RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIIe KAMER

A R R E S T

nr. 203.302 van 27 april 2010
in de zaak A. 124.523/XII-3603

In zake: de NV MOBISTAR
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Tim Vermeir
kantoor houdend te Brussel
Wetstraat 26/7
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

het VLAAMSE GEWEST
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Hugo Sebreghts en Sven Vernaillen
kantoor houdend te Antwerpen
Mechelsesteenweg 27
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 27 juli 2002, strekt tot 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 zeewering en de dijken.

II. Verloop van de rechtspleging

2. Bij arrest nr. 125.541 van 20 november 2003 is de vordering tot schorsing van de tenuitvoerlegging van het bestreden besluit verworpen.

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

De verwerende partij heeft een memorie van antwoord ingediend en de verzoekende partij heeft een memorie van wederantwoord ingediend.

Auditeur Inge Vos heeft een verslag opgesteld.

De verzoekende partij en de verwerende partij hebben een laatste memorie ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 9 maart 2010.

Staatsraad Geert Van Haegendoren heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Tim Vermeir, die verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat Sven Vernaillen, die verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Auditeur Inge Vos heeft een met dit arrest eensluidend advies gegeven.

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

III. Feiten en reglementair kader

3.1. Verzoekende partij omschrijft zichzelf en haar activiteiten als volgt in haar verzoekschrift:

> "De verzoekende partij is krachtens het Koninklijk Besluit van 7 maart 1995 betreffende het opzetten en exploiteren van GSM-mobilofoonnetten sinds 27 november 1995 gemachtigd het GSM-2 net op te zetten en te exploiteren om de volgende diensten aan te bieden : het opzetten van radioverbindingen met mobiele gebruikers en het aanbieden van bijkomende diensten voor zover die betrekking hebben op mobiele activiteiten. De verzoekende partij is krachtens het Koninklijk Besluit van 13 maart 2001 tot toekenning van drie vergunningen voor de mobiele telecommunicatiesystemen van de derde generatie sinds 15 maart 2001 gemachtigd om een netwerk op het land neer te zetten voor mobiele telecommunicatie van de derde generatie en het exploiteren van de overeenkomstige diensten die via dit netwerk worden aangeboden door de 3G-operator. De verzoekende partij is krachtens het Koninklijk Besluit van 22 juni 1998 betreffende de voorwaarden inzake aanleg en exploitatie van openbare telecommunicatienetwerken sinds 22 februari 1999 gemachtigd tot de aanleg en exploitatie van een openbaar telecommunicatienet op het Belgische grondgebied. Voor de aanleg van haar openbaar telecommunicatienet en haar mobiel netwerk (GSM relais antennes, ontvangststations, leidingen ter verbinding van de antennes en de stations) maakt de verzoekende partij o.a. gebruik van het gewestelijk openbaar domein.

Op grond van de voormelde bepalingen van de wet van 21 maart 1991, en in het bijzonder artikel 97 e.v. van deze wet, heeft de verzoekende partij een uitgebreid netwerk van telecommunicatieleidingen uitgebouwd. Hiervoor zijn, zoals vermeld, de nodige vergunningen verkregen van de bevoegde minister voor telecommunicatie en van het BIPT".

3.2. Op 18 februari 1999 heeft verzoekende partij, samen met nv Belgacom Mobile en nv KPN-Orange, een kaderovereenkomst gesloten met de verwerende partij voor het plaatsen van zendmasten voor telecommunicatie langsheen autosnelwegen. Overeenkomstig artikel 6 van deze overeenkomst bedraagt de concessievergoeding die de concessiehouder jaarlijks verschuldigd is per

toegestane concessie tot optrekking van een basisstation 100.000 frank, btw niet inbegrepen.

3.3. Het bestreden 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 zeewering en de dijken, voert volgens de verzoekende partij voor haar netwerk ten onrechte een bijkomende vergunningsplicht in, gepaard gaande met de verplichting tot het betalen van retributies.

3.4. De artikelen 40 tot 43 van het decreet van 18 december 1992 houdende bepalingen tot begeleiding van de begroting 1993, in hun op de voorliggende zaak toepasselijke versie, luidden:

"Art. 40. § 1. Het privatief 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".

3.5. De artikelen 97 en 98 van de wet van 21 maart 1991 betreffende de hervorming van sommige economische overheidsbedrijven, zoals gewijzigd bij de artikelen 48 en 49 van de wet van 19 december 1997, zoals te dezen van toepassing, luidden:

"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".

3.6. Het bestreden besluit van de Vlaamse regering van 29 maart 2002 geeft uitvoering aan de artikelen 40 tot 43 van het voormelde decreet van 18 december 1992.

Het eerste deel van dit besluit bevat algemene bepalingen inzake het toekennen van vergunningen en het vaststellen en innen van retributies voor het privatieve gebruik van het openbaar domein van de wegen, de waterwegen en hun aanhorigheden, de zeewering en de dijken. Deze bepalingen hebben in het bijzonder betrekking op het toepassingsgebied, de vergunningsaanvraag, de algemene vergunningsvoorwaarden, de beëindiging van de vergunning, de retributies, de toezichtskosten, de laattijdige betalingen en de waarborg. Zij gelden ook ten aanzien van operatoren van een openbaar telecommunicatienetwerk, zoals de verzoekende partij.

Artikel 18 van dit deel bepaalt onder meer het vaste deel van de retributie en luidde bij aanname:

"Art. 18. § 1. Voor de in deel II omschreven ingebruiknemingen van het domeingoed is de vergunninghouder aan de domeinbeheerder een retributie verschuldigd die bestaat uit een eenmalige vaste retributie en een variabele retributie, tenzij hij van deze laatste retributie is vrijgesteld krachtens de bepalingen van dit besluit.

§ 2. De vaste retributie bedraagt 62 euro per vergunning. De vergunninghouder betaalt dat bedrag vooraf of bij de afgifte van de vergunning.
De variabele retributie is jaarlijks verschuldigd. Ze wordt berekend overeenkomstig de bepalingen van deel II en de tarieven, vermeld in de bijlage bij dit besluit.
De variabele retributie bedraagt minstens 62 euro per vergunning.

De betalingstermijn bedraagt zestig kalenderdagen, te rekenen vanaf de verzending van de vordering.
Als het domeingoed niet gedurende een volledig jaar wordt gebruikt, maar periodiek of eenmalig wordt gebruikt of als het gebruik ervan in de loop van een kalenderjaar een aanvang neemt, wordt de variabele retributie pro rata en per kalendermaand berekend.

§ 3. De retributies zijn gekoppeld aan de schommelingen van het indexcijfer en worden berekend aan de hand van de volgende formule :
verschuldigd bedrag x nieuw indexcijfer/basisindexcijfer
Het nieuwe indexcijfer is het indexcijfer van de consumptieprijzen van de maand december van het jaar dat voorafgaat aan het jaar waarop de heffing slaat. Het basisindexcijfer is het indexcijfer van de consumptieprijzen van december 2001.

§ 4. Onverminderd artikel 5 § 2, tweede lid kunnen de betaalde retributies van het lopende jaar niet teruggevorderd worden bij het beëindigen van de vergunning.

§ 5. De toezichtskosten op de uitvoering van de vergunde werkzaamheden worden ten laste gelegd van de vergunninghouder.
Tenzij anders bepaald is in een protocol, worden de toezichtskosten aangerekend tegen de werkelijke kostprijs van de geleverde prestaties. De betalingstermijn bedraagt zestig kalenderdagen, te rekenen vanaf de verzending van de vordering.

§ 6. Tenzij anders bepaald in een protocol, wordt de vergunning ingeval zich meerdere kandidaten aanbieden voor het verkrijgen op eenzelfde plaats van een vergunning voor een ingebruikneming met commerciële inslag, verleend na offerteaanvraag.

