

Nr. 23 NEM/Gemeente Amersfoort

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 2 juli 2013

Uitspraak van de tweede meervoudige belastingkamer op het hoger beroep van

NEM Amersfoort BV te Rijssen-Holten (hierna: belanghebbende)

tegen de uitspraak van de rechtbank Utrecht van 12 september 2012, nummer SBR 11/1157 in het geding tussen belanghebbende en

de heffingsambtenaar van de gemeente Amersfoort (hierna: de heffingsambtenaar).

1. Ontstaan en loop van het geding

1.1 De heffingsambtenaar heeft op grond van de Verordening leges 2010 en de Tarieventabel verordening leges 2010 van de gemeente Amersfoort (hierna tezamen ook: de Verordening) aan belanghebbende een aantal legesnota's opgelegd in verband met de instemming omtrent tijdstip, plaats en werkwijze voor de uitvoering van werkzaamheden als bedoeld in artikel 5.4, eerste lid, van de Telecommunicatiewet (hierna: Tw). [...]

1.2 Op de bezwaarschriften van belanghebbende heeft de heffingsambtenaar bij in één geschrift vervatte uitspraken op bezwaar de legesnota's gehandhaafd.

1.3 Belanghebbende is tegen die uitspraken in beroep gekomen bij de rechtbank Utrecht (hierna: de Rechtbank). De Rechtbank heeft de beroepen ongegrond verklaard.

1.4 Belanghebbende heeft tegen de uitspraak van de Rechtbank hoger beroep ingesteld. De heffingsambtenaar heeft een verweerschrift ingediend.

[...]

1.6 Het onderzoek ter zitting heeft plaatsgevonden op 14 mei 2013 te Arnhem. Daarbij zijn verschenen en gehoord namens belanghebbende P. Janvier, alsmede mr. M.I. Robichon-Lindenkamp als gemachtigde en namens de heffingsambtenaar, mr. H. Kazancioglu, bijgestaan door B.H.G. Jonker.

[...]

2. De vaststaande feiten

2.1 Op grond van een in december 2009 met de gemeente Amersfoort gesloten overeenkomst is belanghebbende belast met de aanleg van een glasvezelnetwerk in die gemeente. Voor de aanleg hiervan heeft belanghebbende aan burgemeester en wethouders van de gemeente Amersfoort, telkens voor een deel van het tracé, instemming verzocht als bedoeld in artikel 5.4, eerste lid, aanhef, en onderdeel b, van de Tw. In verband met deze instemming zijn aan belanghebbende (onder meer) de in 1.1 genoemde legesnota's opgelegd.

[...]

3. Het geschil, de standpunten en conclusies van partijen

3.1 Belanghebbende heeft zich op het standpunt gesteld dat de aan haar opgelegde legesnota's disproportioneel hoog zijn in verhouding tot de kosten die de gemeente Amersfoort in verband met de verleende instemming redelijkerwijs heeft moeten maken, dan wel, subsidiair, dat de opbrengst van alle legesnota's in verband met alle instemmingsbesluiten die de gemeente Amersfoort op grond van de Telecommunicatiewet heeft moeten nemen disproportioneel hoog zijn in verhouding tot alle daartoe redelijkerwijs gemaakte kosten. Belanghebbende beroept zich er daarbij op dat zulks in strijd is met artikel 13, tweede lid, van Richtlijn 2006/123/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2006 betreffende diensten op de interne markt (hierna: de Dienstenrichtlijn), dan wel, subsidiair, artikel 12 van Richtlijn 2002/20/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 betreffende de machtiging voor elektronische communicatienetwerken en diensten (hierna: de Machtigingsrichtlijn). Verder heeft belanghebbende zich op het standpunt gesteld dat het begrip 'handhole' onjuist wordt uitgelegd dan wel te vaag is, gelet

op het feit dat hiermee feitelijk alle distributiepunten in de heffing worden betrokken.

3.2 De heffingsambtenaar heeft zich op het standpunt gesteld dat de Dienstenrichtlijn niet van toepassing is en dat artikel 13 van de Machtigingsrichtlijn geen beperking geeft aan de vrijheid die de nationale wetgever de gemeenten bij de legesheffing heeft gegeven in de Gemeentewet. De kostendekkendheid dient derhalve te worden gezien op het niveau van de Verordening, waarbij de heffingsambtenaar heeft gesteld dat deze bij lange na niet kostendekkend is. Verder heeft de heffingsambtenaar betwist dat 'handhole' iets anders betekent dan distributiepunt.

