

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

IXe KAMER

A R R E S T

nr. 227.535 van 26 mei 2014
in de zaken I. A. 186.951/IX-8085
II. A. 189.179/IX-8086

In zake:

I. + II.
de NV BELGACOM
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Barteld Schutyser en Tom Villé
kantoor houdend te 1050 Brussel
Louizalaan 106
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

I. + II.
1. de OPDRACHTHOUDENDE VERENIGING INTER-
KOMMUNALE VOOR TELEDISTRIBUTIE VAN HET
GEWEST ANTWERPEN
2. de OPDRACHTHOUDENDE VERENIGING INTER-
MEDIA
3. de OPDRACHTHOUDENDE VERENIGING INFRAX
WEST, voorheen de WEST-VLAAMSE ENERGIE- en TE-
LEDISTRIBUTIEMAATSCHAPPIJ
4. de CVBA PROVINCIALE BRABANTSE ENERGIE-
MAATSCHAPPIJ
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Jan Peeters, David D'Hooghe en Peter Wytinck
kantoor houdend te 1000 Brussel
Loksumstraat 25
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkommende partijen:

I. + II.

1. de NV TELENET

2. de NV TELENET VLAANDEREN

3. de NV TELENET GROUP HOLDING

bijgestaan en vertegenwoordigd door

advocaat Thomas De Meese

kantoor houdend te 1000 Brussel

Joseph Stevensstraat 7

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 televisieactiviteiten en bijkomende rechten op zijn kabelnetwerk aan Telenet verder te onderhandelen, de impliciete weigering om Belgacom het recht te geven een alternatieve bieding op die activiteiten en rechten uit te brengen en de beslissing van Voorzitter, de Eerste Ondervoorzitter en de algemeen directeur van Integan, zoals meegedeeld bij brief van 14 december 2007, waarin deze laatsten meedelen dat het hen niet mogelijk zou zijn ‘thans inhoudelijk te reageren’, op de vraag van Belgacom om een alternatieve bieding in te dienen en de daaruit voortvloeiende impliciete beslissing waarin Integan Belgacom de mogelijkheid weigert een alternatieve bieding in te dienen.

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

4. De beslissing van de Raad van Bestuur van opdrachthoudende vereniging Provinciale Brabantse Energiemaatschappij (hierna 'PBE'), met maatschappelijke zetel te 3210 Lubbeek (Linden), Diestsesteenweg 126, van onbekende datum maar vermoedelijk genomen op 17 december 2007, waarin de Raad van Bestuur van PBE beslist dat een definitief akkoord kan worden uitgewerkt met betrekking tot de overdracht van zijn televisieactiviteiten en van bijkomende rechten op zijn kabelnetwerk aan Telenet, de impliciete weigering om Belgacom het recht te geven een alternatieve bieding op die activiteiten en rechten uit te brengen en de beslissing van de Directeur-generaal van PBE, zoals meegedeeld bij brief van 12 december 2007, waarin deze laatste Belgacom de mogelijkheid weigert een alternatieve bieding in te dienen."

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 netwerkkonderdelen door Telenet, en beslist dat ‘gelet op de gemotiveerde beslissing van de raad van bestuur d.d. 17 december 2007 kan dan ook beraadslaagd en beslist worden overeenkomsten met Telenet te sluiten zonder de brief van Belgacom in overweging te nemen nu reeds eerder beslist werd geen marktbevraging te organiseren’;

4. De beslissing van de Raad van Bestuur van opdrachthoudende vereniging Provinciale Brabantse Energiemaatschappij (hierna ‘PBE’), met maatschappelijke zetel te 3210 Lubbeek (Linden), Diestsesteenweg 126, van 27 juni 2008, waarin de Raad van Bestuur van PBE zijn goedkeuring verleent aan het akkoord tot de overdracht van de analoge en digitale klantenbasis aan Telenet en over de aankoop en lange termijn lease van netwerkkonderdelen door Telenet en beslist dat ‘gelet op de gemotiveerde beslissing van de raad van bestuur d.d. 17 december 2007 kan dan ook beraadslaagd en beslist worden (overeenkomsten met Telenet te sluiten) zonder de brief van Belgacom in overweging te nemen nu reeds eerder beslist werd geen marktbevraging te organiseren.’”

II. Verloop van de rechtspleging

2. Bij arrest nr. 219.116 van 2 mei 2012 is in de samengevoegde zaken het debat heropend en zijn aan het Europees Hof van Justitie prejudiciële vragen gesteld.

