

| |
|---|
| Rolnummer 3821 |
| Arrest nr. 172/2006 van 22 november 2006 |

A R R E S T

In zake : de prejudiciële vragen over de artikelen 40 tot 43 van het Vlaamse decreet van 18 december 1992 houdende bepalingen tot begeleiding van de begroting 1993 en over de artikelen 97 en 98 van de wet van 21 maart 1991 betreffende de hervorming van sommige economische overheidsbedrijven, gesteld door de Raad van State.

Het Arbitragehof,

samengesteld uit de voorzitters A. Arts en M. Melchior, en de rechters P. Martens, R. Henneuse, M. Bossuyt, L. Lavrysen, A. Alen, J.-P. Snappe, J.-P. Moerman en E. Derycke, bijgestaan door de griffier P.-Y. Dutilleux, onder voorzitterschap van voorzitter A. Arts,

wijst na beraad het volgende arrest :

*

* * *

I. *Onderwerp van de prejudiciële vragen en rechtspleging*

Bij arrest nr. 151.824 van 29 november 2005 in zake de Belgische Staat tegen het Vlaamse Gewest, waarvan de expeditie ter griffie van het Arbitragehof is ingekomen op 5 december 2005, heeft de Raad van State de volgende prejudiciële vragen gesteld :

« 1. Schendt artikel 40, § 1, van het [Vlaamse] decreet van 18 december 1992 houdende bepalingen tot begeleiding van de begroting 1993 de regels die de onderscheiden bevoegdheden vaststellen van de Staat en de gewesten door de operatoren van openbare telecommunicatienetwerken aan een vergunningsplicht te onderwerpen voor het privaatief gebruik van het domein van de wegen en hun aanhorigheden ressorterend onder het beheer van het Vlaamse Gewest, van de waterwegen en hun aanhorigheden, de zeewering en de dijken ?

2. Schenden de artikelen 40, § 2, tot 43, van het [Vlaamse] decreet van 18 december 1992 houdende bepalingen tot begeleiding van de begroting 1993 de regels die de onderscheiden bevoegdheden vaststellen van de Staat en de gewesten door een retributie op te leggen aan de operatoren van openbare telecommunicatienetwerken voor de vergunning, vereist voor het privaatief gebruik van het domein van de wegen en hun aanhorigheden ressorterend onder het beheer van het Vlaamse Gewest, van de waterwegen en hun aanhorigheden, de zeewering en de dijken ?

3. Schendt artikel 97 van de wet van 21 maart 1991 betreffende de hervorming van sommige economische overheidsbedrijven de regels die de onderscheiden bevoegdheden vaststellen van de Staat en de gewesten door de operatoren van openbare telecommunicatienetwerken te machtigen om het openbaar domein van de wegen en hun aanhorigheden ressorterend onder het beheer van het Vlaamse Gewest, van de waterwegen en hun aanhorigheden, de zeewering en de dijken te gebruiken om kabels, bovengrondse leidingen en bijhorende uitrusting aan te leggen en alle nodige werken hieraan uit te voeren zonder dat het Vlaamse Gewest het toelaten van dit privaatief gebruik van zijn openbaar domein aan een vergunningsplicht mag onderwerpen ?

4. Schendt artikel 98 van de wet van 21 maart 1991 betreffende de hervorming van sommige economische overheidsbedrijven de regels die de onderscheiden bevoegdheden vaststellen van de Staat en de gewesten door het Vlaamse Gewest te verbieden, voor het gebruiksrecht van het openbaar domein van de wegen en hun aanhorigheden ressorterend onder het beheer van het Vlaamse Gewest, van de waterwegen en hun aanhorigheden, de zeewering en de dijken, aan de operatoren van openbare telecommunicatienetwerken een retributie op te leggen ? ».

Memories zijn ingediend door :

- de nv Eurofiber, met maatschappelijke zetel te 1702 Groot-Bijgaarden, Stationsstraat 34;
- de Vlaamse Regering;
- de Ministerraad.

De nv Eurofiber en de Vlaamse Regering hebben ieder een memorie van antwoord ingediend.

Op de openbare terechtzitting van 13 september 2006 :

- zijn verschenen :

. Mr. T. Vermeir, advocaat bij de balie te Brussel, voor de nv Eurofiber;

. Mr. F. Sebreghts *loco* Mr. S. Vernailen en Mr. H. Sebreghts, advocaten bij de balie te Antwerpen, voor de Vlaamse Regering;

. Mr. M. Aps, advocaat bij de balie te Antwerpen, voor de Ministerraad;

- hebben de rechters-verslaggevers A. Alen en J. Spreutels verslag uitgebracht;

- zijn de voornoemde advocaten gehoord;

- is de zaak in beraad genomen.

Bij beschikking van 17 oktober 2006 heeft de voorzitter in functie vastgesteld dat rechter-verslaggever J. Spreutels, wettig verhinderd, was vervangen door rechter P. Martens als verslaggever.

De bepalingen van de bijzondere wet van 6 januari 1989 op het Arbitragehof met betrekking tot de rechtspleging en het gebruik van de talen werden toegepast.

II. *De feiten en de rechtspleging in het bodemgeschil*

De Belgische Staat vordert voor de Raad van State de nietigverklaring van het besluit van de Vlaamse Regering van 29 maart 2002 betreffende het toekennen van vergunningen, het vaststellen en innen van retributies voor het privatieve gebruik van het openbaar domein van de wegen, de waterwegen en hun aanhorigheden, de zeekering en de dijken, genomen ter uitvoering van het Vlaamse decreet van 18 december 1992 houdende bepalingen tot begeleiding van de begroting 1993.

De Belgische Staat voert onder meer aan dat een inbreuk wordt gemaakt op zijn bevoegdheden met betrekking tot de telecommunicatie, en meer in het bijzonder op de artikelen 97 en 98 van de wet van 21 maart 1991. De federale overheid zou vermogen de exploitatie van netwerken voor telecommunicatie te regelen terwijl de decreetgever geen vergunningsplicht zou mogen opleggen aan operatoren van openbare telecommunicatienetwerken, noch hen zou mogen onderwerpen aan de betaling van een retributie voor het gebruik van het gewestelijk openbaar domein.

Het Vlaamse Gewest beroept zich op zijn bevoegdheid met betrekking tot de openbare werken om voor de eigendommen van zijn eigen gewestelijk openbaar domein het privatieve gebruik te regelen door het te onderwerpen aan een vergunning en aan de betaling van een retributie.

De Raad van State stelt zelf vast dat zowel de wets- als de decreetsbepalingen bevoegdheidsneutraal en in voorkomend geval bevoegdheidsconform zouden kunnen worden uitgelegd, doch hij ziet daarvan af ingevolge de stelligheid van de uitleg die elk van de partijen aan haar eigen regelgeving geeft. Daarom stelt hij de bovenvermelde, door de partijen gesuggereerde maar door de Raad van State geherformuleerde prejudiciële vragen.

III. *In rechte*

- A -

Standpunt van de Ministerraad

A.1. De Ministerraad wijst erop dat de federale overheid op grond van artikel 6, § 1, VII, tweede lid, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen bevoegd is voor de aangelegenheden die wegens hun technische en economische ondeelbaarheid een gelijke behandeling op nationaal vlak behoeven. Daarom bepaalde artikel 27, § 2, van het thans opgeheven besluit van de Vlaamse Regering van 16 maart 1994 uitdrukkelijk dat voor de aanleg van nutsleidingen, kabels en collectoren door vergunninghoudende maatschappijen, onverminderd de wettelijke voorschriften op het afgeven van de vergunning en voor het bepalen van de retributies, van toepassing bleven. Een dergelijke bepaling is er in het nieuwe, voor de Raad van State bestreden besluit niet. Door niet langer een uitzondering te maken voor maatregelen die aangelegenheden betreffen die wegens hun technische en economische ondeelbaarheid gelijke behandeling op nationaal vlak behoeven, zoals onder meer het privatieve (noodzakelijke en onvermijdelijke) gebruik binnen de telecommunicatiesector en de energiesector, wordt het voormelde artikel van de bijzondere wet tot hervorming der instellingen geschonden, alsmede de artikelen 97, § 1, en 98, §§ 1 en 2, van de wet van 21 maart 1991 betreffende de hervorming van sommige economische overheidsbedrijven.

