

Rolnummer 5089
Arrest nr. 189/2011 van 15 december 2011

A R R E S T

In zake : de prejudiciële vraag over de artikelen 97 en 98 van de wet van 21 maart 1991 betreffende de hervorming van sommige economische overheidsbedrijven, gesteld door het Hof van Beroep te Luik.

Het Grondwettelijk Hof,

samengesteld uit de voorzitters R. Henneuse en M. Bossuyt, en de rechters E. De Groot, L. Lavrysen, A. Alen, J.-P. Snappe, J.-P. Moerman, E. Derycke, J. Spreutels, T. Merckx-Van Goey, P. Nihoul en F. Daoût, bijgestaan door de griffier P.-Y. Dutilleux, onder voorzitterschap van voorzitter R. Henneuse,

wijst na beraad het volgende arrest :

*

* *

I. *Onderwerp van de prejudiciële vraag en rechtspleging*

Bij arrest van 26 januari 2011 in zake de gemeente Fexhe-le-Haut-Clocher tegen de nv « Belgacom », waarvan de expeditie ter griffie van het Hof is ingekomen op 1 februari 2011, heeft het Hof van Beroep te Luik de volgende prejudiciële vraag gesteld :

« Zijn de artikelen 97 en 98 van de wet van 21 maart 1991 [betreffende de hervorming van sommige economische overheidsbedrijven], in die zin geïnterpreteerd dat zij de gemeenten zouden beletten elke taks in verband met de kabels, bovengrondse lijnen en bijbehorende uitrustingen en in het bijzonder elke taks in verband met de gsm-antennes en de voor hun werking benodigde infrastructuur te heffen ten laste van de operatoren van openbare telecommunicatienetten, in strijd met artikel 170, § 4, van de Grondwet ? ».

Memories zijn ingediend door :

- de gemeente Fexhe-le-Haut-Clocher, vertegenwoordigd door haar gemeentecollege;
- de nv « Belgacom », met maatschappelijke zetel te 1030 Brussel, Koning Albert II-laan 27;
- de gemeente Ganshoren, vertegenwoordigd door haar college van burgemeester en schepenen;
- de gemeente Koekelberg, vertegenwoordigd door haar college van burgemeester en schepenen;
- de provincie Namen, vertegenwoordigd door haar provinciecollege;
- de gemeente Ramillies, vertegenwoordigd door haar gemeentecollege;
- de gemeente Schaarbeek, vertegenwoordigd door haar college van burgemeester en schepenen;
- de nv « Mobistar », met maatschappelijke zetel te 1140 Brussel, Bourgetlaan 3;
- de nv « KPN Group Belgium », met maatschappelijke zetel te 1200 Brussel, Neerveldstraat 105;
- de Waalse Regering;
- de Brusselse Hoofdstedelijke Regering;
- de Ministerraad.

De gemeente Fexhe-le-Haut-Clocher, de nv « Belgacom », de gemeente Ganshoren, de gemeente Koekelberg, de provincie Namen, de gemeente Ramillies, de gemeente Schaarbeek, de nv « Mobistar », de Brusselse Hoofdstedelijke Regering en de Ministerraad hebben memories van antwoord ingediend.

Op de openbare terechtzitting van 20 september 2011 :

- zijn verschenen :

. Mr. X. Close, tevens *loco* Me D. Pire, advocaten bij de balie te Luik, voor de gemeente Fexhe-le-Haut-Clocher;

. Mr. M. Massart, *loco* Mr. H. De Bauw en Mr. P. Hinnekens, advocaten bij de balie te Brussel, voor de nv « Belgacom »;

. Mr. N. Fortemps, tevens *loco* Mr. J. Bourtembourg, advocaten bij de balie te Brussel, voor de Brusselse Hoofdstedelijke Regering, en voor de gemeente Ganshoren, de gemeente Koekelberg, de provincie Namen, de gemeente Ramillies en de gemeente Schaarbeek;

. Mr. X. Thiébaud, tevens *loco* Mr. M. Delnoy, advocaten bij de balie te Luik, voor de nv « Mobistar »;

. Mr. C. Lenfant *loco* Mr. S. Champagne en Mr. W. Derijcke, advocaten bij de balie te Brussel, voor de nv « KPN Group Belgium »;

. Mr. Y. Musoni *loco* Mr. M. Uyttendaele, advocaten bij de balie te Brussel, voor de Waalse Regering;

. Mr. J.-F. De Bock en Mr. V. De Schepper, advocaten bij de balie de Brussel, voor de Ministerraad;

- hebben de rechters-verslaggevers J.-P. Snappe en E. Derycke verslag uitgebracht;

- zijn de voornoemde advocaten gehoord;

- is de zaak in beraad genomen.