§ 7. De vergunninghouder kan tegen de variabele retributie een bezwaarschrift indienen bij de bevoegde leidend ambtenaar, als hij meent dat die verkeerd is berekend. Met een bezwaarschrift kan hij tevens om uitstel of spreiding van betaling van de retributie verzoeken.
Het met redenen omklede bezwaarschrift wordt binnen de dertig kalenderdagen na de verzending van de vordering aangetekend verstuurd naar de in het eerste lid genoemde ambtenaar.
De leidend ambtenaar neemt een beslissing binnen zestig kalenderdagen vanaf de datum van verzending van het bezwaarschrift. De leidend ambtenaar kan deze termijn eenmaal verlengen met zestig kalenderdagen. Hij richt hiervoor een met redenen omkleed aangetekend schrijven aan de vergunninghouder.
De leidend ambtenaar of de door hem gedelegeerde ambtenaar brengt de vergunninghouder op de hoogte van de beslissing via een aangetekende brief.
Als de vergunninghouder binnen de in deze paragraaf gestelde termijn, geen kennisgeving van de beslissing heeft ontvangen, wordt het bezwaarschrift als ingewilligd beschouwd".

Het tweede deel van het besluit bevat bijzondere bepalingen volgens de aard van de ingebruikname van het openbaar domein. Hoofdstuk III van deel II (artikel 26) handelt in het bijzonder over leidingen, netwerken en lokale installaties. Dit artikel luidde bij aanname:

"Art. 26. § 1. Voor het gebruik van het domeingoed voor leidingen, netwerken en lokale installaties van algemeen en privaat belang is een vergunning vereist en is een retributie verschuldigd.

§ 2. De retributie wordt berekend op basis van de ingenomen ruimte op, in of boven het domeingoed.
De ingenomen ruimte wordt bepaald door de diepte, breedte en lengte van de ingenomen ruimte met elkaar te vermenigvuldigen. De diepte is de afstand tussen de onderkant van de laagst gelegen leiding of installatie, en de bovenkant van de hoogst gelegen installatie. De breedte is de afstand tussen de meest links en de meest rechts gelegen leiding of installatie. De lengte wordt uitgedrukt in meter. Zowel voor de diepte als voor de breedte wordt een minimum van 10 cm genomen.
Beschermende mantelbuizen of wachtbuizen met of zonder kabel worden samen met de leiding als één geheel beschouwd en bepalen mee de ingenomen ruimte.
Meerdere bovengrondse lijnen die op dezelfde steunen zijn aangebracht, worden aangerekend overeenkomstig het aantal leidingen.
In afwijking van het eerste lid wordt de retributie voor lokale installaties berekend op basis van de ingenomen oppervlakte op het domeingoed.

§ 3. Op verzoek van de vergunninghoudende maatschappijen kan bij overeenkomst een globalisatie van de vergunningen, de verschuldigde retributies en de jaarlijkse aanpassingen ervan toegestaan worden. De nadere regeling ervan wordt bepaald in een protocol.

§ 4. Het buiten gebruik stellen van een leiding, netwerk of lokale installatie heft de retributie niet op. Pas nadat de vergunninghouder ze effectief heeft laten verwijderen of nadat hij zich daartoe bereid heeft verklaard, maar om welbepaalde redenen de toestemming van de domeinbeheerder daartoe niet verkrijgt, is de retributie voor herziening vatbaar, na schriftelijke aanvraag.
Tenzij de domeinbeheerder hem hiervan ontslaat, voert de vergunninghouder de verwijdering uit naar aanleiding van werkzaamheden door de domeinbeheerder of naar aanleiding van het aanleggen van nieuwe leidingen door de vergunninghouder zelf of een andere vergunninghouder.

§ 5. De retributies zijn bepaald in tarief C van de bijlage, gevoegd bij dit besluit".

In de bijlage bij het bestreden besluit worden de tarieven van de variabele retributies bepaald. Inzake leidingen, netwerken en lokale installaties werd bij aanname het volgende bepaald:

"Tarief C : Leidingen, netwerken en lokale installaties

Distributieleidingen : 15 euro/m3 ingenomen ruimte met een minimum van 0,15 euro per lopende meter.

Vervoerleidingen en afvoerleidingen : 5 euro/m3 ingenomen ruimte met een minimum van 0,05 euro per lopende meter.
Lokale installaties : 2,5 euro/m2 met een minimum van 2,5 euro/lokale installatie.

Bovengrondse leidingen op dezelfde steun aangebracht : 0,5 euro/m per leiding".

Het tarief voor zendmasten voor telecommunicatie bevindt zich in de bijlage bij het bestreden besluit onder "Tarief F: Andere ingebruiknemingen" en bedraagt 2.450 euro per mast per jaar.

Het besluit heft tevens het besluit van de Vlaamse regering van 16 maart 1994 betreffende het toekennen van vergunningen, het vaststellen en innen van retributies voor het privatieve gebruik van het domein van de waterwegen en hun aanhorigheden, de zeewering en de dijken, op.

3.7. Uit het administratief dossier blijkt dat de inspectie van financiën op 23 april 2001 een gunstig advies verstrekt bij het ontwerpbesluit. Vervolgens verleent de minister van Begroting op 13 juli 2001 zijn begrotingsakkoord, "mits het dossier, na voorlegging voor advies aan de Raad van State, aangevuld wordt met een nota omtrent de administratieve gevolgen van de invoering van dit besluit voor AWV en AWZ (in te zetten personeel en logistieke ondersteuning)".

Op 19 september 2001 geeft de Raad van State, afdeling wetgeving, het advies nr. 32.059/3 over het bestreden besluit.

3.8. Ter uitvoering van het bestreden besluit zou de verwerende partij vanaf 16 september 2002 verzoekende partij herhaaldelijk hebben aangeschreven. In een schrijven van 16 september 2002 - dat zich echter noch in het administratief dossier bevindt, noch deel uitmaakt van de stukken van verzoekende partij - zou de verwerende partij volgens verzoekende partij hebben aanvaard dat er van verzoekende partij niet enkel GSM-masten, maar tevens leidingen op het gewestelijk openbaar domein aanwezig zijn.

Voorts verwijst verzoekende partij naar een schrijven van 5 maart 2003 - dat evenmin deel uitmaakt van het administratief dossier of van de stukken van verzoekende partij - van het departement Leefmilieu en Infrastructuur, afdeling Vloot, aan verzoekende partij, waaruit volgens verzoekende partij blijkt dat de verwerende partij de bestaande concessies en de daarmee gepaard gaande concessievergoedingen als niet langer geldig beschouwt.

IV. Verzoek tot samenvoeging

4. Bij aangetekend schrijven van 8 februari 2007 vraagt verzoekende partij de samenvoeging van het voorliggende annulatieberoep met de zaak gekend onder het rolnummer A. 124.789/XII-3615. In die zaak werd eveneens de nietigverklaring gevraagd van het thans bestreden besluit van de Vlaamse regering van 29 maart 2002.

Bij arrest nr. 180.178 van 28 februari 2008 heeft de Raad van State in de zaak A.124.789/XII-3615 de afstand van het geding vastgesteld. Dienvolgens kan niet meer worden ingegaan op het verzoek tot samenvoeging van beide zaken.

V. Ontvankelijkheid van het beroep

5.1. Verwerende partij werpt drie excepties op.

5.2. De eerste en de tweede exceptie worden in het auditoraatsverslag op beredeneerde wijze verworpen. Hiertegen wordt in de laatste memorie door de verwerende partij niets substantieels ingebracht - zij "veroorlooft het zich terzake te verwijzen naar hetgeen zij heeft uiteengezet in haar memorie van antwoord" - dat de Raad er toe kan bewegen een ander standpunt in te nemen dan in het auditoraatsverslag.