A.2. Met betrekking tot de eerste prejudiciële vraag stelt de Ministerraad dat het privatieve gebruik van het gewestelijk domein door telecomoperatoren onder de bevoegdheid van de federale overheid ressorteert vermits het telecomnetwerk een nationale uitrusting is en een grote infrastructuur van door energie gedragen data. De exclusieve bevoegdheid van de gewesten voor het beheer van het gewestelijk domein kan hieraan geen afbreuk doen. Artikel 40, § 1, van het decreet van 18 december 1992 overschrijdt de gewestbevoegdheid aangezien het niet toelaat te besluiten dat het in dat decreet bepaalde vergunningsstelsel voor privaatief gebruik van de gewestelijke wegen niet van toepassing is op telecomoperatoren. De eerste prejudiciële vraag moet volgens de Ministerraad bevestigend worden beantwoord.

A.3. Ook de tweede prejudiciële vraag met betrekking tot de artikelen waardoor een retributie wordt opgelegd voor dergelijke vergunningen, moet bevestigend worden beantwoord, vermits de retributie een noodzakelijk accessorium is van de vergunning waarvan het onafscheidelijk deel uitmaakt. De rechtsgrond tot regeling van het domeinstatuut, zoals opgenomen in de artikelen 40 tot 43 van het decreet van 18 december 1992, ligt in artikel 6, § 1, X, 2°, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980, dat beperkend moet worden geïnterpreteerd en geen bevoegdheid toekent tot het instellen van een vergunnings- en retributiestelsel. Die mogelijkheid werd slechts geboden met de invoering van artikel 6, § 1, X, 2°*bis*, van de voormelde wet, bij de bijzondere wet van 16 juli 1993, zodat de decreetgever in 1992 niet bevoegd was om de artikelen 40 tot 43 van het decreet van 18 december 1992 aan te nemen.

A.4. Met betrekking tot de derde prejudiciële vraag, over artikel 97 van de voormelde wet van 21 maart 1991, verwijst de Ministerraad naar het reeds aangehaalde reglementaire antecedent van het Vlaamse Gewest, waarin wel degelijk de bevoegdheid van de federale overheid werd erkend om de operatoren van telecommunicatienetwerken te machtigen om het openbaar domein onder het beheer van het Vlaamse Gewest te gebruiken voor de aanleg van kabels, bovengrondse leidingen en bijbehorende uitrustingen, zonder dat het Vlaamse Gewest dat privatieve gebruik van zijn openbaar domein aan een vergunningsplicht mag onderwerpen. Ter ondersteuning van die stelling verwijst de Ministerraad eveneens naar de parlementaire voorbereiding van de wet van 12 april 1965, waarin uitdrukkelijk wordt gesteld dat het gebruik van het openbaar domein onttrokken dient te worden aan de beheerders van de openbare domeinen, ongeacht de identiteit van de beheerders, een *ratio legis* die ook aan de basis van artikel 6, § 1, VII, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 ligt.

De derde prejudiciële vraag moet volgens de Ministerraad dan ook ontkennend worden beantwoord.

A.5. Wat het in de vierde prejudiciële vraag vermelde artikel 98 van de wet van 21 maart 1991 betreft, herhaalt de Ministerraad de in A.3 aangevoerde argumentatie. Een gewest kan slechts een retributie heffen indien de wet geen uitzonderingen heeft bepaald waarvan de noodzakelijkheid blijkt, zodat artikel 170, § 2, tweede lid, van de Grondwet de voorrang van de fiscale wet op het fiscale decreet heeft gevestigd. Met betrekking tot het gebruik van het openbaar domein door telecomoperatoren heeft de federale wetgever nooit verzaakt aan zijn fiscale bevoegdheid, doch hij heeft die integendeel bevestigd in artikel 6, § 1, VII, tweede lid, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980.

Bijgevolg moet ook de vierde prejudiciële vraag volgens de Ministerraad ontkennend worden beantwoord.

Standpunt van de tussenkomenende partij, de nv Eurofiber

A.6. De nv Eurofiber, een operator van een openbaar telecommunicatienetwerk, maakt voor haar netwerk gebruik van onder meer het openbaar domein van het Vlaamse Gewest. Zij heeft, zoals de Belgische Staat, bij de Raad van State een beroep tot nietigverklaring van hetzelfde besluit van de Vlaamse Regering van 29 maart 2002 ingesteld, doch zonder dat die zaken werden samengevoegd. Omdat de Vlaamse Regering in die zaak identieke prejudiciële vragen heeft opgeworpen, meent die partij een voldoende belang te hebben om tussen te komen in de rechtspleging voor het Hof, zelfs bij wijze van gevolg van de beslissing van twee bestuurders om voor de Raad van State in rechte te treden.

A.7. Die tussenkomenende partij erkent de bevoegdheid van het Vlaamse Gewest inzake het privaatieve gebruik van de gewestelijke land- en waterwegen en van de overige onderdelen van het openbaar domein, op grond van zowel artikel 6, § 1, X, 2^obis, als van artikel 12, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980, evenwel onder voorbehoud van de inachtneming van het evenredigheidsbeginsel, namelijk de (residuaire) bevoegdheid van de federale overheid inzake het telecommunicatiebeleid. Vermits het om concurrerende bevoegdheden gaat, moet de federale wet voorrang krijgen wegens de toegewezen aard van de gewestelijke bevoegdheid.

Volgens die partij geeft de in het geding zijnde federale wetgeving de Europese regelgeving betreffende mededinging inzake telecommunicatie gestalte, terwijl de gewestelijke decreetgever de modaliteiten van het gebruik van het (eigen) openbaar domein mag regelen, zonder aan de houder van een vergunning voor de aanleg en de exploitatie van een openbaar telecommunicatienet *in abstracto* te mogen weigeren gebruik te maken van het openbaar domein of een bijkomende vergunningsprocedure te mogen instellen.

A.8. Haar kritiek betreft inzonderheid het feit dat het Vlaamse Gewest vermag te oordelen of de privaatieve ingebruikname, die is vergund op basis van artikel 97 van de wet van 21 maart 1991, verenigbaar is met het beleid inzake het beheer van een domeingoed en in voorkomend geval de vergunning kan weigeren - wanneer niet is voldaan aan de opgelegde voorwaarden, zoals de betaling van een vaste of variabele retributie - of die kan intrekken, schorsen of wijzigen. Aldus doet het in het geding zijnde decreet van 18 december 1992 op een onevenredige wijze afbreuk aan de bevoegdheden van de federale overheid met betrekking tot telecommunicatie en staat het toe de door de Europese regelgeving bedongen liberalisering van de netwerkactiviteiten voor telecommunicatie en elektronische communicatie substantieel te hinderen.

Het in het geding zijnde vergunningsstelsel van het Vlaamse Gewest was ook niet absoluut noodzakelijk vermits er bijna tien jaar verstreken tussen het decreet en het uitvoeringsbesluit, tijdens welke het overgrote deel van de openbare telecommunicatienetten werd aangelegd. Zelfs bij overcapaciteit van de ondergrond biedt artikel 98 van de wet van 21 maart 1991 overigens een afdoende instrumentarium om het gebruik van het openbaar domein te regelen.

De tussenkomenende partij is dan ook van oordeel dat het decreet van 18 december 1992 op onevenredige wijze ingrijpt in de bevoegdheden van de federale overheid en het evenredigheidsbeginsel schendt en dat het spanningsveld tussen beide bevoegdheidsdomeinen slechts kan worden opgelost door middel van een samenwerkingsakkoord.

