



Datum van : 21/06/2013
inontvangstneming

015173

Ingeschreven in het register van het
Hof van Justitie onder nr. 934.183

Luxemburg, 13-05-2013

De Griffier,
voor deze

Fax / E-mail: _____
00-VIOM

Neergelegd op: 10.05.13 Maria Manuela Ferreira
Hoofdadministrateur

2011/AR/799

PROVINCIE ANTWERPEN, vertegenwoordigd door haar Deputatie,
2018 ANTWERPEN, Elisabethlei 22

appellante,

vertegenwoordigd door Mr. VAN GELDER Geert, advocaat te 2930
BRASSCHAAT, Bredabaan 337

tegen het vonnis van de Rechtbank van eerste aanleg te Antwerpen van
26 november 2010

tegen

BELGACOM NV van publiek recht, met maatschappelijke zetel te 1030
SCHAARBEEK, Koning Albert II-laan 27, ondernemingsnummer
0202.239.951

geïntimeerde,

vertegenwoordigd door Mr. Den Tandt B. loco Mr. DE BAUW Herman en
Mr. MASSART Marianne, advocaten te 1050 BRUSSEL, Louizalaan 99

Gelet op de door de wet vereiste processtukken in behoorlijke vorm overgelegd, waaronder een eensluidend afschrift van het bestreden vonnis, op tegenspraak tussen partijen gewezen op 26 november 2010 door de Eerste F Kamer van de Rechtbank van Eerste Aanleg te Antwerpen, waarvan geen akte van betekening wordt voorgelegd, en waartegen een naar vorm en termijn regelmatig hoger beroep werd aangetekend bij verzoekschrift neergelegd ter griffie van dit Hof op 14 maart 2011;

Gehoord partijen in hun middelen en conclusies;

1. De feiten:

1.1.- De naamloze vennootschap van publiek recht BELGACOM, geïntimeerde, heeft als maatschappelijk doel de ontwikkeling van de telecommunicatiediensten.

Nog vóór het verschijnen van mobiele telefonie in België had geïntimeerde, op het nationale grondgebied, reeds pylonen voor vaste telefonie (bovengrondse telefoonkabels en hertziaanse bundels), semafoonie en kabeltelevisie geïnstalleerd. Deze pylonen deden daarna ook dienst voor mobiele telefonie, maar teneinde het ganse grondgebied te kunnen bestrijken, moesten ook andere pylonen, enkel bestemd voor de activiteit van mobiele telefonie, worden geïnstalleerd.

1.2.1.- De provincieraad van de provincie Antwerpen heeft op 23 november 2006 een Algemene Provinciebelasting Bedrijven 2007 op vestigingen aangenomen.

Dit belastingreglement bepaalt hoofdzakelijk het volgende:

"Inzake de bedrijven geldt deze belasting voor alle handelaars, zelfstandige diensten- en/of zorgverstrekkers, openluchtrecreatieve bedrijven, beoefenaars van een vrij beroep (ook stagiairs), nijverheidsondernemingen,

agrarische ondernemingen, vennootschappen, verenigingen, inrichtingen of instellingen, vennootschappen in vereffening" (zie "ten geleide", Provinciebelastingen 2007, blz. 3).

"Een vestiging is elke individuele of gemeenschappelijke oppervlakte, onder gelijk welke vorm. Aan elkaar grenzende oppervlakten worden als één enkele vestiging beschouwd, op voorwaarde dat deze oppervlakten niet van elkaar gescheiden zijn door een openbare weg, scheidingsmuur e.d. Twee of meer oppervlakten, met elkaar verbonden door het bestaan van een wegvergunning, worden beschouwd als één enkele vestiging." (artikel 1 van het belastingreglement)

De belasting wordt in artikel 2B van het belastingreglement van 23 november 2006 vastgesteld. Daarbij wordt verduidelijkt dat voor vestigingen met een oppervlakte tot 1000 m², de belasting 99,00 EUR bedraagt.

1.2.2.- In uitvoering van het bestreden belastingreglement heeft de gouverneur van de provincie Antwerpen het kohier ten laste van BELGACOM MOBILE (inmiddels door fusie overgenomen door geïntimeerde) vastgesteld en uitvoerbaar verklaard voor een totaal bedrag van 297,00 EUR met betrekking tot vestigingen op het grondgebied van de provincie Antwerpen, gelegen te 2240 Zandhoven, Populierenhoeve, te 2430 Laakdal, de Nieuwe Baan en te 2050 Antwerpen, Victor Delhezstraat.