3.3 Beide partijen hebben voor hun standpunt aangevoerd wat is vermeld in de van hen afkomstige stukken. Daaraan hebben zij ter zitting toegevoegd hetgeen is vermeld in de aan deze uitspraak gehechte processen-verbaal van de zittingen.

3.4 Belanghebbende concludeert tot vernietiging van de uitspraak van de Rechtbank, de uitspraken op bezwaar en de in onderdeel 1.1 genoemde legesnota's. De heffingsambtenaar concludeert tot bevestiging van de uitspraak van de Rechtbank.

4. Beoordeling van het geschil

4.1 Op grond van artikel 229b, van de Gemeentewet moeten de tarieven van rechten die op grond van artikel 229, eerste lid, onder a en b, mogen worden geheven zodanig worden vastgesteld dat de geraamde baten van de rechten niet uitgaan boven de geraamde lasten ter zake (de 'opbrengstlimiet'). Uit de ontstaansgeschiedenis van de opbrengstlimiet kan worden afgeleid dat deze limiet geldt voor alle in een legesverordening geregelde rechten tezamen, zodat de opbrengstlimiet in beginsel niet noopt tot het inzichtelijk maken van de kostentoe rekening aan de afzonderlijke in een dergelijke verordening genoemde diensten (zie Hoge Raad 4 februari 2005, nr. 38.860, LJN: AP1951). Belanghebbende heeft niet betwist dat de geraamde opbrengsten van de diensten die in de Verordening zijn vastgelegd, in de periode waarop de in onderdeel 1.1 genoemde legesnota's betrekking hebben niet uitgingen boven de geraamde lasten ter zake. Belanghebbende heeft zich evenwel op het standpunt gesteld dat op grond van de Dienstenrichtlijn dan wel de Machtigingsrichtlijn de kostendekkendheid van enkel de aan belanghebbende verleende instemmingsbesluiten dient te worden beoordeeld, dan wel, subsidiair, de kostendekkendheid van alle (ook aan derden) op grond van de Verordening ex artikel 5.4 Tw verleende instemmingsbesluiten.

4.2 In artikel 13, tweede lid, van de Dienstenrichtlijn is het volgende bepaald.

2. De vergunningsprocedures en -formaliteiten mogen geen ontmoedigend effect hebben en de dienstverlening niet onnodig bemoeilijken of vertragen. Zij zijn gemakkelijk toegankelijk en eventuele kosten voor de aanvragers in verband met hun aanvraag zijn redelijk en evenredig met de kosten van de vergunningprocedures in kwestie en mogen de kosten van de procedures niet overschrijden.

In de Dienstenrichtlijn is evenwel in artikel 2, tweede lid, aanhef, en onder c, bepaald dat die richtlijn niet van toepassing is op elektronische communicatiediensten en netwerken, wat de aangelegenheden betreft die vallen onder (onder andere) de Machtigingsrichtlijn. Het Hof zal derhalve eerst bezien of het opleggen van de in geschil zijnde legesnota's een aangelegenheid betreft die valt onder de Machtigingsrichtlijn.

4.3 In de Machtigingsrichtlijn is onder meer het volgende opgenomen.

[...]

Artikel 12 Administratieve bijdragen

1. Administratieve bijdragen die worden opgelegd aan ondernemingen die een dienst of een netwerk aanbieden in het kader van de algemene machtiging of waaraan een gebruiksrecht is verleend:

a) dienen uitsluitend ter dekking van de administratiekosten die voortvloeien uit het beheer, de controle van en het toezicht op de naleving van het algemene machtigingssysteem van de gebruiksrechten en van de specifieke verplichtingen van artikel 6, lid 2, die ook de kosten kunnen omvatten voor internationale samenwerking, harmonisatie en normering, marktanalyse, controle op de naleving en ander markttoezicht,

alsmede regelgevende werkzaamheden in het kader van de opstelling en handhaving van afgeleide wetgeving en administratieve besluiten, zoals besluiten betreffende toegang en interconnectie; en

b) worden opgelegd aan individuele ondernemingen volgens een objectieve, transparante en evenredige verdeling, die de extra administratiekosten en daarmee samenhangende bijdragen tot een minimum beperkt.