Bij arrest C-221/12 van 14 november 2013 heeft het Hof van Justitie op de vragen geantwoord.

Eerste auditeur Jos Stevens heeft een aanvullend verslag opgesteld.

De verzoekende partij, de verwerende partijen en de eerste tussenkomende partij hebben een laatste memorie ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 19 mei 2014.

Kamervoorzitter Geert Van Haegendoren heeft verslag uitgebracht.

Advocaten Barteld Schutyser en Tom Villé, die verschijnen voor de verzoekende partijen, advocaat Jan Arnouts, die verschijnt voor de verwerende partijen en advocaat Thomas De Meese, die verschijnt voor de tussenkommende partijen, zijn gehoord.

Eerste auditeur Jos Stevens heeft een met dit arrest eensluidend 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 – afgekort Integan, InterMedia en Infrax West (voorheen 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, thans Infrax West, en InterMedia) 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.

In de praktijk biedt Telenet telefoon- en internetdiensten aan, de verwerende kabelmaatschappijen 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 de verwerende partijen bieden dezen sinds 2004 ook digitale TV aan, sinds 2007 via IN.DI interactieve digitale TV en multimediasdiensten.

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 de verwerende partijen vervolgens een geschil omtrent de precieze draagwijdte van de inbrengakte. 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 de 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.

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 de inbrengakte beschouwd.

3.4. Naast het aantekenen van beroep hebben de verwerende partij- en parallel gesprekken aangeknoopt met Telenet. Die leiden tot het principeakkoord van 26 november 2007 tussen de 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 de verwerende partijen, de “krijtlijnen (structuur van de transactie en waardering)” en is onderworpen aan definitieve overeenkomsten. Doel is te komen tot een overdracht van onder meer de analoge en digitale TV activiteiten (en 800.000 abonnees analoge televisie en 60.000 abonnees digitale televisie) van de verwerende partijen aan Telenet tegen betaling (geschatte waarde 350 miljoen euro). De 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. De 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 mededinging. 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 mededingings-rechtelijke aspecten en op de marktconforme waardering.

3.7. 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.

3.8. Met een brief van 22 januari 2008 doet Belgacom een niet bindend voorstel aan de 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 de verwerende partijen.

3.10. Op 10 juni 2008 stuurt de gedelegeerd bestuurder van Belgacom een brief aan de verwerende partijen waarin hij een nieuw niet-bindend en voorwaardelijk bod doet op de televisieklanten en niet-exclusieve gebruiksrechten voor het aanbieden van televisie via de kabelnetten van Integan, Inter-media, PBE en WVEM (een indicatief bod van 420 miljoen euro voor de overname van de analoge en digitale 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 de verwerende partijen).

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.”

3.11. Verdere onderhandelingen tussen de verwerende partijen en Telenet, naar de woorden van de verwerende partijen, “over de verdere uitwerking van de krijtlijnen zoals uiteengezet in het Principeakkoord”, leiden tot een nieuw bod door Telenet van 425 miljoen euro.

3.12. Tussen Telenet en de verwerende partijen worden vervolgens 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 de 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.

3.13. Op 27 juni 2008 nemen de raden van bestuur van de 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 over-

weging 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”. Ten slotte 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.

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.

3.14. In een 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 hoger beroep ingesteld, dat nog hangende is.

3.15. Op 7 december 2009 beslist WVEM over een statutenwijziging waarbij haar naam gewijzigd wordt naar Infrac West.

IV. Nadere omschrijving van het voorwerp van de beroepen

4. Zoals is uiteengezet en geoordeeld in het tussenarrest nr. 219.116 van 2 mei 2012 is het voorwerp in de zaak A. 186.951 de voor verzoekster grievende vóórbeslissing, namelijk “[de] uit de in [die zaak] bestreden beslissingen blijken de weigering om een marktbevraging te organiseren en, meer bepaald, om met Belgacom te onderhandelen” en in de zaak A. 189.179 de eindbeslissingen die zijn genomen in de bedoelde complexe administratieve verrichting.