Op 20 december 2007 diende geïntimeerde bij de gouverneur van de provincie Antwerpen een bezwaarschrift in tegen deze belastingheffing. Op 1 december 2008 diende zij een aanvullend bezwaarschrift in met nieuwe rechterlijke beslissingen die de argumenten uit haar bezwaarschrift van 20 december 2007 versterken en aanvullen.

Bij beslissing van 9 december 2008 verwierp de gouverneur van de provincie Antwerpen het bezwaarschrift. Deze beslissing werd naar de raadslieden van geïntimeerde per aangetekend schrijven van 16 december 2008 verstuurd.

1.2.3.- In uitvoering van het voormeld belastingreglement heeft de gouverneur van de provincie Antwerpen het kohier voor het dienstjaar 2007*bis* vastgesteld en uitvoerbaar verklaard voor een totaal bedrag van 45.441,00 EUR ten laste van geïntimeerde met betrekking tot vestigingen op het grondgebied van de provincie Antwerpen.

Op 19 maart 2008 diende geïntimeerde bij de gouverneur van de provincie Antwerpen een bezwaarschrift in tegen deze belastingheffing. Op 1 december 2008 diende zij een aanvullend bezwaarschrift in met nieuwe rechterlijke beslissingen die de argumenten uit haar bezwaarschrift van 19 maart 2008 versterken en aanvullen.

Bij beslissing van 9 december 2008 verwierp de gouverneur van de provincie Antwerpen het bezwaarschrift. Deze beslissing werd naar de raadslieden van geïntimeerde opgestuurd bij aangetekend schrijven van 16 december 2008.

1.2.4.- In uitvoering van het belastingreglement heeft de gouverneur van de Provincie Antwerpen het kohier voor het dienstjaar 2007*ter* vastgesteld en uitvoerbaar verklaard voor een totaal bedrag van 3.960,00 EUR ten laste van geïntimeerde met betrekking tot vestigingen op het grondgebied van de provincie Antwerpen gelegen te 2000 Antwerpen.

Op 21 mei 2008 diende geïntimeerde bij de gouverneur van de provincie Antwerpen een bezwaarschrift in tegen deze belastingheffing. Op 1 december 2008 diende zij een aanvullend bezwaarschrift in met nieuwe rechterlijke beslissingen die de argumenten uit haar bezwaarschrift van 21 mei 2008 versterken en aanvullen.

Bij beslissing van 9 december 2008 verwierp de gouverneur van de Provincie Antwerpen het bezwaarschrift. Deze beslissing werd naar de raadslieden van geïntimeerde opgestuurd bij aangetekend schrijven van 16 december 2008.

1.3.1.- De provincieraad van de provincie Antwerpen heeft op 5 oktober 2007 een Algemene Provinciebelasting Bedrijven 2008 aangenomen.

Dit belastingreglement bepaalt hoofdzakelijk het volgende:

"1°. elke natuurlijke persoon die in hoofd- of bijberoep een zelfstandige beroepswerkzaamheid uitoefent of die een of meerdere daden heeft gesteld die de uitoefening van een zelfstandige beroepswerkzaamheid toelaten, kunnen toelaten of doen vermoeden (onder meer elke handelaar, elke zelfstandige diensten- of zorgenverstrekker, elke beoefenaar van een vrij beroep, elke nijverheidsondernemer, elke uitbater van een agrarisch bedrijf) en die op 1 januari 2008, op het grondgebied van de provincie Antwerpen, een of meerdere vestigingen heeft, gebruikt voor de uitoefening van de zelfstandige beroepswerkzaamheid of voorbehouden tot het gebruik voor de (mogelijke) uitoefening van de (een) zelfstandige beroepswerkzaamheid; de natuurlijke persoon die uit hoofde van zijn zelfstandige beroepswerkzaamheid uitsluitend optreedt als werkend vennoot of als bestuurder in een vennootschap wordt niet als belastingplichtig beschouwd in de zin van art. 1 B 1 °, eerste lid van dit reglement;

2°. elke rechtspersoon naar Belgisch of buitenlands recht onderworpen aan de vennootschapsbelasting, inclusief de rechtspersoon die in vereffening is gesteld, en die op 1 januari 2008 op het grondgebied van de provincie Antwerpen een of meerdere vestigingen heeft, door voornoemde rechtspersoon gebruikt of tot zijn gebruik voorbehouden; de rechtspersonen vermeld in de artikelen 180 tot en met 182 van het wetboek van de inkomstenbelastingen 1992 zijn niet belastingplichtig in de zin van art. 1 B 2°, eerste lid van dit reglement;

