigheden" en "modaliteiten" kan hebben, om aan het bestaan van deze vrijwaringsclausule de kritiek te kunnen ontlenen die verzoekster meent te moeten uiteenzetten. Overigens stelt de Raad vast dat verzoekster, zelfs zonder inzage in het vertrouwelijk stuk, verraadt al kennis te hebben van de bedragen waarover het gaat.

13. Het verzoek wordt in de huidige stand van de procedure afgewezen.

VII. De kwalificatie van de transactie met Telenet

14.1. In het inleidend verzoekschrift in de zaak A.186.951 wijst verzoekster erop dat de bestreden transactie met Telenet een erfpachtovereenkomst

heet te zijn, dat overeenkomstig de rechtspraak van het Hof van Justitie evenwel het werkelijk voorwerp bepalend is voor de kwalificatievraag en dat zowel overeenkomstig "de algemene criteria op grond waarvan zo'n overeenkomst wordt geïdentificeerd als op grond van de rechtspraak van de Raad van State, [moet] worden aangenomen dat de bestreden beslissingen een transactie op gang zullen brengen die in het toekennen van een concessie voor het beheer van een openbare dienst zal uitmonden".

Zij besluit evenwel dat betoog als volgt:

> "Ook indien de overeenkomst niet als een concessie voor het beheer van een openbare dienst moet worden beschouwd […] is aan te nemen dat die overeenkomst […] door openbaarmaking moet worden voorafgegaan. Uit de rechtspraak blijkt immers dat het beginsel van openbaarmaking, zoals het wordt afgeleid uit het gelijkheids-, niet-discriminatie en transparantiebeginsel, ook andere overheidscontracten, zoals het toestaan van zakelijke rechten op onroerend goed of het toestaan van een domeinconcessie, van toepassing is."

In de memorie van antwoord erkennen de verwerende partijen dat "het Hof van Justitie [heeft] aanvaard dat overheidsinstanties die overeenkomsten sluiten die van de werkingssfeer van de richtlijnen met betrekking tot de overheidsopdrachten zijn uitgesloten, toch de fundamentele regels van het EG-verdrag in het algemeen in acht moeten nemen", en meer specifiek de in het middel aangevoerde, uit het primair gemeenschapsrecht afgeleide beginselen van gelijkheid, niet-discriminatie en transparantie. Al betwisten verwerende partijen wel de kwalificatie van de transactie als concessie, hun verweer spitst zich vervolgens toe op de vraag of thans een geval voorligt waarbij "wettig voorbij gegaan [mag] worden aan de transparantie- en inmededingingstellingverplichting" omdat die uitzonderingen gelden ongeacht de aan de transactie gegeven kwalificatie.

In de zaak A.189.179 herneemt verzoekster het middel, maar herhaalt zij in het inleidend verzoekschrift niet meer haar betoog met betrekking tot de kwalificatie van de transactie. Thans zet zij uiteen dat "het beginsel van

openbaarmaking, zoals het wordt afgeleid uit het gelijkheids-, niet-discriminatie en transparantiebeginsel, in beginsel op alle overheidscontracten […] van toepassing is" en dit "[o]ngeacht de kwalificatie van het akkoord tussen Telenet en de Kabelmaatschappijen". Zij stelt zelf vast dat de kabelmaatschappijen "in voorgaande procedures nooit betwist [hebben] dat zij voor de totstandbrenging van het akkoord […] in beginsel aan de principes van gelijkheid, inmededingingstelling en het transparantiebeginsel onderworpen zijn", hetgeen "een passende mate van openbaarmaking [impliceert]".

Ook in de zaak A.189.179 herhalen verwerende partijen in de memorie van antwoord dat "zowel in de ene als in de andere hypothese rekening gehouden [dient] te worden met het gelijkheids- en transparantiebeginsel".

14.2. Het auditoraatsverslag komt insgelijks tot deze uitkomst:

> "Zoals gesteld in het auditoraatsverslag [over de schorsing in de zaak A.186.951] is de betwisting inzake het juridisch statuut van het principeakkoord niet determinerend voor het onderzoek van de geschonden geachte regels, in casu beginselen afgeleid uit het gelijkheidsbeginsel met name de verplichte marktbevraging of in mededingingstelling en het transparantiebeginsel. Verzoekende partij deelt dat standpunt aangezien zij in punt 70 van haar verzoekschrift stelt dat 'ook indien de overeenkomst niet als een concessie voor het beheer van een openbare dienst moet worden beschouwd, aan te nemen is dat die overeenkomst, of zij nu de vorm van een overdracht van een bedrijfstak aanneemt of niet, door openbaarmaking moet worden voorafgegaan' en dat 'uit de rechtspraak immers blijkt dat het beginsel van openbaarmaking, zoals het wordt afgeleid uit het gelijkheids-, niet-discriminatie- en transparantiebeginsel, ook andere overheidcontracten, zoals het toestaan van zakelijke rechten op onroerend goed of het toestaan van een domeinconcessie, van toepassing is'. Verwerende partijen delen ook dat standpunt aangezien zij, ongeacht of het hier een concessie van openbare dienst betreft, de toepassing van het gelijkheidsbeginsel en haar uitvloeisels zoals de vrijheid van vestiging en van diensten alsmede het niet-discriminatiebeginsel in casu erkennen (cf. het nummer 67 van hun memorie). Tussenkomende partijen delen eveneens dat standpunt aangezien zij, ongeacht of het hier al dan niet een concessie van openbare dienst betreft, stellen dat verwerende partijen het gelijkheidsbeginsel moeten eerbiedigen hetgeen veronderstelt dat potentiële gegadigden zonder discriminatie worden behandeld (cf. het nummers 71 van hun memorie)."

14.3. De Raad van State ziet ook geen reden om de toepasselijkheid van de aangevoerde bepalingen en beginselen en de interpretatie ervan, in overeenstemming met de rechtspraak van het Hof van Justitie, afhankelijk te stellen van het antwoord op de kwalificatievraag. Ze wordt dan ook niet nader onderzocht.

14.4. Dit heeft tot gevolg dat de door verzoekster in de laatste memorie en de door verwerende partijen ter terechtzitting voorgestelde prejudiciële vraagstelling aan het Hof van Justitie "betreffende de kwalificatie van de transactie" niet noodzakelijk is om een arrest te kunnen vellen, en dat op deze verzoeken bijgevolg niet wordt ingegaan.

VIII. Onderzoek van de middelen

Vooraf

15. In de zaak A.186.951 voert verzoekster in het inleidend verzoekschrift twee middelen aan. In de memorie van wederantwoord doet zij evenwel uitdrukkelijk afstand van het tweede middel. In de zaak A.189.179 voert zij in een enig middel de schending aan van dezelfde bepalingen en beginselen als in het eerste middel in de zaak A.186.951, welke zij vervolgens haast woordelijk identiek uitwerkt en toelicht zodat het middel, zoals reeds is opgemerkt, samenvalt met het eerste middel in de eerste zaak. Gemakshalve kan hierna dan ook de bespreking worden beperkt tot "het middel".

Standpunt van de partijen

16.1. Het nog te onderzoeken middel is geput uit de schending van het EG-verdrag, namelijk van de artikelen 43 (thans artikel 49 VWEU) en 49 (thans artikel 56 VWEU), van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, van de algemene beginselen van gelijkheid, non-discriminatie en transparantie, van de

materiële motiveringsplicht en van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, "inzonderheid het evenredigheidsbeginsel".