V. Ontvankelijkheid van de beroepen

Exceptie

5.1. De verwerende partijen besluiten in hun laatste memorie dat verzoekster zonder actueel belang is. Belgacom kan volgens hen immers het nagestreefde voordeel niet meer verkrijgen. De actuele feitelijke situatie is totaal anders dan ten tijde van de bestreden beslissingen door het verloop van klanten en de markt van de elektronische communicatienetwerken is grondig veranderd ten gevolge van beslissingen van 1 juli 2011 van de mediaregulatoren. Belgacom werd door de mediaregulatoren expliciet uitgesloten van het voordeel van de gereguleerde toegang tot het digitaal platform van Telenet en van het doorverkoop-aanbod van breedbandinternet. Belgacom heeft zijnerzijds dan weer laten verstaan geen belangstelling meer te hebben in een analoog aanbod.

5.2. Ook de eerste tussenkomende partij wijst in haar laatste memorie op de beslissingen van de conferentie van de regulatoren voor de elektronische communicatiesector (CRC) van 1 juli 2011 betreffende de analyse van de omroepmarkten voor het Nederlandse taalgebied. De CRC heeft uitdrukkelijk besloten dat Belgacom moest worden uitgesloten van de mogelijkheid om toegang te hebben tot het digitale televisieplatform van Telenet en om breedbandinternet via de kabel aan te bieden. De enige uitzondering is analoge televisie, maar in juni 2013 heeft Belgacom publiek bevestigd geen belangstelling meer te hebben voor deze mogelijkheid.

Beoordeling

6.1. Zowel Telenet als Belgacom hebben de beslissingen van de CRC van 1 juli 2011 in rechte aangevochten. Over die beroepen is nog geen uitspraak gedaan, zodat deze beslissingen nog niet definitief zijn en er dus alleen om die reden al geen dwingende gevolgen uit afgeleid mogen worden met betrekking tot verzoeksters actueel belang. De in de exceptie ook besloten stelling dat Belga-

com geen enkele kans maakt om redenen van mededingingsrechtelijke aard, valt overigens samen met de beoordeling van het middel.

6.2. In zoverre de situatie te velde sedert de aanvang van deze rechtsstrijd is geëvolueerd en in zoverre sommige partijen hierover verklaringen hebben afgelegd of zelfs hiernaar hebben gehandeld, merkt de Raad van State op dat dit alles het gevolg is van de initiële beslissingen die het voorwerp zijn van de voorliggende beroepen. In de veronderstelling dat deze beslissingen onwettig zijn, omdat geen marktbevraging is georganiseerd, kunnen de feitelijke gevolgen van deze onwettigheid naar het oordeel van de Raad van State bezwaarlijk aan verzoekster worden tegengeworpen om haar actueel belang te ontzeggen.

6.3. Ten slotte verliezen de verwerende en de tussenkomende partijen uit het oog dat niet de *sub* 3.13 opgesomde overeenkomsten zelf voorwerp zijn van de beroepen – wat immers zou ontsnappen aan de rechtsmacht van de Raad van State die “niet de natuurlijke rechter is van civielrechtelijke overeenkomsten” (tussenarrest nr. 219.116, overweging 27) – maar wel de afsplitsbare handelingen, uitgaande van de respectieve raden van bestuur van de verwerende partijen, om akkoord te gaan met de overdracht aan Telenet en de reeds eerder door hen besloten weigering om een marktbevraging te organiseren. Om het belang van Belgacom bij het bestrijden van dergelijke afsplitsbare rechtshandelingen te beoordelen, is de omstandigheid dat intussen overeenkomsten tot stand zijn gekomen en dat die zelfs al uitgevoerd worden – met alle feitelijke consequenties van dien – niet ter zake. Zelfs indien het waar is, zoals wordt betoogd, dat het oorspronkelijke doel voor Belgacom hierdoor onbereikbaar is geworden, dan heeft dit nog niet tot gevolg dat verzoekster elk rechtstreeks belang bij haar beroepen verliest. Zij ontleent immers aan haar voorbijgaan zonder marktbevraging in principe een gekwalificeerd moreel belang dat gediend wordt en gediend blijft door de gevraagde nietigverklaring.

7. De exceptie wordt verworpen.

VI. Onderzoek van het middel

A. Ontvankelijkheid

Exceptie

8. Op de terechtzitting die aan het tussenarrest voorafging, wierpen 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, moest volgens de verwerende partijen vooraf aan het Hof worden gevraagd uitsluitel te geven of het Unierecht wel toepasselijk kan zijn in het concrete geschil.