5.3. De Raad van State kan de verwerende partij evenwel volgen in haar derde exceptie, waar zij opwerpt dat de verzoekende partij geen belang heeft bij een vernietiging van alle artikelen van het bestreden besluit, aangezien de verzoekende partij haar grieven uitsluitend toespitst op de artikelen 5, § 2, en 26, §§ 2 en 4, die betrekking hebben op het aanleggen van leidingen en netwerken. Nog volgens de verwerende partij kan het vernietigingsverzoek zich enkel richten tot de artikelen waarvan een gebeurlijke vernietiging de verzoekende partij tot voordeel zou strekken.

Het voorwerp van het beroep wordt dan ook beperkt tot de bepalingen van het bestreden besluit die op de verzoekende partij van toepassing kunnen zijn.

VI. Het arrest van het Grondwettelijk Hof nr. 172/2006 van 22 november 2006

6. In de bij het verzoek tot samenvoeging reeds ter sprake gekomen zaak gekend onder het rolnummer A.124.789/XII-3615, in welke zaak eveneens de vernietiging werd gevraagd van het besluit van de Vlaamse regering van 29 maart 2002, heeft de Raad van State bij arrest nr. 151.824 van 29 november 2005, de volgende prejudiciële vragen gesteld aan het Grondwettelijk Hof:

> "1. Schendt artikel 40, § 1, van het 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 privatief 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 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 telecommunicatie-netwerken voor de vergunning, vereist voor het privatief 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 uitrustingen aan te leggen en alle nodige werken hieraan uit te voeren zonder dat het Vlaamse Gewest het toelaten van dit privatief 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?"

Het Grondwettelijk Hof antwoordde bij arrest nr. 172/2006 van 22 november 2006 als volgt:

> "Ten aanzien van de eerste en de derde prejudiciële vraag

[...]

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 zeewering (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’.

[...]

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 zeewering en de dijken die onder het beheer van het Vlaamse Gewest ressorteren.

Uit de [...] 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 waterwegenis te regelen voor wat betreft de wegenis die onder hen ressorteert, zoals die reeds voortvloeide 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 waterwegenis vast te

stellen, in het bijzonder, houdt in dat de gewesten het privatieve gebruik van het domein van de wegenis, de zeewering 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 privatieve 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 rechtscollege 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

[...]

Beide prejudiciële vragen strekken ertoe, met betrekking tot de aangelegenheid van de vergoeding voor de vergunning van het privatieve gebruik van het openbaar domein door operatoren van openbare tele-communicatienetwerken, 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 afhangende 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 privatieve 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.22. Uit de [...] 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 verwikkelingen 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 belasting-materies 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 bevoegdheid-verdelende 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".

Zoals hierna zal blijken is het hier aangehaalde arrest van het Grondwettelijk Hof ook in de huidige zaak dienstig, nu verzoekende partij meerdere grieven aanvoert tegen het bestreden besluit die door dit arrest worden beantwoord.

VII. Onderzoek van de middelen

7. Verzoekende partij voert drie middelen aan tegen het bestreden besluit.

A. Eerste middel

Uiteenzetting

8. In het eerste middel voert verzoekende partij de schending aan van "de artikelen 33, 105, 108 en 173 van de Grondwet", van "de artikelen 17, 19, 20 en 78 van de Bijzondere Wet van 8 augustus 1980 ter hervorming van de instellingen", van "artikel 92*bis*, 97 en 98 van de wet van 21 maart 1991" en verwijt zij de verwerende partij "ongrondwettelijke machtsoverschrijding".

Verzoekende partij stelt in de eerste plaats dat artikel 40, § 1, van het decreet van 18 december 1992 houdende bepalingen tot begeleiding van de begroting 1993, enkel bepaalt dat "het privatief gebruik van het gewestelijk openbaar domein kan toegestaan worden met een vergunning". Krachtens artikel 41 van datzelfde decreet kan de Vlaamse regering de voorwaarden en de procedure voor het verlenen van die vergunning vaststellen. Het decreet laat volgens de verzoekende partij "echter na het kader vast te stellen waarbinnen deze vergunningen onder de voorwaarden en de procedure opgesteld door de regering kan vereist worden". Aldus moet volgens de verzoekende partij, "opdat het bestreden

besluit volledige uitwerking zou kunnen krijgen", "er een decretale bepaling bestaan die ofwel opsomt in welke gevallen een vergunning moet aangevraagd worden ofwel de Vlaamse regering machtigt deze gevallen op te sommen". Bij gebreke aan zulke decretale bepaling kan volgens verzoekende partij "de Vlaamse regering niet de categorieën van gebruik van het openbaar domein vaststellen, maar enkel de voorwaarden en de procedures die op deze categorieën van toepassing zijn".

Zelfs indien de Vlaamse regering op grond van het voornoemde decreet het vergunningsstelsel zou kunnen uitwerken, "en aldus kan bepalen welke activiteiten op het gewestelijk openbaar domein al dan niet onderworpen zijn aan de vergunningsplicht en de daarmee gepaard gaande retributies", kan de Vlaamse regering volgens verzoekende partij overeenkomstig de artikelen 17, 19, 20 en 78 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 geen normen uitvaardigen die ingaan tegen wettelijke of decretale bepalingen.

Verzoekende partij verwijst tenslotte nog naar een arrest van de Raad van State, nr. 107.800 van 13 juni 2002 inzake UPC Belgium, waaruit zij afleidt dat de Raad van State de mening zou zijn toegedaan "dat wanneer men, krachtens een bestaande vergunningsprocedure, een vergunning krijgt voor het uitoefenen van activiteiten op het openbaar domein, enkel deze vergunning volstaat" en dat men aldus niet mag worden onderworpen aan een tweede vergunnings-procedure.

9. In haar memorie van wederantwoord erkent verzoekende partij dat de verwerende partij "op basis van de bevoegdheden die haar zijn toegewezen door artikel 6, § 1, X, 2/*bis*, BWHI het privatieve gebruik van de gewestelijke land- en waterwegenis kan regelen". Zij wijst echter op de exclusieve bevoegdheid van de federale overheid inzake telecommunicatie en het feit dat het evenredigheidsbeginsel geldt als bevoegdheidsgrens.

Door in het bestreden besluit een tweede vergunningsprocedure in te stellen en een systeem van "precaire" vergunningen in te voeren, grijpt de verwerende partij op onredelijke wijze in op de bevoegdheden van de federale overheid en schendt zij het evenredigheidsbeginsel.

10. Op dit punt in de procedure is het voormelde arrest van het Grondwettelijk Hof nr. 172/2006 van 22 november 2006 tussengekomen.

11. In haar laatste memorie behandelt verzoekende partij het eerste middel en het hierna ter sprake komende tweede middel samen. Wat het eerste middel betreft erkent de verzoekende partij dat uit het voormelde arrest van het Grondwettelijk Hof volgt dat “het Vlaamse Gewest bevoegd is om het gebruik van het gewestelijke openbaar domein door operatoren van openbare elektronische communicatienetten of openbare telecommunicatienetten te onderwerpen aan een vergunning” en dat “het Vlaamse Gewest een vaste retributie kan opleggen voor het afleveren van de vergunning voor het gebruik van het gewestelijke openbaar domein”.

Inzake de door het bestreden besluit opgelegde “variabele retributie” stelt verzoekende partij dat uit het arrest van het Grondwettelijk Hof mag worden afgeleid dat “de vraag of het bedrag van de variabele retributie in redelijke verhouding staat tot de aldus geleverde overheidsdienst of tot de waarde van de door het gewest verstrekte dienst” de doorslaggevende vraag is om te bepalen of de in het middel aangehaalde bepalingen zijn geschonden.

Beoordeling

11.1. Voor zoveel als het middel een bevoegdheidsconflict tussen de federale overheid en het Vlaamse Gewest aanvoert, verwijst verzoekende partij in haar laatste memorie uitdrukkelijk naar het hiervoor geciteerde arrest van het Grondwettelijk Hof en erkent zij dat uit dit arrest volgt dat “het Vlaamse Gewest bevoegd is om het gebruik van het gewestelijke openbaar domein door operatoren van openbare elektronische communicatienetten of openbare telecommunicatienetten te onderwerpen aan een vergunning” en dat “het Vlaamse Gewest een vaste retributie kan opleggen voor het afleveren van de vergunning voor het gebruik van het gewestelijke openbaar domein”. Op deze beide punten mag zij dan ook worden geacht niet langer op dit onderdeel van het middel aan te dringen.