16.2. Verzoekster geeft in de zaak A.186.951 van het middel de volgende samenvatting:

> "Samenvatting van het middel
> 49. Uit het feitenrelaas is gebleken dat de bestreden beslissingen tot gevolg hebben dat de Zuivere Kabelmaatschappijen zonder enige marktbevraging of mededinging een overeenkomst houdende de overdracht van televisie-activiteiten, abonnees en bijkomende rechten op de kabelnetwerken van de Kabelmaatschappijen met een private partij, Telenet, zullen sluiten. Daarenboven hebben de bestreden beslissingen tot gevolg dat Belgacom het recht wordt ontzegd een bieding uit te brengen.
> 50. De overeenkomst houdende de overdracht van televisie-activiteiten, abonnees en bijkomende rechten op de kabelnetwerken moet evenwel als een concessie voor het beheer van een openbare dienst of een concessie voor dienstverlening worden gekwalificeerd. De Zuivere Kabelmaatschappijen moeten als Aanbestedende Overheden in de zin van artikel 4 van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten (hierna 'de Overheidsopdrachtenwet') worden beschouwd. Het toekennen van een concessie voor het beheer van een openbare dienst door een Aanbestedende Overheid valt niet […] onder [de] werkingssfeer van de overheidsopdrachtenwet maar onder de werking van het gelijkheids-, niet-discriminatie en transparantie-beginsel. Uit die beginselen vloeit de verplichting voort om het toekennen van een concessie voor het beheer van een openbare dienst door marktbevraging of mededinging vooraf te doen gaan. In de bewoordingen van het Hof van Justitie impliceert dit de verplichting te garanderen dat 'iedere kandidaat-bieder de gelegenheid en gelijke kansen heeft gehad om een bod te doen en de ingediende offertes objectief werden vergeleken'.
> 51. Aangezien de Zuivere Kabelmaatschappijen Aanbestedende Overheden in de betekenis van de Overheidsopdrachtenwet zijn, zijn de Kabelmaatschappijen er, overeenkomstig de artikelen 43 (recht van vestiging) en 49 (vrij verrichten van diensten) van het EG-verdrag, de artikelen 10 en 11 van de Grondwet en het daaruit voortvloeiende gelijkheids-, niet-discriminatie en transparantiebeginsel, toe gehouden om aan de toekenning van een concessie voor het beheer van een openbare dienst marktbevraging of mededinging vooraf te doen gaan. Indien de overeenkomst niet als een concessie voor het beheer van een openbare dienst maar, zoals de Zuivere Kabelmaatschappijen beweren, als een erfpachtovereenkomst zou moeten worden gekwalificeerd, zou het besluit overigens niet anders moeten zijn. Ook in dat geval moet aan het sluiten van die overeenkomst mededinging vooraf gaan.

> 52. Doordat de Zuivere Kabelmaatschappijen dit hebben nagelaten maar zonder enige vorm van openbaarmaking, marktbevraging of mededinging hun televisie-activiteiten, abonnees en bijkomende rechten op hun kabelnetwerken aan een private onderneming zullen overdragen en doordat zij Belgacom het recht ontzeggen om een alternatieve bieding uit te brengen schenden zij de artikelen 43 en 49 van het EG-verdrag, de artikelen 10 en 11 van de Grondwet en het uit die bepalingen van voortvloeiende gelijkheids-, niet-discriminatie- en transparantiebeginsel."

16.3. Verzoekster herneemt in de toelichting bij het middel dat de bestreden beslissingen uitdrukking geven aan een overdracht van rechten op het kabelnetwerk en abonnees van de zuivere kabelmaatschappijen die door een openbare marktbevraging of mededinging vooraf moet worden gegaan. De kabelmaatschappijen kunnen de schending van de aangevoerde beginselen volgens verzoekster niet rechtvaardigen. Zij overloopt de door de verwerende partijen ingeroepen rechtvaardiging en onderwerpt de twee motieven die zij ontwaart aan kritiek:

- de zogenaamde voorkeur- of voorkooprechten die uit de inbrengakte uit 1996 voortvloeien zijn niet van toepassing of, minstens, strijdig met de openbare orde en kunnen derhalve geen directe toekenning aan Telenet rechtvaardigen en
- het argument dat een bieding van Belgacom op mededingingsrechtelijke bezwaren zou stuiten doet niet ter zake en kan derhalve een directe toekenning aan Telenet evenmin rechtvaardigen.

Over het eerste motief merkt verzoekster op dat geen (mede-)eigendomsrechten worden overgedragen zoals bedoeld in de inbrengakte, maar enkel genots- of gebruiksrechten op de kabelnetwerken worden toegestaan, naast een overdracht van abonnees en televisieactiviteiten. De voorkeur- en voorkooprechten waarop de kabelmaatschappijen en Telenet zich beroepen zijn op de transactie bijgevolg niet van toepassing.

In ieder geval "[zijn] loutere contractuele afspraken tussen partijen geen dwingende redenen van openbaar belang [en kunnen ze] dus alleszins geen uitzonderingen op de vrijheid van vestiging en het vrij verkeer van diensten

en de daaruit afgeleide gelijkheids-, anti-discriminatie- en transparantiebeginsel […] rechtvaardigen". Een dergelijke clausule komt erop neer dat de partijen zich als het ware verbintenisrechtelijk vrijstellen van de werking van publiekrechtelijke beginselen, wat des te minder aanvaardbaar is omdat de inbrengakte van 1996 "zelf door geen enkele vorm van mededinging of marktbevraging is vooraf gegaan":

> "Er moet dan ook worden besloten dat de zgn. voorkoop- of voorkeurrechten waarop de Zuivere Kabelmaatschappijen en Telenet zich beroepen op de tussen hen voorgenomen transactie niet van toepassing zijn. Die louter contractueel toegekende rechten kunnen de partijen hoe dan ook niet van de werking van het gelijkheids-, anti-discriminatie- en transparantiebeginsel en de daaruit voortvloeiende verplichting tot marktbevraging of mededinging vrijstellen. Zij zijn dan ook absoluut nietig. Elke rechtshandeling die grondslag vindt in die voorkeurrechten is dan ook door nietigheid ervan aangetast en is, bijgevolg, eveneens nietig."

Vervolgens gaat verzoekster uitvoerig in op het tweede motief, met betrekking tot de mededingingsrechtelijke bezwaren. Zoals hiervóór is opgemerkt, zal dit middelonderdeel enkel worden onderzocht in het geval een aanvullend auditoraatsverslag wordt bevolen.

16.4. In de zaak A.189.179 benadrukt verzoekster het feit dat zij een bod heeft gedaan, waarbij een technisch zeer haalbaar gedeeld gebruik is voorgesteld. Ofschoon met het bod geen rekening is gehouden, heeft het Telenet wel ertoe gebracht een hogere prijs te betalen dan waarvan eerst sprake. Dit ondermijnt volgens verzoekster het argument van de voorkeur- en voorkooprechten en van het beweerd marktconform karakter van het eerste bod. Het toont volgens verzoekster aan dat de kabelmaatschappijen hogere prijzen hadden kunnen bedingen indien zij de markt volop hadden laten spelen.

Volgens verzoekster kunnen de kabelmaatschappijen niet het bewijs leveren dat is voldaan aan de vier restrictief op te vatten voorwaarden,

volgend uit de rechtspraak van het Hof van Justitie, opdat de uitzondering waarop zij zich beroepen om geen marktbevraging te organiseren, gerechtvaardigd is:
- de beperkingen op de beginselen van vrijheid van vestiging en het vrij verrichten van diensten moeten hun rechtvaardiging vinden in dwingende redenen van algemeen belang,
- ze moeten geschikt zijn om de verwezenlijking van het nagestreefde doel te waarborgen,
- ze mogen niet verder gaan dan nodig ter bereiken van dat doel en
- ze moeten in elk geval zonder discriminatie worden toegepast.

De ingeroepen verantwoording houdt volgens verzoekster geen verband met dwingende redenen van algemeen belang, maar louter met persoonlijke belangen die de kabelmaatschappijen en Telenet eigen zijn.

17.1. Verwerende partijen antwoorden "dat objectieve redenen kunnen rechtvaardigen om af te wijken van de bekendmaking en inmededingingstelling" die zowel op grond van het Unierecht als in het licht van het internrechtelijk gelijkheidsbeginsel in principe verplicht zijn. Uit de interpretatieve mededelingen van de Europese Commissie, de rechtspraak van het Hof van Justitie en van de Raad van State en de standpunten van de advocaten-generaal bij voormeld Hof blijkt volgens de verwerende partijen "dat de toepassing van het gelijkheidsbeginsel niet uitsluit dat een contract toch zonder voorafgaandelijk beroep op enige mededinging kan worden afgesloten indien de overheid 'daarvoor over precieze redenen beschikt die in feite juist en in rechte aannemelijk zijn'".