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

II. De feiten en de rechtspleging in het bodemgeschil

De gemeente Fexhe-le-Haut-Clocher heeft verschillende opeenvolgende verordeningen aangenomen waarvan de eerste dateert van 30 december 2002 en waarbij een jaarlijkse gemeentebelasting van 2500 euro wordt ingevoerd op de op het grondgebied van de gemeente geïnstalleerde pylonen voor gsm-ontvangst. Die verordening werd op 13 februari 2003 door de toezichthoudende overheid goedgekeurd.

De nv « Belgacom » heeft de verschuldigdheid betwist van de op basis van de opeenvolgende gemeentelijke verordeningen ingekohierde belastingen en heeft inzonderheid het argument opgeworpen dat die verordeningen een schending zouden inhouden van de artikelen 97 en 98 van de wet van 21 maart 1991 betreffende de hervorming van sommige economische overheidsbedrijven, die een specifieke belastingvrijstelling ter zake zouden invoeren.

De Rechtbank van eerste aanleg te Luik heeft, bij vonnis van 28 februari 2008, de nv « Belgacom » in het gelijk gesteld en heeft geweigerd de betwiste gemeentelijke verordeningen toe te passen.

De negende kamer van het Hof van Beroep te Luik, waarbij het geschil in hoger beroep aanhangig is gemaakt, neemt de argumenten over die door de partijen worden uiteengezet over de vraag of de pylonen voor gsm-ontvangst al dan niet bijbehorende uitrustingen bij de kabels en bovengrondse lijnen vormen en of die pylonen dan ook door de bij de wet van 21 maart 1991 verleende vrijstelling worden beoogd.

Na te hebben vastgesteld dat het arrest van het Hof nr. 172/2006 van 22 november 2006 zich enkel uitsprak over een probleem van bevoegdheidsverdeling tussen de federale Staat en de gewesten, heeft het Hof van Beroep te Luik geoordeeld dat het aan het Hof de hierboven weergegeven vraag diende te stellen.

III. *In rechte*

- A -

A.1. De gemeente Fexhe-le-Haut-Clocher gaat ervan uit dat de wetgever bij de aanneming van de wet van 21 maart 1991 betreffende de hervorming van sommige economische overheidsbedrijven niet heeft overwogen het gebruik van het openbaar domein voor andere infrastructuren dan « kabels », « bovengrondse lijnen » en « bijbehorende uitrustingen » daarbij van alle belastingen vrij te stellen. De gsm-antennes en de masten of pylonen welke die antennes dragen, vallen dus niet onder het toepassingsgebied van de bij artikel 98, § 2, van die wet bedoelde fiscale vrijstelling. Dat blijkt uit de lezing van de parlementaire voorbereiding van de wet, die in 1991 werd aangenomen en geen betrekking kon hebben op de gsm-antennes, een instrument dat in die tijd nog zeer weinig verspreid was. De wijziging van de wet bij de wet van 19 december 1997 « tot wijziging van de wet van 21 maart 1991 betreffende de hervorming van sommige economische overheidsbedrijven teneinde het reglementaire kader aan te passen aan de verplichtingen die inzake vrije mededinging en harmonisatie op de markt voor telecommunicatie, voortvloeien uit de van kracht zijnde beslissingen van de Europese Unie » heeft betrekking op de vervanging van het woord « Belgacom » door de woorden « een operator van een openbaar telecommunicatienet » : de wetgever dacht evenmin, zo betoogt de gemeente, indiener van de memorie, aan de gsm-antennes. De parlementaire voorbereiding blijft de kwesties van de vrijstelling bekijken vanuit het oogpunt van « doorgangsrechten », wat wel degelijk aangeeft, zo is zij van mening, dat de aan de operatoren van openbare telecommunicatienetten toegekende vrijstelling altijd rechtstreeks verbonden is met de openbare netwerken. De wetgever vermocht, naar haar mening, niet een uitzondering te bepalen op de fiscale bevoegdheid van de gemeenten, waarvan hij, luidens artikel 170, § 4, van de Grondwet, het noodzakelijke karakter dient te verantwoorden.