Inzake de door het bestreden besluit opgelegde “variabele retributie” stelt verzoekende partij dat uit het arrest van het Grondwettelijk Hof mag worden afgeleid dat “de vraag of het bedrag van de variabele retributie in redelijke verhouding staat tot de aldus geleverde overheidsdienst of tot de waarde van de door het gewest verstrekte dienst” de doorslaggevende vraag is om te bepalen of de in het middel aangehaalde bepalingen zijn geschonden. Anders verwoord: de kernvraag is of de in het bestreden besluit vastgestelde bedragen al dan niet zijn vastgesteld op

een niveau dat in een redelijke verhouding staat tot de waarde van de door het Gewest verstrekte diensten en bijgevolg, of ze al dan niet zijn te beschouwen als een retributie, dan wel als een belasting.

Aangezien deze specifieke rechtsvraag tevens het voorwerp uitmaakt van het tweede middel, wordt ze onderzocht in het kader van dat middel.

Zoals hierna uit de bespreking van het tweede middel zal blijken, zijn de in het bestreden besluit vastgestelde bijdragen die het voorwerp uitmaken van het voorliggende annulatieberoep wel degelijk te kwalificeren als retributies, behoudens wat betreft het onder tarief F (andere ingebruiknemingen) van de bijlage bij het bestreden besluit opgenomen bedrag van 2.450 euro per mast per jaar, voor zendmasten voor telecommunicatie.

11.2. Wat voorts de bevoegdheid van de Vlaamse regering betreft, blijkt uit de parlementaire voorbereiding bij de artikelen 40 tot en met 43 van het decreet van 18 december 1992 (*Parl. St.* Vl. Parl. BZ 1992, nr. 235, pp. 19-21) dat het wel degelijk de bedoeling was van de decreetgever om een algemene vergunningsplicht in te stellen voor het privatieve gebruik van het openbaar domein, behoudens ingeval dit privatief gebruik wordt toegestaan door middel van een domaniale concessie. Tevens blijkt uit de parlementaire voorbereiding dat de decreetgever de vergoedingen wel degelijk koppelt aan het privatief gebruik van het openbaar domein en kwalificeert als een retributie. Aangezien het gaat om retributies volstaat het volgens de decreetgever “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”. Tevens wordt gesteld dat “aan de Vlaamse Executieve de machtiging wordt verleend de nadere modaliteiten te bepalen waaronder de vergunningen kunnen worden verleend en de tarieven voor de precaire vergunningen vast te leggen”.

Ook het Grondwettelijk Hof interpreteert artikel 40, § 1, van het decreet van 18 december 1992, in zijn arrest nr. 172/2006 in die zin dat deze bepaling zich ertoe beperkt het privatieve 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 en dat dergelijke vergunning evenzeer dient te worden aangevraagd door de operatoren van openbare telecommunicatienetwerken.

Uit het woord “kan” in artikel 40, § 1, van het decreet mag dan ook niet worden afgeleid dat een voorafgaandelijke vergunning voor het privatieve gebruik van het openbaar domein op grond van het decreet facultatief zou zijn en dat pas door het bestreden besluit een algemene vergunningsplicht zou worden ingesteld. Het woord “kan” dient te worden geïnterpreteerd in de zin dat het privatief in gebruik nemen van het openbaar domein de uitzondering is, doch mag worden toegestaan mits er een (precaire) vergunning voor verkregen is.

Het is dus geenszins zo dat de Vlaamse regering in het bestreden besluit voor het eerst de categorieën van gebruik van het openbaar domein zou vaststellen en daarbij haar bevoegdheid te buiten zou gaan.

11.3. Het eerste middel is dan ook niet gegrond, behoudens voor wat betreft het in de bijlage bij het bestreden besluit vastgestelde bedrag voor zendmasten voor telecommunicatie.

Zoals hierna uit de bespreking van het tweede middel zal blijken dient dit laatste bedrag immers te worden gekwalificeerd als een belasting. Hierdoor schendt deze bepaling, overeenkomstig voormeld arrest van het Grondwettelijk Hof, ook de bevoegdheidsverdelende regels en artikel 98, § 2, eerste lid, van de wet van 21 maart 1991 betreffende de hervorming van sommige economische overheidsbedrijven waarin wordt voorzien in een uitzondering op de belastingbevoegdheid van de gewesten op grond van artikel 170, § 2, tweede lid, van de Grondwet.

B. Tweede middel

Standpunt van de partijen

12. Verzoekende partij steunt het tweede middel op de schending van “artikel 170 en artikel 173 van de Grondwet”. Volgens verzoekende partij is er in de bepalingen van het bestreden besluit die gelden ten aanzien van de operatoren van openbare telecommunicatienetwerken geen sprake van een retributie doch wel van een belasting.

12.1. In de eerste plaats voert verzoekende partij een schending van het legaliteitsbeginsel aan. Zij stelt dat hoewel “algemeen [wordt] aanvaard dat de decreetgever de regering kan machtigen een concrete uitwerking te geven aan het

heffen van de retributies", te dezen "het Programmadecreet 1993 echter enkel [stipuleert] dat 'het verkrijgen van een vergunning onderworpen [is] aan het betalen van een retributie, die kan bestaan uit een vast recht of een vast recht en een variabel gedeelte'. De 'Vlaamse regering is gemachtigd [...] het bedrag en de wijze van inning van de retributie vast te stellen'".

Volgens verzoekende partij blijkt geenszins uit deze bewoordingen dat de decreetgever het vergoedende karakter van de retributie vaststelt, noch dat het gebruik van het gewestelijk openbaar domein een vergoeding verantwoordt. Op die manier is volgens verzoekende partij niet aan het legaliteitsbeginsel voldaan, "vermits 'het vergoedende karakter' van de retributie niet bepaald wordt en het Programmadecreet niet het vaststellen van de hoogte van de retributie door de Vlaamse regering verantwoordt". Aldus schendt het bestreden besluit de "vereiste van de redelijke verhouding tussen de gepresteerde dienst en de gevorderde retributie".

12.2. Vervolgens voert verzoekende partij aan dat er te dezen geen - nochtans door de omschrijving van het begrip "retributie" vereiste - "dienst door de overheid" wordt verstrekt:

> "In de Nota aan de Vlaamse regering wordt melding gemaakt van de 'grote technische en financiële voordelen' van het gebruik van het openbaar domein in vergelijking met het gebruik van het privaat domein. Deze vergelijking loopt mank wat telecommunicatie betreft.
>
> Artikel 99, § 1, van de wet van 21 maart 1991 bepaalt immers dat elke operator van een openbaar telecommunicatienet het recht heeft kosteloos gebruik te maken van open en onbebouwde gronden, of eigendommen zonder aanhechting of aanraking te overspannen of te overschrijden.
>
> De procedure voor het gebruiken van private eigendom wordt uiteengezet in artikel 99, § 2, van de wet van 21 maart 1991. De operator moet in de eerste plaats streven naar overeenstemming met de eigenaar. Wanneer er geen overeenstemming kan bereikt worden geeft de operator bij aangetekend schrijven aan de eigenaar een duidelijke omschrijving van de voorgenomen plaats en de wijze van uitvoering van de werken. Binnen de acht vrije dagen na de ontvangst van dit schrijven kan de eigenaar een bezwaarschrift indienen bij het BIPT, dat binnen de maand na ontvangst daarvan een gemotiveerde beslissing dient te nemen. Uiteindelijk zal dus binnen ongeveer dezelfde termijn als bij het gebruik van het openbaar domein de operator op de hoogte worden gesteld van de plaats en modaliteiten van de werken.
>
> Uit de vergelijking van artikel 97 en artikel 99 van de wet van 21 maart 1991 moet afgeleid worden dat er geen verschil is tussen het gebruik van privé-eigendom en het gebruik van het gewestelijk openbaar domein,

behoudens de eventuele tussen te komen retributie, zoals voorzien door het bestreden Besluit".