9. Vervolgens heeft de Raad van State bij arrest nr. 219.116 de volgende vraag aan het Hof van Justitie gesteld:

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

Beoordeling

10.1. Bij arrest van 14 november 2013 antwoordt het Hof:

“De artikelen 49 VWEU en 56 VWEU moeten aldus worden uitgelegd dat een marktdeelnemer uit een lidstaat voor de rechterlijke instanties van deze lidstaat kan aanvoeren dat de uit deze artikelen voortvloeiende transparantieplichting is geschonden bij de sluiting van een overeenkomst waarbij een of meer openbare lichamen van deze lidstaat aan een marktdeelnemer uit dezelfde lidstaat een concessieovereenkomst voor diensten hebben gegend die een duidelijk grensoverschrijdend belang heeft, of een

marktaandeelnemer het exclusieve recht voor het uitoefenen van een economische activiteit hebben verleend dat een dergelijk belang heeft.”

10.2. Daarbij overwoog het Hof:

“30. Het staat aan de verwijzende rechter om alle relevante gegevens dienaangaande gedetailleerd te beoordelen (zie in die zin arrest van 23 december 2009, *Serrantoni en Consorzio stabile edili*, C-376/08, Jurispr. blz. I-12169, punt 25 en aldaar aangehaalde rechtspraak), wat *in casu* reeds lijkt te zijn gebeurd, aangezien de verwijzende rechter heeft vastgesteld dat het gelet op het belang van de overeenkomst die in het hoofdgeding aan de orde is waarschijnlijk is dat ondernemingen uit andere lidstaten bij een marktbevraging belangstelling zouden hebben getoond.

31. Voorts zij gepreciseerd dat voor het bestaan van een duidelijk grensoverschrijdend belang niet vereist is dat een marktaandeelnemer daadwerkelijk belangstelling heeft geuit. Dit geldt in het bijzonder wanneer het geschil, zoals in het hoofdgeding, betrekking heeft op het gebrek aan transparantie dat ten aanzien van de betrokken overeenkomst heerste. In een dergelijk geval hebben de marktaandeelnemers uit andere lidstaten immers geen reële mogelijkheid om hun belangstelling voor de betrokken concessie te uiten (zie in die zin arrest *Coname*, reeds aangehaald, punt 18, en arrest van 13 oktober 2005, *Parking Brixen*, C-458/03, Jurispr. blz. I-8585, punt 55).

32. Zodra vaststaat dat een bepaalde concessieovereenkomst voor diensten een duidelijk grensoverschrijdend belang heeft, geldt de transparantieplichting die rust op de instantie die de concessie verleent, bovendien ten aanzien van elke potentiële inschrijver (zie in die zin arrest van 13 april 2010, *Wall*, C-91/08, Jurispr. blz. I-2815, punt 36), ook al is deze gevestigd in dezelfde lidstaat als deze instantie.”

11. De verwerende partijen en de tussenkomende partijen spreken het grensoverschrijdend belang van de bedoelde overeenkomst, die de Raad van State in het tussenarrest *sub* 36 op grond van “de allesbehalve geringe economische betekenis van de transactie” had aangenomen, niet meer tegen. Het middel is, ook wat de aangevoerde schending van Unierechtelijke verplichtingen betreft, ontvankelijk.

B. Gegrondheid

Standpunt van de partijen

12. Het nog te onderzoeken middel is geput uit de schending van de artikelen 49 en 56 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (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”.

Doordat de kabelmaatschappijen 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 49 en 56 VWEU, de artikelen 10 en 11 van de Grondwet en het uit die bepalingen voortvloeiende gelijkheids-, niet-discriminatie- en transparantiebeginsel.

De loutere contractuele afspraken tussen partijen zijn volgens verzoekster geen dwingende redenen van openbaar belang die eventueel een uitzondering op de vrijheid van vestiging en het vrij verkeer van diensten zouden kunnen rechtvaardigen. Dit motief deugt bijgevolg niet volgens verzoekster.

Ook gaat verzoekster uitvoerig in op het tweede motief, met betrekking tot de mededingingsrechtelijke bezwaren.

13. De 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. Zij betogen te steunen op een passende “objectieve rechtvaardigingsgrond”, die “als een bijkomende, op zich-

zelf staande uitzonderingsgrond moet worden gezien”. Volgens de verwerende partijen hoeft de objectieve verantwoording bovendien niet noodzakelijk 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 gaan in detail in op de argumenten die hun raden van bestuur ertoe hebben gebracht om geen marktbevraging te organiseren: de goedkeurings- en voorkeurrechten 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.