De in het geding zijnde bepalingen stellen enkel het « gebruik » van het openbaar domein vrij van belasting. Zij verbieden dus niet, zo vervolgt de gemeente Fexhe-le-Haut-Clocher, de belasting van de eigendom van gsm-masten of zelfs van gsm-antennes. Artikel 98, § 2, van de wet van 21 maart 1991 moet strikt worden geïnterpreteerd, vermits het de fiscale bevoegdheid van de gemeenten beperkt en enkel de belastingen, ongeacht welke, verbiedt die tot doel hebben een tegenprestatie te verkrijgen voor het privaatieve gebruik van het openbaar domein door de telecomoperatoren.

De door de gemeenten opgestelde belastingverordeningen, zo vervolgt de gemeente Fexhe-le-Haut-Clocher, hebben niet ten doel een vergoeding te verkrijgen als tegenprestatie voor het privaatieve gebruik van het openbaar domein dat zij toestaan, maar strekken, om budgettaire redenen, enkel ertoe belasting te heffen op de economische activiteit van de telecomoperatoren die op het grondgebied van de gemeente wordt verwezenlijkt door de aanwezigheid van gsm-pylonen, -masten of -antennes die voor die activiteit worden aangewend.

In de rechtspraak van de burgerlijke rechtbanken, zo merkt de gemeente Fexhe-le-Haut-Clocher op, is weliswaar massaal geoordeeld dat de artikelen 97 en 98 van de wet van 21 maart 1991 de belasting beletten van elk element dat verband houdt met de telecommunicatie-infrastructuren en in het bijzonder van de gsm-antennes.

De gemeente Fexhe-le-Haut-Clocher gaat ervan uit dat indien men artikel 98, § 2, van de wet van 21 maart 1991 zo ruim zou dienen te interpreteren, dat artikel strijdig zou zijn met artikel 170, § 4, van de Grondwet, waarbij de wetgever dan klaarblijkelijk het beginsel van fiscale autonomie dat in die bepaling is verankerd, heeft geschonden.

In ondergeschikte orde doet de gemeente opmerken dat, in tegenstelling met wat de operatoren van mobiele telefonie betogen, die ervan uitgaan dat die vrijstelling « noodzakelijk » is opdat ze hun netwerk kunnen exploiteren, het ten opzichte van het omzetcijfer van die operatoren geringe bedrag van de in het geding zijnde belasting geenszins afbreuk doet aan hun activiteit.

De gemeente Fexhe-le-Haut-Clocher besluit dus dat artikel 170, § 4, van de Grondwet wel degelijk is geschonden door artikel 98, § 2, van de wet van 21 maart 1991 in de interpretatie die de verwijzende rechter ervan geeft, aangezien het afbreuk doet aan de gemeentelijke autonomie inzake belastingheffing, zonder dat zulks noodzakelijk noch zelfs nuttig zou zijn.

A.2. De gemeenten Koekelberg, Ramillies, Ganshoren en Schaarbeek alsook de provincie Namen, alle partijen in procedures die vergelijkbaar zijn met die welke voor de verwijzende rechter is ingesteld, stellen vast dat het verwijzende rechtscollege niet de uitdrukkelijke redenen aangeeft waarom ervan zou kunnen worden uitgegaan dat de gsm-antennes en de voor hun werking benodigde infrastructuur onder het toepassingsgebied van de artikelen 97 en 98 van de wet van 21 maart 1991 vallen. Die beoordeling komt echter de feitenrechter toe.