12.3. Ten derde stelt verzoekende partij dat "er geen redelijke verhouding [bestaat] tussen de geleverde dienst en de hoogte van de retributies". Volgens verzoekende partij "is de berekeningswijze van de retributies, zoals uiteengezet in artikel 26, § 2, van het Retributiedecreet, volstrekt onduidelijk" en bovendien zijn "de bedragen vermeld in Tarief C van de bijlage bij het bestreden Besluit [...] zuiver forfaitair en houden geen rekening met de daadwerkelijke kostprijs van de verleende dienst". Wat Tarief C betreft voegt zij hier nog aan toe:

> "Het Tarief C geldt daarenboven niet enkel voor telecommunicatie-operatoren, maar evenzeer voor gas- en elektriciteitsoperatoren. De kosten voor het gebruik van het openbaar domein door deze verschillende soorten operatoren zijn echter wezenlijk verschillend. De Vlaamse regering kon onmogelijk alle nutsleidingen over dezelfde kam scheren en één enkel tarief hiervoor opleggen".

Daarnaast is volgens verzoekende partij ook het tarief bepaald voor "zendmasten voor telecommunicatie" "buitensporig hoog" en geenszins in verhouding met "de zgn. prestatie van het Vlaamse gewest". Bovendien wordt in het bestreden besluit op geen enkele manier verantwoord waarom de retributie voor een zendmast 2.450 euro per mast per jaar zou moeten bedragen.

Hoewel artikel 18 van het bestreden besluit bepaalt dat de "heffing" jaarlijks moet worden betaald, en dat de bedragen ervan worden gekoppeld aan de consumptie-index, is het voor verzoekende partij "volstrekt onduidelijk wat de jaarlijkse dienst is die door de domeinbeheerder zal verstrekt worden". Ook hier is er volgens verzoekende partij dan ook "geen enkel verband tussen de aard van de dienst en de modaliteiten van de heffing".

Verzoekende partij stelt tenslotte: "uit het voorgaande blijkt duidelijk dat de gevorderde bedragen in het bestreden besluit verkeerdelijk worden omschreven als 'retributies'. In feite en in rechte gaat het hier simpelweg om belastingen, in de zin van artikel 170 van de Grondwet". Volgens verzoekende partij volgt uit deze grondwetsbepaling "dat een federale wet preventief kan bepalen welke belastingen de gewesten en gemeenschappen niet mogen heffen", te dezen is "artikel 98 van de wet van 21 maart 1991 [...] zulke preventieve federale bepaling". Bovendien is volgens artikel 170 van de Grondwet "voor het invoeren van een belasting", "de rechtstreekse bemoeiing van de bevoegde wetgever vereist" en dit

"niet alleen voor het opleggen van de belastingplicht zelf, doch ook voor het bepalen van de hoofdbestanddelen ervan". Die bevoegdheid kan de wetgever niet aan de uitvoerende macht overdragen, "tenminste niet wat de hoofdbestanddelen ervan betreft: de grondslag en het tarief van de belasting". Verzoekende partij komt tot de slotsom dat "het bestreden Besluit [...] derhalve ongrondwettelijk is".

13. Specifiek wat de zendmasten betreft, verwijst verwerende partij in de memorie van antwoord naar de nota van de Vlaamse regering waarin wordt gesteld dat obstakels opgericht op het openbaar domein (zoals transformatorhuisjes en zendmasten voor telecommunicatie) een minder veilige situatie teweegbrengen voor de weggebruiker. De plaatsing van deze constructies is dan ook enkel te verantwoorden indien buiten het openbaar domein geen oplossingen voorhanden zijn. De tarifering voor dergelijke inrichtingen is aan deze situatie aangepast. Voorts verwijst verwerende partij hier ook naar de kaderovereenkomst die onder meer door de huidige verzoekende partij met haar werd gesloten op 18 februari 1999. In artikel 6 van deze overeenkomst is een jaarlijkse concessievergoeding van 100.000 frank (ongeveer 2.450 euro) opgenomen per toegestane concessie voor de plaatsing van een basisstation. Over de redelijkheid van dit jaarlijks tarief zou aldus wederzijdse wilsovereenstemming bestaan tussen verzoekende en verwerende partij. Volgens verwerende partij kan verzoekende partij dan ook niet redelijkerwijze aanvoeren dat de tarieven zoals vastgelegd in het bestreden besluit niet in verhouding staan tot de door de overheid geleverde dienst.

14. In de memorie van wederantwoord geeft verzoekende partij een overzicht van de wijzigingen die het decreet van 18 december 1992 heeft ondergaan na de aanname van het bestreden besluit. Uit het overzicht van die wetshistoriek blijkt dat er steeds meer vrijstellingen van de retributies werden ingevoerd, zodat uiteindelijk volgens verzoekende partij enkel nog de "vervoerleidingen" zijn onderworpen aan de betaling van een variabele retributie. Ook hieruit blijkt volgens haar dat het te dezen geenszins om een retributie in redelijke verhouding tot de verstrekte diensten gaat, doch wel om een belasting.

Voorts werpt zij op dat de verwerende partij in de nota aan de Vlaamse regering zelf toegeeft dat de hoogte van de retributies niet alleen wordt bepaald vanuit het oogpunt van de door de overheid verstrekte dienst, maar evenzeer vanuit het voordeel dat de vergunninghouder uit zijn vergunning puurt.

15. Zoals reeds opgemerkt bij de beoordeling van het eerste middel behandelt verzoekende partij in haar laatste memorie het eerste middel en het tweede middel samen. Wat het tweede middel betreft stelt verzoekende partij inzake de door het bestreden besluit opgelegde "variabele retributie" dat uit het inmiddels tussengekomen arrest van het Grondwettelijk Hof mag worden afgeleid dat "de vraag of het bedrag van de variabele retributie in redelijke verhouding staat tot de aldus geleverde overheidsdienst of tot de waarde van de door het gewest verstrekte dienst" de doorslaggevende vraag is om te bepalen of de in het middel aangehaalde bepalingen zijn geschonden.

Hoewel het aan de overheid die de retributie oplegt toevalt om aan te tonen dat een jaarlijkse retributie in een redelijke verhouding staat tot de verstrekte dienst, blijft de verwerende partij volgens verzoekende partij in gebreke om dit te doen: "[noch] uit het administratief dossier noch uit de memorie van antwoord [kan] afgeleid worden wat de [...] kosten van de verstrekte dienst door het Vlaamse Gewest zouden zijn en evenmin of deze kosten in redelijke verhouding staan tot de jaarlijkse variabele retributie zoals opgelegd door het bestreden besluit".

De verzoekende partij vat ten slotte de grief die zij in het eerste middel en in het tweede middel - door haar samen genomen - tegen het bestreden besluit wil aanbrengen als volgt samen:

> "Er bestaat geen redelijke verhouding tussen, enerzijds, het bedrag van de verstrekte dienst en, anderzijds, de gevorderde variabele retributie. De variabele retributies zoals voorzien door artikel 26 en 31, 3°, a) van en de bijlage (Tarief C en Tarief F) bij het bestreden besluit doen zich voor als een belasting, in de zin van artikel 170, § 2, van de Grondwet. Het bestreden besluit schendt de bevoegdheidsverdelende regels (zie Arbitragehof, nr. 172/2006, 22 november 2006, B.28)".