17.2. Prominent in hun analyse van het Unierecht is volgend uittreksel uit de conclusie van advocaat-generaal Stix-Hackl van 14 september 2006 bij de zaak C-532/03, Commissie t/ republiek Ierland (voor deze zaak niet relevante onderdelen en voetnoten zijn uit het citaat weggelaten):

> "C – Uitzonderingen en rechtvaardigingsgronden
> 86. Thans moet worden onderzocht, of de fundamentele vrijheden wegens de geringe gevolgen van de beperkingen niet zijn geraakt, of de verwerende lidstaat zich op één van de bepalingen van het Verdrag kan

beroepen die maatregelen van de lidstaten algemeen van de toepassing van het primaire recht uitsluiten, of één van de uitdrukkelijk in het Verdrag voorziene of door de rechtspraak erkende rechtvaardigingsgronden geldt, dan wel of artikel 86, lid 2, EG van toepassing is. Ten slotte moet worden onderzocht, of de uitzonderingen van de richtlijnen, in het bijzonder artikel 6 van richtlijn 92/50, als zodanig of analoog moeten worden toegepast.

1. Geringe gevolgen van de gunning

[…]

2. Uitdrukkelijk in het Verdrag opgenomen rechtvaardigingsgronden

[…]

90. Voorts kunnen de lidstaten een beroep doen op de in het Verdrag uitdrukkelijk opgenomen rechtvaardigingsgronden uit hoofde van artikel 46 EG juncto artikel 55 EG, zoals openbare orde of gezondheid. […]
91. Een op het openbaar gezag, dat wil zeggen op artikel 45 EG, gebaseerde rechtvaardiging vereist weer dat aan bepaalde voorwaarden wordt voldaan. Volgens vaste rechtspraak moeten de 'artikelen 45 EG en 55 EG, als afwijking van de fundamentele regel van vrijheid van vestiging, aldus (...) worden uitgelegd dat de strekking ervan wordt beperkt tot hetgeen strikt noodzakelijk is voor de belangen die de lidstaten op grond daarvan mogen beschermen'.
92. Volgens vaste rechtspraak moet de in deze artikelen voorziene afwijking beperkt blijven tot werkzaamheden die, op zich beschouwd, een rechtstreekse en specifieke deelneming aan de uitoefening van openbaar gezag vormen.
[…]

3. Niet uitdrukkelijk in het Verdrag opgenomen rechtvaardigingsgronden of gronden van algemeen belang

94. Volgens de rechtspraak van het Hof, welke in beginsel ook op overheidsopdrachten kan worden toegepast, kunnen beperkingen van de vrijheid van vestiging en het vrije verkeer van diensten gerechtvaardigd zijn, wanneer zij voldoen aan bepaalde voorwaarden.
95. Die beperkingen moeten, aldus deze rechtspraak, hun rechtvaardiging vinden in dwingende redenen van algemeen belang; zij moeten geschikt zijn om de verwezenlijking van het nagestreefde doel te waarborgen en zij mogen niet verder gaan dan ter bereiking van dat doel noodzakelijk is. Zij dienen in elk geval zonder discriminatie te worden toegepast.
96. In dit verband moet er echter op worden gewezen dat de verwerende lidstaat niet heeft vermogen aan te tonen dat de door het Hof erkende rechtvaardigingsgronden of gronden van algemeen belang, zoals

bijvoorbeeld de bescherming van consumenten, de gekozen handelwijze rechtvaardigen.
97. Ten slotte moet nog worden gewezen op de door het Hof ontwikkelde 'objectieve rechtvaardigingsgrond' [*voetnoot*: Arrest in zaak C‑231/03 […]: 'Wat de objectieve rechtvaardigingsgronden voor een dergelijke ongelijke behandeling betreft, zij opgemerkt dat de omstandigheid alleen dat de comune di Cingia de' Botti een deelneming van 0,97 % in het kapitaal van Padania bezit, geen objectieve rechtvaardigingsgrond oplevert'].
Het is niet nodig verder in te gaan op deze door het Hof niet nader gepreciseerde mogelijkheid om bepaalde regelingen van de lidstaten, en in het bijzonder de voorwaarden voor toepassing ervan, te rechtvaardigen, daar Ierland geen betoog in die zin heeft gevoerd."

17.3. Verwerende partijen betogen te steunen op een passende "objectieve rechtvaardigingsgrond", die "als een bijkomende, op zichzelf staande uitzonderingsgrond moet worden gezien". Volgens verwerende partijen hoeft de objectieve verantwoording bovendien niet noodzakelijkerwijze verband te houden met dwingende redenen van algemeen belang. Ook louter objectieve redenen kunnen rechtvaardigen om af te wijken van de bekendmaking en inmededingingstelling, met inbegrip van motieven die eigen zijn aan de specifieke opdracht of de betrokken partijen. Zij geven als voorbeelden de bijzondere positie van één kandidaat, objectieve bezwaren ten aanzien van andere bieders, technische redenen die verband houden met de opdracht of de bescherming van alleenrechten van een bepaalde ondernemer. De uitzonderingsgronden in de overheidsopdrachtenreglementering kunnen alle worden beschouwd als aanvaardbare rechtvaardigingsgronden voor contracten die niet onder de richtlijnen vallen. Volgens verwerende partijen moet het voorkeurrecht dat de inbrengakte van 1996 toekent aan Telenet "worden gezien als een alleenrecht c.q. als een juridisch-technisch motief dat werkelijke mededinging onrealiseerbaar maakt, hetgeen verantwoordt om af te zien van marktbevraging".

Verwerende partijen verwijzen naar en gaan in detail in op de argumenten die hun raden van bestuur ertoe hebben gebracht om geen marktbevraging te organiseren: de goedkeurings- en voorkooprechten van Telenet bij gehele of gedeeltelijke overdracht van rechten in het kabelnet, het voorkeurrecht

van Telenet bij toekennen aan derden van gebruiksrechten voor multimediadiensten, het geschil tussen hen en Telenet omtrent de interpretatie van de inbrengakte, de marktconforme waarde zoals die tot uitdrukking komt in het principeakkoord en de mededingingsrechtelijke bezwaren tegen een overdracht aan Belgacom.

Zij beklemtonen dat zij "niet in een open onderhandeling met Telenet zijn getreden om na te gaan of er een oplossing kon worden gevonden voor de ingevolge de kort geding procedure ontstane impasse inzake interactieve digitale televisie […] om vervolgens in het kader van dat open overleg met Telenet te komen tot de voorgenomen transactiestructuur en dan post factum te gaan zoeken naar een verantwoording om die transactiestructuur aan de marktbevraging te kunnen onttrekken". Zij leggen documenten voor die duidelijk moeten maken dat zij eenzijdig en op basis van een eigen analyse en beoordeling van hun doelstellingen een transactiestructuur hadden vastgesteld en vervolgens pas aan Telenet gevraagd hebben om een bod te doen.

Volgens verwerende partijen zijn de voorkeurrechten waarvan sprake in artikel 8.1 van de inbrengakte van toepassing op de transactie -de toekenning van een recht van erfpacht- en mag het toepassingsgebied niet, zoals verzoekster meent, vernauwd worden tot "eigendomsrechten op het netwerk". Voor de duur van de overeenkomst wordt immers door de erfpacht een deel van het eigendomsrecht overgedragen, minstens "een constructie [gebruikt] die strikt genomen niet de overdracht van alle rechten verbonden aan het eigendomsrecht op het Kabelnet tot voorwerp heeft, maar economisch wel hetzelfde resultaat heeft". Zij wijzen erop, voorts, dat luidens artikel 2.3 van de inbrengakte elke intercommunale zich ertoe verbindt "Interkabel ertoe te brengen op elk ogenblik al haar verbintenissen onder de huidige Akte na te leven" en dat zij "hoofdelijk en ondeelbaar aansprakelijk zijn met Interkabel voor een dergelijke tekortkoming door Interkabel onder de huidige Akte". Hierdoor is het verbod voor Interkabel om zonder toestemming van Telenet haar rechten in het kabelnet -inclusief de

vestiging van een recht van erfpacht- over te dragen aan een derde partij, ook voor hen rechtstreeks relevant.