3°. elke rechtspersoon naar Belgisch of buitenlands recht die een winstoogmerk heeft, maar niet onderworpen is aan de vennootschapsbelasting, inclusief de rechtspersoon die in vereffening is gesteld en die op 1 januari 2008 op het grondgebied van de provincie Antwerpen een of meerdere vestigingen heeft, door voornoemde rechtspersoon gebruikt of tot zijn gebruik voorbehouden; de rechtspersonen vermeld in de artikelen 180 tot en met 182 van het wetboek van de inkomstenbelastingen 1992 zijn niet belastingplichtig in de zin van art. 1 B 3°, eerste lid van dit reglement" (artikel 1.b. van het belastingreglement).

Luidens artikel 8, §1 van het belastingreglement is elke belastingplichtige *"de belasting verschuldigd per afzonderlijke vestiging hoe ook genoemd, die door hem/haar wordt gebruikt of tot gebruik wordt voorbehouden en op het grondgebied van de provincie Antwerpen is gelegen".*

Een belastbare vestiging is "elke oppervlakte die voor beroeps- of bedrijfsdoeleinden is bestemd of in het kader van beroeps- of bedrijfsdoeleinden wordt gebruikt, tot gebruik is voorbehouden of bijdraagt tot de realisatie/uitvoering van de beroeps- of bedrijfsdoeleinden" (artikel 8, §2 van het bestreden belastingreglement).

De belasting wordt in artikel 11 van het bestreden belastingreglement vastgesteld. Daarbij wordt verduidelijkt dat voor vestigingen met een oppervlakte tot 1000 m², de belasting 135,00 EUR bedraagt.

1.3.2.- In uitvoering van het belastingreglement van 5 oktober 2007 heeft de gouverneur van de provincie Antwerpen het kohier voor het dienstjaar 2008 vastgesteld en uitvoerbaar verklaard voor een totaal bedrag van 67.230,00 EUR ten laste van geïntimeerde met betrekking tot vestigingen op het grondgebied van de provincie Antwerpen.

Op 11 augustus 2008 diende geïntimeerde bij de gouverneur van de Provincie Antwerpen een bezwaarschrift in tegen deze belastingheffing. Op 1 december 2008 diende zij een aanvullend bezwaarschrift in met nieuwe rechterlijke beslissingen die de argumenten uit haar bezwaarschrift van 11 augustus 2008 versterken en aanvullen.

Bij beslissing van 9 december 2008 verwierp de gouverneur van de provincie Antwerpen het bezwaarschrift. Deze beslissing werd naar de raadslieden van geïntimeerde opgestuurd bij aangetekend schrijven van 16 december 2008.

2. De voorafgaande rechtspleging:

2.1.- Bij vier afzonderlijke verzoekschriften op tegenspraak neergelegd ter griffie van de rechtbank van eerste aanleg te Antwerpen op 16 maart 2009 vordert geïntimeerde:

De bestreden beslissingen, evenals de kohieren en de betrokken aanslagbiljetten te vernietigen;

Ten hoofdelijke titel

Voor recht te zeggen dat de vastgesteld kohieren en de door de provincie Antwerpen aan [geïntimeerde] verzonden aanslagbiljetten niet berusten op een geldige grondslag, zodat ze als nietig en van gener waarde beschouwd moeten worden;

Ten subsidiaire titel

Voor recht te zeggen dat het belastingreglement op grond waarvan het kohier vastgesteld werd en de aanslagbiljetten die door de Provincie Antwerpen naar [geïntimeerde] verzonden werden, onwettig zijn;

Ten meer subsidiaire titel

Voor recht te zeggen dat het vastgesteld kohier en de door de provincie Antwerpen aan [geïntimeerde] verzonden aanslagbiljetten onwettelijk zijn wegens onregelmatigheden bij het ten kohiere brengen (machtsoverschrijding bij het belasten van [geïntimeerde]).

In ieder geval

De annulatie te bevelen van de betwiste bijdragen.