A.9. In de wet van 21 maart 1991 respecteert de federale wetgever volledig de autonome gewestelijke bevoegdheid inzake de wegenis, zoals blijkt uit de in artikel 98 van die wet opgelegde mogelijkheid voor de domeinbeherende overheden om het plan van de plaats van aanleg en de bijzonderheden goed te keuren of af te keuren, en te bepalen hoe en waar het netwerk zal worden aangelegd, zelfs onder de verplichting voor de operator van het betrokken openbaar telecommunicatienet om op diens kosten de inrichting of het plan te wijzigen naar aanleiding van werken die de domeinbeheerder wenst uit te voeren aan zijn openbaar domein. De federale wetgever heeft zijn bevoegdheid inzake telecommunicatie steeds in overeenstemming met het evenredigheidsbeginsel uitgeoefend.

A.10. Wat de door het decreet van 18 december 1992 ingestelde vergoeding betreft, voert de tussenkomenende partij aan dat het niet gaat om een retributie doch om een belasting, ten aanzien waarvan artikel 97 van de wet van 21 maart 1991 in uitzonderingen voorziet, zoals grondwettelijk voorgeschreven. Zij verwijst hiervoor naar de parlementaire voorbereiding van de verschillende decreten waarbij de artikelen 40 en 43 werden gewijzigd om vrijstellingen in te stellen en de verkrijging van een vergunning te onderwerpen aan de

betaling van een vergoeding die bestaat uit een vaste en een variabele retributie. Die wijzigingen hollen de beweegreden voor het opleggen van een retributie voor het gebruik van het openbaar domein volledig uit en leiden ertoe dat alleen de vervoerleidingen onderworpen zijn aan de betaling van een variabele retributie.

A.11. Die partij besluit dat de eerste prejudiciële vraag bevestigend en de derde prejudiciële vraag ontkennend zou moeten worden beantwoord. De tweede en de vierde vraag behoeven volgens haar geen antwoord « wegens het ontbreken van een te beantwoorden vraag omdat de heffingen die ingevoerd zijn door het Programmadecreet 1993 geen retributies zijn in de zin van artikel 173 van de Grondwet, maar wel belastingen in de zin van artikel 170, § 2, van de Grondwet ».

Standpunt van de Vlaamse Regering

A.12. Wat betreft de toetsing van artikel 40, § 1, van het decreet van 18 december 1992 aan de bevoegdheidsverdelende regels, verwijst het Vlaamse Gewest naar zijn bevoegdheid met betrekking tot de wegen en hun aanhorigheden en de waterwegen en hun aanhorigheden, opgenomen in artikel 6, § 1, X, 1°, 2°, (het later ingevoegde) 2°bis, 4° en 5°, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980, alsmede met betrekking tot de overdracht van goederen door de Staat aan de gemeenschappen en de gewesten in artikel 12 van dezelfde wet. Die bevoegdheid moet worden geacht een exclusieve bevoegdheid te zijn. Zij betreft onder meer het toestaan van het privatieve gebruik van (water)wegen en hun aanhorigheden, zeeweringen en dijken op het grondgebied van het Vlaamse Gewest. Volgens de Vlaamse Regering heeft het Hof gesteld dat het ter zake gaat om een algemene beheersbevoegdheid in de ruime zin.

Bij ontstentenis van andersluidende bepaling in de Grondwet en de op grond daarvan uitgevaardigde bevoegdheidsverdelende bepalingen, zijn de gewesten bevoegd voor de regeling van de privatieve ingebruikneming van het openbaar domein en het voorzien in een vergunningsplicht daarvoor. De bevoegdheid tot het toekennen van vergunningen voor het privatieve gebruik van het openbaar domein en het heffen van retributies in dat verband, past dus in het kader van de ruime beheersbevoegdheid van de gewesten. Om die reden vermocht de decreetgever de artikelen 40 tot 43 van het decreet van 18 december 1992 vast te stellen.

Zelfs indien het toekennen van een vergunning voor de privatieve ingebruikneming van het openbaar domein van het gewest niet tot zijn exclusieve bevoegdheid behoort, maakt het toekennen van een vergunning een impliciete bevoegdheid van het gewest uit, in de zin van artikel 10 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980. De aangenomen regeling is immers noodzakelijk voor de uitoefening van de bevoegdheden van het Vlaamse Gewest, vermits de bergingscapaciteit van het openbaar domein van de wegen en waterwegen van de gewesten beperkt is en niet alleen ruimte moet bieden voor alle eigen installaties maar ook aan alle leidingen en kabels van nutsvoorzieningen.

Bovendien moet het Vlaamse Gewest bij het uitvoeren van openbare werken op de hoogte zijn van de exacte ligging van de kabels en leidingen van de verschillende voorzieningen. De aangelegenheid van de nutsleidingen leent zich bovendien tot een gedifferentieerde regeling en de weerslag ervan op de federale bevoegdheids sfeer is slechts marginaal. De toelating tot exploitatie van leidingen en kabels wordt verleend door de bevoegde federale overheid, terwijl de technische voorwaarden voor het gebruik van het openbaar domein en dus de toelating van de aanleg van de voor de exploitatie vereiste structuur, tot de exclusieve bevoegdheids sfeer van de domeinbeheerder, te dezen het Vlaamse Gewest, behoren. Het gewest kan met andere woorden geen afbreuk doen aan het feit dat nutsmaatschappijen gebruik kunnen maken van het openbaar domein, maar kan wel bepalen onder welke voorwaarden dat moet geschieden. In artikel 98, § 1, van de wet van 21 maart 1991 erkent de federale overheid overigens zelf haar beperkte bevoegdheid vermits de aanleg van de infrastructuur onderworpen is aan de goedkeuring van het plan van de aanleg ervan door de overheid waarvan het openbaar domein afhangt, wat de mogelijkheid van een gedifferentieerde regeling inhoudt.

A.13. De Vlaamse Regering verwerpt in ieder geval de bevoegdheidsrechtelijke grondslag waarop de Ministerraad zich beroept, namelijk artikel 6, § 1, VII, tweede lid, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980. Die bepaling heeft uitsluitend betrekking op het energiebeleid en geeft een limitatieve opsomming van de aangelegenheden die wegens hun technische en economische ondeelbaarheid behoren tot de bevoegdheid van de federale overheid. Zij kan overigens de uitoefening van de exclusieve gewestbevoegdheden niet uitsluiten, en zeker niet op basis van het door de tussenkomende partij aangevoerde beginsel dat het federale recht zou primeren op het deelstatelijke recht, dat immers niet wordt erkend. De voormelde bepaling heeft niets te maken met de telecommunicatie, die uitsluitend een residuaire federale bevoegdheid is.

De Vlaamse Regering betwist de strijdigheid van het in het geding zijnde decreet met de Europese regelgeving, in het bijzonder de richtlijn 96/19/EG, op grond van de overweging dat die bij de totstandkoming van het decreet nog niet van kracht was en bovendien uitdrukkelijk ruimte liet voor een vergunningsprocedure om algemene belangen van niet-economische aard te waarborgen, zoals geregeld bij het in het geding zijnde decreet.

Volgens de Vlaamse Regering moet de eerste prejudiciële vraag ontkennend worden beantwoord.

A.14. Op grond van artikel 2 van de bijzondere wet van 16 januari 1989 betreffende de financiering van de gemeenschappen en de gewesten is het Vlaamse Gewest bevoegd om niet fiscale ontvangsten te innen in het kader van de uitoefening van zijn bevoegdheden, wat door geen van de andere partijen wordt betwist. Het koppelen van een retributieplicht aan de afgifte van een vergunning voor het privaat gebruik van het openbaar domein van het Vlaamse Gewest schendt bijgevolg de bevoegdheidsverdelende regels niet. Bovendien gaat het wel degelijk om een vergoeding van kosten.