14. De tussenkomende partijen verklaren zich integraal aan te sluiten bij de argumentatie ontwikkeld door de 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. Ook de mededingingsrechtelijke bezwaren geven zij ruime aandacht.

Prejudiciële vraagstelling

15. Bij tussenarrest van 2 mei 2012 heeft de Raad van State de vraag geopperd of de overeenkomst, die de concrete uitwerking vormt van de dading die een einde maakt aan het geschil tussen Telenet en de intercommunales, als een gewettigde aanvulling van de inbrengakte van 1996 kan worden beschouwd, dan wel moet worden opgevat als een autonome overeenkomst die slechts met inachtneming van de artikelen 49 VWEU en 56 VWEU kan worden gesloten. Daarbij heeft de Raad ook herinnerd aan de rechtspraak van het Hof van Justitie, met betrekking tot de zogenaamde “objectieve rechtvaardigingsgronden”, dan wel de “dwingende redenen van algemeen belang”, die een ongelijke behan-

deling van marktdeelnemers kunnen rechtvaardigen. Het Hof van Justitie is in die context ondervraagd.

16. Bij arrest van 14 november 2013 heeft het Hof van Justitie verduidelijkt “dat geen onderscheid hoeft te worden gemaakt tussen objectieve rechtvaardigingsgronden en dwingende redenen van algemeen belang. Dergelijke gronden moeten immers uiteindelijk een dwingende reden van algemeen belang vormen”. Het Hof overweegt vervolgens:

“39. De in de onderhavige prejudiciële vraag genoemde gronden kunnen evenwel niet als dwingende reden van algemeen belang worden beschouwd, ongeacht of zij afzonderlijk dan wel in hun geheel worden beschouwd.

40. Weliswaar moet worden aanvaard dat het rechtszekerheidsbeginsel, dat een algemeen beginsel van Unierecht is, rechtvaardigt dat de rechtsgevolgen van een overeenkomst in acht worden genomen, ook – voor zover dit beginsel dit gebiedt – in het geval van een overeenkomst die is gesloten voordat het Hof zich heeft uitgesproken over de gevolgen van het primaire recht voor dergelijke overeenkomsten, en die *a posteriori* onverenigbaar blijkt te zijn met bepaalde van deze gevolgen (zie in die zin arrest ASM Brescia, reeds aangehaald, punten 69 en 70), maar dit beginsel kan niet worden aangevoerd om een overeenkomst uit te breiden op een wijze die in strijd is met de beginselen van gelijke behandeling en non-discriminatie en de daaruit voortvloeiende transparantieplichting. Het doet dienaangaande niet ter zake dat deze uitbreiding een redelijke oplossing kan vormen ter beëindiging van een geschil tussen de betrokken partijen over de draagwijdte van de overeenkomst dat is ontstaan door omstandigheden waarop zij totaal geen vat hadden.

41. Wat voorts het risico betreft dat een door een openbaar lichaam uitgeoefende economische activiteit in waarde zal verminderen doordat het reeds bestaande contractuele kader niet aangepast blijkt aan de ontwikkeling van de technisch-commerciële context, is het vaste rechtspraak dat economische motieven niet kunnen worden aanvaard als dwingende redenen van algemeen belang die een beperking van een door het Verdrag gewaarborgde fundamentele vrijheid rechtvaardigen (zie arrest van 16 februari 2012, Costa en Cifone, C-72/10 en C-77/10, nog niet gepubliceerd in de Jurisprudentie, punt 59 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

42. Dienaangaande zij vastgesteld dat de omstandigheid dat de sluiting van de litigieuze overeenkomst in het belang is van de consumenten, die anders geen interactieve televisiediensten of zelfs geen commercieel aantrekkelijk dienstenpakket zouden kunnen ontvangen, niet echt te onderscheiden valt van het motief dat verband houdt met de waardevermindering van deze activiteit, maar integendeel nauw hiermee verbonden is. Deze omstandigheid geldt immers niet voor alle consumenten op het

grondgebied dat door de kabelnetwerken van de intercommunales wordt bestreken, maar enkel voor die welke geabonneerd zijn op de televisiediensten die door deze laatste werden geleverd in het kader van de activiteiten waarvan de overdracht aan Telenet in het hoofdgeding aan de orde is, en het feit dat de intercommunales ten gevolge van de door de inbrengakte van 1996 geregelde verdeling van de gebruiksrechten op hun kabelnetwerken bepaalde diensten niet aan deze abonnees kunnen aanbieden, verklaart waarom het commerciële product dat zij op de markt kunnen aanbieden aan aantrekkelijkheid inboet, en dus waarom deze activiteit in waarde vermindert.

