Texte français (titre VI, chapitre II, des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973).

CONSEIL D'ÉTAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF

XIIe CHAMBRE

A R R Ê T

n° 219.116 du 2 mai 2012

A. 186.951/XII-5336
A. 189.179/XII-5515

En cause: BELGACOM
société anonyme de droit public
assistée et représentée par
Me Barteld Schutyser, avocat,
ayant son cabinet à 1050 Bruxelles
avenue Louise 106
où il est fait élection de domicile

contre:

1. L'ASSOCIATION CHARGÉE DE MISSION "INTERKOMMUNALE VOOR TELEDISTRIBUTIE VAN HET GEWEST ANTWERPEN (INTEGAN)"
2. L'ASSOCIATION CHARGÉE DE MISSION "INTER-MEDIA"
3. L'ASSOCIATION CHARGÉE DE MISSION "WESTVLAAMSE ENERGIE EN TELEDISTRIBUTIEMAAT-SCHAPPIJ (WVEM)"
4. La S.C.R.L. "PROVINCIALE BRABANTS ENERGIEMAATSCHAPPIJ (PBE) "
assistées et représentées par
M[es] Jan Peeters, David D'Hooghe et Paul Van der Putten, advocats
ayant leur cabinet à1000 Bruxelles
rue de Loxum 25
où il est fait élection de domicile

Parties intervenantes:

1. la S.A. TELENET
2. la S.A. TELENET VLAANDEREN
3. la S.A. TELENET GROUP HOLDING
assistées et représentées par
M[es] Thomas De Meese et Benito Boone, avocats

ayant leur cabinet à 1000 Bruxelles
rue Royale 71
où il est fait élection de domicile

I. Objet des recours

1. Le recours, introduit le 1er février 2008 dans l'affaire A.186.951, a pour objet d'annuler:

> "1. La décision du 4 décembre 2007 du conseil d'administration de l'association chargée de mission Inter-Media, dont le siège social est établi à 3500 Hasselt, Trichterheideweg 8, par laquelle celui-ci approuve les termes de l'accord de principe relatif à la cession de ses activités télévisuelles ainsi que des droits complémentaires sur son réseau câblé à Telenet, le refus implicite d'accorder à Belgacom le droit de déposer une offre alternative pour ces activités et droits et la décision du président de l'association chargée de mission Inter-Media, telle qu'elle a été communiquée par lettre du 11 décembre 2007, dans laquelle ce dernier refuse à Belgacom la possibilité de déposer une offre alternative.
> 2. La décision, de date inconnue mais probablement du 14 décembre 2007, du conseil d'administration de l'association chargée de mission Integan, dont le siège social est établi à 2660 Anvers-Hoboken, Boombekelaan 14, par laquelle celui-ci autorise le comité de direction à poursuivre les négociations sur l'accord de principe relatif à la cession de ses activités télévisuelles ainsi que des droits complémentaires sur son réseau câblé à Telenet, le refus implicite d'accorder à Belgacom le droit de déposer une offre alternative pour ces activités et droits et la décision du président, du premier vice-président et du directeur général de Integan, telle qu'elle a été communiquée par lettre du 14 décembre 2007, par laquelle ces derniers font savoir qu'il ne leur serait pas possible 'de réagir présentement sur le fond' à la demande de Belgacom de déposer une offre alternative et la décision implicite qui en découle par laquelle Integan refuse à Belgacom la possibilité de déposer une offre alternative.
> 3. La décision du 17 décembre 2007 du conseil d'administration de l'association chargée de mission "West-Vlaamse Energie- en teledistributiemaatschappij (dénommée ci-après 'WVEM')", dont le siège social est établi à 8820 Torhout, Ringlaan Noord 9, par laquelle celui-ci donne son 'feu vert' à la poursuite des négociations en vue de trouver un accord sur la cession de ses activités télévisuelles ainsi que sur l'octroi de droits complémentaires sur son réseau câblé à Telenet et par laquelle la WVEM, ainsi qu'il est communiqué dans une lettre de la

même date, refuse à Belgacom la possibilité de déposer une offre alternative.
4. La décision, de date inconnue mais probablement du 17 décembre 2007, du conseil d'administration de l'association chargée de mission "Provinciale Brabantse Energiemaatschappij (dénommée ci-après 'PBE')", dont le siège social est établi à 3210 Lubbeek (Linden), Diestsesteenweg 126, par laquelle celui-ci décide qu'un accord définitif peut être élaboré concernant la cession de ses activités télévisuelles et des droits complémentaires sur son réseau câblé à Telenet, le refus implicite d'accorder à Belgacom le droit de déposer une offre alternative pour ces activités et droits et la décision du directeur général de la PBE, telle qu'elle a été communiquée par lettre du 12 décembre 2007, dans laquelle ce dernier refuse à Belgacom la possibilité de déposer une offre alternative".

Le recours, introduit le 23 juillet 2008 dans l'affaire A.189.179, a pour objet d'annuler:

"1. La décision du 27 juin 2008 du conseil d'administration de l'association chargée de mission Inter-Media, dont le siège social est établi à 3500 Hasselt, Trichterheideweg 8, par laquelle celui-ci approuve l'accord quant à la cession de la base de données clients analogiques et numériques à Telenet et l'achat ainsi que la location de longue durée de composants réseaux par Telenet et décide que « eu égard à la décision motivée du conseil d'administration du 12 décembre 2007, on peut dès lors discuter et décider de conclure des accords avec Telenet sans tenir compte de la lettre de Belgacom étant donné qu'il a déjà été décidé auparavant de ne pas organiser d'appel au marché».
2. La décision du 27 juin 2008 du conseil d'administration de l'association chargée de mission Integan, dont le siège social est établi à 2660 Anvers-Hoboken, Boombekelaan 14, par laquelle celui-ci approuve l'accord quant à la cession de la base de données clients analogiques et numériques à Telenet et l'achat et la location de longue durée de composants réseaux par Telenet et décide que « eu égard à la décision motivée du conseil d'administration du 14 décembre 2007, on peut dès lors discuter et décider de conclure des accords avec Telenet sans tenir compte de la lettre de Belgacom étant donné qu'il a déjà été décidé auparavant de ne pas organiser d'appel au marché ».
3. La décision du 27 juin 2008 du conseil d'administration de l'association chargée de mission "WestVlaamse Energie- en teledistributiemaatschappij (dénommée ci-après 'WVEM')", dont le siège social est établi à 8820 Torhout, Ringlaan Noord 9, par laquelle celui-ci approuve l'accord quant à la cession de la base de données clients analogiques et numériques à Telenet et l'achat et la location de longue durée de composants réseaux par Telenet et décide que « eu égard à la décision motivée du conseil d'administration du

17 décembre 2007, on peut dès lors discuter et décider de conclure des accords avec Telenet sans tenir compte de la lettre de Belgacom étant donné qu'il a déjà été décidé auparavant de ne pas organiser d'appel au marché ».

4. La décision du 27 juin 2008 du conseil d'administration de l'association chargée de mission "Provinciale Brabantse Energiemaatschappij (dénommée ci-après 'PBE')", dont le siège social est établi à 3210 Lubbeek (Linden), Diestsesteenweg 126, par laquelle celui-ci approuve l'accord quant à la cession de la base de données clients analogiques et numériques à Telenet et l'achat et la location de longue durée de composants réseaux par Telenet et décide que « eu égard à la décision motivée du conseil d'administration du 17 décembre 2007, on peut dès lors discuter et décider (de conclure des accords avec Telenet) sans tenir compte de la lettre de Belgacom étant donné qu'il a déjà été décidé auparavant de ne pas organiser d'appel au marché ».

II. Déroulement de la procédure

2. Dans l'affaire A.186.951, la demande de suspension de l'exécution des décisions attaquées a été rejetée par l'arrêt n° 183.265 du 22 mai 2008.

La partie requérante a introduit une demande de poursuite de la procédure.

Dans l'affaire A.186.951, la S.A. Telenet Vlaanderen et la S.A. Telenet Group Holding ont introduit une requête en intervention. L'intervention a été autorisée par ordonnance du 5 septembre 2008.

Dans l'affaire A.189.179, les débats ont été rouverts par l'arrêt n° 200.366 du 2 février 2010.

Les parties défenderesses ont déposé un mémoire en réponse dans les deux affaires et la partie requérante a également déposé chaque fois un mémoire en réplique.

Les parties intervenantes ont déposé un mémoire dans les deux affaires.

M. Jos Stevens, premier auditeur, a rédigé un rapport sur les deux affaires.

La partie requérante et les parties défenderesses ont déposé un dernier mémoire dans les deux affaires.

Les parties ont été convoquées à l'audience du 27 mars 2012.

M. Geert Van Haegendoren, conseiller d'État, a fait rapport.

M^e^ Barteld Schutyser, avocat, qui comparaît pour la partie requérante, M^es^ David D'Hooghe et Peter Wytinck, avocats, qui comparaissent pour les parties défenderesses, et M^e^ Thomas De Meese, avocat, qui comparaît pour les parties intervenantes, ont été entendus.

M. Jos Stevens, premier auditeur, a donné un avis.

Il a été fait application des dispositions sur l'emploi des langues énoncées au titre VI, chapitre II, des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973.

III. Des faits

3.1. Les trois premières parties défenderesses -Integan, Inter-Media et WVEM- sont des associations intercommunales, plus particulièrement des associations chargées de mission au sens du décret du 6 juillet 2001 portant réglementation de la coopération intercommunale. La quatrième partie défenderesse –PBE - est une intercommunale transrégionale, soumise aux dispositions de la loi du 22 décembre 1986 relative aux intercommunales. Toutes

les quatre sont ce qu'on appelle de « câblodistributeurs purs », ce qui signifie que leur actionnariat est uniquement composé de personnes de droit public.

Le 24 juin 1996, les quatre parties défenderesses ont créé la S.C.R.L. (de droit commun) Interkabel dans le but de participer à Telenet. Telenet fournit des services de téléphonie, de télévision (numérique et analogique) et d'internet via le câble. En ce qui concerne le secteur d'activité des quatre parties défenderesses, la S.C.R.L. Interkabel a acquis une participation dans Telenet par l'intermédiaire de l'acte dit d'apport du 23 septembre 1996 en échange de l'apport *en nature,* pour la durée de cinquante ans, de droits d'usage sur une partie du réseau câblé. Cette participation dans Telenet est de l'ordre de 1,51%.

Le 7 février 2007, Integan, PBE et Infrax (WVEM et Inter-Media) ont créé la société IN.DI sous la forme d'un groupement d'intérêt économique en vue de fournir des services de télévision numérique.

3.2. A la suite de l'acte d'apport susvisé, les droits d'usage sur le réseau câblé sont répartis comme suit entre les sociétés de distribution par câble défenderesses et Telenet.

Telenet obtient l'exclusivité des "services de télécommunications point à point", les câblodistributeurs obtiennent l'exclusivité des "services de télédiffusion" et les deux parties peuvent fournir des services multimédias.

L'accord confère également un droit préférentiel à Telenet en cas de vente éventuelle des droits de propriété sur les réseaux câblés. L'article 8.1 de l'acte d'apport énonce à cet égard ce qui suit:

> "8.1.1 Interkabel ne cédera pas, en tout ou en partie, ses droits (en ce compris les droits de copropriété) sur le réseau câblé à une quelconque

tierce partie (en ce compris une intercommunale ou une commune) sans l'accord écrit préalable de [Telenet Vlaanderen].
8.1.2 Chaque intercommunale s'engage à ne céder, en tout ou en partie, ses droits de copropriété sur un réseau câblé IC à une tierce partie qu'après avoir accordé à [Telenet Vlaanderen] une option d'achat sur les droits de propriété qu'elle souhaite céder.
[Telenet Vlaanderen] aura le droit d'acquérir les droits de copropriété proposés par une intercommunale aux mêmes conditions que celles proposées par la tierce partie, si ce n'est que la cession d'un droit de copropriété d'une intercommunale ne sera pas soumise au droit de préemption (i) lorsque le cessionnaire est une commune et que la cession du droit de copropriété de l'intercommunale à la commune concernée intervient à la suite du retrait de la commune de l'intercommunale ou de la dissolution de cette dernière ou (ii) lorsque le cessionnaire est une intercommunale active dans le secteur de l'octroi des services de télédiffusion ou (iii) lorsque le cessionnaire est Interkabel.
8.1.3 Interkabel et chaque intercommunale s'engagent à ne pas sortir de leur copropriété volontaire sur chacun des réseaux câblés IC sans l'accord écrit préalable de [Telenet Vlaanderen].
8.1.4 Toute cession de la quote-part dans la copropriété sur un réseau câblé IC par Interkabel ou par une intercommunale à une partie autre que [Telenet Vlaanderen] (en ce compris les cessions autorisées visées à l'article 8.1.2 susvisé) sera en tout cas soumise à un régime approprié garantissant que les droits d'usage de [Telenet Vlaanderen] ne seront pas affectés par la cession concernée."

Dans la pratique, Telenet fournit des services de téléphonie et d'internet, les câblodistributeurs défendeurs la télévision (analogique) par câble. Dans le secteur d'activité des intercommunales mixtes, Telenet fournit depuis 2002 la télévision analogique par câble et depuis 2005 la télévision numérique. Dans leur secteur d'activité, les parties défenderesses proposent depuis 2004 également la télévision numérique, depuis 2007 la télévision numérique interactive et des services multimédias par l'intermédiaire de IN.DI.