Desgevallend, de Provincie Antwerpen te veroordelen tot de teruggave van alle onterecht ontvangen sommen, en van de wettelijke interesten vanaf de datum van betaling van de betwiste belasting door [geïntimeerde];

De Provincie Antwerpen te veroordelen tot alle kosten en uitgaven, waaronder de gerechtskosten;

2.2.- Het bestreden vonnis uitgesproken door de Eerste F Kamer van de rechtbank van eerste Aanleg te Antwerpen op 26 november 2010 voegt vooreerst de vier zaken wegens samenhang en in het belang van een goede rechtsbedeling samen en oordeelt vervolgens dat de niet-vermelding van de vennootschapsvorm van de aanleggende partij in het inleidend

verzoekschrift niet tot de nietigheid ervan kan leiden bij gebrek aan bewezen belangenschade in hoofde van appellante. Verder stelt de eerste rechter vast dat een verkeerde vermelding van het dienstjaar, te weten 2006 in plaats van 2007, terwijl de bestreden beslissing impliciet de regelmatigheid van het ingediend bezwaarschrift aanneemt niet tot de niet-ontvankelijkheid van de daaropvolgende vordering kan leiden, temeer dit bezwaarschrift door de rechtbank niet voor het eerst als onregelmatig en onontvankelijk kan verklaard worden. Betreffende de schending van de artikelen 97 en 98 van de wet van 21 maart 1991 oordeelt de eerste rechter dat de zend- en ontvanginstallaties, die door geïntimeerde werden geplaatst voor uitbating van haar GSM-mobilofoonnetwerk, ontegensprekelijk bijbehorende uitrustingen zijn waarvoor geen belasting, taks, cijns, retributie of vergoeding van welke aard ook mag opgelegd worden. Krachtens artikel 159 Gec. G.W. passen de hoven en rechtbanken de algemene, provinciale en plaatselijke besluiten en verordeningen alleen toe in zoverre zij met de wetten overeenstemmen. Het belastingreglement is in strijd met de artikelen 97 en 98 van voornoemde wet van 21 maart 1991 zodat de rechtbank te dezen dit belastingreglement niet mag toepassen. Betreffende de rechtsplegingsvergoeding stelt het bestreden vonnis dat de vorderingen niet in geld zijn uitgedrukt, zodat deze geschillen voor de vaststelling van het tarief van de rechtsplegingsvergoeding betrekking hebben op niet in geld waardeerbare vorderingen. De vorderingen worden derhalve, na samenvoeging, gegrond verklaard en de bestreden aanslagen in de algemene provinciebelasting, bedrijven, van de provincie Antwerpen voor de belastingjaren 2007 en 2008 worden vernietigd, en appellante wordt veroordeeld tot terugbetaling van alle dientengevolge geïnde bedragen, vermeerderd met de moratoriumintresten overeenkomstig artikel 418 WIB '92 en artikel 12 van de wet van 24 december 1996 betreffende de vestiging en de invordering van de provincie- en gemeentebelastingen. Appellante wordt tevens veroordeeld tot de kosten van de gedingen door de rechtbank ambtshalve vereffend op eenmaal 1.200,00 € rechtsplegingsvergoeding voor de vier samengevoegde zaken. De eerste rechter is tevens van oordeel dat er geen redenen zijn om af te wijken van dit basisbedrag.

2.3.- Tegen dit vonnis heeft appellante hoger beroep ingesteld bij verzoekschrift neergelegd ter griffie van dit Hof op 14 maart 2011.