2. Wanneer de nationale regelgevende instanties administratieve bijdragen heffen, publiceren zij een jaarlijks overzicht van hun administratieve kosten en het totale bedrag van de geïnde bijdragen. In het licht van het verschil tussen het totale bedrag aan vergoedingen en het totale bedrag aan administratieve kosten, vinden de nodige aanpassingen plaats.

Artikel 13

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).

In Richtlijn 2002/21/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 inzake een gemeenschappelijk regelgevingskader voor elektronische-communicatienetwerken en diensten (hierna: de Kaderrichtlijn) is onder meer het volgende opgenomen.

[...]

4.4 De heffingsambtenaar heeft zich op het standpunt gesteld dat artikel 13 van de Machtigingsrichtlijn ziet op de in geschil zijnde leges en dat dit artikel het heffen van deze leges niet beperkt, nu deze objectief gerechtvaardigd, transparant en niet-discriminerend zijn. Het Hof volgt dit standpunt niet. Indien onder 'faciliteiten' in artikel 13 van de Machtigingsrichtlijn mede een geheel 'elektronischcommunicatienetwerk' als bedoeld in artikel 2 van de Kaderrichtlijn kan worden begrepen, vormen de in geschil zijnde leges niet een vergoeding waaraan het recht om faciliteiten te installeren is onderworpen. Immers, indien onder 'faciliteiten' mede een geheel 'elektronischcommunicatienetwerk' moet worden verstaan, wordt het recht om een dergelijk netwerk aan te leggen, gegeven in artikel 5.2 van de Tw en dit recht is als zodanig niet aan enige vergoeding onderworpen. Bovendien hebben de in geschil zijnde leges niet ten doel een optimaal gebruik van het recht om faciliteiten te installeren te waarborgen, zodat zij ook om die reden niet kunnen worden bestreken door dit artikel.

4.5 Naar het oordeel van het Hof ziet artikel 12 van de Machtigingsrichtlijn op de in geschil zijnde leges, zulks gelet op het verband dat artikel 5.4 Tw legt tussen het recht een openbaar elektronisch communicatienetwerk aan te leggen en de instemming die nodig is om dit recht daadwerkelijk te kunnen effectueren. Hoewel de leges, zoals hiervoor is geoordeeld, niet direct een vergoeding vormen voor het recht om faciliteiten te installeren, worden deze bijdragen gelet op artikel 5.4 Tw wel onmiskenbaar opgelegd 'in het kader van de algemene machtiging'. Namens de heffingsambtenaar is hiertegen ingebracht dat met 'de nationale regelgevende instanties' de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit (OPTA) (thans de Autoriteit Consument & Markt) wordt bedoeld en niet een gemeente. Het Hof volgt de heffingsambtenaar niet. Nog daargelaten dat het gebezigde meervoud zich niet laat rijmen met de stelling dat uitsluitend de OPTA wordt bedoeld, vallen de gemeente en al haar (bestuurs)organen blijkens de definitie van artikel 2, aanhef, en onderdeel g, van de Kaderrichtlijn zonder twijfel in beginsel onder het begrip 'nationale regelgevende instantie'.

4.6 Blijkens artikel 18 van de Machtigingsrichtlijn dienen de lidstaten uiterlijk 24 juli 2003 bepalingen vast te stellen en bekend te maken om te voldoen aan die richtlijn en passen zij die bepalingen toe vanaf 25 juli 2003. De voorwaarden waaraan het heffen van administratieve bijdragen op grond van artikel 12 van de Machtigingsrichtlijn moet voldoen zijn verder onvoorwaardelijk en naar het oordeel van het Hof voldoende bepaalbaar, zodat zij zich lenen voor een richtlijnconforme uitleg van de nationale bepalingen.

4.7 Het bovenstaande brengt mee dat de in geschil zijnde leges enkel mogen dienen ter dekking van de administratiekosten die voortvloeien uit de in artikel 12, eerste lid, aanhef, en onderdeel a, van de Machtigingsrichtlijn genoemde posten (hierna: de artikel 12

opbrengstlimiet). Hoewel deze opbrengstlimiet een andere is dan de opbrengstlimiet van artikel 229b, van de Gemeentewet, zal het Hof mutatis mutandis aansluiting zoeken bij de uitgangspunten zoals geformuleerd door de Hoge Raad in zijn arresten van 24 april 2009, nummer 07/12.961 (LJN: BI1968), respectievelijk 10 april 2009 (nummer 32-747; LJN: BC3691).