La requérante, la S.A. Belgacom, possède un réseau de téléphonie. Elle fournit depuis 1998 internet via l'ADSL et depuis 2005 la télévision numérique. Elle ne propose pas la télévision analogique; depuis 2007, elle fournit des « bundles », à savoir une combinaison regroupant téléphonie fixe et mobile, ADSL et télévision.

3.3. Un litige apparaît ensuite entre Telenet et les parties défenderesses à propos de la portée exacte de l'acte d'apport:

- Pour les parties défenderesses, Internet est une activité multimédia qui peut donc être développée tant par Telenet que par les parties défenderesses. Telenet estime qu'il s'agit d'un service de télécommunication point à point qui lui est réservé.
- Selon les parties défenderesses, la télévision interactive est une activité de télédiffusion, d'où la constitution de IN.DI; pour Telenet, il s'agit d'un service de télécommunication point à point.

Par ordonnance de référé rendue le 5 juillet 2007 par le président du tribunal de première instance à Bruxelles, Telenet obtient l'interdiction provisoire sous peine d'astreinte pour les parties défenderesses, la S.C.R.L. Interkabel et IN.DI, d'annoncer, de proposer, de fournir ou de promouvoir, directement ou indirectement, de quelque manière que ce soit, des services interactifs ou le lancement de ceux-ci par le truchement du réseau Interkabel, plus particulièrement:

- des films, des programmes de télévision ou d'autres signaux visuels à la demande (tels, sans être exhaustif, Net Gemist, C-More, i-Watch);
- des applications interactives (telles, sans être exhaustif, des applications qui permettent, via la télécommande, de participer à des programmes de jeux ou de voter pour un candidat déterminé qui participe à un concours ou à un jeu), à l'exception de *Near Video on Demand* et *Pay per View* au sens de l'acte d'apport.

Les services de télévision numérique interactive et de programmes de télévision à la demande sont considérés par le juge *prima facie* comme des services de télécommunication point à point au sens de l'article 1.21 de l'acte d'apport.

3.4. Les parties défenderesses ont interjeté appel et entamé parallèlement des négociations avec Telenet. Celles-ci ont abouti à l'accord de

principe du 26 novembre 2007 conclu entre les parties défenderesses, Interelectra, Interkabel, IN.DI et Telenet.

L'accord de principe porte sur une transaction en matière d'activités câblées dont les modalités et la mise en œuvre doivent encore être développées par les parties lors de négociations et discussions ultérieures. L'accord de principe comporte, selon les termes formulés par les parties défenderesses, les « grandes lignes (structure de la transaction et évaluation) » et est soumis à des accords définitifs. Le but est de parvenir à une cession, notamment, des activités de télévision numérique et analogique (et de 800.000 abonnés à la télévision analogique et de 60.000 abonnés à la télévision numérique) des parties défenderesses à Telenet contre paiement (valeur estimée 350 millions d'euros). Les parties défenderesses restent propriétaires du réseau câblé, mais accordent à Telenet le droit de jouissance intégral sur le réseau câblé pour une période de 38 ans via un droit d'emphytéose. Telenet paie une indemnité unique, une indemnité annuelle pour frais et amortissements et une indemnité sur le capital investi. La responsabilité de la gestion, de l'entretien, de l'extension et de la revalorisation du réseau câblé incombe toujours aux parties défenderesses, également contre rétribution.

Ceci signifierait concrètement que dans le secteur d'activité des parties défenderesses, Telenet est le seul interlocuteur pour l'internet, la téléphonie et les services de télévision analogique, numérique et numérique interactive par le câble.

3.5. Le 30 novembre 2007, à la suite de la diffusion d'un communiqué de presse relatif à l'accord de principe, l'administrateur délégué de Belgacom envoie aux quatre parties défenderesses une lettre dans laquelle il se réfère à l'accord de principe et sollicite un entretien en vue d'aboutir à une offre alternative.

Les quatre câblodistributeurs répondent par lettres des 11 décembre 2007, 14 décembre 2007, 12 décembre 2007 et 17 décembre 2007.

Ils y prétendent que Belgacom ne peut être retenue comme interlocuteur, d'une part, eu égard à certaines restrictions dans l'acte d'apport (droits d'usage, droits préférentiels et droits de préemption conventionnels au profit de Telenet) et, d'autre part, compte tenu du fait qu'une collaboration avec Belgacom entraînerait la création d'un monopole.

L'administrateur délégué de Belgacom répond à leurs assertions par lettre du 14 décembre 2007. Il y évoque la possibilité d'un partage du câble, ce qui donnerait lieu à une concurrence effective. En outre, il fait observer qu'il y a lieu d'assurer la publicité des informations pertinentes afin de permettre la mise en concurrence.

3.6. Les conseils d'administration des quatre parties défenderesses ont pris connaissance de l'accord de principe, en ce compris d'une "Note au conseil d'administration et aux actionnaires". Dans cette note, il est allégué qu'une transaction de ce genre se fonde sur "une obligation de principe de procéder à un appel au marché déduite du principe d'égalité et du principe de transparence", mais "qu'il est admis […] que des motifs particuliers peuvent justifier qu'une relation contractuelle soit conclue sans appel au marché préalable". En ce qui concerne ce dernier point, la note renvoie au litige avec Telenet, aux droits de préemption au profit de Telenet mentionnés dans l'acte d'apport, à certains aspects relatifs au droit de la concurrence et à l'évaluation conforme au marché.

Le 4 décembre 2007, le conseil d'administration de Inter-Media donne son assentiment à l'accord de principe; le 14 décembre 2007, le conseil d'administration de Integan autorise son comité de direction à poursuivre les négociations en vue d'un accord; le 17 décembre 2007, le conseil d'administration de la WVEM donne le feu vert au développement du projet; le 17 décembre 2007, le conseil d'administration de la PBE décide de poursuivre l'élaboration d'un accord définitif dans les limites de l'accord de principe.

3.7. Le 26 décembre 2007, Belgacom demande au président du tribunal de première instance d'Anvers d'interdire aux parties défenderesses tout acte susceptible de donner exécution à l'accord de principe conclu entre Interkabel et Telenet concernant la cession de droits sur le réseau câblé, les activités télévisuelles et les abonnés à la télévision analogique et numérique. Le 11 mars 2008, l'ordonnance suivante a donc été rendue:

> "[...] interdisons aux associations intercommunales Inter-Media, Integan, WVEM, l'intercommunale PBE, à la S.C.R.L. Interkabel et au groupement d'intérêt IN.Di tout acte susceptible de donner exécution à l'accord de principe conclu entre Interkabel et Telenet concernant la cession de droits sur le réseau câblé, les activités télévisuelles et les abonnés à la télévision analogique et numérique des parties susvisées à Telenet, sous peine d'une astreinte de 1.000.000 d'euros par partie et par infraction, et ce jusqu'à ce que le juge au fond ait statué sur la prétendue nullité".

En ce qui concerne la décision du juge au fond, le président considère que, dans l'intervalle, la S.A. Belgacom a lancé une citation à comparaître devant le juge au fond.

Les parties défenderesses interjettent appel contre cette ordonnance auprès de la cour d'appel d'Anvers.

3.8. Entre-temps, par lettre du 22 janvier 2008, Belgacom soumet aux parties défenderesses une proposition non contraignante pour la reprise des activités de télévision analogique et numérique et de la base de données clients existante. Cette proposition se base sur un usage partagé et non exclusif du câble pour les services de télévision.

3.9. Le 1er février 2008, Belgacom introduit le présent recours en annulation A.186.951 contre les décisions des conseils d'administration des parties défenderesses, mentionnées *sub* 3.6, dont elle demande également la suspension de l'exécution. Par l'arrêt intermédiaire n° 183.265 du 22 mai 2008, le Conseil d'État rejette cette demande au motif qu'il n'est pas établi de préjudice grave difficilement réparable.

3.10. Le 4 juin 2008, la cour d'appel d'Anvers décide qu'elle est sans juridiction et l'ordonnance du 11 mars 2008 est donc réformée.

3.11. Le 10 juin 2008, l'administrateur délégué de Belgacom envoie aux parties défenderesses une lettre dans laquelle il formule une nouvelle offre non contraignante et conditionnelle quant aux clients TV et aux droits d'usage non exclusifs pour les services télévisuels via les réseaux câblés de Integan, Inter-Media, PBE et WVEM (une offre indicative de 420 millions d'euros pour l'acquisition de la clientèle et des activités télévisuelles analogiques et numériques et pour l'acquisition de droits d'usage non exclusifs en vue de proposer la télévision analogique et numérique via le câble des parties défenderesses).

3.12. Le 13 juin 2008, Interkabel diffuse le communiqué de presse suivant:

> "Interkabel a pris acte de la lettre de Belgacom. De plus, nous avons aussi pris acte du fait que Telenet a pris acte du courrier de Belgacom. La balle se trouve à présent dans le camp de Telenet".

3.13. Après les arrêts de la cour d'appel d'Anvers et du Conseil d'État, les négociations se sont poursuivies entre les parties défenderesses et Telenet, selon les termes utilisés par les parties défenderesses, "sur l'élaboration des grandes lignes, telles qu'elles sont exposées dans l'accord de principe". Par rapport à l'offre initiale de l'accord de principe, de l'ordre de 350 millions d'euros, Telenet a formulé une offre d'un montant de 425 millions d'euros. Plusieurs conventions sont élaborées afin de formaliser les différents aspects de l'accord de principe sur le plan juridique :

- par câblodistributeur, une convention de cession d'une branche d'activité (les activités télévisuelles, à savoir l'activité comportant la distribution, la commercialisation et la fourniture des signaux d'information et de

communication, la distribution et la fourniture de signaux audio et TV et l'exploitation d'un réseau de télévision par câble),

- par câblodistributeur, une convention portant constitution d'un droit d'emphytéose sur la capacité intégrale du réseau câblé;
- une convention-cadre Réseau câblé,
- une convention interprétative sur la portée de l'acte d'apport afin de régler le litige pendant entre les parties défenderesses et Telenet,
- un contrat de services Transition,
- une convention de reprise de membres du personnel de Integan et
- des conventions relatives à quelques biens immobiliers.

La teneur de la convention de cession de branche d'activité et celle de la convention d'emphytéose sont résumées de manière quasi similaire dans une note explicative relative à la transaction envisagée à l'attention des membres du conseil d'administration de chaque câblodistributeur concerné, par exemple dans le cas de la WVEM:

> "3 Convention de cession de branche d'activité
> La Convention de cession de branche d'activité expose les accords intervenus entre les parties concernant la cession des activités télévisuelles de la WVEM, à savoir l'activité comportant la distribution, la commercialisation et la fourniture de signaux d'information et de communication, la distribution et la fourniture de signaux audio et TV et l'exploitation d'un réseau câblé dans la région (définie dans la convention comme' 'l'activité ICS').
> Il est probable que la cession de l'activité ICS s'opérera conformément à la procédure énoncée à l'article 770 du Code des Sociétés (à savoir la procédure de cession d'une branche d'activité).
> A la date de la signature de la convention, la WVEM fera certaines déclarations et présentera certaines garanties (existence de la WVEM sous l'angle du droit des sociétés, capacité de la WVEM à conclure et à exécuter l'accord, fait que la convention ne constitue pas une violation en matière d'actifs, d'activités, d'autorisations et de licences, d'engagements et de contrats, de litiges, de réseau câblé).
> La Convention de cession de branche d'activité prévoit un mécanisme d'indemnisation spécifique en cas de violation des déclarations et garanties, qui comporte des limitations dans le temps, un montant minimum et un seuil pour les demandes ainsi qu'un plafond de responsabilités.

En outre, elle contient un certain nombre de dispositions générales qui cherchent à limiter la responsabilité du vendeur (les dégâts conditionnels ou potentiels, les produits d'assurances et les indemnisations par des tiers sont compris dans le calcul du dommage subi par l'acheteur, etc.).
La convention prévoit une responsabilité solidaire de la WVEM et lnterkabel, solidarité qui est toutefois limitée à la quote-part respective de la WVEM et lnterkabel dans la part de la copropriété entre la WVEM et Interkabel sur le réseau câblé.
La convention de cession comporte également un dispositif applicable dans l'hypothèse où, entre le moment de la signature de la convention et la date de clôture, de nouveaux faits pourraient encore survenir et constituer une violation des déclarations et garanties de la WVEM.
Si ces faits nouveaux ne sont pas imputables à la WVEM ou à Interkabel, ils ne donnent pas lieu, en principe, à une indemnité de la WVEM à l'égard de Telenet. Si ces faits ou opérations excèdent un montant déterminé, Telenet a la possibilité de résilier la Convention de cession de branche d'activité.
Une procédure spécifique a été élaborée pour le cas de figure où (l'exécution de) la convention est interdite, limitée, modifiée, évitée ou reportée à la suite de procédures intentées par des tiers. La convention prévoir présentement des dispositions permettant à Telenet, dans l'hypothèse où la responsabilité de la WVEM et/ou Interkabel serait engagée et où elles seraient contraintes de payer une indemnité fondée sur l'argumentation selon laquelle aucun appel au marché n'a été organisé, d'immuniser ces dernières (dans certaines circonstances et selon des modalités déterminées) d'une telle responsabilité.
Une clause de non-concurrence pour une période de 5 ans est insérée dans la convention. Celle-ci contient également une clause d'exclusivité pour la période s'étendant de la signature de la convention à la date de clôture, par laquelle la WVEM et Interkabel s'engagent à ne pas provoquer, encourager ou prendre en considération des propositions ou offres émanant de tierces parties ou nouer des contacts ou entamer des négociations avec des tierces parties dans le but de conclure des accords similaires à celui envisagé dans la transaction avec Telenet.
4 Convention d'emphytéose
La WVEM constituera un droit d'emphytéose sur la capacité intégrale du réseau câblé au profit de Telenet, procurant ainsi à Telenet la possibilité de fournir tous les services sur le réseau câblé. Tous les travaux effectués sur le réseau câblé (dont les travaux d'entretien, d'extension et de remplacement) seront réalisés par la WVEM à la demande et selon les instructions définitives (dans le respect des paramètres déterminés et des procédures de concertation) de Telenet. Les modalités pratiques de ces accords entre la WVEM et Telenet ont été développées dans une 'Note technique' qui sera jointe en annexe à la convention d'emphytéose.
L'indemnité que la WVEM perçoit pour les travaux d'entretien et de réparation est déterminée de manière forfaitaire. Les travaux de remplacement et d'extension sont payés par Telenet au prix de revient

majoré d'une indemnité équitable (taux d'intérêt fixe pendant la durée du contrat). Dans la mesure où le coût de financement de la WVEM serait supérieur au taux d'intérêt fixe, il y aura lieu de prévoir une couverture appropriée de ce risque financier *(hedging)*. Les travaux de remplacement et d'extension sont incorporés dans le canon emphytéotique (le paiement annuel pour le droit d'emphytéose) et sont amortis sur une période de 15 ans.