Verwerende partijen stellen dat zij in hun beslissingsproces rekening moeten houden met de inbrengakte zolang die overeenkomst geldig is of zolang ze niet is vernietigd. De erin opgenomen verplichtingen en beperkingen maken objectieve motieven uit die het bestuur moeten leiden bij de beoordeling om al dan niet tot marktbevraging over te gaan.

Vervolgens wijzen verwerende partijen op artikel 4.1.3 van de inbrengakte, die Telenet een voorkeurrecht toekent om multimediadiensten aan te bieden in het geval zij dit niet zelf zouden doen:

> "De intercommunales en Interkabel zullen geen rechten toekennen aan eender welke derde partij, via een licentie of op een andere wijze, om de Overige Bandbreedte en de Overige Fiber Delen van het IC kabelnet voor Multimedia Services te gebruiken, dan nadat [Telenet Vlaanderen] de mogelijkheid heeft gekregen om gelijkaardige Multimedia Services aan te bieden onder gelijkaardige voorwaarden op de Overige Bandbreedte en de Overige Fiber Delen."

Belgacom gaat er volgens hen aan voorbij dat dit artikel dergelijk recht voor een derde waardeloos maakt, zodat aldus één van de motieven van Belgacom om een marktbevraging te verantwoorden zonder voorwerp is.

Verwerende partijen wijzen vervolgens op het geschil met Telenet, in welke context het principeakkoord gezien moet worden. In ieder geval stond vast dat er nog een aantal jaren zou verstrijken voor een definitieve rechterlijke uitspraak ten gronde te verwachten was en zolang hingen er hen zeer zware sancties boven het hoofd:

> "In het belang van de consument en ook om de activiteiten van de Kabelmaatschappijen veilig te stellen gelet op de groeiende concurrentie van Belgacom TV dat wel interactieve diensten en in het verlengde daarvan triple play kon aanbieden, waren partijen derhalve verplicht opnieuw met mekaar aan tafel te gaan zitten teneinde een oplossing te zoe-

ken voor hun geschil. De activiteiten van de Kabelmaatschappijen dienden, gelet op de groeiende concurrentie van Belgacom TV dat wel interactieve diensten kon aanbieden, ook te worden veilig gesteld, hetgeen de gevolgde werkwijze volkomen rechtvaardigt."

17.4. Verwerende partijen resumeren:

94. Het Principeakkoord zoals dit vandaag voorligt is een globaal akkoord, dat de bestaande afspraken tussen Telenet en de Kabelmaatschappijen omvat en overspant. Gezien de inhoud van het geschil, zijnde de interpretatie van de omvang van de rechten toegekend in de Inbrengakte, moest het akkoord van aard zijn elke mogelijke twijfel omtrent de (interpretatie van de) Inbrengakte weg te nemen, alsook duidelijke afspraken te maken voor de toekomst, dit alles ook mede in het licht van de steeds evoluerende techniek waarop de in 1996 gemaakte afspraken niet waren afgestemd. Partijen waren derhalve gedwongen een globaal akkoord te sluiten over de activiteiten die elk van de partijen in de toekomst op het Kabelnet zouden kunnen uitoefenen.
95. De Kabelmaatschappijen moesten derhalve noodgedwongen tot een akkoord komen met Telenet. Ook al had men een marktbevraging georganiseerd om de TV-activiteiten van de Kabelmaatschappijen aan een andere partij dan Telenet over te dragen, dan nog zouden de Kabelmaatschappijen met Telenet een regeling moeten getroffen hebben omtrent het aanbieden van interactieve digitale televisie.
Het alternatief zou erin bestaan hebben om hetzij het risico te nemen en die rechten die in discussie waren (iDTV en internet) mee over te dragen aan een kandidaat koper - maar dat is totaal denkbeeldig omdat geen enkele koper dergelijk risico zou willen nemen - , hetzij om een groot stuk van de TV-activiteiten (nl. iDTV toepassingen en internet) niet over te dragen, maar dan is het ab initio zinloos om aan een ander te verkopen.
96. Daarnaast moet ook rekening gehouden worden met het feit dat de bestaande overeenkomst met Telenet een duurtijd heeft van 50 jaar, en dat de samenwerking tussen de Kabelmaatschappijen en Telenet derhalve nog geruime tijd moest voortgezet worden.
97. Deze omstandigheden in acht genomen, leek het dan ook niet doenbaar om in de huidige omstandigheden meerdere partijen te contacteren omwille van het feit dat de enige mogelijkheid om het dispuut met Telenet in der minne te regelen, een transactie met Telenet was. Daarenboven was de confidentialiteit van de transactie van het hoogste belang om ze tot een goed einde te kunnen brengen. Meerdere partijen contacteren zou het risico op lekken vergroot hebben en de realiseerbaarheid ervan in het gedrang hebben gebracht."

17.5. In de memorie van antwoord zetten verwerende partijen nog uiteen waarom naar hun overtuiging de waarde zoals die tot uitdrukking komt in het kader van het principeakkoord marktconform is en gaan zij nader in op de mededingingsrechtelijke bezwaren tegen een overdracht aan Belgacom.

18.1. Verzoekster repliceert uitvoerig in de memorie van wederantwoord in de zaak A.186.951.

18.2. Volgens haar miskennen de kabelmaatschappijen de draagwijdte van hetgeen door de rechtspraak wordt aanvaard als rechtvaardigingsgronden. Bovendien ligt de bewijslast bij de verwerende partijen, die zich erop willen beroepen.

Verzoekster leest in de opgegeven motieven enkel motieven die de kabelmaatschappijen en Telenet eigen zijn en die enkel met hun persoonlijke belangen verband houden.

De zogenaamd vooraf uitgewerkte transactiestructuur toont hoogstens aan welke transactie de kabelmaatschappijen met Telenet wilden nastreven en bewijst niet dat enkel een exclusieve overdracht van rechten aan Telenet mogelijk is. De vaststelling dat verwerende partijen het hoger bod van Belgacom niet in aanmerking hebben genomen maar het wel gebruikten om van Telenet een hogere prijs af te dwingen bevestigt dat zij een transactie hebben opgezet alsof zij een private onderneming waren die met een andere private onderneming een overeenkomst wensen te sluiten.

Verzoekster betwist uitvoerig, aan de hand van de aard van een erfpacht en het voorwerp van het principeakkoord, dat de voorkeurrechten bedoeld in artikel 8.1 van de inbrengakte van toepassing zijn op de betwiste transactie. Daarenboven legt de inbrengakte de rechten van Telenet -“onder dezelfde voorwaarden aangeboden door de derde partij”-, niet zo onveranderlijk en star vast dat er geen ruimte meer zou zijn voor onderhandelingen met een derde.

Het argument van verwerende partijen over de voorkeurrechten van Telenet voor multimediadiensten heeft volgens verzoekster geen relevantie omdat het voorwerp van de transactie daar geen betrekking op heeft.

De loutere doelstelling om een conflict met een bestaande contractspartij te beëindigen vindt ook geen genade in de ogen van verzoekster. Het kan niet rechtvaardigen dat verwerende partijen zichzelf vrijstellen van de ingeroepen beginselen. Daarenboven, zo wijst verzoekster erop, raakt de transactie méér dan alleen een minnelijke regeling van het tussen Telenet en de kabelmaatschappijen hangende geschil. De kabelmaatschappijen verantwoorden niet hoe een minnelijke regeling de overdracht van hun volledige klantenbestand, alsook alle resterende rechten op de kabelnetwerken kan rechtvaardigen. Voor verzoekster is dit een complete disproportionaliteit die niet kan verantwoorden dat de mededinging aan de kant wordt geschoven voor alles wat in de overeenkomst wordt overgedragen.

18.3. Ten slotte repliceert verzoekster op het standpunt van de kabelmaatschappijen met betrekking tot de marktconforme waarde en de mededingingsrechtelijke bezwaren.

19. De tussenkomende partijen verklaren zich integraal aan te sluiten bij de argumentatie ontwikkeld door verwerende partijen. Ook zij betogen dat de verwerende partijen over precieze redenen beschikten die in feite juist en in rechte aannemelijk zijn, om de voorgenomen transactie alleen met Telenet te sluiten. Zij gaan nader in op het geschil met verwerende partijen en op de voorkooprechten die de inbrengakte aan Telenet verleent. Zij vallen de zienswijze bij dat de overdracht van een zakelijk recht van erfpacht op het ganse kabelnet wel degelijk onder het toepassingsgebied van artikel 8 van de inbrengakte valt. Ook de mededingingsrechtelijke bezwaren geven zij ruime aandacht.