In alle bovenbedoelde memories wordt betoogd dat de in het geding zijnde bepalingen niet in die zin zouden kunnen worden geïnterpreteerd dat zij in een specifieke vrijstelling voorzien. Die analyse volgt noodzakelijkerwijs uit zowel de bewoordingen van die bepalingen als uit de parlementaire voorbereiding van de wet. De fiscale vrijstelling heeft enkel betrekking op het recht om de kabels, bovengrondse lijnen en bijbehorende uitrustingen op het openbaar domein te gebruiken. De in het geding zijnde bepalingen staan dus los van de belastingen die de lokale besturen zouden kunnen invoeren op de pylonen die bedoeld zijn om er gsm-antennes op te plaatsen.

Volgens de tussenkomenende partijen leidt het arrest nr. 172/2006 dat op 22 november 2006 door het Hof werd gewezen ook tot die interpretatie. Zij zijn van mening dat uit dat arrest moet worden afgeleid dat artikel 98, § 2, van de wet van 21 maart 1991 een uitzondering op de fiscale bevoegdheid van de gewesten vormt die de federale wetgever vermocht aan te nemen op basis van artikel 170, § 2, tweede lid, van de Grondwet. Het komt, volgens het arrest, de gewestelijke overheid toe het privaatieve gebruik van het openbaar domein van het gewest te onderwerpen, niet aan een belasting, maar aan een redelijke vergoeding die als « heffing » kan worden aangemerkt, dat wil zeggen die de tegenprestatie kan vormen voor de dienst die zou worden verstrekt en evenredig zou zijn aan de kostprijs of de waarde van die dienst.

De tussenkomenende partijen citeren voorts een recent advies van de afdeling wetgeving van de Raad van State over een wetsvoorstel tot wijziging van de wet van 21 maart 1991, dat gaat in de zin van de ontstentenis van vrijstelling. De afdeling wetgeving heeft besloten dat artikel 98, § 2, van de wet van 21 maart 1991 niet in die zin kon worden geïnterpreteerd dat het de gemeentelijke verordeningen verbiedt die ertoe strekken de gsm-antennes te belasten als elementen die wijzen op een economische activiteit.

Wat artikel 170, § 4, van de Grondwet betreft, herinneren de tussenkomenende partijen aan het arrest van het Hof nr. 156/2008 van 6 november 2008 alsook aan de arresten nrs. 4/2010 en 89/2010, waarin het heeft geoordeeld dat artikel 170, § 4, wat de gemeentebelastingen betreft, de uitzonderingen waarvan de noodzakelijkheid blijkt, aan de federale wetgever voorbehoudt. Te dezen zou het echter geen zin hebben te willen aantonen dat een specifieke fiscale vrijstelling voor elke mobilofonie-installatie verantwoord zou zijn door het feit dat het voor de operatoren noodzakelijk is om hun netwerk te ontwikkelen, waarbij de eventuele belastingheffing op de installaties een belemmering zou vormen.

Antwoordend op prejudiciële vragen gesteld door de Raad van State, heeft het Hof van Justitie van de Europese Unie in zijn arrest van 8 september 2005 (gevoegde zaken C-544/03 en C-545/03, *Mobistar NV tegen Commune de Fléron* en *Belgacom Mobile NV tegen Gemeente Schaarbeek*) voor recht gezegd dat artikel 49 van het EG-Verdrag, thans artikel 56 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU), aldus dient te worden uitgelegd dat het zich niet ertegen verzet dat een nationale autoriteit of een plaatselijke overheid bij reglement een belasting instelt op de infrastructuur voor mobiele en persoonlijke communicatie die bij de in de vergunningen en machtigingen bepaalde werkzaamheden wordt gebruikt.

In hetzelfde arrest wordt ook geoordeeld dat dergelijke maatregelen van fiscale aard niet vallen onder artikel 3^{quater} van richtlijn 90/388/EEG van de Commissie van 28 juni 1990 betreffende de mededinging op de markten voor telecommunicatiediensten.

Ook de omstandigheid – in de veronderstelling dat zij bewezen is, want zij wordt in een deel van de rechtsleer betwist – dat de openbare telecommunicatie onder het begrip « openbare dienst » zou vallen, volstaat niet om de beperking van de fiscale bevoegdheid van de gemeenten te verantwoorden ten opzichte van artikel 170, § 4, van de Grondwet.