43. Ten slotte zij gepreciseerd dat overwegingen die afzonderlijk beschouwd geen dwingende redenen van algemeen belang zijn die een afwijking van de beginselen van gelijke behandeling en non-discriminatie en de transparantieplichting rechtvaardigen, dit niet kunnen worden door het loutere feit dat zij samen worden beschouwd.

44. Gelet op al deze overwegingen moet op de tweede vraag worden geantwoord dat de artikelen 49 VWEU en 56 VWEU aldus moeten worden uitgelegd dat:

- de wil om bepaalde gebruiksrechten op kabelnetwerken van openbare lichamen niet te schenden die deze lichamen bij een vroegere overeenkomst aan een marktdeelnemer hebben verleend, niet kan rechtvaardigen dat deze overeenkomst op een met het Unierecht strijdige wijze wordt uitgebreid in die zin dat rechtstreeks een dienstenconcessie of een exclusief recht voor het uitoefenen van een activiteit wordt verleend met een duidelijk grensoverschrijdend belang, ook niet wanneer hiermee wordt beoogd een einde te maken aan een geschil tussen de betrokken partijen over de draagwijdte van deze overeenkomst dat is ontstaan door omstandigheden waarop zij totaal geen vat hadden;
- economische redenen, zoals de wil om een waardevermindering van een economische activiteit te vermijden, geen dwingende redenen van algemeen belang zijn die kunnen rechtvaardigen dat een dienstenconcessie voor deze activiteit of een exclusief recht voor het verrichten van deze activiteit met een duidelijk grensoverschrijdend belang rechtstreeks wordt verleend in afwijking van de in deze artikelen vervatte beginselen van gelijke behandeling en non-discriminatie.”

Beoordeling

17.1. Zoals geen van de partijen nog betwist, impliceert het door het Hof van Justitie gegeven antwoord dat de door de verwerende en de tussenkomende partijen aan de inbrengakte met Telenet ontleende argumenten om bij uitzondering van marktbevraging af te zien, geen dwingende redenen van algemeen belang zijn die een beperking kunnen rechtvaardigen van de ingeroepen beginselen.

len van gelijke behandeling en non-discriminatie en de transparantieplichting die rechtstreeks voortvloeit uit de artikelen 49 en 56 VWEU.

17.2. Het eerste motief is bijgevolg ondeugdelijk.

18.1. In hun laatste memories na het aanvullend auditoraatsverslag, argumenteren de verwerende partijen en de eerste tussenkomende partij nog wel dat het tweede motief overeind blijft. Dit motief is gesteund op de mededingingsrechtelijke bezwaren tegen een bieding van Belgacom.

Volgens de verwerende partijen is dit argument reeds in de brief van Intermedia van 11 december 2007 aan Belgacom prominent vermeld. Ook waren er toentertijd al vele publieke beslissingen van mededingingsautoriteiten en regulatoren waaruit de dominante positie van Belgacom bleek. De verwerende partijen vermelden ook de latere beslissingen van de regulatoren met betrekking tot het openstellen van de kabel en inzonderheid de beslissingen van de CRC van 1 juli 2011.

Ook de eerste tussenkomende partij ontwikkelt in haar laatste memorie een gelijkaardig verweer.

18.2. Vooraf zij vastgesteld dat dit tweede motief enkel ziet op Belgacom en dat het alvast geen dwingende reden van algemeen belang vormt die zonder marktbevraging een rechtstreekse toekenning aan Telenet vermag te verantwoorden.

18.3. In het aanvullend auditoraatsverslag wordt voorts over dit tweede motief opgemerkt:

“De uitvoerige argumentatie die ter zake door verwerende partijen naar voor gebracht wordt in hun memorie van antwoord spoort niet met het uiterst karig karakter – een paar ‘gratuite’ woorden – van het aangegeven motief, zijnde het risico op monopolie inzake TV-activiteiten: die uitvoe-

rige argumentatie is niet te bespeuren in het dossier en is pas naar voor gekomen in de onderhavige procedure.”