20.1. In haar laatste memorie dupliceert verzoekster dat zij haar kritiek of de transactie marktconform is nog op ontvankelijke wijze voor het eerst

mocht ontwikkelen in de memorie van wederantwoord, aangezien het een repliek is op het verweer in de memorie van antwoord en kadert in het licht van het aangevoerde middel.

20.2. Vervolgens zet zij uiteen dat voor de zienswijze van de verwerende partijen geen enkel precedent bestaat in de rechtspraak en veeleer erdoor wordt tegengesproken. Zij handhaaft en herformuleert haar eerdere argumentatie en verzoekt de Raad van State om het Hof van Justitie de volgende prejudiciële vragen te stellen betreffende de ingeroepen dwingende reden van openbaar belang of objectieve rechtvaardigingsgrond:

> "- Kan de uitzondering dat dwingende redenen van openbaar belang (of objectieve rechtvaardigingsgronden) kunnen verantwoorden dat publiekrechtelijke rechtspersonen, zoals intergemeentelijke samenwerkingsverbanden of intercommunales, de verplichting (zoals die voortvloeit uit de fundamentele regels van het EG-Verdrag, het verbod van discriminatie op grond van nationaliteit en het gelijkheidsbeginsel alsmede de transparantieverplichting) om iedere kandidaat-bieder de gelegenheid en gelijke kansen te geven om een bod te doen op een overeenkomst niet naleven maar die overeenkomst direct aan een derde, private partij te gunnen, zo worden uitgelegd dat voorafbestaande, op zich genomen niet betwiste, tussen de partijen tien jaar geleden gesloten contractuele afspraken dan wel een transactie of dading die tot doel heeft een einde te stellen aan een over die afspraken bestaand interpretatiegeschil als dergelijke, dwingende redenen van openbaar belang beschouwd worden?
> - Indien voorafbestaande contractuele afspraken of een transactie of dading in de voornoemde omstandigheden als een dwingende reden van openbaar belang beschouwd kunnen worden, kan dan een brede betekenis van die contractuele afspraken, zoals de overweging dat het toekennen van een (tijdelijke) erfpachtoveree[n]komst economisch wezenlijk dezelfde betekenis als het toekennen van een (definitief) eigendomsrecht heeft, gehanteerd worden?
> - Indien een transactie of dading tussen partijen in de voornoemde omstandigheden als een dwingende reden van openbaar belang beschouwd kan worden, dient die transactie of dading dan in een redelijke verhouding tot het voorwerp van het geschil te zijn en is van dergelijke redelijke verhouding sprake indien de partijen hun geschil ook op [e]en minder verregaande wijze hadden kunnen beslechten, bijvoorbeeld door een gedeeld of niet-exclusief gebruik van de kabelnetwerken toe te staan voor die diensten die nog niet het voorwerp van de transactie uitmaakten?"

20.3. Hoewel het auditoraatsverslag geen onderzoek heeft gedaan naar het tweede motief, met betrekking tot de mededingingsrechtelijke bezwaren, acht verzoekster het proceseconomisch aangewezen ook daaromtrent reeds een prejudiciële vraag aan het Hof te stellen:

> "Kan de uitzondering, dat dwingende redenen van openbaar belang (of objectieve rechtvaardigingsgronden) kunnen verantwoorden dat publiekrechtelijke rechtspersonen, zoals intergemeentelijke samenwerkingsverbanden of intercommunales, de verplichting (zoals die voortvloeit uit de fundamentele regels van het EG-Verdrag, het verbod van discriminatie op grond van nationaliteit en het gelijkheidsbeginsel alsmede de transparantieverplichting) die inhoudt dat iedere kandidaat-bieder de gelegenheid en gelijke kansen moet krijgen om een bod te doen op een overeenkomst niet naleven zo worden uitgelegd dat mededingingsrechtelijke bezwaren die, in de opvatting van die publiekrechtelijke rechtspersonen, tegen de gunning van de overeenkomst aan een bepaalde mogelijke bieder bestaan als een dergelijke, dwingende redenen van openbaar belang beschouwd worden, die verantwoordt dat de overeenkomst zonder mededinging en nog voor de betrokken bieder of andere bieders de gelegenheid krijgen een bod te doen aan een derde, private partij gegund wordt?"

21.1. Ter terechtzitting werpen de verwerende partijen op dat er geen noodzaak is tot het stellen van een prejudiciële vraag aan het Hof van Justitie. Die vraagstelling zou volgens hen immers zonder voorwerp zijn, bij gebrek aan grensoverschrijdend element in hoofde van Belgacom. Indien het verzoek tot prejudiciële vraagstelling zou worden ingewilligd, moet volgens de verwerende partijen voorafgaandelijk het Hof worden gevraagd uitsluitsel te geven of het Unierecht wel toepasselijk kan zijn in het concrete geschil.

Ook heeft het Hof van Justitie volgens hen reeds de nodige interpretaties van de betrokken bepalingen van het Unierecht gegeven die de Raad toelaten om deze in de huidige zaak toe te passen, zodat volgens de theorie van de "acte éclairé" evenmin enige noodzaak bestaat tot prejudiciële vraagstelling.

21.2. Subsidiair wensen zij de voorgestelde vragen geherformuleerd zien.

De eerste vraag zou volgens hen als volgt geherformuleerd moeten worden:

> "Kan (i) het streven om de schending te voorkomen van een bestaand en zeer specifiek contractueel kader tussen twee partijen, of (ii) het afsluiten van een transactie of een dading met als doel het beëindigen van een bestaand interpretatiegeschil omtrent voormeld contractueel kader, waarbij die dading uitgaat van de rechten van partijen conform een voorlopige beslissing van een kort geding rechter en waarbij zonder dergelijke dading de betrokken activiteit van de overheid ernstige schade en waardevermindering kan oplopen en in de tussentijd consumenten van diensten verstoken blijven, beschouwd worden als een dwingende reden van openbaar belang die verantwoordt dat publieke rechtspersonen bij wege van uitzondering geen marktbevraging organiseren en de opdracht direct toewijzen?"

De tweede vraag is volgens verwerende partijen niet ontvankelijk, omdat verzoekster er een uitspraak mee nastreeft inzake de concrete voorliggende situatie, terwijl het Hof van Justitie zich niet in de plaats van de nationale rechter mag stellen.

Ook wat betreft de derde vraag, dient volgens verwerende partijen te worden vastgesteld dat verzoekster in wezen beoogt om een uitspraak over de concrete procedure te verkrijgen, getuige de verwijzing naar het gebruik van de kabelnetwerken. Ze houdt aldus tevens een kwalificatie in van de feiten of een feitelijke beoordeling waarvoor het Hof niet bevoegd is. Minstens dient zodoende de laatste zinsnede geschrapt te worden, zodat de vraag als volgt geherformuleerd dient te worden:

> "Indien de eerste vraag positief beantwoord kan worden, dient de voormelde transactie of dading als dwingende reden van openbaar belang dan beperkt te blijven tot het strikte voorwerp van het geschil waarop de transactie of dading betrekking heeft of mogen de partijen een meer verregaande dading aangaan [met het oog op] toekomstige betwistingen die een redelijk en logisch verband hebben met het geschil en die tevens

maximaal de belangen van de consumenten waarborgt alsmede een waarde maximalisatie van de betrokken overgedragen activiteit inhoudt?"

Beoordeling

22. Niet is betwist dat de bestreden beslissingen kaderen in een overheidsoptreden met het doel de uitoefening van een economische activiteit te regelen.

Zoals hiervóór is vastgesteld, aanvaarden alle partijen in de zaak dat de overeenkomst die tussen de kabelmaatschappijen en Telenet is gesloten niet binnen de werkingssfeer komt van een van de richtlijnen inzake overheidsopdrachten of van de Belgische wetgeving inzake overheidsopdrachten, maar dat niettemin de discretionaire bevoegdheid die de overheid ter zake heeft, begrensd is door het gelijkheidsbeginsel en de daaruit voortvloeiende transparantieverplichting, zodat in beginsel elke potentiële inschrijver een passende mate van openbaarheid moet worden gegarandeerd, zodat de transactie voor mededinging openstaat en de aanbestedingsprocedures op onpartijdigheid kunnen worden getoetst.