Kortom, de tussenkomenende partijen verzoeken het Hof te antwoorden dat de artikelen 97 en 98 van de wet van 21 maart 1991, in die zin geïnterpreteerd dat zij de gemeenten niet beletten op de gsm-masten of -antennes een belasting te heffen die geen betrekking heeft op het gebruik, door die operatoren, van het openbaar domein van de belastingheffende overheid door middel van kabels, artikel 170, § 4, van de Grondwet niet schenden.

A.3. De Brusselse Hoofdstedelijke Regering zet over het antwoord dat op de prejudiciële vraag dient te worden gegeven, dezelfde overwegingen uiteen als de tussenkomenende partijen, wier standpunt hiervoor is uiteengezet.

A.4. De Waalse Regering betoogt op haar beurt dat de in artikel 98, § 2, eerste lid, van de wet van 21 maart 1991 bepaalde vrijstelling enkel betrekking heeft op het recht om het openbaar domein te gebruiken. Niets maakt het daarentegen mogelijk te stellen dat de wetgever de kabels, bovengrondse lijnen en bijbehorende uitrustingen van de operatoren van openbare telecommunicatienetten van elke belastingheffing zou hebben willen vrijstellen.

De Waalse Regering is dus van oordeel dat artikel 98, § 2, eerste lid, van de wet van 21 maart 1991 de gemeenten niet belet een belasting op de gsm-antennes te heffen, waarbij het in dat artikel geformuleerde verbod strikt dient te worden geïnterpreteerd. Concreet heeft een gemeentelijke verordening die een belasting invoert op de eigendom of de exploitatie van een pyloon of een zendmast voor de netwerken voor mobiele telefonie niet ten doel een vergoeding te verkrijgen als tegenprestatie voor het privaat gebruik van het openbaar domein.

Zich baserend op het voormelde arrest van het Hof van 22 november 2006, besluit de Waalse Regering dat de prejudiciële vraag ontkennend dient te worden beantwoord, indien men de artikelen 97 en 98 van de wet van 21 maart 1991 aldus interpreteert dat zij de gemeenten enkel beletten belastingen te heffen op het gebruik van het openbaar domein en niet op de eigendom of de exploitatie van de gsm-masten en -pylonen. Indien daarentegen aan de voormelde bepalingen een andere interpretatie zou moeten worden gegeven, zou men ervan moeten uitgaan dat die bepalingen artikel 170, § 4, van de Grondwet schenden. De noodzakelijkheid van een algemene vrijstelling is immers niet aangetoond, aangezien tijdens de parlementaire voorbereiding geen verantwoording werd gegeven voor een verbod op elke belastingheffing.

A.5. De Ministerraad brengt eerst in herinnering dat zowel het Hof als de Raad van State ervan uitgaan dat de fiscale autonomie van de gemeenten verankerd is in artikel 170, § 4, van de Grondwet. De - federale – wet kan die bevoegdheid enkel beperken voor zover de noodzakelijkheid ervan wordt aangetoond.

In verband met de vraag of een gemeentelijke belastingverordening op geldige wijze betrekking kan hebben op de exploitatie en de eigendom van gsm-pylonen, herinnert de Ministerraad eraan dat de federale overheid bevoegd is om de regels met betrekking tot de economische overheidsbedrijven en de telecommunicatie te bepalen. De wetgever heeft gemeend dat het toegekende gebruiks- en doorgangsrecht kosteloos moet zijn. Volgens de Ministerraad moet de rechtspraak van het Hof in zijn arrest nr. 172/2006 *mutatis mutandis* van toepassing zijn met betrekking tot de in artikel 170, § 4, van de Grondwet verankerde fiscale autonomie van de gemeenten.

Gelet op het voorgaande besluit de Ministerraad dat artikel 98, § 2, van de wet van 21 maart 1991 de belastingen op het gebruiksrecht en op het doorgangsrecht van een operator van het openbaar netwerk verbiedt en dat het een uitzondering vormt op de fiscale autonomie van de gemeenten waarvan de noodzakelijkheid blijkt.