3.2.2. Indien een belanghebbende aan de orde stelt of de in artikel 229b, lid 1, van de Gemeentewet bedoelde geraamde baten de in dat artikel bedoelde geraamde 'lasten ter zake' hebben overschreden, dient de heffingsambtenaar inzicht te verschaffen in de desbetreffende ramingen.

3.2.3. Indien de belanghebbende ten aanzien van één of meer posten in de raming in twijfel trekt of de post kan worden aangemerkt als een 'last ter zake', dient de heffingsambtenaar nadere inlichtingen over deze post(en) te verstrekken, teneinde – naar vermogen – deze twijfel weg te nemen.

3.2.4. Indien de belanghebbende niet stelt dat de in deze inlichtingen begrepen feitelijke gegevens onjuist zijn, heeft de rechter slechts de rechtsvraag te beantwoorden of, uitgaande van die feiten, de desbetreffende post kan worden aangemerkt als een 'last ter zake'. Bij ontkennende beantwoording van die vraag dient hij te beoordelen of daardoor de opbrengstlimiet is overschreden.

3.2.5. Indien de belanghebbende wel stelt dat die feitelijke gegevens onjuist zijn, en de heffingsambtenaar deze stelling van de belanghebbende betwist, komt bewijslevering aan de orde. In dat geval draagt de belanghebbende de bewijslast van zijn stelling dat de door de heffingsambtenaar verschaft feitelijke gegevens onjuist zijn, omdat die onjuistheid een voorwaarde is voor het intreden van het rechtsgevolg dat hij inroept (onverbindendheid van de verordening). Na bewijslevering dient de rechter, uitgaande van de feiten die hij bewezen acht, de rechtsvraag te beantwoorden die hiervoor in 3.2.4 is omschreven, en in het licht daarvan te beoordelen of de opbrengstlimiet is overschreden.

3.3.2. In het onderhavige geval is strijd met het voorschrift van artikel 229b, lid 1, van de Wet ontstaan doordat in de raming van de lasten van de inzameling van bedrijfsvuil één of meer posten zijn opgenomen die niet, althans niet volledig dienen ter dekking van de kosten van deze inzameling. In zo'n geval geldt in beginsel dat de tariefstelling in de gemeentelijke verordening slechts partieel onverbindend is, namelijk voor zover – nadat uit de lastenraming de (gedeelten van) posten zijn geëlimineerd die daarin ten onrechte zijn opgenomen – de geraamde baten uitgaan boven de geraamde lasten. Van algehele onverbindendheid is echter sprake indien (a) het de gemeente op voorhand duidelijk moet zijn geweest dat de desbetreffende post(en) (in zoverre niet diende(n) ter dekking van de kosten waarvoor het recht of de rechten op grond van artikel 229, lid 1, letters a en b, van de Wet en de desbetreffende verordening mochten worden geheven, en bovendien (b) na de eliminatie van de desbetreffende bedragen uit de lastenraming, de geraamde baten in betekende mate uitgaan boven het gecorrigeerde bedrag van de geraamde lasten.

4.8 Belanghebbende heeft gemotiveerd gesteld dat de in geschil zijnde leges de artikel 12 opbrengstlimiet overschrijden, omdat de opgevoerde lasten geen lasten 'ter zake' (van artikel 12 van de Machtigingsrichtlijn) vormen. De heffingsambtenaar heeft zich op het standpunt gesteld dat artikel 12 van de Machtigingsrichtlijn toepassing mist en geen nadere inlichtingen over deze posten verstrekt, teneinde – naar vermogen – deze twijfel weg te nemen. Nu de gemeente er bewust voor heeft gekozen zich bij de tariefstelling van de in geschil zijnde leges niet te laten beperken door artikel 12 van de Machtigingsrichtlijn, moet het de gemeente op voorhand duidelijk zijn geweest dat de door belanghebbende bestreden posten niet dienden ter dekking van de kosten als bedoeld in dat artikel. Bovendien kan gelet op het feit dat de heffingsambtenaar de twijfel niet naar vermogen heeft weggenomen niet anders worden geoordeeld dan dat de baten in betekende mate uitgaan boven het gecorrigeerde bedrag van de lasten. Het Hof constateert verder dat de gemeente niet heeft voldaan aan de op haar rustende verplichting ingevolge artikel 12, tweede lid, van de Machtigingsrichtlijn.