3. De vorderingen en standpunten van partijen in hoger beroep:

3.1.- In dit verzoekschrift en in haar syntheseconclusie neergelegd op 29 november 2012 deelt appellante vooreerst mee dat zij in het bestreden vonnis berust in zoverre de vier oorspronkelijke beroepen worden samengevoegd, de verzoekschriften niet onontvankelijk worden verklaard wegens onjuiste vermelding van de identiteit van geïntimeerde en de rechtsplegingsvergoeding op eenmaal 1.200,00 € wordt begroot. Appellante stelt vervolgens dat het op 20 december 2007 ingediend bezwaarschrift dienstjaar 2006 in plaats van 2007 vermeldt, zodat het bezwaar tegen niet-gevestigde belastingen voor het jaar 2006 onontvankelijk is c.q. de daaropvolgende vordering onontvankelijk is. Appellante voert verder aan dat de late publicatie van het belastingreglement voor 2007 op 19 februari 2007 het bestaan ervan niet beïnvloedt en dat de rechten van geïntimeerde hierdoor niet geschaad worden. Zowel het Grondwettelijk Hof als het Hof van Justitie hebben inmiddels de door geïntimeerde aangevoerde belastingvrijdom verworpen. De belaste vestigingen zijn alleszins onroerende goederen. Geïntimeerde erkent door de Telecomcode dat zij bouwwerken plaatst of bouwwerken huurt voor het plaatsen van haar zend- en ontvangstinstallaties, bouwwerken die niet anders zijn te beschouwen dan als vestigingen in de zin van de vigerende belastingreglementen op de Algemene Provinciebelasting. Geïntimeerde plaatst aldus meerdere vestigingen op het grondgebied van de Provincie Antwerpen, die niet voldoen aan de vereisten om belastingvrijdom te genieten. Appellante verwijst voorts naar een advies van de Raad van State van 5 augustus 2009, waarin de belastingvrijdom enkel voor het gebruik van het openbaar domein wordt weerhouden. Geïntimeerde dient volgens het belastingreglement geen personeel ter plaatse van de vestiging zelf tewerk te stellen. Het toegepast tarief is dan ook het laagste toepasselijk voor belastingplichtigen met personeel. Een belastingplichtige zonder personeel is niet hetzelfde als een belastingplichtige met personeel, zodat deze (van elkaar verschillende) belastingplichtigen op verschillende wijze mogen worden behandeld. Het belastingreglement schendt dan ook niet het gelijkheidsbeginsel. Appellante besluit derhalve tot de vernietiging van het bestreden vonnis en de ongegrondheid van de door geïntimeerde ingestelde vorderingen. Appellante begroot het bedrag van de rechtsplegingsvergoeding in eerste aanleg op 5.000,00 € en in hoger beroep op 5.500,00 €.

3.2.- Geïntimeerde beaamt harerzijds in haar op 23 januari 2013 neergelegde syntheseconclusies, na de wering van de door appellante

neergelegde conclusies uit de debatten te hebben gevorderd, de redengeving van het bestreden vonnis. In hoofddorde, roept geïntimeerde de nietigheid in van het kohier en de aanslagbiljetten voor de dienstjaren 2007, 2007bis en 2007ter bij afwezigheid van een geldige grondslag op 1 januari 2007 om de op deze datum bestaande vestigingen te belasten. Het bestreden belastingreglement van 23 november 2006 werd op 19 februari 2007 gepubliceerd conform artikel 118 van het Provinciedecreet en verkreeg acht dagen na zijn publicatie bindende kracht, nl. op 27 februari 2007. Geïntimeerde werpt voorts op dat de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof en van het Hof van Cassatie geen rekening houdt met het Europees recht, dat op de Grondwet primeert. De interpretatie volgens dewelke artikel 98 § 2 conform de Grondwet is (namelijk, indien de GSM-pylonen, -masten en -antennes geen deel uitmaken van de "kabels, bovengrondse lijnen en bijbehorende uitrustingen") druist in tegen Richtlijn 2002/20/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 betreffende de machtiging voor elektronische communicatienetwerken en -diensten ("Machtigingsrichtlijn"), in het bijzonder van haar artikel 13, daar de voorwaarden die dit artikel bepaalt voor de vergoeding niet werden nageleefd. In zijn arrest van 12 juli 2012 in deze zaak, bevestigt het Hof van Justitie dat de lidstaten in het kader van de toepassing van de machtigingsrichtlijn geen andere heffingen of vergoedingen voor de levering van elektronische communicatienetwerken en -diensten kunnen opleggen dan die waarin deze richtlijn voorziet. Het bestreden belastingreglement voldoet niet aan de in artikel 13 van de Machtigingsrichtlijn voorziene voorwaarden. Het legt immers een belasting op (met name een heffing zonder tegenprestatie), terwijl enkel een vergoeding (met name, een heffing als tegenprestatie van het recht om de publieke en particuliere eigendommen te gebruiken, teneinde faciliteiten op of onder deze laatsten te installeren) kan worden toegelaten. Het werd aangenomen op grond van budgettaire redenen terwijl overeenkomstig artikel 13 van de Machtigingsrichtlijn, een vergoeding enkel kan worden toegepast met het oog op een bepaalde doelstelling, met name om rekening te houden met de noodzaak om het optimaal gebruik van deze zeldzame middelen te waarborgen, zoals de doorgangsrechten. Het viseert enkel de GSM-pylonen, -masten en -antennes, met uitzondering van elke andere vorm van communicatie, terwijl overeenkomstig artikel 13 van de Machtigingsrichtlijn, een vergoeding niet-discriminatoir moet zijn, objectief gerechtvaardigd en rekening dient te houden met de doelstellingen vastgelegd in artikel 8 van de Kaderrichtlijn, waaronder het principe van de technologische neutraliteit van de reglementering. Het houdt ook geen rekening met de doelstellingen van artikel 8 van de kaderrichtlijn, waaronder het principe van de technologische neutraliteit van de reglementering. De grondwetsconforme interpretatie van artikel 98, §2 van