Wat het voormelde advies van de afdeling wetgeving van de Raad van State betreft, gaat de Ministerraad ervan uit dat het de conclusie niet kan wijzigen, namelijk dat de prejudiciële vraag ontkennend dient te worden beantwoord.

A.6. De nv « Belgacom », geïntimeerde partij voor de feitenrechter, gaat ervan uit dat de prejudiciële vraag ontkennend dient te worden beantwoord. De voor de verrichtingen met betrekking tot openbare telecommunicatienetten specifieke fiscale vrijstelling die is bepaald in artikel 98, § 2, van de wet van 21 maart 1991, vormt een uitzondering op de fiscale autonomie van de gemeenten waarvan de noodzakelijkheid blijkt overeenkomstig artikel 170, § 4, van de Grondwet.

Volgens de nv « Belgacom » bestond de wil van de wetgever, wanneer hij in 1997 de wet heeft gewijzigd om ze uit te breiden tot de andere mobilofonie-operatoren, beslist erin ook het mobiele netwerk in al zijn toepassingsvormen, met inbegrip van de pylonen, masten en antennes voor gsm-ontvangst, te beogen.

Hoewel het voormelde artikel 98, § 2, onbetwistbaar afbreuk doet aan de fiscale bevoegdheid van de gemeenten, is die afbreuk toegestaan bij artikel 170, § 4, van de Grondwet, dat, luidens die bepaling, de federale overheid toestaat te voorzien in een beperking van die bevoegdheid voor zover de noodzakelijkheid ervan wordt aangetoond.

A.7. De nv « KPN Group Belgium », die ook is betrokken in een reeks vergelijkbare procedures, zet een argumentatie uiteen die gelijk is aan die van de nv « Belgacom ».

A.8. Voor de nv « Mobistar », die ook is betrokken in verschillende procedures die vergelijkbaar zijn met die welke bij het verwijzende rechtcollege aanhangig is gemaakt, is de grondslag voor de bevoegdheid van de federale wetgever om de gemeentelijke fiscale autonomie te beperken, niet artikel 170, § 4, maar artikel 162, tweede lid, 6^o, van de Grondwet. Zij suggereert dus dat het Hof de prejudiciële vraag in die zin herformuleert. En aangezien die laatste bepaling geen deel uitmaakt van de grondwettelijke regels waarvan het de inachtneming kan verzekeren, moet het Hof zich onbevoegd verklaren om kennis ervan te nemen.

In ondergeschikte orde zou het Hof, indien het toch de bestaanbaarheid van de in het geding zijnde norm met artikel 170, § 4, van de Grondwet zou beoordelen, ervan moeten uitgaan dat artikel 98, § 2, van de wet van 21 maart 1991 dat artikel 170, § 4, niet schendt, aangezien de uitzondering op de fiscale autonomie van de gemeenten die uit de wetsbepaling blijkt, wel degelijk een noodzakelijkheid is waarmee de federale wetgever rekening vermocht te houden om die uitzondering te verantwoorden.

- B -

B.1. De prejudiciële vraag heeft betrekking op de artikelen 97 en 98 van de wet van 21 maart 1991 betreffende de hervorming van sommige economische overheidsbedrijven.

De artikelen 97 en 98 van de voormelde wet van 21 maart 1991, gewijzigd bij de artikelen 48 en 49 van de wet van 19 december 1997 « tot wijziging van de wet van 21 maart 1991 betreffende de hervorming van sommige economische overheidsbedrijven teneinde het reglementaire kader aan te passen aan de verplichtingen die inzake vrije mededinging en harmonisatie op de markt voor telecommunicatie, voortvloeien uit de van kracht zijnde beslissingen van de Europese Unie », bepalen :

« 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 ».

B.2. Uit de motivering van de verwijzingsbeslissing en uit de bewoordingen van de prejudiciële vraag blijkt dat aan het Hof wordt gevraagd of de voormelde bepalingen artikel 170, § 4, van de Grondwet schenden, in de interpretatie dat zij de gemeenten zouden beletten, ten laste van de operatoren van openbare telecommunicatienetten, elke taks in verband met de gsm-antennes en de voor hun werking benodigde infrastructuur te heffen. Bijgevolg is enkel artikel 98, § 2, van de voormelde wet in het geding.