In geding is evenwel de wettigheid van de motieven die verwerende partijen ertoe hebben bewogen, om bij uitzondering van deze marktbevraging af te zien.

23.1. Verzoekster betwist in haar verzoekschrift twee door de verwerende partijen opgegeven redenen:
- de rechten die Telenet zou ontlenen aan de inbrengakte van 1996 en het daarmee verbonden argument van de gerechtelijke procedure en het sluiten van een "minnelijke regeling" en
- de mededingingsrechtelijke bezwaren van een bieding van Belgacom.

23.2. Hiervóór *sub* 11.1. is reeds uiteengezet dat het tweede motief thans buiten beschouwing blijft. Om dezelfde reden acht de Raad van State het verzoek tot prejudiciële vraagstelling dat daarop betrekking heeft voorbarig.

23.3. Verwerende partijen verwezen in de bestreden beslissingen ook naar de marktconforme waarde van het principeakkoord. Verzoekster betwist in haar inleidend verzoekschrift in de eerste zaak het argument van de marktconforme waarde van het principeakkoord niet *in concreto*. Nochtans blijkt zij bij het indienen van haar verzoekschrift in het bezit te zijn van de notulen van de raad van bestuur van Inter-Media van 4 december 2007 en van de raad van bestuur van WVEM van 17 december 2007, zodat zij geacht dient te worden ook kennis te hebben gehad van dat aspect. De vraag of het betwisten van de marktcomforme waarde van de transactie, voor het eerst in de memorie van wederantwoord, in die omstandigheden ontvankelijk is, mag evenwel onbesproken blijven. Ingevolge de beslissingen die met het tweede beroep zijn bestreden, is immers het oorspronkelijke bod en dus de daarmee samenhangende wettigheidskritiek, hoe dan ook achterhaald door een nieuwe, hogere prijs. Zou nog geargumenteerd kunnen worden dat het verzoekster ten minste toegestaan moet worden om in haar tweede annulatieberoep het beweerd marktconform karakter van dit nieuwe bod te ontkrachten, dan zij vastgesteld dat zij het in het inleidend verzoekschrift bij de tweede zaak erbij houdt op te merken dat “er meer dan gegronde twijfels bij de marktconformiteit van de geboden prijs” zijn. Dit is een louter speculatieve bewering die niet voldoende concreet wordt onderbouwd.

24. Partijen betwisten niet dat zowel uit de rechtspraak van de Raad van State als uit die van het Hof van Justitie blijkt dat het gelijkheidsbeginsel niet *a priori* uitsluit dat door het bestuur zonder een voorafgaand beroep op enige mededinging kan worden gehandeld maar dat er afwijkingen en uitzonderingen bestaan op de verplichting tot inmededingingstelling en openbaarmaking, die principieel volgt uit het gelijkheidsbeginsel.

Partijen aanvaarden ook dat de opdrachtgever, die een beroep wil doen op een uitzonderingsmogelijkheid, in het specifieke geval moet kunnen motiveren waarom van de openbaarmakingsplicht wordt afgeweken.

De discussie die wel tussen partijen heerst, betreft allereerst de aard van de uitzonderingen: volgens verzoekster dient het te gaan om "dwingende redenen van openbaar/algemeen belang"; volgens verwerende partijen en tussenkomende partijen volstaan "objectieve redenen" of "objectieve rechtvaardigingsgronden", "die in feite juist en in rechte aannemelijk [moeten] zijn" en die niet noodzakelijk met het algemeen belang verband moeten houden. Alle partijen onderbouwen hun standpunt met verwijzing naar rechtspraak van het Hof van Justitie en naar conclusies van de advocaten-generaal bij dit Hof. Vervolgens toetsen zij de opgegeven motivering als uitzonderingsgrond. Verzoekster verwerpt daarbij in hoofdorde de gegeven rechtvaardiging en zij betwist subsidiair haar evenredigheid met het vooropgestelde doel.

25. Verwerende partijen herinneren ook nog aan de gronden die in aanmerking worden genomen om de niet-toepassing van de ingeroepen beginselen te rechtvaardigen, zoals bijvoorbeeld de openbare veiligheid of de volksgezondheid. Zij beweren evenwel niet, noch blijkt, dat in de voorliggende zaak een van die rechtvaardigingsgronden is of kon worden aangevoerd. Dat de inbrengakte voor de duur ervan gelijk te stellen zou zijn met een alomvattend alleenrecht voor Telenet is niet enkel een poging om louter *post factum* een bijkomend argument te zoeken, maar kan ook niet overtuigen. Het betoog is dus enkel dienstig als loutere illustratie dat de fundamentele vrijheden die verzoekster aanvoert niet onbeperkt van toepassing zijn.

26. De vraag rijst bijgevolg concreet of de inbrengakte van 1996, het geschil daarover tussen verwerende partijen en Telenet en de uitspraak ter zake van de kortgedingrechter van 5 juli 2007, de jarenlange onzekerheid voor de kabelmaatschappijen en het verlopen van jaren gedurende welke de klanten geen gebruik zullen kunnen maken van interactieve digitale TV hetzij "dwingende

redenen van openbaar belang", hetzij ten minste een "objectieve rechtvaardigingsgrond" uitmaken.

27. De beslissing van de overheden om de gebruiksrechten in te brengen in het aandelenkapitaal van Telenet is niet vernietigd en de inbrengakteovereenkomst tussen verwerende partijen en Telenet van 1996 is evenmin nietig verklaard. De Raad van State, die overigens niet de natuurlijke rechter is van civielrechtelijke overeenkomsten, valt verwerende partijen bij dat hij enkel vermag vast te stellen dat die inbrengakte geldt en zoals de rechtbank van eerste aanleg heeft gesteld, de contracterende partijen "tot wet strekt". Verwerende partijen en Telenet mogen zich dan ook rechtsgeldig beroepen op de inbrengakte van 1996.

28. Het betoog evenwel van verzoekster dat de voorkeur- en voorkooprechten uit de inbrengakte niet van toepassing zijn op de huidige transactie, gaat voorbij aan de wezenlijke verantwoording die verwerende partijen geven om zonder marktbevraging tot deze transactie te komen. Dit argument luidt dat de interpretatiegeschillen die omtrent de inbrengakte waren gerezen hen noodzaakten om een oplossing te vinden en dat die oplossing wel rekening moest houden met de bestaande rechten die Telenet hoe dan ook -deels door hen betwist, maar deels onbetwist- uit de inbrengakte kon puren en met de weliswaar voorlopige rechterlijke beslissing in het voordeel van Telenet.

Ook weerlegt verzoekster niet dat de transactie minstens hetzelfde economisch resultaat oplevert als een overdracht van de rechten verbonden aan het eigendomsrecht op het kabelnet. De Raad van State valt de verwerende partijen bij waar zij stellen dat hoe dan ook de transactie, al dan niet terecht onder de noemer erfpacht, in wezen economisch zo ingrijpend is dat het, praktisch gezien, voor de duur ervan hetzelfde resultaat heeft als een eigendomsoverdracht.

29. Anderzijds "omvat en overspant" de transactie die als dading geldt tussen verwerende partijen en Telenet niet alleen de bestaande afspraken tussen deze verwerende partijen en Telenet en de discussie die omtrent sommige

rechten uit de inbrengakte is gerezen, maar is het heel wat meer. Met verzoekster moet worden vastgesteld dat de overeenkomst ruim verder gaat dan hetgeen strikt noodzakelijk zou kunnen zijn ter oplossing van de inzet van de oorspronkelijke rechtsstrijd over interactieve digitale televisiediensten en TV-programma's op aanvraag -en eventueel internet.

Verwerende partijen hebben ook nooit de stelling van verzoekster ontkracht dat het minstens technisch mogelijk is om een systeem van gedeeld gebruik van de kabel op te zetten.