La capacité intégrale sur le réseau câblé est donnée à bail emphytéotique à Telenet, opération qui vise à répercuter sur Telenet les discussions futures relatives à l'ouverture du câble (accès obligatoire de tiers au réseau câblé). Il appartiendra à Telenet d'endosser la responsabilité si des parties tierces exigent l'accès à (une partie de) la capacité du réseau câblé.

La convention d'emphytéose stipule que la WVEM pourra continuer à fournir à certains établissements publics certains services énoncés de manière limitative (les services dits LIPIS) sur une partie restreinte de la capacité du réseau câblé.

A titre de garantie du maintien de la qualité du réseau câblé, un repère (benchmark) est instauré par rapport au réseau câblé de Telenet. Il est notamment stipulé que le réseau câblé de la WVEM doit être maintenu à un niveau au moins identique à celui du réseau de Telenet. Un régime distinct a été élaboré pour le repère de Telenet dans des régions isolées (dans ce type de régions, les mêmes critères que ceux utilisés par Telenet pour son propre réseau sont d'application, et le réseau câblé de la WVEM doit dès lors être maintenu au même niveau que celui du réseau de Telenet dans de telles régions).

La convention d'emphytéose énonce qu'en cas de violation des droits que Telenet tient de celle-ci, les câblodistributeurs devront indemniser Telenet pour pareilles pertes. Si une commune déterminée a l'intention de se retirer de la WVEM, elle conserve cette possibilité, mais elle est toutefois tenue de faire siens tous les droits et obligations liés au réseau câblé (en ce compris le droit d'emphytéose établi sur le réseau câblé). Les dommages occasionnés à Telenet et qui résultent spécifiquement du retrait d'une commune de la WVEM devront être indemnisés par la commune concernée, et non par la WVEM en règle générale.

La convention d'emphytéose prévoit, dans des conditions bien précises, des droits d'entrée pour les bailleurs de fonds de Telenet.

La décision de conférer un droit d'emphytéose sur le réseau câblé implique par ailleurs la décision de désaffecter celui-ci. Même si la question de savoir si le réseau câblé de la WVEM relève du domaine public suscite une certaine confusion, il est proposé au conseil d'administration, dans un souci de clarté, de prendre explicitement la décision de désaffecter le réseau câblé. Quoi qu'il en soit, il est certain qu'à la lumière de la transaction envisagée, la WVEM concentrera dorénavant ses activités exclusivement sur les travaux d'entretien, d'extension et de remplacement du réseau câblé. L'exploitation commerciale du réseau câblé est transférée dans son intégralité à Telenet, ce qui implique en outre que le risque commercial y afférent

(entre autres le risque de perte de clientèle, problématique du découplage) incombe entièrement à Telenet."

Le 27 juin 2008, les conseils d'administration des parties défenderesses prennent les décisions suivantes:

- Le conseil d'administration d'Inter-Media relève qu'il a approuvé l'accord de principe le 4 décembre 2007 et décidé de façon motivée de ne pas organiser d'appel au marché. Les recours formés par Belgacom devant le juge des référés et devant le Conseil d'État ayant été rejetés, les négociations ont repris avec Telenet. Il n'y a pas lieu de prendre en considération la lettre de Belgacom du 10 juin 2008, étant donné que le 4 décembre 2007, Inter-Média a décidé de façon motivée de négocier uniquement avec Telenet (on "peut dès lors discuter et décider de conclure des accords avec Telenet sans tenir compte de la lettre de Belgacom étant donné qu'il a déjà été décidé auparavant de ne pas organiser d'appel au marché"). Le conseil d'administration constate "que les conventions présentement examinées sont conformes aux principes et aux grandes lignes imposés et approuvés par le conseil d'administration d'Inter-Media le 4 décembre 2007" et décide "que ces conventions sont approuvées en exécution de la décision susvisée". Enfin, le conseil d'administration d'Inter-Media convoque une assemblée générale le 29 septembre 2008 pour approuver certaines conventions et fait remarquer que celles-ci ne pourront être approuvées qu'à une majorité des trois quarts.

- Le conseil d'administration d'Integan relève qu'il a approuvé l'accord de principe le 14 décembre 2007 et décidé de façon motivée de ne pas organiser d'appel au marché. Il est également d'avis que la lettre de Belgacom ne peut plus être prise en considération étant donné qu'il a été décidé le 14 décembre 2007 de ne pas organiser d'appel au marché. Il approuve les conventions et convoque une assemblée générale le 30 septembre 2008 pour approuver certaines conventions à une majorité des trois quarts.

- Le conseil d'administration de la WVEM constate qu'il a approuvé l'accord de principe le 17 décembre 2007 et décidé de façon motivée de ne pas organiser d'appel au marché. Il estime aussi, pour les mêmes motifs, que la lettre de Belgacom ne peut plus être prise en considération. Il approuve les conventions et convoque une assemblée générale le 30 septembre 2008 pour approuver certaines conventions à une majorité des trois quarts.

- Le conseil d'administration de la PBE relève qu'il a approuvé l'accord de principe le 17 décembre 2007 et décidé de façon motivée de ne pas organiser d'appel au marché. Il est également d'avis, pour les mêmes motifs, que la lettre de Belgacom ne peut plus être prise en considération. Il approuve les conventions et convoque une assemblée générale le 30 septembre 2008 pour approuver certaines conventions à une majorité des trois quarts. Les représentants de la ville de Diest s'abstiennent lors du vote.

Les quatre conseils d'administration donnent également délégation à certains de leurs administrateurs pour signer les accords définitifs.

Ces décisions sont contestées par la requérante dans l'affaire A.189.179. Par arrêt n° 188.272 du 27 novembre 2008, le Conseil d'État rejette la demande de suspension de l'exécution de ces décisions. Par arrêt n° 200.366 du 2 février 2010, les débats sont rouverts en ce qui concerne l'examen au fond.

3.14. Dans son jugement du 6 avril 2009, le tribunal de première instance d'Anvers estime que la requérante n'a aucun intérêt à l'annulation des accords qui font l'objet de la transaction. La requérante a introduit contre ce jugement un recours, qui est toujours pendant.

3.15. Le pourvoi en cassation contre l'arrêt de la cour d'appel d'Anvers du 4 juin 2008, mentionné *sub* 3.10, est rejeté par arrêt du 24 septembre 2010.

IV. Note de plaidoirie

4.1. Après l'échange des derniers mémoires, les parties défenderesses ont remis une note de plaidoirie au Conseil d'État juste avant l'audience publique.

4.2. L'arrêté du Régent du 23 août 1948 déterminant la procédure devant la section du contentieux administratif du Conseil d'État ne prévoit pas la possibilité de déposer une note de l'espèce à titre de pièce de la procédure.

Il est toutefois permis aux parties de porter à la connaissance du Conseil d'État de nouveaux faits, susceptibles d'avoir une incidence sur la recevabilité ou le bien-fondé du recours. Dans la mesure où elle concerne de tels faits, la note de plaidoirie peut être prise en considération.

Dans la mesure où elle ne concerne pas des faits de l'espèce, la note de plaidoirie n'est pas prise en considération, mais a une simple valeur informative en tant que formalisation écrite de l'exposé oral des parties défenderesses à l'audience et elle ne nécessite pas de réponse formelle.

V. Objet des recours et jonction

5. Dans les procédures de suspension antérieures, il a déjà été considéré que l'accord de principe, comme son nom l'indique, n'est pas une décision définitive mais bien une étape dans les négociations entre les parties défenderesses et intervenantes qui devait leur indiquer la voie à suivre pour aboutir à des accords définitifs. Toutefois, il a également été admis que cet accord et les décisions attaquées dans l'affaire A.186.951 ont déjà révélé sans ambiguïté que la décision, contestable, avait été prise au préalable de n'engager des discussions qu'avec un seul partenaire préférentiel - Telenet- et en tout cas pas avec Belgacom.

Plus aucune des parties n'a contesté ce point de vue ultérieurement. La requérante soutient uniquement que son recours dans la seconde affaire vise également des décisions qu'elle est susceptible d'attaquer, sans en conclure que les décisions attaquées dans la première affaire, et donc ce recours, sont devenus sans objet.

Le Conseil n'aperçoit pas de motif de modifier maintenant son point de vue à cet égard. Après avoir donné leur assentiment à l'accord de principe, les parties défenderesses ont poursuivi les négociations, ce qui a donné lieu à la deuxième série de décisions du 27 juin 2008 visant à approuver et à déléguer la conclusion des divers accords énumérés ci-dessus. Ces négociations, qui concernaient uniquement les accords que devaient passer les parties défenderesses et Telenet, ont dans cette mesure conduit à une nouvelle série de décisions. Cela n'a modifié en rien le choix de ne pas ouvrir davantage le marché, il n'a même plus été remis en question, a fortiori soumis « à un nouvel examen à part entière » comme le prétend la requérante. Au contraire, le Conseil se rallie à la requérante dans la mesure où elle écrit dans la requête introductive d'instance et répète dans le mémoire en réplique dans l'affaire A.189.179 que « [les] câblodistributeurs, ainsi qu'il appert maintenant, n'ont certes jamais pris l'offre de Belgacom en considération ».

Le refus, résultant des décisions attaquées dans l'affaire A.186.951, d'organiser un appel au marché et, plus particulièrement, de négocier avec Belgacom, est un acte juridique unilatéral qui a des effets juridiques préjudiciables immédiats pour la requérante. Il apparaît dès lors comme une décision préalable susceptible de recours dans le cadre de l'opération complexe qui doit aboutir à la transaction finale.

6. Selon les parties défenderesses, la requérante n'a néanmoins aucun intérêt à contester les décisions attaquées dans le deuxième recours parce ce qui est essentiel à ses yeux a déjà fait l'objet de manière exclusive de la première série de décisions attaquées. Selon la partie intervenante, qui soulève

une même exception quant à l'intérêt, le second recours est en outre tardif, pour ce même motif.

Dans le mémoire en réplique, la requérante développe une argumentation détaillée pour réfuter ces exceptions.

Le rapport de l'auditorat ne prête aucune attention aux exceptions, ce qui amène la requérante à considérer dans son dernier mémoire que l'auditorat les rejette implicitement, le rapport examinant les moyens sur le fond.

Le silence des parties défenderesses dans leur dernier mémoire et le fait que les parties intervenantes s'abstiennent d'encore déposer un dernier mémoire posent en outre la question de savoir si elles maintiennent les exceptions soulevées.

Pour le Conseil d'État, il suffit toutefois de noter que, ainsi qu'il l'a déjà indiqué en assemblée générale de la section du contentieux administratif, dans l'arrêt n° 152.174 du 2 décembre 2005 en cause Amec Spie, une partie requérante qui attaque une décision préalable lui portant grief ne conserve son intérêt que pour autant qu'elle mette également en cause la décision définitive prise dans le cadre de l'opération administrative complexe. Si la requérante n'avait pas attaqué les décisions définitives, elle ne pourrait plus tirer avantage de la décision accueillant le premier recours. Cette constatation suffit pour rejeter les exceptions et considérer que le second recours est recevable.

Dès lors, il n'y a de toute façon nullement lieu de soumettre la question de la recevabilité à l'assemblée générale de la section du contentieux administratif, comme le demande la partie requérante dans son mémoire en réplique.

7. Ces considérations justifient en outre que les deux causes soient examinées conjointement et qu'il soit statué à leur égard dans un seul et même arrêt, d'autant que la requérante prend dans la deuxième cause un moyen unique du grief qu'elle a invoqué à titre de premier moyen dans la première cause.

VI. Demande visant à imposer des mesures d'instruction

A. Pièces confidentielles

8. L'accord de principe, certaines présentations powerpoint destinées aux conseils d'administration des parties défenderesses et des passages des accords finaux entre Telenet et les parties défenderesses ont été qualifiés de confidentiels par ces dernières.

B. Consultation par le Conseil d'État

9.1. Dans ses mémoires en réplique, la requérante développe une argumentation générale détaillée concernant le droit à un procès équitable en se référant à la jurisprudence de la Cour constitutionnelle et de la Cour de Justice pour conclure qu' « au moins une version déconfidentialisée des documents [visés] sera transmise » au Conseil d'État même.

9.2. Cet exposé est toutefois dénué de pertinence. En effet, les documents visés ont été versés séparément au dossier administratif par les parties défenderesses « pour consultation par les conseillers d'État et le premier auditeur ».