B.3.1. De prejudiciële vraag strekt ertoe de grenzen te bepalen van de fiscale bevoegdheid van de federale wetgever ten opzichte van de in artikel 170, § 4, eerste lid, van de Grondwet verankerde fiscale autonomie van de gemeenten.

B.3.2. Op grond van artikel 170, § 4, tweede lid, van de Grondwet kan de wet, ten aanzien van de belastingen die ten behoeve van een gemeente worden ingevoerd « de uitzonderingen [bepalen] waarvan de noodzakelijkheid blijkt ».

Krachtens die bepaling beschikken de agglomeratie, de federatie van gemeenten en de gemeente over een autonome fiscale bevoegdheid, behoudens wanneer de wet uitzonderingen heeft bepaald of nadien bepaalt waarvan de noodzakelijkheid wordt aangetoond.

B.3.3. Uit de parlementaire voorbereiding van artikel 170 van de Grondwet kan worden afgeleid dat de Grondwetgever met de in het tweede lid van artikel 170, § 4, vervatte regel wou voorzien in een « soort verdedigingsmechanisme » voor de Staat « t.o.v. de verschillende andere bestuurslagen, om een eigen fiscale materie te behouden » (*Parl. St.*, Kamer, B.Z. 1979, nr. 10-8/4°, p. 4).

Die regel werd door de Eerste Minister eveneens omschreven als een « regulerend mechanisme » :

« 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 goed georganiseerde Staat » (*Hand.*, Kamer, 22 juli 1980, p. 2707. Zie ook : *ibid.*, p. 2708; *Hand.*, Senaat, 28 juli 1980, pp. 2650-2651).

« [Ik zou] willen stellen [...] dat in dit nieuw systeem van bevoegdheidsverdeling op fiscaal vlak tussen de Staat, de gemeenschappen en de gewesten en de nevenschikte instellingen, de provincies en de gemeenten, het laatste woord bij de Staat ligt. Het is wat ik heb genoemd het reguleringsmechanisme » (*Hand.*, Senaat, 28 juli 1980, p. 2661).

Luidens de Grondwet is de uitoefening van de in artikel 170, § 4, beoogde bevoegdheid van de federale wetgever evenwel verbonden aan de voorwaarde dat van de « noodzakelijkheid » ervan blijkt moet worden gegeven.

De op deze grondwettelijke grondslag aangenomen wet moet restrictief worden geïnterpreteerd, aangezien zij de fiscale autonomie van de gemeenten beperkt.

B.4. 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.5.1. 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 wetwijziging van 19 december 1997, elke openbare telecomoperator). Daaraan werd - met betrekking tot de uitbreiding van de kosteloosheid in het tweede lid - toegevoegd :

«Teneinde een herhaling van sommige geschillen te voorkomen, wordt in § 2 uitdrukkelijk bepaald dat het gebruik van het openbaar domein volstrekt kosteloos is.

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. Met het doel die toestand te verhelpen, bepaalt § 2 dat een recht van doorgang voor voornoemde inrichtingen wordt toegekend in de bouwwerken die in het openbaar domein tot stand worden gebracht, hetzij door de overheid die dit domein beheert, hetzij door particulieren die de ondergrond ervan beheren. Deze bepaling zal in feite slechts een alternatief betekenen dat BELGACOM ter beschikking wordt gesteld in de plaats van het recht waarover ze beschikt om de ondergrond van het openbaar domein te bezetten.

Uit § 3 volgt dat BELGACOM geen eigendomsrecht verwerft op de gedeelten van het openbaar domein waarop de kabels, bovengrondse lijnen en bijbehorende uitrustingen zijn of worden aangelegd. De openbare overheid kan immers steeds een wijziging van die installaties vorderen. Deze wijziging kan zowel op de verandering van plaats van de installaties betrekking hebben als op de verandering van hun aard.

In principe zijn de kosten van een wijziging ten laste van BELGACOM. In bepaalde in de wet omschreven gevallen wordt echter aan BELGACOM de mogelijkheid gelaten om terugbetaling van de kosten van de wijziging te eisen » (*Parl. St.*, Kamer, 1989-1990, nr. 1287/1, p. 60).