4.9 Op grond van het bovenstaande dient aan de gehele Verordening verbindende kracht te worden ontzegd en kunnen de bestreden legesnota's niet in stand blijven. De overige hoger beroepsgronden van belanghebbende behoeven geen behandeling.

Slotsom

Op grond van het vorenstaande is het hoger beroep gegrond.

5. Proceskosten

Het Hof acht termen aanwezig voor een veroordeling in de proceskosten. Het Hof stelt de kosten die belanghebbende in verband met de behandeling van de beroepen en het hoger beroep heeft moeten maken overeenkomstig het Besluit vast op € 3.186,- ter zake van kos-

ten van door een derde beroepsmatig verleende rechtsbijstand (te weten 2 punten voor het (hoger) beroepsschrift en 2 punten voor het bijwonen van de zitting bij de Rechtbank en het Hof en 0,5 punt voor schriftelijke inlichtingen in de beroepsfase à € 472,- per punt met wegingsfactor 1,5.

6. Beslissing

Het Gerechtshof:

- vernietigt de uitspraak van de Rechtbank;
- verklaart de tegen de uitspraken van de heffingsambtenaar ingestelde beroepen gegrond;
- vernietigt de uitspraken op bezwaar;
- vernietigt de in onderdeel 1.1 van deze uitspraak vermelde legesnota's
- veroordeelt de heffingsambtenaar in de proceskosten van belanghebbende tot een bedrag van € 3.186,- en
- gelast dat de heffingsambtenaar aan belanghebbende het in verband met het (hoger) beroep betaalde griffierechten van € 302,-, respectievelijk € 466,- vergoedt.

Deze uitspraak is gedaan door mr. R.A.V. Boxem, voorzitter, mr. J.P.M. Kooijmans en mr. J. van de Merwe, in tegenwoordigheid van mr. J.L.M. Egberts als griffier.

Noot

Luurt Wildeboer

Mr. ing. L.J. Wildeboer is advocaat te Utrecht (CMS Derks Star Busmann).

De problematiek van de zogenaamde 'graafrechten' op grond van de Telecommunicatiewet (Tw) heeft regelmatig voor interessante jurisprudentie gezorgd. Bovenstaande uitspraak kan aan dat lijstje worden toegevoegd. Deze uitspraak gaat over de hoogte van de leges die de gemeente Amersfoort in rekening bracht voor de verlening van instemmingsbesluiten op grond van de Tw voor de aanleg van een glasvezelnetwerk. Gemeenten hadden op grond van art. 229b van de Gemeentewet tot voor kort grote vrijheid om naar eigen inzicht de hoogte van de leges te bepalen voor het in behandeling nemen van vergunningaanvragen. Die beleidsvrijheid werd enkel begrensd door de zogeheten 'opbrengstlimiet'. Op grond daarvan mogen de opbrengsten van de leges tezamen niet hoger zijn dan de totale kosten die de gemeente maakt voor de behandeling van vergunningaanvragen. Er wordt derhalve niet gekeken naar de kosten per individuele dienst, waardoor kruissubsidiëring tussen leges voor de verschillende diensten is toegestaan. Dat betekent dat de legestarieven voor een bepaald product bewust laag kunnen worden gehouden terwijl die voor bepaalde andere producten juist bewust hoger kunnen worden vastgesteld. Marktpartijen vrezen dat gemeenten hoge(re) leges gaan heffen bij de grootschalige uitrol van glasvezel, bijvoorbeeld door een opslag per meter te rekenen, waardoor de leges onredelijk hoog worden. Deze uitspraak maakt een einde aan die praktijk. De leges voor het aanleggen van telecomkabels mogen voortaan niet hoger zijn dan de daadwerkelijke kosten, waardoor kruissubsidiëring niet langer meer is toegestaan. Dat is winst voor de betrokken marktpartijen en voor de burger, aan wie de hoge leges veelal direct worden doorberekend.