Het privaat in gebruik nemen van het openbaar domein verantwoordt bijgevolg het eisen van een retributie, des te meer daar dergelijke ingebruiknemingen een hinderend en kostenverhogend effect hebben voor de domeinbeheerder, terwijl dat voor de vergunninghouder een voordeel oplevert vermits hij niet de privé-eigendommen van particuliere eigenaars moet innemen en gebruik kan maken van de voorhanden zijnde technische plannen en kaarten van de domeinbeheerder. Ook inzake retributies geldt geen voorrang van de hogere regel op de lagere, vermits het een exclusieve en geen concurrerende bevoegdheid betreft. Het Vlaamse Gewest heeft bijgevolg de door de bijzondere financieringswet toegekende bevoegdheid gebruikt om binnen de bevoegdheidsfeer niet-fiscale inkomsten te verwerven.

De vaststelling dat de decreetgever na de totstandkoming van artikel 43 van het decreet van 18 december 1992 een aantal vrijstellingen voor de retributieplicht zou hebben ingevoerd, verandert uiteraard de aard van de vergoeding niet. Vermits de decreetgever als enige de bevoegdheid heeft om een retributiesysteem te koppelen aan de privaat gebruikte naam van zijn domein, is hij ook als enige bevoegd om vrijstellingen te verlenen.

De tweede prejudiciële vraag zou bijgevolg eveneens ontkennend moeten worden beantwoord.

A.15. Ten aanzien van de derde prejudiciële vraag betreffende artikel 97 van de wet van 21 maart 1991 laat de Vlaamse Regering gelden dat die bepaling geen ruimte laat voor een door het Vlaamse Gewest ingevoerde vergunningsplicht met betrekking tot het privaat gebruik van zijn openbaar domein. Zij schendt bijgevolg de bevoegdheidsverdelende regels wegens de inbreuk op de exclusieve toegewezen bevoegdheid van het gewest in verband met het beheer van de wegen en hun aanhorigheden.

De Vlaamse Regering herhaalt dat artikel 6, § 1, VII, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 een limitatieve opsomming bevat van bevoegdheden van de federale overheid, en geen grondslag vormt voor de in het geding zijnde wetsbepaling. De verwijzing naar de *ratio legis* van de « gaswet » van 12 april 1965 is evenmin relevant, vermits er bij de totstandkoming van die wet nog geen sprake was van een exclusieve beheersbevoegdheid van de gewesten over hun openbaar domein. Sedert de staatshervorming en het op grond daarvan aangenomen artikel 40 van het decreet van 18 december 1992, kan de federale wetgeving inzake nutsleidingen in het algemeen, geen toepassing meer vinden wegens strijdigheid met voormeld artikel 40.

De derde prejudiciële vraag zou om die redenen bevestigend moeten worden beantwoord.

A.16. Overeenkomstig artikel 98, § 2, van dezelfde wet van 21 maart 1991, mag de overheid van wie het openbaar domein afhangt, geen belasting, taks, cijns, retributie of vergoeding, van welke aard ook, opleggen aan de operator van het openbaar telecommunicatienet voor het gebruiksrecht van het openbaar domein. Gelet op datgene wat de Vlaamse Regering heeft geargumenteed met betrekking tot de tweede prejudiciële vraag, schendt de bepaling die een verbod oplegt aan de gewesten om een vergunning voor het privaat gebruik van het openbaar domein te koppelen aan een retributie, de bevoegdheidsverdelende regels.

A.17. De Vlaamse Regering erkent dat artikel 170, § 2, tweede lid, van de Grondwet de federale wetgever de bevoegdheid verleent om uitzonderingen te stellen op de algemene fiscale bevoegdheden van de gemeenschappen en de gewesten, doch de wetgever kan slechts de uitzonderingen bepalen waarvan de noodzakelijkheid blijkt. Die bepaling geldt evenwel uitsluitend voor belastingen en niet voor retributies, waarover het te dezen gaat.

Ook de vierde prejudiciële vraag zou volgens de Vlaamse Regering om die redenen bevestigend moeten worden beantwoord.

- B -

Ten aanzien van de in het geding zijnde bepalingen

B.1. De prejudiciële vragen hebben betrekking op de artikelen 40 tot 43 van het Vlaamse decreet van 18 december 1992 houdende bepalingen tot begeleiding van de begroting 1993 en op de artikelen 97 en 98 van de wet van 21 maart 1991 betreffende de hervorming van sommige economische overheidsbedrijven.

De artikelen 40 tot 43 van het voormelde decreet van 18 december 1992, in hun toepasselijke versie vóór de vervanging of wijziging ervan bij de decreten van 5 juli 2002, 20 december 2002, 19 december 2003 en 24 december 2004, luiden als volgt :

« Art. 40. § 1. Het privaat gebruik van het domein van de wegen en hun aanhorigheden ressorterend onder het beheer van het Vlaamse Gewest, van de waterwegen en hun aanhorigheden, de zeewering en de dijken kan worden toegestaan met een vergunning.

§ 2. Het verkrijgen van een vergunning is onderworpen aan het betalen van een retributie, die kan bestaan uit een vast recht of een vast recht en een variabel gedeelte. De verschuldigde retributie kan eenmalig of periodiek worden geheven.

Art. 41. De Vlaamse Regering is gemachtigd de voorwaarden en de procedure inzake het toekennen van de vergunning evenals het bedrag en de wijze van inning van de retributie vast te stellen.

Art. 42. De diensten die afhangen van de Vlaamse Regering en bevoegd zijn voor het beheer van de voornoemde domeingoederen, zijn belast met het afgeven van de vergunning, de inning van de verschuldigde retributies en het toezicht op de naleving van de opgelegde vergunningsvoorwaarden.

Art. 43. Kunnen van de retributie worden vrijgesteld :

- de gebruikers van de waterweg en hun bevoorraders;
- de aangelande eigenaars, huurders, pachters, evenals hun bevoorraders en bezoekers;
- de rederijen en scheepsbevrachters;

- het personeel van de intercommunales en concessiehoudende maatschappijen voor toezicht op hun installaties;

- de mindervaliden.

De volgende verrichtingen kunnen eveneens van de retributie worden vrijgesteld :

- activiteiten die zonder winstgevend oogmerk worden uitgevoerd en van sociale, culturele of pedagogische aard zijn;

- werkzaamheden die in het kader van het bermbeheer of ecologisch beheer worden uitgevoerd en die daardoor de beheerder van de betrokken weg of waterweg geheel of gedeeltelijk ontslaan van het onderhoud.

De Vlaamse Regering bepaalt de nadere regelen ».

De artikelen 97 en 98 van de voormelde wet van 21 maart 1991, zoals gewijzigd bij de artikelen 48 en 49 van de wet van 19 december 1997, zoals van toepassing in het geding dat voor het verwijzende rechtscollege aanhangig is, luiden als volgt :

« Art. 97. § 1. Onder de voorwaarden bepaald in dit hoofdstuk, is elke operator van een openbaar telecommunicatienet gemachtigd om, mits eerbiediging van hun bestemming en de wettelijke en reglementaire bepalingen die hun gebruik regelen, het openbaar domein en de eigendommen te gebruiken om kabels, bovengrondse lijnen en bijbehorende uitrustingen aan te leggen en alle nodige werken hieraan uit te voeren.

Tot deze werken behoren die welke nodig zijn voor de instandhouding, de wijziging, de herstelling, de opruiming en de controle op de kabels, bovengrondse lijnen en bijbehorende uitrustingen.

§ 2. De aangelegde kabels, bovengrondse lijnen en bijbehorende uitrustingen blijven eigendom van de operator van het betrokken openbaar telecommunicatienet.

Art. 98. § 1. Vooraleer kabels, bovengrondse lijnen en bijbehorende uitrustingen aan te leggen op het openbaar domein, onderwerpt elke operator van een openbaar telecommunicatienet het plan van de plaats van aanleg en de bijzonderheden ervan aan de goedkeuring van de overheid van wie het openbaar domein afhangt.