Verwerende partijen stellen zelf dat andere oplossingen denkbaar zijn, al dichten zij die vervolgens weinig reële kans op succes toe:

> "Het alternatief zou erin bestaan hebben om hetzij het risico te nemen en die rechten die in discussie waren (iDTV en internet) mee over te dragen aan een kandidaat koper - maar dat is totaal denkbeeldig omdat geen enkele koper dergelijk risico zou willen nemen - , hetzij om een groot stuk van de TV-activiteiten (nl. iDTV toepassingen en internet) niet over te dragen, maar dan is het ab initio zinloos om aan een ander te verkopen."

Ook kan de vraag rijzen, of een vrijwaringsclausule ten gunste van de kabelmaatschappijen niet een onderdeel kon zijn van een oplossing met een marktbevraging. Alleszins blijkt een vrijwaring als gezien wel in de afspraken met Telenet te zijn opgenomen.

De Raad van State bedenkt hierbij, dat het niet aan verwerende partijen toevalt om de marktbevraging *ab initio* zinloos te achten. Zelfs wanneer de voorwaarden in de praktijk zodanig zijn dat ze ondernemingen ervan weerhouden hun belangstelling voor de betrokken activiteit kenbaar te maken, moeten deze voorwaarden nog altijd daadwerkelijk ter hunner kennis worden gebracht zodat zij een dergelijke beslissing kunnen nemen. Overigens héét verzoekster haar interesse meermaals kenbaar gemaakt.

Dat Telenet bepaalde voorkeur- en voorkooprechten heeft, vormt geen principieel beletsel om alle gegadigden als gelijken te behandelen en om aldus hun aanbiedingen aan een effectief ernstig vergelijkend onderzoek te onderwerpen.

Verwerende partijen kunnen bijgevolg niet worden bijgevallen dat "de bestaande contractuele verplichtingen" *ipso facto* zouden worden geschonden wanneer een transparante marktbevraging zou worden georganiseerd en de opdracht in voorkomend geval aan een derde partij zou worden toegewezen. Zij overtuigen de Raad evenmin ervan dat om technische redenen eigen aan het netwerk enkel een exclusieve overdracht van al de in de transactie betrokken rechten aan Telenet mogelijk was.

30. Aldus kan de stelling dat de bestaande contractuele afspraken op zich kunnen volstaan als redelijke rechtvaardigingsgrond niet worden bijgevallen.

31. Die vaststellingen sluiten niet uit dat toch een keuze voor zo een exclusieve overdracht van rechten aan Telenet kan worden verantwoord en in de gegeven context een aanvaardbare rechtvaardigingsgrond vormt om af te zien van marktbevraging.

Die context is nu eenmaal, dat niet enkel het bestaan van "louter contractuele afspraken", zoals verzoekster stelt, de verwerende partijen heeft gedreven tot de bedoelde transactie, maar wel de even reële interpretatiestrijd over die contractuele afspraken met Telenet -ontstaan buiten de wil om van de betrokken partijen ingevolge de technologische ontwikkelingen- en de tussengekomen rechterlijke beschikking.

Het geschil met Telenet had reeds betrekking op de draagwijdte van bepaalde onderdelen van de inbrengakte, namelijk op de omvang van zekere rechten die in die akte tussen verwerende partijen en Telenet waren verdeeld. Een

transactie, onder welke benaming ook, die aan Belgacom of een andere derde zelfs maar gedeeltelijk zou toestaan wat in de voorliggende overeenkomsten aan Telenet wordt overgedragen, zou hoe dan ook op protest hebben gestuit bij Telenet en tot bijkomende juridische procedures hebben geleid, en bijkomende rechtsonzekerheid.

Door geen spoedige oplossing te vinden voor het gerezen geschil, zou de vervulling van de aan de kabelmaatschappijen toegewezen opdracht in feite en in rechte voor een onzekere periode verhinderd worden. Niet onterecht merken de kabelmaatschappijen op dat zij hiervan ook een mettertijd omvangrijker financieel nadeel zouden ondervinden omdat hun concurrent -verzoekster- ondertussen wél gerichte diensten zoals *triple play* kon aanbieden.

Relevant in het voordeel van de argumentatie van verwerende partijen is aldus dan weer wel, het bestaan zelf van de discussie die partijen voor de rechter hebben uitgevochten en die voorlopig in het voordeel van Telenet was beslecht, evenals de correcte vaststelling dat in de snel wijzigende technische context geredelijk viel te verwachten dat de inbrengakte ook in de toekomst voor bijkomend contentieux zou zorgen. Eveneens pertinent wijzen verwerende partijen erop, dat de beschikking van de kortgedingrechter hen niet enkel tot verdere procedures zou voeren met onzekerheid over de uiteindelijke afloop, maar ook dat zij ondertussen geen volwaardige dienstverlening meer konden aanbieden doordat alle vormen van interactiviteit werden verhinderd. Zolang dan ook het geschil niet was opgelost, zou de waarde van het door verwerende partijen aangeboden product verminderen in vergelijking tot de verwachtingen van de televisieconsument en de elders bestaande en aangeboden diensten. Ten slotte mag geredelijk worden aangenomen dat een opdeling van de kabelrechten op een wijze die *triple play* aanbiedingen verhindert, voor verwerende partij minder zou opbrengen dan een constructie die het aanbieden van dergelijke pakketten wel toelaat.

32. Zoals in de hiervóór *sub* 17.2 geciteerde conclusies door de advocaat-generaal is opgemerkt, heeft het Hof van Justitie in verband met het gelijkheidsbeginsel en de transparantieverplichting het begrip "objectieve rechtvaardigingsgrond" eenmalig te berde gebracht, in het arrest Coname van 21 juli 2005 in de zaak C-231/03, maar het daarbij "niet nader gepreciseerd". In de zaak C-532/03 waarin de advocaat-generaal concludeerde, vond zij het ook "niet nodig verder in te gaan op deze […] mogelijkheid", daar geen betoog in die zin was gevoerd door partijen. Het arrest Coname vermeldt voorts wel "de objectieve rechtvaardigingsgronden", maar uit lezing van de erop volgende alinea van het arrest blijkt het Hof daarmee te refereren aan "de noodzaak voor een gemeente om controle uit te oefenen op de concessiehouder die een openbare dienst beheert", hetgeen ontegensprekelijk een reden is die evenzeer onder de termen "dwingende redenen van algemeen belang" geplaatst kan worden.

De door verwerende partijen verdedigde lezing van de rechtspraak van het Hof van Justitie steunt bijgevolg slechts op een zijdelingse, niet dragende verwijzing in een conclusie van een advocaat-generaal naar één, niet nader preciserend en op dit punt enigszins dubbelzinnige overweging van het Hof. Indien voorts, zoals zij betogen, een "objectieve rechtvaardigingsgrond" mag volstaan, rijst de vraag waarom nog daarenboven voor andere gevallen sprake moet zijn en blijven van "dwingende redenen van algemeen belang", die immers hoe dan ook steeds ook onder het begrip "objectieve rechtvaardigingsgrond" ressorteren.

In dit verband stelt de Raad van State vast dat het Hof van Justitie ook in zijn meer recente rechtspraak blijft aansluiten bij de "strengere" rechtvaardigingsgrond die aan het algemeen belang refereert (arrest Costa, 16 februari 2012, C-72/10, punt 59):

> "Wat betreft een eventuele rechtvaardiging van die ongelijke behandeling is het vaste rechtspraak dat economische motieven, zoals het streven de exploitanten met een concessie op basis van de aanbesteding van 1999 een waarborg te bieden voor continuïteit, financiële stabiliteit en een aanvaardbaar rendement op investeringen uit het verleden, niet kun-

nen worden aanvaard als dwingende redenen van algemeen belang die een beperking van een door het Verdrag gewaarborgde fundamentele vrijheid rechtvaardigen."

33. Voorts ligt een feitelijke situatie voor die, zoals hiervóór uiteengezet, welzeker elementen bevat die objectief zijn en aannemelijk lijken te maken dat opnieuw over de inbrengakte wordt onderhandeld, en die zelfs lijken te raken aan de bescherming van de consument, hetgeen een algemeen belang is dat de kabelmaatschappijen moeten dienen ten behoeve van hun klanten, maar die ook -zoals verzoekster opmerkt- ruimer lijkt te gaan dan de enkele dading van het geschil. De nieuwe overeenkomst breidt immers de markt in belangrijke mate uit tot diensten waarin oorspronkelijk niet was voorzien en waarover geen geschil heerste. Zo geen rekening zou worden gehouden met de context, zou dan ook moeten worden vastgesteld dat de nieuwe overeenkomst wezenlijk verschilt van de oorspronkelijke voorwaarden uit de inbrengakte.