Europese richtlijnen

Nieuwe Europese regels maken volgens eiseres een einde aan het algemene uitgangspunt van de 'opbrengstlimiet' en de daarmee verband houdende kruissubsidiëring tussen de verschillende diensten waarvoor leges in rekening worden gebracht. De Europese Dienstenrichtlijn, maar ook de telecomrichtlijnen, waaronder de Machtigingsrichtlijn, zouden kruissubsidiëring niet toestaan. Gesteld is dat de leges niet meer zouden mogen bedragen dan de kosten die de gemeente daadwerkelijk heeft moeten maken voor het verlenen van de instemmingsbesluiten op grond van de Tw. Het gerechtshof onderschrijft het standpunt dat de leges voor de instemmingsbesluiten voor kabels moeten zijn gebaseerd op de daadwerkelijke kosten. Een duidelijke breuk met de rechtspraak tot op heden. De uitspraak zal dan ook met name gevolgen hebben voor gemeenten waarin de hoogte van de leges afhankelijk zijn van de lengte van het leidingtracé, waardoor de leges in de regel tamelijk hoog zijn in verhouding tot de werkelijke kosten voor de dienstverlening die daarvoor door de gemeente wordt ver-

richt. Voor telecomkabels is dit op grond van bovenstaande uitspraak niet langer toegestaan. Nu dit uitgangspunt niet ten grondslag ligt aan de gemeentelijke legesverordening, is deze onverbindend en kunnen de bestreden legesnota's (ten bedrage van circa € 150.000,-) niet in stand blijven.

Instemmingsbesluiten

Kern van de regeling van de graafrechten is dat de aanleg en instandhouding van kabels en leidingen van een openbaar telecommunicatie- of omroepnetwerk moet worden gedoogd. Daartegenover staat dat de aanbieder op verzoek van degene op wie de gedoogplicht rust, de kabels op eigen kosten weer moet verleggen als dat nodig is voor de oprichting van gebouwen of de uitvoering van werken door of vanwege degene op wie de gedoogplicht rust. Dit uitgangspunt is in de praktijk beter bekend als het adagium 'liggen om niet, verleggen om niet'. Wat was hier nu het geval? Om de aanleg van kabels en leidingen goed en gecoördineerd te laten verlopen, is een instemmingsbesluit van de gemeente nodig (art. 5.4 Tw). Een instemmingsbesluit bevat voorschriften omtrent plaats, tijdstip en aard van de te verrichten werkzaamheden. In het onderhavige geval is de instemming omtrent tijdstip, plaats en werkwijze ten behoeve van de aanleg van een nieuw glasvezelnetwerk verkregen. De heffingsambtenaar heeft op grond van de Verordening Leges 2010 en de daarbij behorende Tarieventabel van de gemeente Amersfoort aan belanghebbende een aantal legesnota's opgelegd. Het ging hier om instemmingsbesluiten op verzoek van de initiatiefnemer. In het verleden is mede vanwege de in rekening gebrachte leges, de vraag aan de bestuursrechter voorgelegd of in het geval dat de kabelaanbieder zijn kabels in openbare grond moet verleggen vanwege bouwwerkzaamheden op verzoek van de gedoogplichtige c.q. de gemeente, ook een instemmingsbesluit is vereist. De noodzaak daartoe werd betwist, omdat in dat geval de gemeente immers reeds bekend is met de te verrichten werkzaamheden en de gemeente reeds kan coördineren bij het geven van een opdracht aan een kabelaanbieder om zijn kabels te verleggen. Dat zou in de praktijk niet alleen veel administratieve rompslomp schelen in verband met het verkrijgen van de nodige instemmingsbesluiten, maar ook veel leges schelen. De rechtbank en het CBB oordeelden echter dat voor dit standpunt geen aanknopingspunten in de Tw aanwezig zijn en dat ook in het geval op verzoek van de gedoogplichtige moet worden verlegd, een instemmingsbesluit van de gemeente benodigd is en dus leges zijn verschuldigd.¹ In bovenstaande uitspraak gaat het niet om de vraag of leges in rekening kunnen worden gebracht maar om de hoogte van de leges die in rekening mogen worden gebracht.