C. Consultation par la requérante

Exposé du problème

10.1. Toutefois, la requérante demande également dans l'affaire A.186.951 que le Conseil d'État ordonne par la voie d'un arrêt interlocutoire que les câblodistributeurs transmettent une version déconfidentialisée confidentielle de l'accord de principe et la lui fassent parvenir. Dans l'affaire A.189.179, elle demande qu'une version déconfidentialisée des accords lui soit également remise « par la voie d'un arrêt interlocutoire, éventuellement après désignation d'un expert mandaté pour apprécier cette confidentialité ».

10.2. Les parties défenderesses n'accueillent pas ces demandes. Elles indiquent qu'elles sont tenues de préserver la confidentialité de certaines informations fournies par Telenet. En déposant un dossier complet, mais contenant une sélection d'éléments non confidentiels, elles entendent respecter l'obligation de confidentialité ainsi que la libre concurrence, sans entraver le travail du Conseil d'État. Selon elles, la publication demandée porterait préjudice aux intérêts commerciaux légitimes de Telenet et à la concurrence loyale entre les entreprises. L'accord et les conventions passées en exécution de celui-ci concernent, en substance, des éléments qui doivent bénéficier de la protection accordée aux secrets des affaires. Ils sont des indicateurs de ce que Telenet est prête à offrir, de ce qu'elle est disposée à accepter, de ce que sont ses choix stratégiques concernant son offre ainsi qu'un certain nombre d'autres aspects qui la concernent (savoir-faire et éléments de développement). L'accord et les conventions traitent d'aspects financiers en matière de cotation, de marge brute d'autofinancement et de fonds de roulement. La consultation des conventions permettrait d'avoir une vue complète des éléments financiers. Selon les parties défenderesses, il suffit de consulter le communiqué de presse qui contient un résumé non confidentiel de l'accord, des extraits pertinents des procès-verbaux des conseils d'administration et des extraits des conventions pertinents pour la procédure, « notamment les dispositions concernant l'approbation par l'assemblée générale ». Ces pièces suffisent pour permettre à la requérante de définir sa position à l'égard de l'accord, compte tenu notamment de la nature du moyen unique qui vise essentiellement l'absence d'appel au marché. Une

publication plus étendue des détails confidentiels de l'accord ne servirait en rien l'argumentation développée.

10.3. La requérante rétorque dans les mémoires en réplique qu'elle doit pouvoir se défendre sur la base des pièces qui font en fait l'objet de la procédure. Elle se réfère au droit à un procès équitable, garanti par l'article 6 de la CEDH. Dans ce cadre, elle doit « pouvoir constater quelle est la portée précise de la transaction en cours et quels droits ont été ou seront accordés » :

> « Ci-après, il apparaîtra par exemple que les câblodistributeurs et Telenet estiment que l'accord doit être considéré comme une convention d'emphytéose. Ils estiment que la transaction respecte certains droits de préférence et de préemption […]. Belgacom ne peut pas vérifier le bien-fondé de cette affirmation ni se défendre si elle ne peut pas consulter l'accord ».

et :

> « Selon une jurisprudence constante de la Cour de Justice, c'est toutefois le véritable objet de l'accord qui est déterminant pour répondre à la question de la qualification. En refusant à Belgacom l'accès aux accords, les câblodistributeurs et Telenet la privent de la possibilité de défendre pleinement son point de vue, selon lequel l'accord serait une concession pour la gestion d'un service public ».

Dans les derniers mémoires, la requérante commente la jurisprudence du Conseil d'État concernant la confidentialité des pièces. Elle l'interprète en ce sens que la partie défenderesse doit indiquer précisément pourquoi la publication de pièces utiles aux débats est impossible. Selon elle, les parties défenderesses ne remplissent pas cette condition en l'espèce : leur défense consiste en de simples figures de style.

La requérante souligne que la pièce 6 dans l'affaire A.186.951, à laquelle elle demande à avoir accès, constitue l'objet même des débats :

> « Ce n'est pas seulement la raison pour laquelle la transaction a uniquement été conclue avec Telenet qui est pertinente. C'est le contenu de la transaction même (avec lequel la raison doit concorder) qui doit permettre de juger s'il y a des motifs impératifs d'intérêt général ou une justification objective et raisonnable qui autoriseraient de méconnaître l'obligation d'organiser un appel au marché résultant de l'obligation d'égalité, de non-discrimination et de transparence ».

Appréciation

11.1. On constatera tout d'abord que le motif fondé sur les objections concernant le droit de la concurrence « ne doit pas être examiné » selon le rapport de l'auditorat, ce dernier estimant qu'un autre motif est tant légitime qu'adéquat pour étayer la décision attaquée et donc pour refuser l'organisation d'un appel au marché. Le Conseil d'État va d'abord statuer pour l'heure sur les conclusions du rapport de l'auditorat et ne se prononcera dès lors pas sur le motif précité, fondé sur le droit de la concurrence. Le cas échéant - à savoir s'il s'avère que les conclusions du rapport de l'auditorat n'apportent pas de solution pour le litige – l'auditorat sera chargé d'un complément d'instruction. Pour ce motif, le Conseil estime qu'il ne doit pas non plus se prononcer sur la question de savoir si, compte tenu du principe du contradictoire, cette branche du moyen peut être appréciée sans permettre à la requérante, « éventuellement après la désignation d'un expert » ainsi qu'elle le propose elle-même, de consulter certaines pièces confidentielles.

11.2. Le motif fondé sur la conformité de l'évaluation au marché, quant à lui, n'a pas été valablement attaqué pour les motifs qui sont exposés ci-après au point 23.3 et qui sont étrangers à la confidentialité de certains documents. Dès lors, il ne peut justifier la levée de la confidentialité de certaines pièces.

12.1. L'élément de la justification donnée par les parties défenderesses, qui a bien été examiné par l'auditorat et que la requérante qualifie également d'inadéquat, sera examiné ci-après. Ce motif concerne essentiellement le litige avec Telenet, combiné avec les droits de préemption de Telenet qui

résultent de l'acte d'apport de 1996. Pour les motifs exposés ci-après, la branche du moyen invoquée contre ce motif ne justifie pas que la publication des informations confidentielles soit imposée et que les pièces partiellement publiées ne seraient pas suffisantes.

12.2. Belgacom attaque essentiellement l'absence de tout appel au marché qui l'a empêchée d'introduire ne fût-ce que sa candidature. Elle vise à ce qu'un appel au marché puisse encore être imposé. Force est dès lors de constater, avec les parties défenderesses, que permettre à la requérante d'accéder à des secrets d'affaires que Telenet leur a communiqués procurerait à la requérante un avantage susceptible de perturber le marché et de mettre sérieusement en péril la concurrence loyale dans l'hypothèse où le recours serait accueilli.

Le montant de la transaction, qui dépasse les 400 millions d'euros, et la lutte acharnée entre les deux plus grands concurrents sur le marché télévisuel - et, par extension, sur le marché dit des *triple play* – ne permettent pas d'assimiler à de simples formules de style les références aux éléments financiers, au savoir-faire et aux éléments de développement qui sont faites dans les documents qualifiés de confidentiels ainsi qu'aux choix stratégiques qui y figurent. La demande de la requérante visant à ce que les parties défenderesses expliquent certains points en détail, « en se basant sur des exemples spécifiques », ne peut conduire à une situation où le caractère confidentiel des éléments financiers, précisément, et les choix stratégiques peuvent uniquement être prouvés en dévoilant ces éléments.

12.3. Même si la requérante estime que la charge de la preuve incombe tout d'abord aux parties défenderesses, singulièrement, elle ne s'efforce pas de démontrer concrètement pourquoi le texte de l'acte d'apport, les extraits du procès-verbal du conseil d'administration, la note juridique détaillée qui y est jointe et les accords finaux partiellement publiés, qui lui ont tous été effectivement communiqués, ne lui permettent toutefois pas suffisamment de

servir sa cause, à savoir, comme le soulignent les parties défenderesses, imposer en substance un appel au marché.

12.4. Dans le mémoire en réplique, l'unique argument concret que la requérante avance pour étayer sa demande de consultation concerne la possibilité - ou non – de qualifier l'accord conclu avec Telenet de concession ou de convention d'emphytéose. Il sera constaté ci-après au point 14 que la qualification de l'accord est sans effet par rapport au grief invoqué et n'est donc pas pertinente pour apprécier la branche du moyen en question. Elle peut d'autant moins justifier l'obligation de publication. Dès lors, le souhait de pouvoir qualifier en droit l'accord conclu avec Telenet de concession ou de convention d'emphytéose ne procure aucun argument à la requérante lui permettant d'être autorisée à consulter les documents confidentiels.

12.5. La requérante connaît le contenu et la portée des droits de préemption de Telenet dès lors qu'ils sont inscrits dans l'acte d'apport. Elle n'invoque pas de motif convaincant justifiant la nécessité qu'elle éprouve d'également consulter les pièces confidentielles, d'une part pour apprécier la nature et la pertinence du motif d'exception invoqué par les parties défenderesses et, d'autre part, pour se défendre contre la justification selon laquelle l'existence de ces droits de préemption et le litige à ce sujet entre les parties défenderesses et Telenet peuvent s'inscrire dans le motif d'exception visé. Quand, plus particulièrement dans le dernier mémoire, elle s'offusque de ce que le rapport de l'auditorat cite des extraits de la 'déclaration structurelle' - pièce 6*quinquies*, confidentielle, du dossier administratif dans l'affaire A.186.951- elle ne précise pas pourquoi l'accès partiel à cette pièce (pièce 6*bis* du dossier administratif) dont la citation dans le rapport de l'auditorat n'est qu'une reproduction, ne peut lui suffire à étayer son argumentation.

12.6. Il est également mentionné pour la première fois dans les derniers mémoires que l'accès aux pièces confidentielles est également nécessaire pour pouvoir vérifier la conformité de la transaction au regard de la justification

qui a été donnée pour renoncer à lancer un appel au marché. La requérante se trompe sur ce point : en effet, la justification de l'existence de motifs objectifs pour renoncer à lancer un appel au marché pour la cession intégrale du droit de jouissance sur le réseau câblé des câblodistributeurs, en ce compris la vente ou la cession d'abonnés et des services de broadcasting et Multimedia, se trouve dans l'acte d'apport et le litige qui est apparu à cet égard, à propos desquels elle ne prétend pas qu'elle ne dispose pas de toutes les informations, et non dans les points de l'accord qui sont restés confidentiels.

12.7. Enfin, la requérante fait allusion dans le dernier mémoire à une clause dont elle connaîtrait l'existence mais pas la teneur, par laquelle les parties intervenantes acceptent de se substituer aux parties défenderesses dans la prise en charge de l'ensemble des réclamations comprises entre 12,5 et 25 millions d'euros ainsi que de celles supérieures à 37,5 millions d'euros. La requérante estime qu'à défaut de pouvoir consulter les pièces, elle ne peut pas prendre position à cet égard. Voilà qui surprend. En effet, dans des pièces non confidentielles du dossier administratif dans l'affaire A.189.179 (par exemple, la pièce n° 33), à savoir des notes explicatives adressées aux conseils d'administration des câblodistributeurs, préalables à l'adhésion aux accords finaux, la requérante peut lire que Telenet, « dans certaines circonstances et selon certaines modalités », prémunira les parties défenderesses « d'une telle responsabilité », à savoir dans le cas où les câblodistributeurs « seraient reconnus responsables et contraints de payer des dédommagements fondés sur l'argument invoquant l'absence d'appel au marché ». Le Conseil d'État n'aperçoit pas ce que pourrait apporter la connaissance des « circonstances » et « modalités » précises pour tirer de cette clause de sauvegarde la critique que la requérante estime devoir exposer. Au demeurant, le Conseil constate que même sans avoir accès à la pièce confidentielle, la requérante révèle déjà qu'elle a connaissance des montants concernés.

13. La demande est rejetée dans l'état actuel de la procédure.

VII. La qualification de la transaction avec Telenet

14.1. Dans la requête introductive d'instance dans l'affaire A.186.951, la requérante souligne que la transaction attaquée conclue avec Telenet est réputée être une convention d'emphytéose, que conformément à la jurisprudence de la Cour de Justice, c'est toutefois l'objet réel qui est déterminant pour la question de la qualification et que, tant conformément aux « critères généraux en vertu desquels une convention de l'espèce est identifiée, qu'en vertu de la jurisprudence du Conseil d'État, force est de considérer que les décisions attaquées initieront une transaction qui débouchera sur l'octroi d'une concession pour la gestion d'un service public ».

Elle clôture toutefois cette argumentation en ces termes :

> « Même s'il ne doit pas être considéré comme une concession pour la gestion d'un service public […] force est de constater que cet accord […] doit être précédé d'une publication. Il ressort en effet de la jurisprudence que le principe de publication, dérivé du principe d'égalité, de non-discrimination et de transparence, est également applicable à d'autres contrats publics, tels que l'octroi de droits réels immobiliers ou l'octroi d'une concession domaniale ».

Dans le mémoire en réponse, les parties défenderesses reconnaissent que « la Cour de Justice a admis que les autorités publiques qui concluent des conventions exclues du champ d'application des directives concernant les marchés publics doivent néanmoins respecter les règles fondamentales du traité CE en général », et plus spécifiquement les principes d'égalité, de non-discrimination et de transparence dérivés du droit communautaire primaire qui sont invoqués dans le moyen. Même si les parties défenderesses contestent que la transaction soit qualifiée de concession, leur défense s'articule néanmoins ensuite autour de la question de savoir s'il s'agit en l'occurrence d'un cas permettant « légalement de passer outre à l'obligation de transparence et de mise en concurrence », ces exceptions étant applicables quelle que soit la qualification donnée à la transaction.