B.5.2. 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) aan de operatoren van een openbaar telecommunicatienet geen belasting, taks, cijns, retributie of vergoeding, van welke aard ook, mag opleggen voor het loutere gebruik van het openbaar domein en uitsluitend voor het aanleggen van kabels, bovengrondse lijnen en bijbehorende uitrustingen. De in het geding zijnde bepaling waarborgt de kosteloosheid van het privaat gebruik van het openbaar domein door de operatoren van openbare telecommunicatienetten en verbiedt dat de gemeenten een vergoeding krijgen in ruil voor het privaat gebruik van het openbaar domein waarvoor zij te dezen toestemming verlenen.

De noodzaak van een federaal wetgevend optreden staat dus enkel vast ten aanzien van het gebruik van het openbaar domein en uitsluitend voor de installaties bedoeld in artikel 98, § 2.

B.6. In de interpretatie van de verwijzende rechter volgens welke het voormelde artikel 98, § 2, de gemeenten eveneens verbiedt een taks te heffen op de gsm-pylonen, -masten, of -antennes op hun grondgebied die worden aangewend voor het verwezenlijken van telecomactiviteiten, is die bepaling niet bestaanbaar met artikel 170, § 4, van de Grondwet.

Aldus geïnterpreteerd, beperkt de in het geding zijnde bepaling de bij artikel 170, § 4, van de Grondwet gewaarborgde fiscale bevoegdheid van de gemeenten immers meer dan noodzakelijk is.

B.7. De in het geding zijnde bepaling kan echter op een andere wijze worden geïnterpreteerd.

B.8.1. In dat verband dient in herinnering te worden gebracht dat noch artikel 170, § 4, van de Grondwet, noch enige andere wetsbepaling vereist dat er een bijzondere band bestaat tussen de gemeentebelasting en de materiële bevoegdheden van de gemeenten.

B.8.2. De gsm-antennes en de masten of de pylonen waarop die antennes staan, moeten worden onderscheiden van de kabels, bovengrondse lijnen en bijbehorende uitrustingen bedoeld in de voormelde artikelen 97 en 98 en vallen dus niet onder het toepassingsgebied van het gebruik van het openbaar domein waarover die bepalingen handelen.

B.9. Daaruit volgt dat het in het geding zijnde artikel 98, § 2, de gemeenten niet verbiedt de economische activiteit van de telecomoperatoren die op het grondgebied van de gemeente verwezenlijkt wordt door de aanwezigheid op publiek of privaat domein van gsm-masten, -pylonen of -antennes die voor die activiteit worden aangewend, te belasten om budgettaire of andere redenen.

In die interpretatie is de in het geding zijnde bepaling niet onbestaanbaar met artikel 170, § 4, van de Grondwet.

Om die redenen,

het Hof

zegt voor recht :

- In de interpretatie volgens welke artikel 98, § 2, van de wet van 21 maart 1991 betreffende de hervorming van sommige economische overheidsbedrijven de gemeenten verbiedt de economische activiteit van de telecomoperatoren die op het grondgebied van de gemeente verwezenlijkt wordt door de aanwezigheid van gsm-pylonen, -masten of -antennes die voor die activiteit worden aangewend, te belasten om budgettaire redenen of andere redenen, schendt die bepaling artikel 170, § 4, van de Grondwet.

- In de interpretatie volgens welke dezelfde bepaling de gemeenten niet verbiedt de economische activiteit van de telecomoperatoren die op het grondgebied van de gemeente verwezenlijkt wordt door de aanwezigheid van gsm-pylonen, -masten of -antennes die voor die activiteit worden aangewend, te belasten om budgettaire redenen of andere redenen, schendt zij artikel 170, § 4, van de Grondwet niet.

Aldus uitgesproken in het Frans en het Nederlands, overeenkomstig artikel 65 van de bijzondere wet van 6 januari 1989 op het Grondwettelijk Hof, op de openbare terechtzitting van 15 december 2011.

De griffier,

De voorzitter,

P.-Y. Dutilleux

R. Henneuse