Deze overheid beslist binnen twee maanden vanaf de dag waarop het plan werd ingediend en zij geeft de operator van het betrokken openbaar telecommunicatienet kennis van haar beslissing. Na het verstrijken van die termijn geldt het stilzwijgen van de overheid als goedkeuring.

In geval van blijvende onenigheid wordt beslist bij koninklijk besluit.

§ 2. De overheid mag voor dat gebruiksrecht de operator van het betrokken openbaar telecommunicatienet geen belasting, taks, cijns, retributie of vergoeding, van welke aard ook, opleggen.

Bovendien bezit elke operator van een openbaar telecommunicatienet een kosteloos doorgangsrecht voor de kabels, bovengrondse lijnen en bijbehorende uitrustingen in de openbare of particuliere bouwwerken, die in het openbaar domein worden aangebracht.

§ 3. De overheid heeft het recht om de inrichting of het plan van aanleg van de kabels, bovengrondse lijnen en bijbehorende uitrustingen te doen wijzigen naar aanleiding van werken die zij wenst uit te voeren aan het openbaar domein dat zij beheert. Zij behoort de operator van het betrokken openbaar telecommunicatienet hiervan bij ter post aangetekende brief kennis te geven ten minste twee maanden vóór de uitvoering van de werken wordt aangevat. De kosten wegens wijziging van de kabels, bovengrondse lijnen en bijbehorende uitrustingen zijn ten laste van de operator van het betrokken openbaar telecommunicatienet.

Wanneer die werken aan het openbaar domein niet worden uitgevoerd of wanneer de overheid de wijziging van de kabels, bovengrondse lijnen en bijbehorende uitrustingen heeft aangevraagd ten gunste van een andere persoon, kan de operator van het betrokken openbaar telecommunicatienet de kosten van de wijziging ten laste van de overheid leggen ».

Ten aanzien van de eerste en de derde prejudiciële vraag

B.2. Met de eerste prejudiciële vraag wenst het verwijzende rechtscollege van het Hof te vernemen of artikel 40, § 1, van het Vlaamse decreet van 18 december 1992 houdende bepalingen tot begeleiding van de begroting 1993 de bevoegdheidverdelende regels schendt in zoverre het de operatoren van openbare telecommunicatienetwerken aan een vergunningsplicht onderwerpt voor het privaatieve gebruik van het domein van de wegen en hun aanhorigheden ressorterend onder het beheer van het Vlaamse Gewest, van de waterwegen en hun aanhorigheden, de zeewering en de dijken.

Met de derde prejudiciële vraag wenst het verwijzende rechtscollege van het Hof te vernemen of artikel 97 van de wet van 21 maart 1991 betreffende de hervorming van sommige economische overheidsbedrijven de bevoegdheidverdelende regels schendt door de operatoren van openbare telecommunicatienetwerken te machtigen om het openbaar domein van de wegen en hun aanhorigheden ressorterend onder het beheer van het Vlaamse Gewest, van de waterwegen en hun aanhorigheden, de zeewering en de dijken te gebruiken om kabels, bovengrondse leidingen en bijbehorende uitrustingen aan te leggen en alle nodige werken hieraan uit te voeren zonder dat het Vlaamse Gewest dat privaatieve gebruik van zijn openbaar domein aan een vergunningsplicht mag onderwerpen.

Beide prejudiciële vragen worden, zowel wegens hun bewoordingen als wegens de samenhang van de in het geding zijnde bepalingen met betrekking tot de aangelegenheid die zij regelen, gezamenlijk behandeld.

B.3. Het Hof toetst de in het geding zijnde bepalingen aan de bevoegdheidverdelende regels, zoals die van toepassing waren op het tijdstip waarop de bepalingen werden aangenomen.

B.4. Op grond van artikel 6, § 1, X, eerste lid, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen, zoals vervangen bij artikel 4, § 11, van de bijzondere wet van 8 augustus 1988, zijn de gewesten onder meer bevoegd voor de wegen en hun aanhorigheden (1°), de waterwegen en hun aanhorigheden (2°), de zeekering (4°) en de dijken (5°). Uit de parlementaire voorbereiding van die bepaling blijkt dat de toegekende bevoegdheid « een beheersbevoegdheid in de ruime zin » is (*Parl. St.*, Kamer, B.Z. 1988, nr. 516/1, p. 13).

B.5. Bij artikel 2 van de bijzondere wet van 16 juli 1993 tot vervollediging van de federale staatsstructuur werd in artikel 6, § 1, X, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 een 2°*bis* ingevoegd, naar luid waarvan de gewesten eveneens bevoegd zijn voor « het juridisch stelsel van de land- en waterwegenis, welke ook de beheerder ervan zij, met uitzondering van de spoorwegen beheerd door de Nationale Maatschappij der Belgische Spoorwegen ».

De draagwijdte van die bevoegdheidstoewijzing werd tijdens de parlementaire voorbereiding als volgt verduidelijkt :

« Het is niet de bedoeling de Gewesten te belasten met de openbare werken op de gemeentelijke of provinciale wegenis, maar wel om deze in de mogelijkheid te stellen om de wetgevingen te wijzigen of één te maken, die het statuut van de wegenis regelen (begrenzing, rangschikking, beheer, domanialiteit, vergunningen voor privé-gebruik, bestraffing van de inbreuken, enz.). Momenteel wordt dit statuut geregeld door de gemeentewet, de provinciewet of door specifieke wetten (wet van 10 april 1841 op de lokale wegenis, wet van 9 augustus 1948 tot wijziging van de wetgeving op de landwegenis, de wet van 12 juli 1956 tot bepaling van het statuut van de autosnelwegen, enz.) » (*Parl. St.*, Senaat, 1992-1993, nr. 558/5, pp. 412-413).

De reden voor de invoering van die bepaling hield verband met de rechtspraak van het Hof betreffende de door de Grondwet aan de federale wetgever voorbehouden aangelegenheden :

« Er moet worden herinnerd aan het feit dat de gemeentelijke wegenis een materie is van gemeentelijk belang die tot hiertoe is voorbehouden aan de federale wetgever, overeenkomstig artikel 108 van de Grondwet, maar dat volgens de jurisprudentie van het Arbitragehof, gebaseerd op artikel 19, § 1, eerste lid van de bijzondere wet van 8 augustus 1980, de wetgever gemachtigd is om aan de decreet- of ordonnantiegevers de regeling toe te vertrouwen van voorbehouden materies. Het is bijgevolg uiterst belangrijk dat de tekst van de bijzondere wet op dit punt heel duidelijk is : indien een bevoegdheid wordt overgedragen aan de decreet- of ordonnantiegevers en deze bevoegdheid volledig of gedeeltelijk betrekking heeft op een grondwettelijk voorbehouden materie, dan mag er geen dubbelzinnigheid bestaan voor wat betreft de wil van de bijzondere wetgever om deze op te nemen in de overgedragen bevoegdheid. Welnu, sommigen zouden ervan kunnen uitgaan dat de huidige tekst van de bijzondere wet in verband hiermee niet de gewenste duidelijkheid verschaft voor wat betreft de bevoegdheid van de gewesten om het juridisch statuut van de wegenis te regelen.

Hetzelfde probleem stelt zich op precies dezelfde wijze voor wat betreft de provinciale wegenis en de wegenis van de agglomeratie.

De geplande wijziging moet deze leemte bijgevolg opvullen door duidelijk te bevestigen dat de bevoegdheid van de Gewesten op het vlak van de wegenis een bevoegdheid is die de gehele wegenis omvat, zonder afbreuk te doen aan de verschillende administratieve statuten die het momenteel bezit (gewestelijk, provinciaal, gemeentelijk statuut of statuut van de agglomeratie) » (*ibid.*, p. 412).