Dans l'affaire A.189.179, la requérante réitère le moyen, mais ne répète plus ses arguments concernant la qualification de la transaction dans la requête introductive. Elle expose désormais que « le principe de publication, tel qu'il est dérivé du principe d'égalité, de non-discrimination et de transparence, est en principe applicable à tous les contrats publics » et ce « quelle que soit la qualification de l'accord entre Telenet et les câblodistributeurs ». Elle constate elle-même que les câblodistributeurs « n'ont jamais contesté, dans des procédures antérieures, être normalement soumis, pour l'élaboration de l'accord, aux principes d'égalité, de mise en concurrence et de transparence », ce qui implique « une mesure de publication adéquate ».

Dans l'affaire A.189.179 également, les parties défenderesses répètent dans le mémoire en réponse que « dans une hypothèse comme dans l'autre, il faut tenir compte du principe d'égalité et de transparence ».

14.2. Le rapport de l'auditorat conduit également à la même conclusion :

> « Ainsi qu'il est précisé dans le rapport de l'auditorat [concernant la suspension dans l'affaire A.186.951] le litige concernant le statut juridique de l'accord de principe n'est pas déterminant pour l'examen des règles considérées comme violées, en l'espèce de principes dérivés du principe d'égalité, notamment de l'obligation de lancer un appel au marché ou de l'obligation de mise en concurrence et du principe de transparence. La partie requérante partage ce point de vue étant donné qu'elle soutient au point 70 de sa requête que 'même si la convention ne doit pas être considérée comme une concession pour la gestion d'un service public, il faut considérer que cette convention, qu'elle se présente sous la forme d'un transfert d'une branche d'activité ou non, doit être précédée d'une publication' et qu''il ressort en effet de la jurisprudence que le principe de publication, dérivé du principe d'égalité, de non-discrimination et de transparence, est également applicable à d'autres contrats publics, tels que l'octroi de droits réels immobiliers ou l'octroi d'une concession domaniale'. Les parties défenderesses partagent également ce point de vue dès lors qu'indépendamment de la question de savoir s'il s'agit en l'occurrence d'une concession de service public, elles reconnaissent en l'espèce l'application du principe d'égalité et de ses dérivés tels que la liberté d'établissement, la libre prestation des services ainsi que le principe de

non-discrimination (cf. le numéro 67 de leur mémoire). Les parties intervenantes se rallient également à ce point de vue étant donné qu'elles soutiennent, qu'il s'agisse en l'occurrence d'une concession de service public ou non, que les parties défenderesses doivent respecter le principe d'égalité, ce qui suppose que les candidats potentiels soient traités sans discrimination (cf. le numéro 71 de leur mémoire) ».

14.3. Le Conseil d'État n'aperçoit pas non plus de motif pour subordonner l'application des dispositions et principes invoqués ainsi que leur interprétation, conformément à la jurisprudence de la Cour de Justice, à la réponse donnée à la question de la qualification. Dès lors, l'examen de cette dernière ne sera pas approfondi.

14.4. Cela implique que la proposition, faite par la requérante dans son dernier mémoire et par les parties défenderesses à l'audience, de poser une question préjudicielle à la Cour de Justice « concernant la qualification de la transaction » n'est pas nécessaire pour pouvoir rendre un arrêt, et que, partant, ces demandes ne sont pas accueillies.

VIII. Examen des moyens

Préambule

15. Dans la requête introductive de l'affaire A.186.951, la requérante invoque deux moyens. Toutefois, dans le mémoire en réplique, elle se désiste explicitement du deuxième moyen. Dans l'affaire A.189.179, elle prend un moyen unique de la violation des mêmes dispositions et principes que ceux invoqués dans le premier moyen soulevé dans l'affaire A.186.951, qu'elle présente et développe ensuite de manière pour ainsi dire identique, si bien que le moyen coïncide, ainsi qu'il a déjà été observé, avec le premier moyen invoqué dans la première affaire. Dès lors, pour plus de facilité, l'examen peut être limité ci-après au « moyen ».

Point de vue des parties

16.1. Le moyen restant à examiner est tiré de la violation du traité CE, à savoir des articles 43 (actuellement, l'article 49 du TFUE) et 49 (actuellement, l'article 56 du TFUE), des articles 10 et 11 de la Constitution, des principes généraux d'égalité, de non-discrimination et de transparence, de l'obligation de motivation matérielle et des principes généraux de bonne administration, « notamment, du principe de proportionnalité ».

16.2. Dans l'affaire A.186.951, la requérante résume le moyen en ces termes :

> « Résumé du moyen
> 49. L'exposé des faits a révélé que les décisions attaquées ont pour effet que les câblodistributeurs purs concluront une convention portant le transfert d'activités télévisuelles, d'abonnés et de droits complémentaires sur les réseaux câblés des câblodistributeurs avec une partie privée, Telenet, sans aucun appel au marché ou aucune mise en concurrence. En outre, les décisions attaquées ont pour effet de priver Belgacom du droit de faire une offre.
> 50. La convention portant le transfert d'activités télévisuelles, d'abonnés et de droits complémentaires sur les réseaux câblés doit toutefois être qualifiée de concession pour la gestion d'un service public ou de concession de services. Les câblodistributeurs purs doivent être considérés comme des pouvoirs adjudicateurs au sens de l'article 4 de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fourniture et de services (ci-après : 'la loi sur les marchés publics'). L'octroi, par un pouvoir adjudicateur, d'une concession pour la gestion d'un service public n'entre pas dans le champ d'application de la loi sur les marchés publics mais tombe sous le coup du principe d'égalité, de non-discrimination et de transparence. Ces principes impliquent l'obligation de faire précéder d'un appel au marché ou d'une mise en concurrence l'attribution d'une concession pour la gestion d'un service public. Pour la Cour de Justice, cela implique l'obligation de garantir que 'chaque candidat offrant a eu l'opportunité et les mêmes chances de faire une offre et que les offres déposées ont été comparées objectivement'.
> 51. Les câblodistributeurs purs étant des pouvoirs adjudicateurs au sens de la loi sur les marchés publics, ils sont tenus, conformément aux articles 43 (droit d'établissement) et 49 (libre prestation des services) du traité CE, aux articles 10 et 11 de la Constitution et au principe dérivé d'égalité, de non-discrimination et de transparence, de faire précéder d'un appel au marché ou d'une mise en concurrence l'attribution d'une concession pour la gestion d'un service public. Au demeurant, la conclusion ne devrait pas être différente dans l'hypothèse où la

convention ne pourrait pas être considérée comme une concession pour la gestion d'un service public mais plutôt comme une convention d'emphytéose, comme le prétendent les câblodistributeurs purs. Dans ce cas également, la conclusion de cette convention doit être mise en concurrence.
52. Dès lors que les câblodistributeurs purs ont omis de le faire mais céderont leurs activités télévisuelles, leurs abonnés et les droits complémentaires sur leurs réseaux câblés à une entreprise privée sans aucune forme de publicité, d'appel au marché ou de mise en concurrence, et qu'ils privent Belgacom du droit de déposer une offre alternative, ils violent les articles 43 et 49 du traité CE, les articles 10 et 11 de la Constitution et le principe d'égalité, de non-discrimination et de transparence qui est dérivé de ces dispositions ».

16.3. La requérante répète dans l'exposé du moyen que les décisions attaquées traduisent un transfert de droits sur le réseau câblé et un transfert d'abonnés des câblodistributeurs purs qui doivent être précédés d'un appel au marché public ou d'une mise en concurrence. Selon la requérante, les câblodistributeurs ne peuvent pas justifier la violation des principes invoqués. Elle parcourt la justification invoquée par les parties défenderesses et critique les deux motifs qu'elle distingue:
- les droits dits préférentiels ou de préemption résultant de l'acte d'apport de 1996 ne sont pas applicables ou sont à tout le moins contraires à l'ordre public et ne peuvent dès lors justifier aucune attribution directe à Telenet et
- l'argument selon lequel une offre de Belgacom soulèverait des objections quant au droit de la concurrence est sans pertinence en l'espèce et ne peut dès lors pas davantage justifier une attribution directe à Telenet.

En ce qui concerne le premier motif, la requérante observe qu'aucun droit de (co)propriété n'est transféré au sens de l'acte d'apport, mais que seuls sont attribués des droits de jouissance ou d'usage sur les réseaux, outre le transfert d'abonnés et d'activités télévisuelles. Dès lors, les droits préférentiels et de préemption invoqués par les câblodistributeurs et Telenet ne sont pas applicables à la transaction.

En tout état de cause, « les conventions purement contractuelles entre les parties ne constituent pas des motifs impératifs d'intérêt général et elles

ne peuvent en tout cas pas justifier qu'il soit dérogé à la liberté d'établissement et à la libre circulation des services ainsi qu'au principe d'égalité, de non-discrimination et de transparence qui en est dérivé ». Une telle clause revient à ce que les parties se dispensent en quelque sorte, sur le plan du droit des obligations, de l'effet de principes de droit public, ce qui est d'autant moins admissible que l'acte d'apport de 1996 « lui-même n'a été précédé d'aucune forme de mise en concurrence ou d'appel au marché » :

> « Il convient dès lors d'en conclure que les droits dits de préemption ou préférentiels invoqués par les câblodistributeurs purs et Telenet ne sont pas applicables à la transaction qu'ils ont passée entre eux. Quoi qu'il en soit, ces droits accordés par la simple voie contractuelle ne peuvent pas dispenser les parties de l'effet du principe d'égalité, de non-discrimination et de transparence et de l'obligation d'appel au marché ou de mise en concurrence qui en découle. Dès lors, ils sont totalement dépourvus d'effet. Tout acte juridique qui trouve son fondement dans ces droits préférentiels est dès lors affecté par leur nullité et est dès lors également frappé de nullité ».

Ensuite, la requérante consacre un examen approfondi au second motif qui porte sur les objections concernant le droit de la concurrence. Ainsi qu'il a été observé ci-dessus, cette branche du moyen sera uniquement examinée si l'auditorat est invité à rédiger un rapport complémentaire.

16.4. Dans l'affaire A.189.179, la requérante souligne le fait qu'elle a déposé une offre proposant une utilisation partagée tout à fait réalisable du point de vue technique. Bien que l'offre ait été ignorée, Telenet a été contrainte de payer un prix plus élevé que ce qui était initialement prévu. Selon la requérante, cela infirme l'argument invoquant les droits préférentiels et de préemption ainsi que la prétendue conformité de la première offre au marché. Selon elle, cela démontre que les câblodistributeurs auraient pu convenir de prix plus élevés s'ils avaient laissé le marché jouer pleinement.

Selon la requérante, les câblodistributeurs ne peuvent pas apporter la preuve que les quatre conditions restrictives, résultant de la

jurisprudence de la Cour de Justice, pour justifier l'exception qu'ils invoquent pour ne pas lancer d'appel au marché, sont remplies :
- les restrictions aux principes de la liberté d'établissement et de la libre prestation des services doivent être justifiées par des motifs impératifs d'intérêt général,
- elles doivent être propres à garantir la réalisation des objectifs poursuivis,
- elles ne doivent pas aller au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre cet objectif et
- elles doivent en tout état de cause être appliquées de manière non discriminatoire.

La requérante estime que la justification invoquée est sans rapport avec des motifs impératifs d'intérêt général, mais concerne uniquement des intérêts personnels propres aux câblodistributeurs et à Telenet.

17.1. Les parties défenderesses répondent « que des motifs objectifs peuvent justifier une dérogation à la publication et à la mise en concurrence » qui sont en principe obligatoires tant en vertu du droit de l'Union qu'eu égard au principe d'égalité consacré par le droit interne. Selon les parties défenderesses, il résulte des communications interprétatives de la Commission européenne, de la jurisprudence de la Cour de Justice et du Conseil d'État, ainsi que des points de vue des avocats généraux de la Cour précitée « que l'application du principe d'égalité n'exclut pas qu'un contrat puisse être conclu sans recourir préalablement à une forme quelconque de mise en concurrence, si l'autorité 'dispose à cette fin de motifs précis qui sont exacts en fait et admissibles en droit' ».

17.2. Leur analyse du droit de l'Union repose essentiellement sur l'extrait suivant de la conclusion de l'avocat général Stix-Hackl du 14 septembre 2006 dans l'affaire C-532/03, Commission contre la République d'Irlande (les points et notes de bas de page sans pertinence pour la présente cause ont été omis de la citation) :

“C – Exceptions et motifs justificatifs

86. Il convient ci-après d’examiner si les libertés fondamentales en raison des effets limités des restrictions ne sont pas affectées, si l’État membre défendeur peut invoquer une disposition du traité qui exclut de manière générale l’application du droit primaire aux mesures des États membres, si un motif justificatif expressément prévu dans le traité ou reconnu par la jurisprudence s’applique ou si l’article 86, paragraphe 2, CE vient à s’appliquer. Il faut enfin examiner si les exceptions des directives, en particulier à l’article 6 de la directive 92/50, doivent être appliquées en tant que telles ou de manière analogue.

1. Effets limités de la passation de marché

[…]

2. Motifs justificatifs expressément posés dans le traité

[…]

90. Les États membres peuvent par ailleurs invoquer les motifs justificatifs expressément posés dans le traité conformément à l’article 46 CE en combinaison avec l’article 55 CE, comme l’ordre public et la santé. […]

91. Un motif justificatif concernant l’autorité publique, fondé par conséquent sur l’article 45 CE, supposerait que certaines conditions soient remplies. D’après la jurisprudence constante, ‘en tant que dérogation à la règle fondamentale de la liberté d’établissement, les articles 45 CE et 55 CE doivent recevoir une interprétation qui limite leur portée à ce qui est strictement nécessaire pour sauvegarder les intérêts que cette disposition permet aux États membres de protéger’.