de wet van 21 maart 1991 is om dezelfde redenen strijdig met artikel 13 van de Machtigingsrichtlijn. Indien het Hof enige twijfel zou hebben omtrent de niet-verenigbaarheid van het bestreden belastingreglement en/of omtrent de interpretatie van artikel 98, §2, die dit artikel conform maakt aan de Grondwet, met artikel 13 van de Machtigingsrichtlijn, dan zou het Hof van Justitie gevat moeten worden met een prejudiciële vraag over de betwiste punten. Geïntimeerde werpt voorts op dat op de belaste vestigingen geen personeel in dienst heeft en dat zij dan ook aan een verkeerd belastingtarief werd belast, minstens dat het belastingtarief pro rata moet worden berekend aan het gebruik van de oppervlakte en dus niet cumulatief van de verschillende GSM-operatoren voor het gebruik van eenzelfde vestiging. De belastingreglementen schenden daarenboven het gelijkheidsbeginsel, enerzijds doordat belastingplichtigen in dezelfde situatie aan een ander belastingtarief worden onderworpen en anderzijds doordat belastingplichtigen in een verschillende situatie aan hetzelfde tarief worden onderworpen. Bepaalde bedrijven (zoals agrarische bedrijven, openluchtrecreatieve bedrijven, evenals gepensioneerde zelfstandigen en gepensioneerde uitbaters van agrarische bedrijven met beperkte bedrijfsactiviteit) zijn immers aan een gunstiger belastingtarief onderworpen dan de andere belastingplichtige zelfstandigen en vennootschappen. Geïntimeerde, die over veel kleine vestigingen van een paar m² groot beschikt, wordt anderzijds aan hetzelfde tarief belast als een bedrijf dat over een vestiging van 1.000 m² beschikt. Zij had dan ook redelijkerwijze en naar evenredigheid met de oppervlakte die haar vestigingen innemen moeten worden ingedeeld in een andere categorie belastingplichtigen en derhalve aan een ander lager tarief moeten worden belast door de provincie. Ook is de belasting zo algemeen geformuleerd en is het belaste voorwerp dermate onnauwkeurig gedefinieerd dat dit rechtsonzekerheid met zich meebrengt met betrekking tot het toepassingsgebied van het belastingreglement. Antennes en masten kunnen niet als vestigingen worden beschouwd nu een vestiging als een 'grond- of vloeroppervlakte' wordt gedefinieerd. Het is evenmin duidelijk hoeveel 'minstens de minimumbelasting' bedraagt. Er zijn inderdaad zoveel categorieën belastingplichtigen, en zoveel verschillende bedragen verspreid over verschillende bepalingen in het belastingreglement, naast bepalingen die voorzien in verminderde tarieven, dat het voor een belastingplichtige onduidelijk is welk belastingbedrag op hem van toepassing is. Tenslotte berusten de belastingreglementen niet op juiste, geschikte en pertinente motieven, zodat het geïntimeerde niet mogelijk is de motieven te achterhalen waarop zij steunen en er het afdoende karakter in feite en in rechte van na te gaan en desgevallend te betwisten. In ieder geval toont de provincie Antwerpen niet aan om welke reden de bestreden belasting noodzakelijk was voor het evenwicht van de provinciale financiën, terwijl

het gaat om een onontbeerlijk motief om een provincie toe te laten om de stemming van dergelijk reglement te rechtvaardigen. Geïntimeerde besluit derhalve tot de bevestiging van het bestreden vonnis. Zij begroot het bedrag van de rechtsplegingsvergoeding in eerste aanleg op 5.000,00 € en in hoger beroep op 5.500,00 €.

4. Beoordeling:

4.1.- Artikel 170, §3, van de Grondwet bepaalt:

"Geen last of belasting kan door de provincie worden ingevoerd dan door een beslissing van haar raad.

De wet bepaalt ten aanzien van de in het eerste lid bedoelde belastingen, de uitzonderingen waarvan de noodzakelijkheid blijkt.

De wet kan de in het eerste lid bedoelde belastingen geheel of gedeeltelijk afschaffen."

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 van toepassing in het geding, luiden als volgt :

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

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

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

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

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

In geval van blijvende onenigheid wordt beslist bij koninklijk besluit.