B.6. Rekening houdend met de beginselen, enerzijds, dat, voor zover zij niet anders erover hebben beschikt, de Grondwetgever en de bijzondere wetgever moeten worden geacht aan de gemeenschappen en de gewesten de volledige bevoegdheid te hebben toegekend tot het uitvaardigen van regels die eigen zijn aan de aan hen toegewezen aangelegenheden, en, anderzijds, dat behoudens andersluidende bepalingen de bijzondere wetgever het gehele beleid inzake de door hem toegewezen aangelegenheden aan de gemeenschappen en de gewesten heeft overgedragen, moet uit wat voorafgaat worden afgeleid dat de decreetgever op het ogenblik waarop de in het geding zijnde bepaling werd aangenomen, in ieder geval over de bevoegdheid beschikte om het statuut te regelen van de wegen en hun aanhorigheden, van de waterwegen en hun aanhorigheden, de zeekering en de dijken die onder het beheer van het Vlaamse Gewest ressorteren.

Uit de aangehaalde parlementaire voorbereiding blijkt immers duidelijk dat de invoeging van een *2°bis* in artikel 6, § 1, X, eerste lid, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980, niet meer is dan de bevestiging van de bevoegdheid van de gewesten om het juridisch stelsel van de land- en waterwegen te regelen voor wat betreft de wegenis die onder hen ressorteert, zoals die reeds voortvloeyde uit de bevoegdheidstoewijzing bij artikel 4, § 11, van de bijzondere wet van 8 augustus 1988. Het *2°bis*, zoals ingevoegd bij artikel 2 van de bijzondere wet van 16 juli 1993, houdt slechts een nieuwe uitdrukkelijke bevoegdheidstoewijzing aan de gewesten in voor zover zij betrekking heeft op de regeling van het juridisch statuut van de wegenis die ressorteert onder de gemeenten, provincies en agglomeraties.

B.7. De uitoefening van de beheersbevoegdheid in het algemeen, en van de bevoegdheid om het juridisch stelsel van de land- en waterwegen vast te stellen, in het bijzonder, houdt in dat de gewesten het privatieve gebruik van het domein van de wegenis, de zeekering en de dijken die onder de bevoegdheid van het gewest ressorteren, mogen regelen. Het opleggen van een vergunningsplicht aan de diverse gebruikers is immers een adequaat middel om toe te zien op de aanwending van het openbaar domein.

B.8. Bij de uitoefening van de bevoegdheid die hun is verleend bij artikel 6, § 1, X, eerste lid, 1°, 2°, 4° en 5°, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 dienen de gewesten het evenredigheidsbeginsel in acht te nemen, dat inherent is aan elke bevoegdheidsuitoefening, en moeten zij derhalve erover waken dat zij de uitoefening van de federale bevoegdheden niet onmogelijk of overdreven moeilijk maken.

Het Hof dient dan ook na te gaan of, te dezen, de bevoegdheid van het Vlaamse Gewest interfereert met een bevoegdheid van de federale wetgever en zo ja, of zij de uitoefening van die federale bevoegdheid niet onmogelijk of overdreven moeilijk maakt. Daartoe dient het Hof allereerst te onderzoeken of artikel 97, § 1, van de wet van 21 maart 1991 de bevoegdheidverdelende regels schendt.

B.9. Artikel 97, § 1, van de wet van 21 maart 1991 verleent aan elke operator van een openbaar telecommunicatienet de machtiging om, mits eerbiediging van hun bestemming en de wettelijke en reglementaire bepalingen die hun gebruik regelen, het openbaar domein en de eigendommen te gebruiken om kabels, bovengrondse lijnen en bijbehorende uitrustingen aan

te leggen en alle nodige werken hieraan uit te voeren. Tot die werken behoren die welke nodig zijn voor de instandhouding, de wijziging, de herstelling, de opruiming en de controle op de kabels, bovengrondse lijnen en bijbehorende uitrustingen.

B.10. Met uitzondering van de bij artikel 4, 6°, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 aan de gemeenschappen toegewezen bevoegdheid inzake radio-omroep en televisie, is de federale wetgever, op grond van zijn residuaire bevoegdheid, bevoegd voor de andere vormen van telecommunicatie.

B.11. Artikel 97, § 1, van de wet van 21 maart 1991 past in het kader van de bevoegdheid van de federale wetgever om de telecommunicatie te regelen.

Bij de uitoefening van die bevoegdheid dient de federale wetgever evenzeer het evenredigheidsbeginsel in acht te nemen, en moet hij derhalve erover waken dat hij de uitoefening van de gewestbevoegdheden niet onmogelijk of overdreven moeilijk maakt.

B.12. De in artikel 97, § 1, van de wet van 21 maart 1991 bedoelde machtiging tot het gebruik van het openbaar domein en de eigendommen kan slechts worden aangewend « mits eerbiediging van [hun] bestemming en de wettelijke en reglementaire bepalingen die [hun] gebruik regelen ». Het Hof stelt vast dat die bepaling op twee wijzen kan worden geïnterpreteerd.

Die bepaling kan aldus worden begrepen dat de federale wetgever het de gewesten niet zou hebben verboden het privatieve gebruik van hun openbaar domein, onder meer door operatoren van openbare telecommunicatienetwerken, te onderwerpen aan een vergunning. Door de voormelde voorwaarde wordt rekening ermee gehouden dat het bedoelde openbaar domein en de bedoelde eigendommen worden beheerd door andere overheden dan de federale, inzonderheid door de gewesten, op grond van artikel 6, § 1, X, eerste lid, 1°, 2°, 4° en 5°, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 en dat de gewesten in staat moeten zijn hun bevoegdheid uit te oefenen, zoals omschreven in B.7 en B.8.

Indien er evenwel van wordt uitgegaan - zoals in de derde prejudiciële vraag lijkt te worden voorgehouden - dat de gewesten, op grond van artikel 97, § 1, van de wet van 21 maart 1991, het privatieve gebruik van het openbaar domein niet aan een

vergunningsplicht zouden mogen onderwerpen, zou de federale wetgever met de voormelde bepaling de uitoefening van de gewestelijke bevoegdheid op grond van het voormelde artikel 6, § 1, X, eerste lid, 1°, 2°, 4° en 5°, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 onmogelijk maken.

B.13. In zoverre de federale wetgever, binnen de grenzen vastgesteld in B.12, tweede alinea, bevoegd was om artikel 97, § 1, van de wet van 21 maart 1991 aan te nemen, dient nog te worden nagegaan of de decreetgever geen maatregel heeft genomen die de uitoefening van de federale bevoegdheden inzake telecommunicatie onmogelijk of overdreven moeilijk maakt.

B.14. Artikel 40, § 1, van het decreet van 18 december 1992 beperkt zich ertoe het privaatieve gebruik van het domein van de wegen en hun aanhorigheden ressorterend onder het beheer van het Vlaamse Gewest, van de waterwegen en hun aanhorigheden, de zeewering en de dijken, slechts toe te staan met een vergunning. Een dergelijke vergunning dient evenzeer te worden aangevraagd door de operatoren van openbare telecommunicatienetwerken.

Het aanvragen en verkrijgen van een dergelijke vergunning kan op zich niet worden beschouwd als een onevenredige maatregel die de uitoefening van de federale bevoegdheden inzake telecommunicatie onmogelijk of overdreven moeilijk maakt, zodat artikel 40, § 1, van het voormelde decreet van 18 december 1992 als dusdanig het evenredigheidsbeginsel niet schendt.

Aangezien de Vlaamse Regering overeenkomstig artikel 41 van het decreet van 18 december 1992 wordt gemachtigd de voorwaarden en de procedure inzake het toekennen van de vergunning vast te stellen, komt het aan het verwijzende rechtscollège toe na te gaan of zij in de uitoefening van die bevoegdheid het evenredigheidsbeginsel in acht heeft genomen.

B.15. Onder voorbehoud van hetgeen is vermeld in B.12, tweede alinea, en B.14, dienen de eerste en de derde prejudiciële vraag ontkennend te worden beantwoord.