De vraag rijst derhalve, of de dading in het licht van die specifieke context, een gewettigde aanvulling is van de oorspronkelijke inbrengakte, dan wel opgevat moet worden als een nieuwe overeenkomst waarvoor overeenkomstig de algemene beginselen van het Unierecht een passende mate van openbaarheid in acht dient te worden genomen en een marktbevraging dient te worden georganiseerd omdat ze niet de eisen respecteert van de rechtspraak van het Hof van Justitie wat betreft haar evenredigheid.

34. De transparantieverplichting is volgens de rechtspraak van het Hof van Justitie "een dwingende prealabele voorwaarde van het recht van een lidstaat om aan één ondernemer het exclusieve recht te verlenen om een economische activiteit te verrichten, ongeacht de wijze van selectie van deze ondernemer" (HvJ, arrest Sporting Exchange van 3 juni 2010, C-203/08, punt 47). Het Hof parafraserend ook, mag de ruime beoordelingsbevoegdheid waarover het bestuur beschikt, "geen rechtvaardiging vormen voor een discretionair optreden van de nationale autoriteiten waardoor de bepalingen van het recht van de Unie, met

name die betreffende een fundamentele vrijheid als het vrij verrichten van diensten, van hun nuttige werking worden beroofd" (HvJ, aangehaald arrest, punt 49).

35. In de gegeven omstandigheden is de Raad van State van oordeel dat de rechtsstrijd gebaat is met een prejudiciële vraagstelling.

36. Het verrast dat verwerende partijen gedurende de gehele schriftelijke procedure erkennen dat het gelijkheidsbeginsel en de daaruit afgeleide transparantieverplichting ook Unierechtelijk op de voorliggende zaak van toepassing zijn en daar plots in hun betoog ter zitting op terugkomen, althans wat de mogelijkheid betreft van een Belgische onderneming om zich vervolgens ook op dat beginsel en die verplichting te beroepen.

De transparantieverplichting vloeit volgens het Hof van Justitie rechtreeks voort uit de artikelen 49 en 56 VWEU, die rechtstreekse werking hebben in de interne rechtsorde van de lidstaten en primeren op elke daarmee strijdige bepaling van nationaal recht. Het staat aan de nationale rechter om de nationale bepalingen die hij moet toepassen, zo veel mogelijk in overeenstemming met de eisen van het recht van de Unie uit te leggen en daarbij in het bijzonder de nakoming van de transparantieverplichting te verzekeren (zie in die zin HvJ, arrest Wall van 13 april 2010, C-91/08, punten 70-71).

Ook al zijn alle partijen voor de Raad van State Belgische rechtspersonen, toch merkt de Raad op dat niet is uitgesloten -zelfs waarschijnlijk, gezien de allesbehalve geringe economische betekenis van de transactie- dat bij een daadwerkelijke marktbevraging ook ondernemingen die gevestigd zijn in een andere lidstaat belangstelling ervoor zouden kunnen tonen. Een inbreuk op de transparantieverplichting vormt bijgevolg een potentiële discriminatie van ondernemingen van andere lidstaten. Noch de aanwezigheid, noch het ontbreken van grensoverschrijdend belang van de zaak is onomstootbaar aangetoond. Zoals evenwel de reeds eerder door verwerende partijen ter sprake gebrachte advocaat-generaal Stix-Hackl schrijft, in randnummer 27 van haar conclusie in de zaak C-

231/03, Coname, "is alleen al de mogelijkheid van een benadeling van ondernemingen uit andere lidstaten voldoende om te kunnen spreken van een grensoverschrijdende situatie, waarmee aan een voorwaarde voor de toepassing van de fundamentele vrijheden is voldaan".

De Raad van State bedenkt voorts dat het antwoord dat het Hof kan geven op de overige te stellen vragen nog steeds voor de zaak nuttig zal blijven, ook als de eerste vraag een ontkennend antwoord krijgt. Immers rijst dan de vraag of het internrechtelijk grondwettelijk gewaarborgd gelijkheidsbeginsel niet geschonden zou worden indien het zelf een uitlegging krijgt waardoor aan een Belgische onderneming niet dezelfde rechten toekomen als een onderneming uit een andere lidstaat in dezelfde situatie krachtens het Unierecht bezit (zie HvJ, arrest Guimont van 5 december 2000, C-448/98, punt 23).

Omdat evenwel de vraagstelling die verwerende partijen voorstellen hoe dan ook verband houdt met de door het Hof te onderzoeken ontvankelijkheid, willigt de Raad het verzoek in.

37. De Raad van State is niet verplicht om de door partijen voorgestelde formulering over te nemen.

Voorts valt hij verwerende partijen bij dat geen vragen gesteld kunnen worden die het Hof van Justitie ertoe zouden brengen zich in de plaats van de nationale rechter te stellen voor de beslechting van de concrete zaak.

BESLISSING

1. De zaken A.186.951/XII-5336 en A.189.179/XII-5515 worden gevoegd.

2. Het debat wordt heropend.

3. Aan het Hof van Justitie worden de volgende vragen gesteld:

"1. Dienen de artikelen 49 of 56 VWEU zo te worden uitgelegd, dat een onderneming gevestigd in België zich voor de Belgische rechter mag beroepen op de fundamentele regels van het Unierecht, met name op de transparantieverplichting die uit de voormelde artikelen afgeleid wordt, met betrekking tot een overeenkomst die niet binnen de werkingssfeer van één van de richtlijnen inzake openbare aanbestedingen valt, waarbij een Belgische overheid rechten overdraagt aan een andere Belgische onderneming en zij daarbij geen marktbevraging heeft georganiseerd?

2. Kan het streven om de schending te voorkomen van een bestaand, op zich genomen niet betwist en zeer specifiek contractueel kader tussen een publiekrechtelijke rechtspersoon en een privaatrechtelijke, niet door haar gecontroleerde onderneming, of het sluiten van een transactie of een dading met als doel het beëindigen van een bestaand interpretatiegeschil omtrent voormeld contractueel kader, waarbij die dading uitgaat van de rechten van partijen conform een voorlopige beslissing van een kortgedingrechter en waarbij zonder dergelijke dading de betrokken activiteit van de overheid ernstige schade en waardevermindering kan oplopen en in de tussentijd consumenten van diensten verstoken blijven, beschouwd worden als een dwingende reden van openbaar belang, of minstens een objectieve rechtvaardigingsgrond, die verantwoordt dat publieke rechtspersonen bij wijze van uitzondering en in afwijking op het beginsel van gelijke behandeling en het verbod van discriminatie op grond van nationaliteit, die in de artikelen 49 en 56 VWEU zijn neergelegd en de daaruit voortvloeiende transparantieverplichting, geen marktbevraging organiseren en de opdracht direct toewijzen?

3. Indien de tweede vraag positief beantwoord kan worden, dient de voormelde transactie of dading, om de voormelde door het Unierecht gewaarborgde fundamentele vrijheden niet verder te beperken dan nodig ter bereiken van het gestelde doel, dan beperkt te blijven tot

hetgeen strikt noodzakelijk is om aan het gerezen geschil een einde te stellen of mogen de partijen een meer verregaande dading aangaan met het oog op toekomstige betwistingen die een redelijk en logisch verband hebben met het geschil en die tevens de belangen van de consumenten waarborgt alsmede een waardemaximalisatie van de betrokken overgedragen activiteit inhoudt?"

3. Het door de auditeur-generaal aangewezen lid van het auditoraat wordt ermee belast om na ontvangst van het antwoord van het Hof van Justitie een aanvullend verslag op te stellen.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 2 mei 2012, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
Johan Lust,	staatsraad,
Geert Van Haegendoren,	staatsraad,

bijgestaan door

Frank Bontinck,	griffier.

De griffier **De voorzitter**

Frank Bontinck **Dierk Verbiest**