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

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

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

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

Het Grondwettelijk Hof heeft in het arrest nr. 189/2011 van 15 december 2011 (Grondwettelijk Hof nr. 189/2011, 15 december 2011 (prejudiciële vraag), APT 2012, afl. 1, 156, noot A. SCHEYVAERTS, 'L'autonomie fiscale des communes permet la taxation des antennes gsm', (APT 2012, afl. 1, 160-163), A.GrwH 2011, afl. 5, 3217, BS 7 maart 2012 (uittreksel), 14194, Fiscooloog 2012 (samenvatting CB), afl. 1283, 12, JLMB 2012, afl. 2, 79, LRB 2012 (samenvatting M. DE JONCKHEERE), afl. 1, 47, NjW 2012, afl. 258, 174, noot S. DE RAEDT, 'Lokale belasting ten laste van telecomoperatoren op gebruik van openbaar domein voor kabels, bovengrondse lijnen en bijhorende uitrustingen kan niet', (NjW 2012, afl. 258, 176), RW 2011-12 (samenvatting), afl. 21, 970, T.Gem. 2012, afl. 2, 164, noot G. VAN HAEGENBORGH) beslist dat artikel 98, § 2, van de wet van 21 maart 1991 de provincies niet verbiedt om de economische activiteit van de telecomoperatoren die op het grondgebied van de provincie 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 (Cass. (1e k.) AR F.11.0043.F, 30 maart 2012 (Province de Namur / Mobistar), FJF 2012, afl. 7, 836, JLMB 2012, afl. 19, 912, Pas. 2012, afl. 3, 730, conclusie advocaat-generaal A. HENKES).

4.2.- Artikel 6 van de Richtlijn 2002/20/EG van 7 maart 2002 van het Europees Parlement en de Raad betreffende de machtiging voor elektronische-communicatienetwerken en -diensten (Machtigingsrichtlijn) (P.B., L. 108, 24 april 2002) bepaalt:

"Voorwaarden die aan de algemene machtiging en de gebruiksrechten voor radiofrequenties en voor nummers kunnen worden verbonden, en specifieke verplichtingen

1. De algemene machtiging voor het aanbieden van elektronische communicatienetwerken en -diensten en de gebruiksrechten voor radiofrequenties en gebruiksrechten voor nummers kunnen alleen aan de in de bijlage genoemde voorwaarden worden onderworpen. Deze voorwaarden moeten niet-discriminerend, evenredig en transparant zijn en in het geval van gebruiksrechten voor radiofrequenties in overeenstemming met artikel 9 van Richtlijn 2002/21/EG (kaderrichtlijn).

2. Specifieke verplichtingen die kunnen worden opgelegd aan aanbieders van elektronische-communicatienetwerken en -diensten krachtens artikel 5, leden 1 en 2, en de artikelen 6 en 8 van Richtlijn 2002/19/EG (Toegangsrichtlijn) en artikel 17 van Richtlijn 2002/22/EG (universele dienstrichtlijn), of die zijn aangewezen voor het aanbieden van de

universele dienst overeenkomstig de Universele dienstrichtlijn, moeten juridisch gescheiden zijn van de rechten en verplichtingen in het kader van de algemene machtiging. Met het oog op transparantie ten aanzien van ondernemingen, worden de criteria en procedures voor het opleggen van dergelijke specifieke verplichtingen aan individuele ondernemingen in de algemene machtiging genoemd.

3. In de algemene machtiging worden alleen voorwaarden opgenomen die specifiek zijn voor de betrokken sector en die genoemd zijn in deel A van de bijlage, en worden geen voorwaarden opgenomen die reeds krachtens andere nationale wetgeving voor ondernemingen gelden.

4. De lidstaten leggen de voorwaarden van de algemene machtiging niet nogmaals op wanneer zij het gebruiksrecht voor radiofrequenties of nummers verlenen."

Artikel 13 van de voormelde Machtigingsrichtlijn luidt als volgt:

"Vergoedingen voor gebruiksrechten en rechten om faciliteiten te installeren

De lidstaten kunnen de betrokken instantie toestaan de gebruiksrechten voor radiofrequenties of nummers of rechten om faciliteiten te installeren op, boven of onder openbare of particuliere eigendom, te onderwerpen aan vergoedingen die ten doel hebben een optimaal gebruik van deze middelen te waarborgen. De lidstaten zorgen ervoor dat deze vergoedingen objectief gerechtvaardigd, transparant en niet-discriminerend zijn en in verhouding staan tot het beoogde doel en zij houden rekening met de doelstellingen van artikel 8 van Richtlijn 2002/21/EG (Kaderrichtlijn)."