Ten aanzien van de tweede en de vierde prejudiciële vraag

B.16. Het verwijzende rechtscollege wenst verder van het Hof te vernemen of de artikelen 40, § 2, tot 43, van het voormelde decreet van 18 december 1992 de bevoegdheidverdelende regels schenden in zoverre zij toelaten een retributie op te leggen aan de operatoren van openbare telecommunicatienetwerken voor de vergunning, vereist voor het privaatieve gebruik van het domein van de wegen en hun aanhorigheden ressorterend onder het beheer van het Vlaamse Gewest, van de waterwegen en hun aanhorigheden, de zeewering en de dijken.

Het verwijzende rechtscollege wenst van het Hof ten slotte te vernemen of artikel 98 van de voormelde wet van 21 maart 1991 de bevoegdheidverdelende regels schendt in zoverre het de gewesten verbiedt, voor het gebruiksrecht van het openbaar domein van de land- en waterwegen aan de operatoren van openbare telecommunicatienetwerken een retributie op te leggen.

Beide prejudiciële vragen strekken ertoe, met betrekking tot de aangelegenheid van de vergoeding voor de vergunning van het privaatieve gebruik van het openbaar domein door operatoren van openbare telecommunicatienetwerken, de grenzen van de financiële heffingsbevoegdheid van de federale en de gewestelijke wetgevers te bepalen en moeten om die reden samen worden behandeld.

B.17. Op grond van artikel 40, § 2, van het decreet van 18 december 1992 is het verkrijgen van een vergunning onderworpen aan het betalen van een retributie, die kan bestaan in een vast recht of uit een vast recht en een variabel gedeelte. Die retributie kan eenmalig of periodiek worden geheven. De Vlaamse Regering mag het bedrag en de wijze van inning van de retributie vaststellen (artikel 41) die wordt geïnd door de van haar afhingende diensten belast met het beheer van de bedoelde domeingoederen (artikel 42). Het decreet voorziet in een aantal vrijstellingen (artikel 43).

B.18. Een retributie is de vergoeding van een dienst die de overheid presteert ten voordele van de heffingsplichtige individueel beschouwd. Zij heeft een louter vergoedend karakter, zodat er een redelijke verhouding moet bestaan tussen de kostprijs of de waarde van de verstrekte dienst en het bedrag dat de heffingsplichtige is verschuldigd.

Vermits de retributie de tegenprestatie is voor een geleverde overheidsdienst, is zij verbonden aan de materiële bevoegdheid van de betrokken overheid.

B.19. Aangezien de gewesten, zoals vastgesteld in B.7, bevoegd zijn om het gebruiksrecht van het openbaar domein van de land- en waterwegenis, de zeewering en de dijken te onderwerpen aan een vergunning, zijn zij op grond van artikel 173 van de Grondwet eveneens bevoegd om voor de afgifte van die vergunning een retributie op te leggen.

B.20. Het antwoord op de gestelde prejudiciële vragen hangt af van de aard van de heffing waaraan de afgifte van de vergunning tot het privaatieve gebruik van het openbaar domein van de land- en waterwegenis, de zeewering en de dijken is onderworpen. Het Hof dient derhalve na te gaan of de vergoeding kan worden gekwalificeerd als een retributie dan wel dient te worden gekwalificeerd als een belasting.

B.21. De onderwerping van het verkrijgen van een vergunning aan een vergoeding werd tijdens de parlementaire voorbereiding als volgt verantwoord :

« De rechtsgrond van een decretale regeling voor deze materie wordt ontleend uit artikel 6, § 1, X, 2° van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming van de instellingen, gewijzigd bij de wet van 8 augustus 1988, alsook uit de artikelen 1 en 2 van de bijzondere financieringswet van 16 januari 1989, die aan de Gemeenschappen en Gewesten de bevoegdheid verlenen om eigen niet-fiscale inkomsten, die het kenmerk van een retributie vertonen, in te voeren. De vergoedingen, verschuldigd voor het privaatief gebruik van het openbaar domein, dienen immers als een retributie te worden gekwalificeerd in de betekenis, die hiervoor door de rechtsleer en de rechtspraak wordt gegeven, namelijk de geldelijke vergoeding voor een door de overheid aan een begunstigde verleende dienst of handeling, *in casu* het ter beschikking stellen van openbaar domein voor eigen gebruik.

Uit het feit dat het hier gaat over heffingen, die de aard van een retributie bezitten, volgt dat zij niet onderworpen zijn aan het annaliteitsbeginsel en derhalve niet jaarlijks dienen te worden vernieuwd. Eveneens volgt hieruit dat het decretaal volstaat te bepalen in welke gevallen deze retributies kunnen worden geheven, terwijl de bevoegdheid om de nadere modaliteiten te bepalen, aan de Executieve kan worden opgedragen. [...]

[Artikel 40, § 2] bepaalt het principe en het voorwerp van het vergunnings- en retributiestelsel. Het vast recht, waarvan sprake in dit artikel, vertegenwoordigt de aan de rechtverkrijger aangerekende administratiekosten, die dus voor alle soorten vergunningen dezelfde zijn. Het variabel gedeelte hangt af van de aard van de vergunning. De retributie is eenmalig of jaarlijks te betalen al naargelang van de aard en de duurtijd van de vergunning » (*Parl. St.*, Vlaams Parlement, B.Z. 1992, nr. 235/1, p. 20).

B.22. Uit de aangehaalde parlementaire voorbereiding blijkt niet dat het « variabele gedeelte » van de « retributie », bedoeld in het in het geding zijnde artikel 40, § 2, een vergoeding is van de administratieve kosten verbonden aan de afgifte van de vergunning als zodanig. Het betreft daarentegen een geldelijke vergoeding voor het gebruik zelf van het openbaar domein dat ressorteert onder het beheer van het Vlaamse Gewest.

Voor zover het bedrag van een dergelijke vergoeding voor het privatieve gebruik van het openbaar domein van het Vlaamse Gewest in redelijke verhouding staat tot de aldus geleverde overheidsdienst, betreft het een retributie die het gewest binnen zijn materiële bevoegdheid vermag in te stellen op grond van artikel 173 van de Grondwet.

B.23. Door in artikel 98, § 2, eerste lid, van de wet van 21 maart 1991 betreffende de hervorming van sommige economische overheidsbedrijven te bepalen dat de overheid geen « retributie of vergoeding » van welke aard ook mag opleggen voor het gebruiksrecht van de operator van een openbare telecommunicatiedienst, doet de federale wetgever, in zoverre die bepaling ook van toepassing is op de gewestelijke overheden in de aangelegenheden waarin zij bevoegd zijn, afbreuk aan de bevoegdheid van de gewesten hun toegekend bij artikel 173 van de Grondwet en artikel 6, § 1, X, eerste lid, 1°, 2°, 4° en 5°, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980.

B.24. Wanneer evenwel de Vlaamse Regering, met toepassing van de in het geding zijnde bepalingen, het bedrag van de gebruiksvergoeding zou vaststellen op een niveau dat niet in redelijke verhouding staat tot de waarde van de door het gewest verstrekte dienst, zou het niet langer een retributie betreffen, maar een belasting als bedoeld in artikel 170 van de Grondwet.

B.25. In die veronderstelling dient erop te worden gewezen dat de wet, op grond van artikel 170, § 2, tweede lid, van de Grondwet, ten aanzien van de belastingen die ten behoeve van de gemeenschap of het gewest worden ingevoerd « de uitzonderingen [kan bepalen] waarvan de noodzakelijkheid blijkt ».

Krachtens die bepaling beschikken de gemeenschappen en de gewesten over een autonome fiscale bevoegdheid, behoudens wanneer de wet uitzonderingen heeft bepaald of nadien bepaalt waarvan de noodzakelijkheid wordt aangetoond.