Opbrengstlimiet leges

Op grond van art. 229 Gemeentewet kunnen rechten (leges) worden geheven voor door of vanwege het gemeentebestuur verrichte diensten, zoals de verlening van vergunningen. Op grond van art. 229b Gemeentewet moeten de tarieven van de rechten die op grond van artikel 229 lid 1 onder a en b mogen worden geheven zodanig worden vastgesteld dat de geraamde baten van de rechten niet uitgaan boven de geraamde lasten ter zake (de 'opbrengstlimiet'). Uit de jurisprudentie van de Hoge Raad² volgt dat het bij de toetsing of de geraamde baten van de rechten niet uitgaan boven de geraamde lasten niet gaat om het kostendekkingspercentage per dienst of groep van diensten. Uit de wetsgeschiedenis kan worden afgeleid dat de opbrengstlimiet geldt voor alle in een legesverordening geregelde diensten (zogeheten kruissubsidiëring). In bovenstaande uitspraak wordt deze rechtspraak ook tot uitgangspunt genomen. Door belanghebbende is in het onderhavige geval ook niet betwist dat de leges die in rekening werden gebracht, de opbrengstlimiet hadden overschreden.

Het geschil spitst zich volgens belanghebbende toe op de vraag of kruissubsidiëring is toegestaan in het geval van een instemmingsbesluit op grond van de Tw. Belanghebbende meent van niet. Daartoe heeft zij zich beroepen op de Dienstenrichtlijn en de Machtigingsrichtlijn. Daaruit zou volgen dat de kostendekkendheid van enkel de aan belanghebbende verleende instemmingsbesluiten dan wel, subsidiair, de kostendekkendheid van alle (ook aan derden) verleende instemmingsbesluiten, moet worden beoordeeld en niet de kostendekkendheid van alle in de legesverordening opgenomen diensten.

Beperkingen aan hoogte leges

Belanghebbende heeft zich primair op het standpunt gesteld dat de aan haar in rekening gebrachte leges te hoog zijn in verhouding tot

¹ CBB 2 mei 2006, AB 2007, 105, m.nt. G.J.M. Cartigny; Rb. Rotterdam 4 juli 2005, ECLI:NL:RBROT:2005:AV2311.

² HR 4 februari 2005, ECLI:NL:HR:2005:AP1951 en HR 14 augustus 2009, ECLI:NL:HR:2009:BI943.

de kosten die de gemeente in verband met de verleende instemming redelijkerwijs heeft moeten maken. Dat zou in strijd zijn met art. 13 lid 2 van de Dienstenrichtlijn (2006/123/EG), dan wel, subsidiair, art. 12 van de Machtigingsrichtlijn (2002/20/EG).

In het beroep in eerste aanleg ging het vooral om de toepasselijkheid van de Dienstenrichtlijn. Uit die richtlijn volgt dat voor diensten die vallen onder de reikwijdte van de Dienstenrichtlijn, geldt dat onrendabele activiteiten niet mogen worden gesubsidieerd met winst uit niet rendabele activiteiten. In art. 13 lid 2 Dienstenrichtlijn is het volgende bepaald:

2. De vergunningsprocedures en -formaliteiten mogen geen ontmoedigend effect hebben en de dienstverlening niet onnodig bemoeilijken of vertragen. Zij zijn gemakkelijk toegankelijk en eventuele kosten voor de aanvragers in verband met hun aanvraag zijn redelijk en evenredig met de kosten van de vergunningsprocedures in kwestie en mogen de kosten van de procedures niet overschrijden.

Dit houdt dus een verbod op kruissubsidiëring in. De Rechtbank Utrecht oordeelde echter – ten onrechte volgens de eisende partij – dat de Dienstenrichtlijn niet van toepassing was, omdat de telecomrichtlijnen zouden gelden.³ De rechtbank merkt de aanleg van een glasvezelnetwerk in de openbare grond van de gemeente Amersfoort, eenvoudigweg aan als de installatie van een elektronisch communicatienetwerk en bijbehorende faciliteiten, waardoor deze dienst volgens de rechtbank een aangelegenheid is die onder de telecomrichtlijnen valt. Gevolg van die constatering, want motiveren doet de rechtbank dit onderdeel van de uitspraak mijns inziens niet, dat de Dienstenrichtlijn en daaruit voortvloeiend het door eiseres voorgestane verbod op zogeheten kruissubsidiëring, niet van toepassing zou zijn. Bovendien heeft de rechtbank niet (meer) gekeken naar de gevolgen van de voorschriften van de Machtigingsrichtlijn voor de hoogte van de leges.