16. In haar laatste memorie doet verwerende partij gelden dat verzoekende partij "het belang bij [...] het onderdeel van het middel terzake het tarief F manifest lijkt te ontberen". Volgens verwerende partij treft verzoekende partij immers geen nadeel, minstens levert het vernietigen van het tarief F haar geen onmiddellijk voordeel op. Zij stelt dat verzoekende partij geen precaire vergunningen heeft aangevraagd of verkregen voor het privatieve gebruik van het openbaar domein van de wegen, waterwegen en de zeedijken waarbij tarief F zou zijn toegepast. Verzoekende partij sluit met verwerende partij "uitsluitend concessie-overeenkomsten [...] voor het privatief gebruik van diens openbaar domein". Indien het privatief gebruik van het openbaar domein toegekend wordt

door een concessie-overeenkomst dient verzoekende partij niet nog eens een precaire vergunning aan te vragen. Het privatief gebruik van een bepaald deel van het openbaar domein kan vanzelfsprekend slechts één maal worden toegestaan.

Voorts wijst verwerende partij er op dat het tarief van 2.450 euro per mast per jaar "niet onredelijk is te noemen en zeker en vast in redelijke verhouding staat tot de 'waarde' van de door verwerende partij beoogde en verstrekte dienst". Volgens haar is het alternatief voor verzoekende partij, wanneer verwerende partij haar openbaar domein niet in privatief gebruik zou geven aan telecomoperatoren voor het plaatsen van zendmasten, een beroep op private grondeigenaars, wat voor telecomoperatoren geen voor de hand liggende situatie is. Deze private eigenaars zijn immers "niet geneigd om de plaatsing van zendmasten zomaar in hun achtertuin te dulden, dan wel dienen daarvoor door de telecomoperatoren aanzienlijke sommen betaald te worden die een veelvoud uitmaken van hetgeen onder tarief F geldt". Hierbij mag volgens verwerende partij de strategische ligging van het openbaar domein naast snelwegen en gewestwegen niet uit het oog worden verloren. Het forfaitair tarief van 2.450 euro per mast per jaar zou volgens haar "eerder als een soort vangnet beschouwd [kunnen] worden waarop de telecomoperatoren steeds kunnen terugvallen indien zou blijken dat een bevraging van de private markt naar strategische plaatsen voor een zendmast geen of uitsluitend zeer dure oplossingen aanreikt".

Ten slotte stelt verwerende partij nog dat "een bevraging door de administratie van verwerende partij bij een aantal andere beheerders van openbaar domein (Waterwegen en Zeekanaal nv, De Scheepvaart nv, ...) uitwijst dat door de telecomoperatoren waaronder ondermeer verzoekende partij zelf jaarlijkse vergoedingen worden voorgesteld tussen de 3.400 en 4.500 euro afhankelijk van de inplantingsplaats met nog eens 800 euro per bijkomende antenne", zodat het tarief van 2.450 euro "als zeer gunstig" mag worden bestempeld.

Beoordeling

17. De door verwerende partij in haar laatste memorie opgeworpen exceptie ten aanzien van "het onderdeel van het middel terzake het tarief F" kan niet worden aanvaard. Het feit dat verzoekende partij nog geen precaire vergunningen voor het privatieve gebruik van het openbaar domein heeft aangevraagd of verkregen doet geen afbreuk aan haar belang bij de nietigverklaring van het

bestreden reglementair besluit, waarvan de bepalingen op haar zouden kunnen worden toegepast en dat haar situatie in ongunstige zin zou kunnen beïnvloeden, wat door verwerende partij niet wordt betwist.

Gelet op het statutair doel van verzoekende partij en de door haar verkregen vergunning om een netwerk op het land neer te zetten voor mobiele telecommunicatie van de derde generatie en het exploiteren van de overeenkomstige diensten, ligt het voor de hand dat zij rechtstreeks en ongunstig kan worden geraakt door een besluit waarin voor leidingen en netwerken op het gewestelijk openbaar domein de vergunningsvoorwaarden worden bepaald, evenals de retributies die aan de vergunning worden gekoppeld. Het feit dat verzoekende partij door het bestreden besluit aldus rechtstreeks en ongunstig kan worden geraakt, volstaat reeds om te besluiten tot een voldoende belang in haren hoofde.

18.1.1. Wat de aard van de door het bestreden besluit opgelegde heffing betreft waaraan de afgifte van de vergunning is onderworpen, blijkt uit het arrest nr. 172/2006 van het Grondwettelijk Hof reeds dat de vergoeding die te dezen wordt opgelegd als een retributie kan worden gekwalificeerd, voor zover het in het bestreden besluit vastgestelde bedrag ervan is vastgesteld op een niveau dat in redelijke verhouding staat tot de waarde van de door het Vlaamse Gewest verstrekte diensten.

De beoordeling van dit middelonderdeel beperkt zich dan ook tot deze laatste vraagstelling.

18.1.2. In de memorie van toelichting bij de artikelen 40 tot 43 van het decreet van 18 december 1992 wordt over het vergoedend karakter van de heffing het volgende opgemerkt:

> "[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".

Uit deze toelichting, evenals uit het voornoemde arrest van het Grondwettelijk Hof, blijkt dat de heffing van een vast recht te dezen redelijk verantwoord is voor zover het bedrag in redelijke verhouding staat tot de

administratiekosten in het kader van het afleveren van de vergunning. Een eenmalige vaste retributie van 62 euro zoals bepaald in artikel 18 van het bestreden besluit, voldoet aan deze voorwaarde, wat door verzoekende partij overigens ook niet wordt betwist.

18.1.3. In de nota aan de Vlaamse regering (stuk 10 van het administratief dossier) wordt het bedrag van het variabele gedeelte van de heffing als volgt toegelicht:

> "Artikel 18
>
> [...]
>
> Paragraaf 2 stelt dat de minimum jaarlijkse variabele retributie 62 euro bedraagt.
> Wanneer de jaarlijkse variabele retributie minder bedraagt dan 62 euro wordt deze dus opgetrokken tot het forfaitaire bedrag van 62 euro, behalve in het jaar van de aflevering van de vergunning, omdat in dat geval reeds de vaste retributie wordt betaald. Een voorbeeld om dit te verduidelijken: bij een jaarlijkse variabele retributie die 25 euro zou bedragen, betaalt de vergunninghouder het eerste jaar 62 euro vaste retributie en 25 euro variabele retributie (totaal: 87 euro), de daaropvolgende jaren betaalt hij jaarlijks 62 euro.
>
> [...]
>
> Artikel 26
>
> [...]
>
> De berekeningsmethode van de retributies in dit besluit is gewijzigd in vergelijking met die in het vroegere besluit. Paragraaf 2 stelt dat de retributie wordt berekend op basis van de ingenomen ruimte op, onder of boven het domeingoed.
> Tevens wordt in deze paragraaf uitgelegd hoe deze ingenomen ruimte bepaald wordt.
>
> Het besluit maakt geen onderscheid meer tussen de soorten leidingen, noch de kwalificatie van de aanvrager of de eigenaar van de installatie.
> Iedere aanvraag tot het bekomen van een vergunning voor het leggen van leidingen en bijhorende uitrusting wordt gelijk behandeld zonder dat er aparte tarieven worden voorzien in functie van gas, electriciteit en telecommunicatie. Het enige criterium is de ruimte die wordt ingenomen.
> [...]
> Voor lokale installaties wordt de retributie berekend op basis van de ingenomen oppervlakte op het domeingoed en dit dus ongeacht de hoogte van deze installaties".

Bovendien blijkt uit het administratief dossier, in het bijzonder uit stuk 8 "Retributiebesluit. Motivering tarieven voor leidingen vergunninghouders", dat de bedragen van het variabele gedeelte, voor wat betreft de leidingen van

vergunninghouders, zijn vastgesteld op grond van een gedetailleerde berekening van alle geraamde meerkosten voor de overheid. Het geraamde totaalbedrag vermeld op pagina 5 van dit document stemt overeen met het in het bestreden besluit opgenomen tarief voor distributieleidingen.