92. La réglementation d’exception prévue dans ces articles doit, d’après la jurisprudence constante, se limiter aux activités qui représentent en tant que telles une participation directe et spécifique à l’exercice de l’autorité publique.

[…]

3. Motifs justificatifs non fixés expressément dans le traité ou motifs d’intérêt général

94. En vertu de la jurisprudence de la Cour, qui a été par principe également transposée au domaine des marchés publics, des restrictions à la liberté d’établissement et à la libre prestation de services peuvent être justifiées lorsqu’elles remplissent certaines conditions.

95. D’après cette jurisprudence, lesdites restrictions doivent être justifiées par des motifs impératifs d’intérêt général, propres à garantir la réalisation des objectifs poursuivis et elles ne doivent pas aller au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre cet objectif. Elles doivent en tout état de cause être appliquées de manière non discriminatoire.

> 96. Il faut toutefois signaler dans ce contexte que l'État membre défendeur n'a pas pu démontrer que des motifs justificatifs reconnus par la Cour ou des motifs d'intérêt général, comme la protection des consommateurs, justifient le procédé choisi.
> 97. Il faut enfin signaler le motif justificatif de la 'circonstance objective' développé par la Cour [*note* : Arrêt dans l'affaire C‑231/03 […]: 'S'agissant des circonstances objectives pouvant justifier une telle différence de traitement, il y a lieu de relever que le fait que le comune di Cingia de' Botti ait une participation à hauteur de 0,97 % dans le capital de Padania ne constitue pas, à lui seul, une de ces circonstances objectives'].
> Il est inutile d'examiner plus avant cette possibilité, qui n'a pas été développée plus précisément par la Cour, de justifier certaines réglementations nationales, et en particulier les conditions pour son application, parce que l'Irlande n'a pas avancé d'argumentation en ce sens ».

17.3. Les parties défenderesses affirment se fonder sur une « circonstance objective », qui « doit être considérée comme un motif d'exception complémentaire et autonome ». Selon les parties défenderesses, la justification objective ne doit, en outre, pas nécessairement être liée à des raisons impérieuses d'intérêt général. De simples motifs objectifs peuvent également justifier de déroger à la publication et à la mise en concurrence, y compris des motifs qui sont propres au marché en question ou aux parties concernées. À titre d'exemples, elles citent la position particulière d'un candidat, des griefs objectifs à l'égard d'autres offrants, des motifs techniques liés au marché ou la protection de droits exclusifs d'une entreprise en particulier. Les motifs d'exception dans la réglementation relative aux marchés publics peuvent tous être considérés comme des motifs justificatifs acceptables pour des contrats ne relevant pas du champ d'application des directives. Selon les parties défenderesses, le droit préférentiel que l'acte d'apport de 1996 attribue à Telenet doit « être considéré comme un droit exclusif ou, le cas échéant, comme un motif juridico-technique qui rend la mise en concurrence réelle irréalisable, ce qui justifie de déroger à l'appel au marché ».

Les parties défenderesses font référence aux arguments qui ont amené leurs conseils d'administration à ne pas organiser d'appel au marché et s'étendent sur ceux-ci : les droits d'approbation et de préemption de Telenet dans

le cadre d'une cession totale ou partielle de droits sur le réseau câblé, le droit préférentiel de Telenet dans l'attribution à des tiers de droits d'usage pour des services multimédias, le litige entre eux et Telenet au sujet de l'interprétation de l'acte d'apport, la valeur conforme au marché qui est exprimée dans l'accord de principe et les objections en matière de droit de la concurrence contre une cession à Belgacom.

Elles soulignent qu'elles « n'ont pas entamé de négociations franches avec Telenet afin de vérifier si une solution pouvait être trouvée pour l'impasse concernant la télévision numérique interactive apparue à la suite de la procédure en référé […] en vue de parvenir, dans le cadre de ces concertations avec Telenet, à la structure de transaction prévue et de rechercher *post factum* une justification à l'absence d'appel au marché pour cette structure de transaction ». Elles soumettent des documents censés démontrer qu'elles avaient fixé une structure de transaction unilatéralement et sur la base de leur propre analyse et évaluation de leurs objectifs et que ce n'est qu'ensuite qu'elles avaient demandé à Telenet de faire une offre.

Selon les parties défenderesses, les droits préférentiels dont il est question à l'article 8.1 de l'acte d'apport sont applicables à la transaction – l'octroi d'un droit d'emphytéose – et le champ d'application ne peut pas, comme l'affirme la requérante, être restreint aux « droits de propriété sur le réseau ». Une partie du droit de propriété est en effet transférée par l'emphytéose pour la durée de la convention, du moins il est recouru à « une construction qui n'a pas à proprement parler pour objet de céder tous les droits liés au droit de propriété sur le réseau câblé, mais qui a le même résultat sur le plan économique ». Elles indiquent, en outre, que selon l'article 2.3 de l'acte d'apport, toute intercommunale s'engage à « amener Interkabel à respecter à tout moment tous les engagements pris dans le présent Acte » et qu'elles sont « solidairement et indissociablement responsables avec Interkabel d'un tel manquement par Interkabel au présent Acte ». De ce fait, l'interdiction faite à Interkabel de céder, sans l'accord de Telenet, ses droits sur le réseau câblé – y compris de fixer un

droit d'emphytéose – à une tierce partie, est directement pertinente pour eux aussi.

Les parties défenderesses soutiennent que dans le cadre de leur processus décisionnel, elles doivent tenir compte de l'acte d'apport tant que cet accord est valable ou qu'il n'a pas été annulé. Les obligations et restrictions qui y figurent constituent des motifs objectifs devant permettre à la direction de décider s'il y a lieu ou non de procéder à un appel au marché.

Ensuite, les parties défenderesses font référence à l'article 4.1.3 de l'acte d'apport, qui accorde à Telenet un droit préférentiel pour proposer des services multimédias dans le cas où elles ne le feraient pas elles-mêmes :

> « Les intercommunales et Interkabel n'octroieront aucun droit à une quelconque tierce partie, que ce soit par licence ou d'une autre manière, d'utiliser la bande passante restante et la fibre restante du réseau câblé IC pour des services multimédias, avant que [Telenet Vlaanderen] ait reçu la possibilité de proposer de tels services multimédias à des conditions similaires sur la bande passante restante et la fibre restante. »

Selon elles, Belgacom oublie que cet article entraîne la nullité d'un tel droit pour un tiers, de sorte qu'un des motifs avancés par Belgacom pour justifier un appel au marché est sans objet.

Les parties défenderesses renvoient ensuite au litige avec Telenet, dans le contexte duquel il y a lieu d'examiner l'accord de principe. En tout cas, il était certain qu'il aurait fallu encore attendre un certain nombre d'années avant d'obtenir une décision judiciaire définitive quant au fond et qu'en attendant, elles étaient sous la menace de lourdes sanctions :

> « Dans l'intérêt du consommateur et dans un souci de protection des activités des câblodistributeurs compte tenu de la concurrence croissante de Belgacom TV qui pouvait pour sa part proposer des services interactifs et, dans la foulée, le *triple play*, les parties étaient contraintes de se réunir à nouveau afin de trouver une solution à leur litige. Au vu de la concurrence croissante de Belgacom TV, qui était bien en mesure de

proposer des services interactifs, les activités des câblodistributeurs devaient aussi être protégées, ce qui justifie pleinement la méthode de travail adoptée. »

17.4. Les parties défenderesses résument leur point de vue comme suit :

« 94. L'Accord de principe dans sa forme actuelle est un accord global, qui comprend et englobe tous les accords existants entre Telenet et les câblodistributeurs. Compte tenu de l'objet du litige, à savoir l'interprétation de l'ampleur des droits octroyés dans l'Acte d'apport, l'accord se devait d'éliminer tout doute possible au sujet de (l'interprétation de) l'Acte d'apport, de prendre des dispositions claires pour l'avenir, et ce en tenant compte notamment d'une technique en constante évolution, à laquelle n'étaient pas adaptés les accords pris en 1996. Les parties étaient dès lors contraintes de conclure un accord global sur les activités que chacune d'elles allait pouvoir exercer à l'avenir sur le réseau câblé.

95. Il était donc impératif que les câblodistributeurs parviennent à un accord avec Telenet. Même si l'on avait organisé un appel au marché pour céder les activités TV des câblodistributeurs à une autre partie que Telenet, les câblodistributeurs auraient quand même dû s'accorder avec Telenet sur l'offre de services de télévision numérique interactive.

L'autre solution aurait été soit de prendre le risque et de céder aussi ces droits qui faisaient l'objet de discussions (iDTV et Internet) à un candidat acheteur – ce qui est toutefois purement illusoire puisqu'aucun acheteur ne voudrait prendre un tel risque –, soit de ne pas céder une grande partie des activités TV (à savoir les applications iDTV et Internet), mais dans ce cas il serait inutile *ab initio* de vendre à un autre.

96. Par ailleurs, il y a lieu de tenir compte du fait que l'accord existant avec Telenet a une durée de 50 ans et que la collaboration entre les câblodistributeurs et Telenet devait par conséquent encore se prolonger un long moment.

97. Compte tenu de ces circonstances, il ne semblait dès lors pas envisageable, en l'état actuel des choses, de contacter plusieurs parties, étant donné que la seule possibilité de régler le différend avec Telenet à l'amiable était de conclure une transaction avec lui. Qui plus est, la confidentialité de la transaction était de la plus haute importance pour qu'elle puisse être menée à bien. Contacter plusieurs parties aurait augmenté le risque de fuites et menacé la faisabilité de cette transaction. »

17.5. Dans le mémoire en réponse, les parties défenderesses expliquent aussi pourquoi elles sont convaincues que la valeur, telle qu'elle apparaît dans le cadre de l'accord de principe, est conforme au marché et elles se penchent sur les objections en matière de droit de la concurrence qui s'opposent à une cession à Belgacom.

18.1. La requérante réplique en détail dans le mémoire en réplique de l'affaire A.186.951.

18.2. Selon elle, les câblodistributeurs méconnaissent la portée de ce que la jurisprudence considère comme des motifs justificatifs. En outre, la charge de la preuve incombe aux parties défenderesses, qui souhaitent les invoquer.

La requérante ne voit dans les motifs présentés que des motifs qui sont propres aux câblodistributeurs et à Telenet et qui ne concernent que leurs intérêts personnels.

La structure de transaction dite préalable montre tout au plus à quelle transaction les câblodistributeurs voulaient parvenir avec Telenet et ne prouve pas que seule une cession exclusive de droits à Telenet est possible. Le constat selon lequel les parties défenderesses n'ont pas pris en considération l'offre supérieure de Belgacom mais en ont fait usage pour demander un prix plus élevé à Telenet confirme qu'elles ont mis en œuvre une transaction comme si elles étaient une société privée qui souhaite conclure un accord avec une autre société privée.

La requérante conteste de manière circonstanciée, en se basant sur la nature de l'emphytéose et l'objet de l'accord de principe, que les droits préférentiels visés à l'article 8.1 de l'acte d'apport s'appliquent à la transaction litigieuse. En outre, l'acte d'apport ne prévoit pas que les droits de Telenet –

« proposés aux mêmes conditions par la tierce partie » sont à ce point immuables et figés qu'il ne serait plus possible de négocier avec un tiers.

L'argument des parties défenderesses en ce qui concerne les droits préférentiels de Telenet pour les services multimédias n'est pas pertinent, selon la requérante, parce que l'objet de la transaction y est étranger.

Le simple but de mettre fin à un conflit avec une partie contractante ne trouve non plus pas grâce aux yeux de la requérante. Cela ne peut justifier que les parties défenderesses se dispensent de respecter les principes invoqués. La requérante ajoute que la transaction va au-delà d'un simple règlement à l'amiable du litige pendant entre Telenet et les câblodistributeurs. Les câblodistributeurs n'expliquent pas en quoi un arrangement à l'amiable peut justifier la cession de l'ensemble de leur fichier clients, ainsi que de tous les droits restants sur les réseaux câblés. Pour la requérante, cela est tout à fait disproportionné et ne peut justifier que la concurrence soit ignorée pour tout ce qui est cédé dans la convention.

18.3. Enfin, la requérante conteste le point de vue des câblodistributeurs en ce qui concerne la valeur qui serait conforme au marché et les objections en matière de droit de la concurrence.

19. Les parties intervenantes déclarent se rallier entièrement à l'argumentation développée par les parties défenderesses. Elles prétendent également que les parties défenderesses disposaient de raisons précises, qui sont justes dans les faits et admissibles en droit, pour effectuer cette transaction avec le seul Telenet. Elles s'étendent sur le litige avec les parties défenderesses et les droits de préemption que l'acte d'apport confère à Telenet. Elles approuvent le point de vue selon lequel la cession d'un droit d'emphytéose réel sur l'ensemble du réseau câblé relève bel et bien du champ d'application de l'article 8 de l'acte d'apport. Elles s'attardent aussi longuement sur les objections en matière de droit de la concurrence.

20.1. Dans son dernier mémoire, la requérante rétorque qu'elle n'a pu développer pour la première fois de manière recevable ses critiques au sujet du caractère conforme au marché de la transaction que dans le mémoire en réplique, étant donné qu'il s'agit d'une réaction à la défense développée dans le mémoire en réponse et qu'elle s'inscrit dans le cadre du moyen invoqué.