De verwerende partijen wijzen weliswaar erop dat de gevreesde monopoliepositie te harer tijd in een brief van 11 december 2007 aan Belgacom ter sprake is gebracht, maar zij ontkrachten daarmee niet de vaststelling in het auditorsverslag dat ten tijde van de bestreden beslissingen hieraan geen volwaardig onderzoek is besteed. Zo verwijst de bewuste brief enkel naar een “gevaar” voor een mogelijk (“zou kunnen inhouden”) monopolie inzake TV-activiteiten, “buiten beschouwing latend” de gevolgen “op de markten van de telefonie en het internet”.

18.4. In zoverre het al tot de plicht van een aanbestedende overheid behoort bij de gunning eventuele monopolievorming als onderdeel van het beslissingsproces in rekening te brengen, een verplichting die de verwerende partijen in elk geval niet aantonen, is er nog meer. Zoals de Raad van State reeds opmerkte in het tussenarrest *sub* 29, valt het niet toe aan de verwerende partijen – laat staan aan de tussenkomende partijen – om marktbevraging *ab initio* zinloos te achten.

De verwerende partijen hebben het herhaalde aanbod van Belgacom om een gesprek te hebben *a priori* afgewezen, terwijl de effectieve weerslag op de marktpositie van de partijen die belangstelling vertonen slechts na kennis van hun concrete aanbod onderzocht kan worden en terwijl een aanbod slechts na een daadwerkelijk en zorgvuldig onderzoek ervan eventueel uitgesloten kan worden. De Raad van State herhaalt wat hij in het tussenarrest *sub* 22 heeft overwogen, namelijk dat “de discretionaire bevoegdheid die de overheid ter zake heeft, begrensd is door het gelijkheidsbeginsel en de daaruit voortvloeiende transparantieplichting, 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”. Wil dit beginsel geen dode letter blijven, veronderstelt dit in principe ook dat hun aanbiedingen effectief worden vergeleken.

18.5. Handelingen van bevoegde marktautoriteiten die dateren ná de bestreden beslissingen – laat staan uitspraken die nog *sub judice* zijn – en die bovendien geen uitspraak inhouden over een concrete, want niet gerealiseerde bieding van Belgacom, kunnen het onderzoek van een aanbod na een effectieve marktbevraging en de conclusies die de verwerende partijen daaraan dan mochten koppelen, niet vervangen.

Het staat ook niet aan de Raad van State op dit onderzoek vooruit te lopen of het in de plaats van het bestuur of van de marktautoriteiten te voeren.

18.6. Het tweede motief is op zijn minst voorbarig en bijgevolg als steun voor de bestreden beslissingen evenmin dienend.

19. Het middel is gegrond.

BESLISSING

1. De Raad van State vernietigt de weigering om een marktbevraging te organiseren en, meer bepaald, met Belgacom te onderhandelen, over de overdracht van activiteiten en rechten op het kabelnetwerk, welke blijkt uit de besluiten van de raad van bestuur van de opdrachthoudende vereniging Inter-Media van 4 december 2007, van de raad van bestuur van de opdrachthoudende vereniging Interkommunale voor teledistributie van het gewest Antwerpen van 14 december 2007, van de raad van bestuur van de opdrachthoudende vereniging West-Vlaamse energie- en teledistributiemaatschappij, thans Infrax West van 17 december 2007 en van de raad van bestuur van de opdrachthoudende vereniging Provinciale Brabantse Energie-maatschappij van 17 december 2007.

2. De Raad van State vernietigt de beslissingen van dezelfde raden van bestuur van deze opdrachthoudende verenigingen van 27 juni 2008 waarbij zij

goedkeuring verlenen aan de definitieve overeenkomst met Telenet tot overdracht van de analoge en digitale klantenbasis aan Telenet en over de aankoop en lange termijn lease van netwerkkonderdelen door Telenet.

3. De Raad van State verwierpt de beroepen voor het overige.

4. De verwerende partijen worden verwezen in de kosten van de vordering tot schorsing en van het beroep tot nietigverklaring in de beide zaken, begroot op 700 euro, elk voor een vierde.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 26 mei 2014, door de Raad van State, IXe kamer, samengesteld uit:

Geert Van Haegendoren,	kamervoorzitter,
Bruno Seutin,	staatsraad,
Bert Thys,	staatsraad,
bijgestaan door	
Johan Pas,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Johan Pas

Geert Van Haegendoren