Anders dan verzoekende partij beweert ligt derhalve wél een beredeneerde verantwoording voor van de vastgestelde bedragen in relatie tot het belang van de geleverde overheidsdienst. Verzoekende partij toont niet aan dat de vergoeding, aldus vastgesteld, niet in een redelijke verhouding tot de gepresteerde dienst staat. Spontaan dringt die vaststelling zich evenmin aan de Raad van State op.

18.1.4. Het verschillende tarief tussen distributieleidingen en transportleidingen wordt als volgt toegelicht in de nota aan de Vlaamse regering:

> "Gezien de geringe invloed van de transportleidingen op geplande werken o.a. omwille van hun diepteligging, hun uitwendige merktekens, hun beperkte kans op interventies, hun geringer aantal is een lager tarief voorzien dan voor distributieleidingen".

Daarnaast bevat ook pagina 6 van het voornoemde document "Retributiebesluit. Motivering tarieven voor leidingen vergunninghouders" een verantwoording voor het onderscheid tussen distributieleidingen en vervoerleidingen in functie van hun aard, diepteligging en de wettelijk opgelegde voorzieningen:

> "Het is aangewezen een onderscheid te maken tussen enerzijds distributieleidingen en anderzijds vervoerleidingen en dit in functie van hun aard, diepteligging en de wettelijk opgelegde voorzieningen.
>
> Distributieleidingen bevinden zich meestal in de toplaag en zijn bijna overal aanwezig langs gewestwegen en vooral bij doortochten. Dit houdt in dat voor alle uit te voeren werken het gewest rekening dient te houden met bovenstaande opmerkingen en hun invloed op de uitvoering van werken.
>
> Vervoerleidingen daarentegen bevinden zich meestal dieper en vallen hierdoor minder in de invloedssfeer van geplande werken hetgeen de hinder enigszins beperkt.
>
> Op te merken valt dat voor bepaalde types leidingen geen wettelijk voorgeschreven diepteligging bepaald is. Anderen daarentegen dienen zowel een verplichte diepteligging te respecteren als in te staan voor de plaatsing van een aantal uitwendige merktekens. Vervolgens dienen ook enkele praktische overwegingen zoals bvb. vorstvrije diepte voor vloeistofleidingen onder ogen genomen te worden.

> Als conclusie kan daarom worden gesteld dat gezien de invloed van vervoerleidingen op geplande werken omwille van hun diepteligging, hun uitwendige merktekens, hun geringere kans op latere interventies, hun beperkt aantal, ... niet hetzelfde tarief voor vervoerleidingen als voor distributieleidingen verantwoord is.
>
> De meerkost die het gewest heeft bij alleen vervoerleidingen wordt geraamd op een derde van de meerkost van de andere leidingen hiervoor.
>
> Dit tarief wordt daarom vastgesteld op 200fr/m2 ingenomen oppervlakte per lopende m leiding".

De meerkost die verwerende partij heeft bij alleen vervoerleidingen wordt aldus geraamd op een derde van de meerkost van de andere leidingen hiervoor, welke raming overeenstemt met het verschil in tarief tussen de distributieleidingen en vervoerleidingen in het bestreden besluit.

Volgens verwerende partij werd het bedoelde document met motivering van de tarieven opgesteld in samenspraak en overleg tussen administratie, vergunninghouders, aannemers en verzekeringen en heeft deze als uitgangspunt gediend bij de opmaak van het bestreden besluit.

Deze motivering voor het onderscheid in tarieven tussen distributie- en vervoerleidingen is niet onredelijk.

18.1.5. Er kan niet worden ingezien hoe uit de latere decreetswijzigingen die meer vrijstellingen invoeren zou kunnen worden afgeleid dat er geen redelijke verhouding bestaat tussen, enerzijds, de kostprijs van de verstrekte diensten en, anderzijds, de gevorderde variabele retributie. In elke geval dient de wettigheid van het bestreden besluit te worden beoordeeld op het ogenblik van de aanname ervan.

18.1.6. De verzoekende partij stelt nog dat tarief C niet enkel geldt voor communicatieoperatoren, maar evenzeer voor gas- en elektriciteitsoperatoren. De kosten en investeringen die zijn verbonden aan het plaatsen van respectievelijk telecommunicatie, gas- en elektriciteitsleidingen en televisiekabels zouden echter niet te vergelijken zijn.

Uit de nota aan de Vlaamse regering blijkt evenwel dat het een bewuste keuze is om in het bestreden besluit geen onderscheid meer te maken tussen de soorten leidingen, noch de kwalificatie van de aanvrager of eigenaar van de installatie. Iedere aanvraag tot het verkrijgen van een vergunning voor het leggen

van leidingen en bijbehorende uitrusting wordt volgens de nota gelijk behandeld zonder dat er aparte tarieven worden bepaald in functie van gas, elektriciteit of telecommunicatie. Het enige criterium is de ruimte die wordt ingenomen.

Zoals reeds werd uiteengezet, wordt de retributie in het bestreden besluit berekend vanuit de kostprijs voor de domeinbeheerder die voortvloeit uit de aanwezigheid van de betrokken leidingen. De verwijzing door verzoekende partij naar de verschillende kosten en investeringen die verbonden zijn aan het plaatsen van respectievelijk telecommunicatie, gas- en elektriciteitsleidingen en televisie-kabels is vanuit die optiek niet relevant.

18.1.7. Op grond van het voorgaande blijkt er in beginsel alvast een redelijke verhouding te bestaan tussen enerzijds de kostprijs van de verstrekte diensten en, anderzijds, de gevorderde variabele retributie die in het bestreden besluit wordt opgelegd aan operatoren van openbare telecommunicatienetwerken voor leidingen, netwerken en lokale installaties.

Het standpunt van verzoekende partij dat de berekeningswijze zoals uiteengezet in artikel 26, § 2, van het bestreden besluit onduidelijk is en geenszins toelaat te besluiten dat de opgelegde retributies in redelijke verhouding staan tot de kosten, kan niet worden gevolgd. In artikel 26, § 2, wordt immers duidelijk gesteld dat de retributie wordt berekend op grond van de ingenomen ruimte op, in of boven het domeingoed, waarna wordt verduidelijkt hoe de ingenomen ruimte wordt bepaald.

Voorts blijkt uit het administratief dossier, meer bepaald uit het voornoemde stuk 8 “Retributiebesluit. Motivering tarieven voor leidingen vergunninghouders”, dat de in de berekening opgenomen meerkosten voor de overheid, beheerder van het openbaar domein, een louter gevolg zijn van de aanwezigheid van leidingen, en dat deze kosten als dusdanig niet afnemen na de aanleg ervan. Ook het feit dat de retributies jaarlijks worden geheven en geïndexeerd sluit niet uit dat zij in een redelijke verhouding staan tot de jaarlijkse geraamde meerkosten voor de overheid.

18.1.8. Wat evenwel het tarief bepaald voor “zendmasten voor telecommunicatie” betreft, dient met verzoekende partij te worden vastgesteld dat verwerende partij nalaat aan te tonen dat het in de bijlage bij het bestreden besluit vastgestelde bedrag voor zendmasten voor telecommunicatie is vastgesteld op een

niveau dat in redelijke verhouding staat tot de waarde van de verstrekte overheidsdienst.

De kaderovereenkomst waar verwerende partij naar verwijst heeft immers enkel betrekking op domaniale concessies, terwijl het bestreden besluit domeinvergunningen betreft. De domeinconcessie is een overeenkomst, terwijl de domeinvergunning een eenzijdige handeling is. Het feit dat het bedrag van 2.450 euro per mast per jaar tevens is opgenomen in de kaderovereenkomst inzake domaniale concessies kan een indicatie zijn, maar toont nog niet genoegzaam aan dat het bedrag is vastgesteld op een niveau dat in redelijke verhouding staat tot de waarde van de door het Gewest verstrekte diensten. Zodra de heffing niet meer evenredig is, verliest ze haar vergoedend karakter en moet ze als een belasting worden aangemerkt. In tegenstelling tot wat het geval is bij een domaniale concessie wordt deze heffing bovendien eenzijdig opgelegd.