Het Hof van Justitie van de Europese Unie heeft bij arrest van 12 juli 2012 voor recht verklaard dat (HvJ (4e k.) nr. C-55/11, C-57/11, C-58/11, 12 juli 2012 (Vodafone Espana), <http://curia.europa.eu>, conclusie van advocaat-generaal E. SHARPSTON, JDE 2012 (samenvatting), afl. 192, 258, Pb C 22 september 2012 (dispositief), afl. 287, 8) artikel 13 van richtlijn 2002/20/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 betreffende de machtiging voor elektronische communicatienetwerken en diensten (Machtigingsrichtlijn) aldus moet worden uitgelegd dat het eraan in de weg staat dat een vergoeding voor rechten om faciliteiten te installeren op, boven of onder openbare of particuliere eigendom wordt gevraagd aan ondernemingen die niet de

eigenaar zijn van deze faciliteiten, maar deze gebruiken om mobiele telefoniediensten te leveren.

De vraag is thans echter ook aan de orde of de grondwetsconforme interpretatie van artikel 98, § 2, van de wet van 21 maart 1991 houdende toelating aan de provincies om de economische activiteit van de telecomoperatoren die op het grondgebied van de provincie 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, bestaanbaar is met artikel 6 en/of 13 van voormelde Machtigingsrichtlijn.

De oplossing van deze betwisting vereist derhalve de voorafgaande uitlegging van communautaire bepalingen, zodat het hier opportuun voorkomt om, gezien het Hof van Justitie van de Europese Unie zich nog niet heeft uitgesproken over de aan de in het geding zijnde artikel 6 en/of 13 van de Machtigingsrichtlijn mogelijks te geven interpretatie, een prejudiciële vraag in dat verband aan het Hof van Justitie van de Europese Unie te stellen, opdat het hierover, bij wijze van prejudiciële beslissing, een uitspraak zou doen.

5. Beslissing:

Het hof beslist bij arrest op tegenspraak,

De rechtspleging verliep in overeenstemming met de bepalingen van de wet van 15 juni 1935 op het gebruik der talen in gerechtszaken.

Het hof verklaart het hoger beroep ontvankelijk en alvorens nader recht te doen over de gegrondheid ervan, stelt, overeenkomstig artikel 234 van het E.G.-Verdrag, de navolgende prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen:

"Moet(en) artikel 6 en/of artikel 13 van richtlijn 2002/20/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 betreffende de machtiging voor elektronische communicatienetwerken en diensten (Machtigingsrichtlijn) aldus worden uitgelegd dat zij/het in de weg staan/staat dat het een overheid van een lidstaat toegelaten is om de economische activiteit van de telecomoperatoren die op het grondgebied of een deel ervan 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?"

Het hof stelt vast dat de zaak niet in staat van wijzen is en verzendt ze naar de bijzondere rol.

Het hof houdt de beslissing omtrent de kosten aan.

Dit arrest werd gewezen door

D. WOUTERS

Raadsheer wd. voorzitter

S. BERNEMAN

Raadsheer

M. GHYSELEN

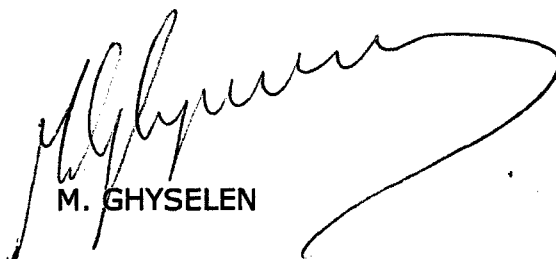
Raadsheer

L. KAM

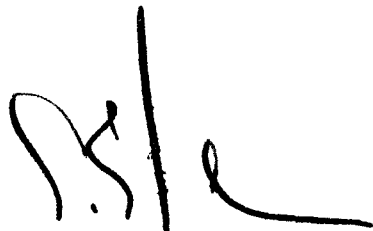
Griffier



L. KAM



M. GHYSELEN



S. BERNEMAN



D. WOUTERS

De voorzitter van de zesde kamer heeft dit arrest uitgesproken overeenkomstig art. 782bis, eerste lid Ger. W. in openbare zitting van 30 april 2013 waar aanwezig waren

D. WOUTERS

Raadsheer wd. voorzitter

L. KAM

Griffier



L. KAM



D. WOUTERS