20.2. Ensuite, elle explique qu'il n'existe aucun précédent dans la jurisprudence étayant le point de vue des parties défenderesses et que celui-ci est plutôt contredit par la jurisprudence. Elle maintient et reformule son argumentation et invite le Conseil d'État à poser les questions préjudicielles suivantes à la Cour de justice au sujet de la raison impérieuse d'intérêt général ou de la circonstance objective invoquée :

> - L'exception selon laquelle des raisons impérieuses d'intérêt général (ou des circonstances objectives) peuvent justifier que des personnes de droit public, comme des associations intercommunales ou des intercommunales, ne respectent pas l'obligation (telle qu'elle découle des règles fondamentales inscrites dans le Traité CE, de l'interdiction de discrimination fondée sur la nationalité et du principe d'égalité ainsi que de l'obligation de transparence) de donner à tout candidat offrant la possibilité et des chances égales de faire une offre sur un accord, mais octroient directement cet accord à un tiers, une partie privée, peut-elle s'interpréter en ce sens que des accords contractuels préexistants, qui ne sont en soi pas contestés et qui ont été conclus entre les parties dix ans auparavant, ou une transaction ou un règlement ayant pour but de mettre fin à un litige d'interprétation relatif à ces accords sont considérés comme de telles raisons impérieuses d'intérêt général ?
> - Si des accords contractuels préexistants ou une transaction ou un règlement peuvent être considérés comme des raisons impérieuses d'intérêt général dans les circonstances précitées, peut-on conférer un sens large à ces accords contractuels, comme la considération que l'attribution d'une convention d'emphytéose (temporaire) a économiquement les mêmes effets que l'attribution d'un droit de propriété (définitif) ?
> - Si une transaction ou un règlement entre parties peut être considéré comme une raison impérieuse d'intérêt général dans les conditions précitées, cette transaction ou ce règlement doit-il être raisonnablement proportionnel à l'objet du litige et peut-on considérer qu'il est question d'un rapport raisonnablement proportionnel si les parties avaient pu trouver également une solution moins extrême à leur litige, par exemple en accordant un usage partiel ou non exclusif des réseaux câblés pour ces services qui ne faisaient pas encore l'objet de la transaction ? »

20.3. Bien que le rapport de l'auditorat n'ait pas examiné le deuxième motif, relatif aux objections en matière de droit de la concurrence, la requérante estime qu'il est indiqué, pour des raisons d'économie procédurale, de poser d'emblée également une question préjudicielle à la Cour :

> « L'exception selon laquelle des raisons impérieuses d'intérêt général (ou des circonstances objectives) peuvent justifier que des personnes de droit public, comme des structures de coopération intercommunales ou des intercommunales, ne respectent pas l'obligation (telle qu'elle découle des règles fondamentales inscrites dans le Traité CE, de l'interdiction de discrimination fondée sur la nationalité et du principe d'égalité ainsi que de l'obligation de transparence) qui implique que chaque candidat offrant doit se voir accorder la possibilité et des chances égales de faire une offre sur un accord, peut-elle s'interpréter en ce sens que des objections en matière de droit de la concurrence qui existent, selon la conception de ces personnes morales de droit public, contre l'attribution de l'accord à un offrant potentiel particulier peuvent être considérées comme de telles raisons impérieuses d'intérêt général, qui justifient que l'accord soit octroyé sans concurrence à une tierce partie privée avant même que l'offrant concerné ou d'autres offrants aient eu l'occasion de faire une offre ? »

21.1. À l'audience, les parties défenderesses soutiennent qu'il n'y a pas lieu de poser une question préjudicielle à la Cour de justice. Selon elles, ces questions seraient en effet sans objet, à défaut d'élément transfrontalier en ce qui concerne Belgacom. Si la demande de question préjudicielle devait être accueillie, il faudrait, selon les parties défenderesses, d'abord demander à la Cour d'apporter une réponse définitive quant à l'applicabilité du droit de l'Union en l'espèce.

Selon elles, la Cour de justice a également déjà donné les interprétations nécessaires quant aux dispositions concernées du droit de l'Union permettant au Conseil de les appliquer à l'affaire à l'examen, de sorte que la théorie de l'« acte éclairé » ne justifie pas davantage de poser une question préjudicielle.

21.2. À titre subsidiaire, elles souhaitent que les questions proposées soient reformulées.

La première question devrait, selon elles, être reformulée comme suit :

> « La tentative (i) d'éviter la violation d'un cadre contractuel existant et très spécifique liant deux parties ou (ii) la conclusion d'une transaction ou d'un règlement ayant pour but de mettre fin à un litige existant portant sur l'interprétation du cadre contractuel précité, ce règlement étant fondé sur les droits des parties tels qu'établis par une décision provisoire d'un juge des référés alors qu'à défaut d'un tel règlement l'activité en cause de l'autorité est susceptible de subir un préjudice grave et une réduction de valeur et les consommateurs sont entre-temps privés des services concernés, peuvent-elles être considérées comme une raison impérieuse d'intérêt général de nature à justifier que les personnes morales de droit public n'organisent pas d'appel au marché et octroient directement le marché ?

Les parties défenderesses estiment que la deuxième question est irrecevable, parce qu'en la posant, la requérante vise une décision concernant la situation concrète à l'examen, alors que la Cour de justice ne peut se substituer au juge national.

En ce qui concerne la troisième question également, force est de constater, selon les parties défenderesses, que la requérante vise en substance à obtenir une décision sur la procédure concrète, comme en témoigne la référence à l'utilisation des réseaux câblés. Elle implique donc également une qualification des faits ou une appréciation des faits pour lesquels la Cour n'est pas compétente. Il convient à tout le moins de supprimer la dernière partie de la phrase, de sorte que la question doit être reformulée comme suit :

> « Si la première question doit recevoir une réponse positive, la transaction ou le règlement précités en tant que raison impérieuse d'intérêt général doivent-il rester strictement limités à l'objet du litige sur lequel porte la transaction ou le règlement ou les parties peuvent-elles conclure un règlement ayant une portée plus étendue [pour tenir compte des] contestations à venir ayant un lien raisonnable et logique

avec le litige, tout en garantissant en même temps au maximum les intérêts des consommateurs et en assurant une maximalisation de la valeur des activités en cause transférées ? »

Appréciation

22. Il n'a pas été contesté que les décisions attaquées s'inscrivent dans le cadre d'une intervention de l'autorité ayant pour but de régler l'exercice d'une activité économique.

Ainsi qu'il a été constaté ci-dessus, toutes les parties en cause reconnaissent que l'accord conclu entre les câblodistributeurs et Telenet ne relève pas du champ d'application de l'une des directives concernant les marchés publics ou de la législation belge relative aux marchés publics, mais que le pouvoir discrétionnaire dont l'autorité dispose en la matière est néanmoins restreint par le principe d'égalité et l'obligation de transparence qui en découle, de sorte qu'en principe, une certaine publicité doit être garantie à tout soumissionnaire potentiel dans une mesure appropriée, de façon à ce que la transaction soit ouverte à la concurrence et que les procédures d'adjudication puissent être impartiales.

C'est toutefois la légitimité des motifs ayant incité les parties défenderesses à renoncer exceptionnellement à l'appel au marché qui est en cause.

23.1. Dans sa requête, la requérante conteste deux des motifs avancés par les parties défenderesses :
- les droits que Telenet tirerait de l'acte d'apport de 1996 et l'argument de la procédure judiciaire qui y est associé ainsi que la conclusion d'un « règlement à l'amiable » et
- les objections touchant au droit de la concurrence en ce qui concerne une offre de Belgacom.

23.2. Il a déjà été exposé ci-dessus, au 11.1, que le deuxième motif ne sera pas examiné pour l'heure. Pour cette même raison, le Conseil d'État estime que la demande de question préjudicielle qui concerne ce motif est prématurée.

23.3. Les parties défenderesses ont également fait référence dans les décisions attaquées à la valeur conforme au marché de l'accord de principe. Dans sa requête introductive d'instance de la première affaire, la requérante ne conteste pas l'argument de la valeur conforme au marché *in concreto*. Néanmoins, lors de l'introduction de la requête introductive d'instance, elle s'avère être en possession du procès-verbal du conseil d'administration d'Inter-Media du 4 décembre 2007 et du conseil d'administration de WVEM du 17 décembre 2007, de sorte qu'il doit être considéré qu'elle a également eu connaissance de cet aspect. La question de savoir si la contestation de la conformité de la valeur de la transaction au marché, qui apparaît pour la première fois dans le mémoire en réplique, est recevable dans ces conditions, peut toutefois ne pas être examinée. Compte tenu des décisions qui sont attaquées dans le deuxième recours, l'offre initiale et donc les critiques de la légalité qui y sont liées sont quoi qu'il en soit dépassées par un nouveau prix, plus élevé. S'il était encore soutenu que la requérante devrait au moins être autorisée à contester, dans son deuxième recours en annulation, le caractère prétendument conforme au marché de la nouvelle offre, il y aurait lieu de constater qu'elle s'en tient à observer, dans la requête introductive d'instance de la deuxième affaire, qu'il existe « des doutes plus que fondés en ce qui concerne la conformité du prix offert au marché ». Il s'agit d'une affirmation purement spéculative qui n'est pas étayée assez concrètement.

24. Les parties ne contestent pas qu'il ressort tant de la jurisprudence du Conseil d'État que de celle de la Cour de justice que le principe d'égalité n'exclut pas *a priori* que l'autorité agisse sans avoir fait appel au préalable à la concurrence, mais qu'il existe des dérogations et des exceptions à l'obligation de mise en concurrence et de publication, qui découle logiquement du principe d'égalité.

Les parties admettent également que l'adjudicateur qui souhaite recourir à une possibilité d'exception doit pouvoir motiver dans ce cas spécifique pourquoi il est dérogé à l'obligation de publication.

La discussion qui oppose les parties concerne avant tout la nature des exceptions : selon la requérante, il doit s'agir de « raisons impérieuses d'intérêt public/général » ; selon les parties défenderesses et les parties intervenantes, des « motifs objectifs » ou des « circonstances objectives », « qui sont justes dans les faits et admissibles en droit » et qui ne doivent pas forcément concerner l'intérêt général, suffisent. Toutes les parties étayent leur point de vue en faisant référence à la jurisprudence de la Cour de justice et aux conclusions des avocats généraux près cette Cour. Ensuite, elles examinent la justification avancée comme motif d'exception. À cet égard, la requérante rejette à titre principal la justification donnée et elle conteste à titre accessoire sa proportionnalité par rapport à l'objectif poursuivi.

25. Les parties défenderesses rappellent en outre les motifs qui entrent en considération pour justifier la non-application des principes invoqués, comme, par exemple, la sécurité publique ou la santé publique. Elles ne prétendent toutefois pas et il ne s'avère pas qu'un de ces motifs justificatifs a été ou pouvait être invoqué en l'espèce. Le fait qu'il y aurait lieu d'assimiler l'acte d'apport, pour la durée de sa validité, à un droit exclusif complet pour Telenet est une tentative visant à rechercher un argument supplémentaire *post factum* qui ne convainc pas non plus. L'argumentation sert donc simplement à illustrer le fait que les libertés fondamentales que la requérante invoque ne sont pas applicables de manière illimitée.

26. Par conséquent, la question se pose concrètement de savoir si l'acte d'apport de 1996, le litige à ce sujet entre les parties défenderesses et Telenet ainsi que le jugement du juge des référés du 5 juillet 2007 dans cette affaire, l'incertitude pour les câblodistributeurs qui a duré des années et les années durant lesquelles les clients ne pourront bénéficier de la télévision

numérique interactive constituent soit des « raisons impérieuses d'intérêt public », soit au moins des « circonstances objectives ».

27. La décision des autorités de faire apport des droits d'usage dans le capital social de Telenet n'a pas été annulée et l'accord passé dans l'acte d'apport de 1996 entre les parties défenderesses et Telenet ne l'a pas été non plus. Le Conseil d'État qui, du reste, n'est pas le juge naturel en matière d'accords de droit civil, suit les parties défenderesses lorsqu'elles soutiennent qu'il ne peut que constater que cet acte d'apport est applicable et que comme l'a affirmé le tribunal de première instance, il « tient lieu de loi » pour les parties contractantes. Les parties défenderesses et Telenet peuvent donc légitimement invoquer l'acte d'apport de 1996.

28. Les arguments de la requérante selon lesquels les droits préférentiels et de préemption issus de l'acte d'apport ne s'appliquent pas à la transaction à l'examen, ne tiennent toutefois pas compte de la justification principale avancée par les parties défenderesses pour conclure la transaction sans procéder à un appel au marché. Selon ces arguments, les litiges en matière d'interprétation de l'acte d'apport les obligeaient à trouver une solution et cette solution se devait de tenir compte des droits existants – partiellement contestés par eux, mais aussi partiellement incontestés –que Telenet pouvait quoi qu'il en soit tirer de l'acte d'apport ainsi que de la décision juridictionnelle, certes provisoire, en sa faveur.

La requérante ne conteste pas non plus que la transaction implique au moins le même résultat économique qu'une cession des droits liés au droit de propriété sur le réseau câblé. Le Conseil d'État partage le point de vue des parties défenderesses lorsque celles-ci affirment que quoi qu'il en soit, la transaction, considérée à tort ou pas comme une emphytéose, a essentiellement un impact économique tel qu'en pratique, elle a le même effet qu'un transfert de propriété pour la durée de sa validité.