Ook met de verwijzing naar het veiligheidsaspect voor de weggebruiker in de nota aan de Vlaamse regering wordt geen enkele concrete verklaring gegeven voor de hoogte van het bedrag van 2.450 euro in verhouding tot de verstrekte diensten of de kosten in hoofde van de overheid. Dit valt des te meer op omdat met betrekking tot de beweerd minder veilige situatie voor de weggebruiker zowel wordt verwezen naar zendmasten als transformatorhuisjes, terwijl de hiervoor toepasselijke tarieven in de bijlage toch opvallend verschillen. Verwerende partij stelt dienaangaande dat de privatieve ingebruikname van een zendmast in grotere mate een onveilige situatie voor de weggebruiker teweeg brengt en voor meer ongemakken op het openbaar domein zorgt dan de privatieve ingebruikname van een transformatorhuisje. Ook hier dient te worden vastgesteld dat verwerende partij daarbij nalaat aan te geven welke concrete kosten er voor haar zijn verbonden aan de privatieve ingebruikname van het openbaar domein door zendmasten en dat er een redelijke verhouding bestaat tussen die kosten en de gevorderde retributie. Het veiligheidsaspect kan immers evenzeer worden ingeroepen ter verantwoording van een belasting.

Tot slot wordt, ook als ervan zou worden uitgegaan dat de loutere terbeschikkingstelling van het openbaar domein voor de bouw van zendmasten voor telecommunicatie in dit geval een aanwijsbare tegenprestatie van de overheid uitmaakt, nergens verantwoord dat het tarief voor zendmasten voor telecommunicatie in het bestreden besluit in redelijke verhouding staat tot deze “dienst”. Het gaat immers om een forfaitair bedrag van 2.450 euro, waarbij dus geen

rekening wordt gehouden met bijvoorbeeld de ingenomen oppervlakte op het openbaar domein. De argumentatie die de verwerende partij in haar laatste memorie aanbrengt om het bestaan van deze redelijke verhouding alsnog aan te tonen dient te worden verworpen als een *post factum* rechtvaardiging, die geen steun vindt in het administratief dossier. Het argument dat de private sector hogere bedragen zou eisen, vermag overigens niet aan te tonen dat het door de overheid opgelegde bedrag in redelijke verhouding staat tot haar dienstverlening. Bij veronderstelling immers zal die private sector voor haar dienstverlening winst nastreven.

18.1.9. Uit het voorgaande blijkt dat de bedragen die in het bestreden besluit worden opgelegd aan de operatoren van openbare telecommunicatie-netwerken en die het voorwerp uitmaken van het voorliggende annulatieberoep als een redelijke vergoeding voor het privatieve gebruik van het openbaar domein van het Vlaamse Gewest kunnen worden beschouwd en dus als retributie dienen te worden gekwalificeerd, behoudens voor wat betreft het in de bijlage bij het bestreden besluit onder tarief F (andere ingebruiknemingen) vastgestelde bedrag voor zendmasten voor telecommunicatie van 2.450 euro per mast per jaar.

18.2. Voor wat betreft het onder tarief F (andere ingebruiknemingen) vastgestelde bedrag voor zendmasten voor telecommunicatie van 2.450 euro per mast per jaar is het tweede middel gegrond.

Voor het overige is het tweede middel in de besproken mate niet gegrond.

18.3. De door verzoekende partij in het verzoekschrift opgeworpen schending van het legaliteitsbeginsel wordt in het auditoraatsverslag op geargumenteerde wijze verworpen.

In haar laatste memorie -waarin zij, zoals reeds opgemerkt, de uiteenzetting van haar middelen grondig herschikt- komt verzoekende partij op generlei wijze hier op terug, zodat mag worden aangenomen dat zij op dit punt niet langer op het middel aandringt.

C. Derde middel

Uiteenzetting

19. Verzoekende partij voert in het derde middel de schending aan van “de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, in het bijzonder het gelijkheidsbeginsel, het evenredigheidsbeginsel en het zorgvuldigheidsbeginsel”.

Dit middel wordt aangebracht in vijf onderdelen. In het auditoraatsverslag wordt vastgesteld dat het tweede en het vijfde onderdeel van het derde middel niet ontvankelijk zijn bij gebrek aan belang. De overige middelonderdelen worden verworpen als niet gegrond.

In haar laatste memorie komt verzoekende partij enkel nog op substantiële wijze terug op het derde onderdeel van dit middel. Wat betreft het eerste, het tweede en het vierde onderdeel van het derde middel verwijst zij uitdrukkelijk naar de wijsheid van de Raad van State. Het vijfde onderdeel brengt zij niet meer ter sprake.

Gelet op deze houding mag verzoekende partij worden geacht enkel nog aan te dringen op het derde onderdeel van dit middel. De hierna volgende uiteenzetting en de beoordeling van het derde middel is dan ook beperkt tot dit onderdeel.

20. In het derde middelonderdeel, zoals aangebracht in het inleidend verzoekschrift, verwijt verzoekende partij het bestreden besluit een “ongerechtvaardigd onderscheid tussen distributieleidingen en vervoerleidingen” in te stellen. Voor het hieraan gekoppelde verschil in retributies kan volgens verzoekende partij “geen verantwoording [...] gevonden worden in het Programmadecreet of in de tekst van het bestreden Besluit”. Daarnaast is de draagwijdte van de termen “vervoerleiding” en “rechtstreekse eindverbruikers van grote capaciteiten” volstrekt onduidelijk. Verzoekende partij stelt bovendien dat de argumentatie betreffende het onderscheid tussen de vergoedingen voor distributieleidingen enerzijds en vervoerleidingen anderzijds in de nota aan de Vlaamse regering niet opgaat omdat deze leidingen niet wezenlijk verschillend worden aangelegd.

21. In haar laatste memorie herhaalt verzoekende partij “dat er wat betreft telecommunicatieleidingen geen enkel fysiek verschil is tussen leidingen waarop enkel huishoudelijke afnemers aangesloten zijn en leidingen waarop grote bedrijven aangesloten zijn”. Er kan dan ook “geen onderscheid gemaakt worden tussen de verschillende soorten van telecommunicatiekabels”. Volgens de verzoekende partij is het onderscheid tussen distributieleidingen en vervoerleidingen “enkel wettelijk verantwoord en geobjectiveerd in het geval van aardgas, elektriciteit en afvalwater”.

Beoordeling

22. Uit de beoordeling van het tweede middel, in het bijzonder onder het randnummer 18.1.4, is niet gebleken dat de motivering voor het onderscheid in tarieven tussen distributieleidingen en vervoerleidingen, zoals deze blijkt uit de meervermelde nota aan de Vlaamse regering en het administratief dossier, onredelijk is.

Verzoekende partij toont ook in dit middelonderdeel de onredelijkheid van dit onderscheid niet aan. Ook voor wat betreft het onderscheid tussen leidingen voor telecommunicatie, aardgas, elektriciteit en afvalwater wordt verwezen naar de bespreking onder randnummer 18.1.4.

Het tweede onderdeel van het derde middel is niet gegrond.

BESLISSING

1. De Raad van State vernietigt punt 1. b) 1) “zendmasten voor telecommunicatie: 2450 euro/mast/jaar” van “Tarief F: Andere ingebruiknemingen” zoals opgenomen in de bijlage “Tarief van de variabele retributies” bij 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 zeewering en de dijken.

2. De Raad van State verwerpt het beroep voor het overige.

3. De verwerende partij wordt verwezen in de kosten van de vordering tot schorsing en het beroep tot nietigverklaring, begroot op 350 euro.

4. Dit arrest dient bij uittreksel te worden bekendgemaakt op dezelfde wijze als het vernietigde besluit.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 27 april 2010 2010, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

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

bijgestaan door

Silja Doms,	griffier.

De griffier **De voorzitter**

Silja Doms **Dierk Verbiest**