Uit de parlementaire voorbereiding blijkt dat artikel 170, § 2, van de Grondwet moet worden beschouwd als « een soort verdedigingsmechanisme [van de Staat] [...] t.o.v. de verschillende andere bestuurslagen, om een eigen fiscale materie te behouden » (*Parl. St.*, Kamer, B.Z. 1979, 10, nr. 8/4°, p. 4). Amendementen waarbij een lijst van belastbare materies voor de gemeenschappen en de gewesten werd voorgesteld, werden verworpen (*Hand.*, Kamer, 1979-1980, zitting van 22 juli 1980, pp. 2705-2713). Verschillende malen werd beklemtoond dat artikel 170, § 2, tweede lid, van de Grondwet moest worden beschouwd als een « regulerend mechanisme. [...] Het is een noodzakelijk instrument. De wet moet dat regulerend mechanisme zijn en moet kunnen zeggen welke belastbare materie wordt voorbehouden aan de Staat. Indien men dat niet zou doen komt men in een chaos en in alle mogelijke verwickelingen terecht, die niets meer te maken hebben met een goed georganiseerde federale Staat of een goed georganiseerde Staat » (*Hand.*, Kamer, 1979-1980, zitting van 22 juli 1980, p. 2707; zie ook *Hand.*, Senaat, 1979-1980, zitting van 28 juli 1980, pp. 2650-2651).

Met artikel 170, § 2, tweede lid, van de Grondwet heeft de Grondwetgever derhalve de voorrang van de fiscale wet op het fiscale decreet willen vestigen en uitzonderingen op de belastingbevoegdheid van de gemeenschappen en de gewesten verwoord in het eerste lid van artikel 170, § 2, mogelijk willen maken. De federale wetgever kan bijgevolg niet alleen bepaalde belastingmateries onttrekken aan de eigen fiscaliteit van de gemeenschappen en de gewesten maar kan tevens bepalen dat die fiscaliteit niet geldt ten aanzien van bepaalde categorieën van belastingplichtigen. Bovendien kan de wetgever zowel de vestiging van een gewestelijke belasting *a priori* verbieden, als uitzonderingen bepalen op reeds gevestigde gewestelijke belastingen.

Luidens de Grondwet is de uitoefening van die bevoegdheid evenwel verbonden aan de voorwaarde dat van « noodzakelijkheid » blijk moet worden gegeven.

Alhoewel een amendement waarbij de wet, bepaald in artikel 170, § 2, tweede lid, van de Grondwet, een wet met een bijzondere meerderheid zou zijn, werd verworpen (*Parl. St.*, Kamer, B.Z. 1979, 10, nr. 8/2°, p. 1; *Hand.*, Kamer, 1979-1980, zitting van 22 juli 1980, p. 2706), werd toch in de parlementaire voorbereiding beklemtoond dat « de wet, die in artikel 110, § 2, 2e lid, bedoeld wordt, [...] een organieke wet [is] en het [...] niet gemakkelijk [zal] zijn voor de wetgever om gemeenschappen en gewesten beperkingen op te leggen » (*Parl. St.*, Kamer, B.Z. 1979, 10, nr. 8/4°, p. 4). Bij de parlementaire bespreking van de bijzondere wet van 16 januari 1989 betreffende de financiering van de gemeenschappen en de gewesten verklaarde de Minister dat « op grond van het tweede lid van artikel 110, § 2, van de Grondwet [...] evenwel aan de nationale wetgever de mogelijkheid [wordt] geboden om op deze algemene en volledige belastingbevoegdheid van de Gemeenschappen en de Gewesten uitzonderingen te maken. Die mogelijkheid is voor de nationale wetgever evenwel beperkt : hij moet de noodzaak van de uitzonderingen kunnen aantonen. Bovendien zij hierbij beklemtoond dat volgens de algemeen aanvaarde interpretatieregels uitzonderingen restrictief moeten worden geïnterpreteerd » (*Parl. St.*, Kamer, 1988-1989, nr. 635/17, p. 175).

B.26. Uit de bewoordingen van artikel 98, § 2, eerste lid, van de wet van 21 maart 1991 blijkt dat de overheid (waarvan het openbaar domein afhangt) voor het gebruiksrecht van het openbaar domein geen belasting, taks of cijns, van welke aard ook, mag opleggen aan de operatoren van een openbaar telecommunicatienet.

B.27. Artikel 98, § 2, van de wet van 21 maart 1991 is ingegeven door de zorg « een herhaling van sommige geschillen te voorkomen » die in het verleden rezen tussen een openbare overheid van wie het openbaar domein afhangt en Belgacom (thans, sedert de wetswijziging van 19 december 1997, elke openbare telecomoperator). Daaraan werd - met betrekking tot de uitbreiding van de kosteloosheid in het tweede lid - toegevoegd :

« Deze kosteloosheid wordt ook uitgebreid tot de private bouwwerken die in het openbaar domein worden aangebracht. Sedert enkele jaren hebben de overheden die het openbaar domein beheren, immers de neiging om de ondergrond van straten en pleinen aan te wenden of af te staan voor ondergrondse bouwwerken, inzonderheid parkeergelegenheden. Daardoor wordt de mogelijkheid tot aanleg of behoud van de ondergrondse kabels en bijbehorende uitrustingen bedreigd en kan BELGACOM geconfronteerd worden met moeilijkheden van zodanige aard dat het onder normale exploitatievoorwaarden aansluiten van abonnees in de toekomst kan worden belemmerd » (*Parl. St.*, Kamer, 1989-1990, nr. 1287/1, p. 60).

Rekening houdend met wat voorafgaat, kan worden aangenomen dat de noodzaak is aangetoond om, door middel van de in het geding zijnde bepaling, te voorzien in een uitzondering op de belastingbevoegdheid van de gewesten op grond van artikel 170, § 2, tweede lid, van de Grondwet.

B.28. Wanneer het privatieve gebruik van het openbaar domein door operatoren van openbare telecommunicatienetwerken zou worden onderworpen aan een gewestelijke belasting, zou de gewestelijke overheid dan ook de bevoegdheidverdelende regels schenden.

B.29. Het staat niet aan het Hof, maar aan het verwijzende rechtscollege om de ter uitvoering van de in het geding zijnde bepaling vastgestelde bedragen te onderzoeken en te beoordelen of zij al dan niet kunnen worden beschouwd als een redelijke vergoeding voor het privatieve gebruik van het openbaar domein van het Vlaamse Gewest en bijgevolg, of zij al dan niet te beschouwen zijn als een retributie, dan wel als een belasting.

Om die redenen,

het Hof

zegt voor recht :

1. Onder voorbehoud van hetgeen is vermeld in B.14, schendt artikel 40, § 1, van het Vlaamse decreet van 18 december 1992 houdende bepalingen tot begeleiding van de begroting 1993 de bevoegdheidverdelende regels niet.

2. Onder voorbehoud van hetgeen is vermeld in B.12, tweede alinea, schendt artikel 97, § 1, van de wet van 21 maart 1991 betreffende de hervorming van sommige economische overheidsbedrijven de bevoegdheidverdelende regels niet.

3. In zoverre zij ook van toepassing zijn op de operatoren van openbare telecommunicatienetwerken en onder voorbehoud van hetgeen is vermeld in B.24 tot B.28, schenden de artikelen 40, § 2, 41 en 42 van het voormelde decreet van 18 december 1992 de bevoegdheidverdelende regels niet.

4. In zoverre de verbodsbepaling van artikel 98, § 2, eerste lid, van de voormelde wet van 21 maart 1991 ook de retributies en vergoedingen beoogt die de gewesten vermogen in te stellen in de aangelegenheden waarvoor zij bevoegd zijn, schendt die bepaling de bevoegdheidverdelende regels.

Aldus uitgesproken in het Nederlands en het Frans, overeenkomstig artikel 65 van de bijzondere wet van 6 januari 1989 op het Arbitragehof, op de openbare terechtzitting van 22 november 2006.

De griffier,

De voorzitter,

P.-Y. Dutilleux

A. Arts