29. Par ailleurs, non seulement la transaction qui fait office de règlement entre les parties défenderesses et Telenet « comprend et englobe » les accords existants entre ces parties défenderesses et Telenet et la discussion qui est apparue au sujet de certains droits de l'acte d'apport, mais elle est aussi bien plus que cela. Force est de constater avec la requérante que la convention va bien au-delà de ce qui serait strictement nécessaire pour apporter une solution à l'objet du litige initial relatif aux services de télévision numérique interactive, à la télévision à la demande et éventuellement à Internet.

Les parties défenderesses n'ont jamais contesté la thèse de la requérante selon laquelle il est au moins possible techniquement de mettre en place un système d'utilisation partagée du câble.

Les parties défenderesses soutiennent pour leur part que d'autres solutions sont envisageables, même si elles ne leur attribuent que de faibles chances de succès :

> « L'autre solution aurait été soit de prendre le risque et de céder aussi ces droits qui faisaient l'objet de discussions (iDTV et Internet) à un candidat acheteur – ce qui est toutefois purement illusoire puisqu'aucun acheteur ne voudrait prendre un tel risque –, soit de ne pas céder une grande partie des activités TV (à savoir les applications iDTV et Internet), mais dans ce cas il serait inutile *ab initio* de vendre à un autre. »

La question peut en outre se poser de savoir si une clause de sauvegarde en faveur des câblodistributeurs ne pouvait être associée à une solution prévoyant un appel au marché. En tout cas, une telle clause de sauvegarde a été intégrée dans les accords passés avec Telenet.

Le Conseil d'État considère qu'il n'échoit pas aux parties défenderesses de considérer *ab initio* que l'appel au marché est inutile. Même si les conditions sont telles dans la pratique qu'elles empêchent les entreprises de faire connaître leur intérêt pour l'activité concernée, ces conditions doivent toujours être effectivement portées à leur connaissance, afin qu'elles puissent

prendre une telle décision. La requérante a d'ailleurs manifesté son intérêt à plusieurs reprises.

Le fait que Telenet jouisse de certains droits préférentiels et de préemption ne constitue pas un obstacle fondamental empêchant de traiter tous les candidats sur un pied d'égalité et donc de soumettre leurs offres à une comparaison sérieuse effective.

On ne peut dès lors adhérer au point de vue des parties défenderesses selon lequel les « obligations contractuelles existantes » seraient *ipso facto* méconnues si un appel au marché transparent était organisé et si le marché était attribué à une tierce partie le cas échéant. Elles ne convainquent pas non plus le Conseil quand elles avancent que pour des raisons techniques propres au réseau, seule une cession exclusive à Telenet de tous les droits concernés par la transaction était possible.

30. Par conséquent, la thèse selon laquelle les accords contractuels existants peuvent suffire en soi comme motif justificatif raisonnable, ne peut être suivie.

31. Ces constatations n'excluent pas que le choix d'une telle cession exclusive des droits à Telenet puisse malgré tout se justifier et constitue un motif acceptable dans le contexte donné pour justifier de renoncer à l'appel au marché.

Ce contexte est tel que ce n'est pas la seule existence d'« accords purement contractuels » qui a, comme l'affirme la requérante, poussé les parties défenderesses à procéder à la transaction visée, mais bien le litige tout aussi réel quant à l'interprétation de ces accords contractuels avec Telenet – survenu contre le gré des parties concernées en raison de l'évolution des technologies – ainsi que l'ordonnance intervenue.

Le litige avec Telenet concernait déjà la portée de certains éléments de l'acte d'apport, à savoir l'ampleur de certains droits qui étaient répartis dans cet acte entre les parties défenderesses et Telenet. Une transaction, quelle que soit sa dénomination, qui aurait accordé à Belgacom ou à un autre tiers ne serait-ce qu'une partie de ce qui est cédé à Telenet par ces accords se serait inévitablement heurtée à des protestations de la part de Telenet et aurait donné lieu à des procédures juridiques supplémentaires, ce qui aurait accru l'insécurité juridique.

Faute de solution rapide pour ce litige, les câblodistributeurs seraient dans l'impossibilité de remplir leur mission en fait et en droit pour une période indéterminée. Ce n'est dès lors pas à tort que les câblodistributeurs observent qu'ils subiraient de ce fait un préjudice financier qui s'aggraverait avec le temps puisque leur concurrent – à savoir la requérante – pouvait pour sa part proposer entre-temps des services ciblés comme le *triple play*.

L'existence même des discussions que les parties ont portées devant le juge et qui ont provisoirement été tranchées en la faveur de Telenet ainsi que le juste constat selon lequel l'on pouvait raisonnablement s'attendre, au vu de l'évolution rapide du contexte technologique, à ce que l'acte d'apport génère également d'autres contentieux à l'avenir, étayent donc bel et bien l'argumentation des parties défenderesses. De manière tout aussi pertinente, les parties défenderesses soulignent que non seulement l'ordonnance du juge des référés allait entraîner pour elles d'autres procédures à l'issue incertaine, mais aussi qu'en attendant, elles ne pourraient plus proposer des prestations complètes, puisque toutes les formes d'interactivité ont été rendues impossibles. Dès lors, tant que le litige n'a pas été résolu, le produit proposé par les parties défenderesses perdrait de la valeur aux yeux du consommateur de services télévisés et par rapport aux services existant ailleurs. Enfin, l'on peut raisonnablement admettre qu'une scission des droits de câble qui empêche de proposer des formules *triple play* serait moins intéressante pour la partie défenderesse qu'une construction permettant de proposer ce genre de forfaits.

32. Ainsi que l'a fait observer l'avocat général dans les conclusions citées ci-dessus au point 17.2., la Cour de justice a évoqué une seule fois la notion de « circonstance objective » en ce qui concerne le principe d'égalité et l'obligation de transparence, à savoir dans l'arrêt Coname du 21 juillet 2005 concernant l'affaire C-231/3, mais il ne l'a pas « développée plus précisément ». Dans ses conclusions dans l'affaire C-532/03, l'avocat général estimait également qu'il était « inutile d'examiner plus avant cette possibilité », parce que les parties n'avaient pas avancé d'argumentation en ce sens. L'arrêt Coname mentionne bel et bien les « circonstances objectives », mais il peut se déduire de la lecture de l'alinéa suivant de l'arrêt que, ce faisant, la Cour vise « la nécessité pour une commune d'exercer un contrôle sur le concessionnaire gérant un service public », ce qui constitue indéniablement un motif qui peut tout autant être considéré comme une « raison impérieuse d'intérêt général ».

L'interprétation de la jurisprudence de la Cour de justice défendue par les parties défenderesses repose par conséquent uniquement sur une référence indirecte et sans pertinence essentielle faite dans une conclusion d'un avocat général à une considération de la Cour qui n'a pas été développée plus précisément et qui est quelque peu équivoque sur ce point. En outre, si, comme elles le prétendent, une « circonstance objective » peut suffire, la question se pose de savoir pourquoi il doit encore et toujours être question pour d'autres cas de « raisons impérieuses d'intérêt général » qui, en effet, peuvent quoi qu'il en soit toujours être considérées comme relevant de la notion de « circonstances objectives ».

À cet égard, le Conseil d'État constate que dans sa jurisprudence plus récente, la Cour de justice reste attachée au motif de justification « plus strict » qui fait référence à l'intérêt général (arrêt Costa, 16 février 2012, C-72/10, point 59) :

> « Pour ce qui est d'une éventuelle justification de cette inégalité de traitement, il ressort d'une jurisprudence constante que des motifs de nature économique, tels que l'objectif de garantir aux opérateurs ayant

> obtenu des concessions lors de l'appel au marché de 1999 la continuité, la stabilité financière ou un juste rendement des investissements réalisés, ne sauraient être admis en tant que raisons impérieuses d'intérêt général de nature à justifier une restriction à une liberté fondamentale garantie par le traité. »

33. En outre, la situation de fait présente assurément, ainsi qu'il a été exposé ci-dessus, des éléments qui sont objectifs et qui semblent accréditer une renégociation de l'acte d'apport, et qui semblent même concerner la protection du consommateur, ce qui relève d'un intérêt général que les câblodistributeurs doivent servir au profit de leurs clients, mais qui semble aussi – comme le relève la requérante – aller au-delà du simple règlement transactionnel du litige. En effet, le nouvel accord élargit considérablement le marché à des services qui n'étaient pas prévus initialement et qui n'ont pas donné lieu à un litige. Si l'on ne tenait pas compte du contexte, force serait de constater que le nouvel accord diffère sensiblement des conditions initialement prévues dans l'acte d'apport.

La question se pose dès lors de savoir si, à la lumière de ce contexte spécifique, le règlement transactionnel complète légitimement l'acte d'apport initial ou s'il doit être considéré comme un nouvel accord pour lequel il y a lieu, conformément aux principes généraux du droit de l'Union, de respecter une certaine publicité et d'organiser un appel au marché parce qu'il ne respecte pas la jurisprudence de la Cour de justice en termes de proportionnalité.

34. Selon la jurisprudence de la Cour de justice, l'obligation de transparence est « une condition préalable obligatoire du droit d'un État membre d'attribuer à un opérateur le droit exclusif d'exercer une activité économique, quel que soit le mode de sélection de cet opérateur » (C.J.U.E., arrêt Sporting Exchange du 3 juin 2010, C-203/08, point 47). Et la Cour de poursuivre en ajoutant que le vaste pouvoir d'appréciation dont dispose l'autorité « ne saurait légitimer un comportement discrétionnaire de la part des autorités nationales, de nature à priver de leur effet utile les dispositions du droit de l'Union, notamment

celles relatives à une liberté fondamentale telle que la libre prestation des services » (C.J.U.E., arrêté précité, point 49).

35. Dans ces circonstances, le Conseil d'État estime qu'une question préjudicielle devrait être posée.

36. Il est surprenant que les parties défenderesses reconnaissent pendant toute la durée de la procédure écrite que le principe d'égalité et l'obligation de transparence qui en découle s'appliquent également à l'affaire à l'examen conformément au droit de l'Union et se ravisent soudainement sur ce point à l'audience, du moins en ce qui concerne la possibilité pour une entreprise belge d'invoquer aussi ce principe et cette obligation par la suite.

L'obligation de transparence découle directement, selon la Cour de justice, des articles 49 et 56 TFUE, qui ont des effets directs dans l'ordre juridique interne des États-membres et qui priment dès lors toute disposition contraire du droit national. Il incombe au juge national d'interpréter les dispositions nationales qu'il doit appliquer en se conformant le plus possible aux exigences du droit de l'Union et en assurant en particulier le respect de l'obligation de transparence (voir dans ce sens, C.J.U.E., arrêt Wall du 13 avril 2010, C-91/08, points 70-71).

Même si toutes les parties devant le Conseil d'État sont des personnes morales belges, le Conseil signale qu'il n'est pas exclu – et qu'il est même probable au vu de l'importance économique non négligeable de la transaction – que si un appel au marché avait effectivement lieu, des entreprises installées dans un autre État membre pourraient être intéressées. La méconnaissance de l'obligation de transparence constitue par conséquent une discrimination potentielle pour des entreprises d'autres États membres. Ni la présence ni l'absence d'intérêt transfrontalier dans cette affaire n'a été incontestablement démontrée. Ainsi que l'écrit l'avocat général Stix-Hackl, déjà cité plus haut par les parties défenderesses, au point 27 de ses conclusions dans

l’affaire C-231/03, Coname, « il suffit donc que des entreprises d’autres États membres soient susceptibles d’être affectées pour qu’il s’agisse d’une situation transfrontalière, et qu’une condition requise pour l’application des libertés fondamentales soit remplie ».

Le Conseil d'État estime en outre que la réponse que la Cour peut donner aux autres questions restera utile pour l’affaire, même si la réponse à la première question est négative. En effet, la question se pose alors de savoir si le principe d’égalité garanti constitutionnellement en droit interne ne serait pas violé s’il fait l’objet d’une interprétation qui aurait pour conséquence de ne pas faire bénéficier une entreprise belge des mêmes droits que ceux qu'une entreprise d'un autre État membre tirerait du droit communautaire dans la même situation (C.J.U.E., arrêt Guimont du 5 décembre 2000, C-448/98, point 23).

Étant donné cependant que les questions proposées par les parties défenderesses sont quoi qu’il en soit liées à la recevabilité que la cour doit examiner, le Conseil accueille la demande.

37. Le Conseil d'État n’est pas obligé de reproduire la formulation proposée par les parties.

Par ailleurs, le Conseil d'État se rallie à la thèse des parties défenderesses selon laquelle il ne peut être posé de questions qui pourraient amener la Cour de justice à se substituer au juge national pour trancher ce cas concret.

DÉCISION

1. Les affaires A.186.951/XII-5336 et A.189.179/XII-5515 sont jointes.

2. Les débats sont rouverts.

3. Les questions suivantes sont posées à la Cour de justice :

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

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

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

4. Le membre de l'auditorat, désigné par l'auditeur général, est chargé de rédiger un rapport complémentaire après réception de la réponse de la Cour de justice.

Le présent arrêt a été prononcé à Bruxelles, à l'audience publique du deux mai deux mille douze, par le Conseil d'État, XII[e] chambre, composée de :

Dierk Verbiest,	président de chambre,
Johan Lust,	conseiller d'État,
Geert Van Haegendoren,	conseiller d'État,

assistés par

Frank Bontinck,	greffier.

Le greffier **Le président**

Frank Bontinck **Dierk Verbiest**

TRADUCTION ÉTABLIE CONFORMÉMENT À L'ARTICLE 63, ALINÉA 1[er], DES LOIS SUR LE CONSEIL D'ÉTAT COORDONNÉES LE 12 JANVIER 1973.