Volgens eiseres is door de rechtbank een verkeerde lezing gegeven aan de uitzondering in art. 2 lid 2 onder c Dienstenrichtlijn. Daaruit volgt dat de Dienstenrichtlijn niet van toepassing is op elektronische communicatiediensten en -netwerken, wat de aangelegenheden betreft die vallen onder (onder andere) de Machtigingsrichtlijn. Eiseres had zich daartoe beroepen op een uitspraak van de Rechtbank Rotterdam in een vergelijkbaar geval en ook betrekking had op de heffing van leges voor de verlening van instemming op grond van de Tw voor het aanleggen van kabels.⁴ In deze zaak heeft de rechtbank daarentegen geoordeeld dat het heffen van leges niet onder de telecomrichtlijnen valt, omdat instemmingsbesluiten geen onderdeel vormen van de machtigingsprocedure en ook overigens niet als machtiging in de zin van de telecomrichtlijnen is aan te merken, nu een instemmingsbesluit niet strekt tot het verlenen van rechten tot het aanbieden van een elektronisch communicatienetwerk maar slechts tot het verlenen van instemming tot het leggen van kabels. Waarom de Rechtbank Utrecht in het onderhavige geval een ander oordeel is toegegaan, kan helaas vanwege de gebrekkige motivering in de uitspraak niet worden achterhaald, hetgeen afbreuk doet aan de rechtsvorming. Volgens de Rechtbank Rotterdam is bij het heffen van leges ter zake van het in behandeling nemen van een aanvraag tot verlening van een instemmingsbesluit derhalve geen sprake van een administratieve bijdrage in het kader van een algemene machtiging in de zin van art. 12 van de Machtigingsrichtlijn.

Het Hof komt daarentegen tot het oordeel dat de Machtigingsrichtlijn wel van toepassing is op de in geschil zijnde leges. Dit vanwege het verband dat art. 5.4 Tw legt tussen het recht om een openbaar elektronisch communicatienetwerk aan te leggen en de instemming die nodig is om dit recht daadwerkelijk te kunnen effectueren. Hoewel de leges niet direct een vergoeding vormen voor het recht om faciliteiten te installeren, worden deze bijdragen gelet op art. 5.4 Tw wel onmiskenbaar opgelegd 'in het kader van de algemene machtiging', aldus het Hof. Daarmee lijkt het Hof een meer pragmatische benadering voor te staan, terwijl de Rechtbank Rotterdam, onder verwijzing naar de wetsgeschiedenis van de wijziging van de Tw in verband met de implementatie van de telecomrichtlijnen, oordeelde dat het graaf-

recht (direct) uit de wet voortvloeit en dat daarvoor de procedure tot instemming krachtens art. 5.4 Tw niet hoeft te worden gevolgd, zodat niet kan worden gesproken van een aanvraag tot het verlenen van rechten om faciliteiten te installeren op, over of onder openbaar of particulier eigendom.

Opmerkelijk is dat het Hof hiermee afwijkt van het standpunt van de Rechtbank Rotterdam, zonder een uitgebreide motivering en zonder verwijzing naar de wetsgeschiedenis. Dit valt temeer op nu binnen de Rechtbank Rotterdam tevens een specifieke taak is ondergebracht, namelijk de behandeling van geschillen over de toepassing van de Tw. Hoewel strikt genomen het geschil over de leges een belastinggeschil betreft en geen geschil over de Tw, kan niet worden uitgesloten dat er onderling niet enig contact is geweest over de uitleg van de Tw en de telecomrichtlijnen. Overigens gaat het Hof ook niet in op die uitspraak, hoewel eiseres daarop tijdens het beroep in eerste aanleg reeds een beroep had gedaan.

Wat daarvan overigens ook zij, voor de uitkomst van het onderhavige geschil is het uiteindelijk niet bepalend of de leges voor de verlening van de instemmingsbesluiten op grond van de Tw vallen onder de reikwijdte van de Dienstenrichtlijn of de telecomrichtlijnen, omdat op grond van beide richtlijnen is bepaald dat de leges slechts mogen dienen ter dekking van de (administratie)kosten.

Vervolgens oordeelt het Hof dat de voorwaarden waaraan het heffen van administratieve bijdragen op grond van art. 12 van de Machtigingsrichtlijn moet voldoen, onvoorwaardelijk zijn en naar het oordeel van het Hof voldoende bepaalbaar, lenen zij zich voor een richtlijnconforme uitleg van de nationale bepalingen. Op basis gesteld dient de opbrengstlimiet op grond van art. 229b van de Gemeentewet zo te worden begrepen dat daaronder alleen de kosten kunnen worden begrepen die de gemeente daadwerkelijk heeft moeten maken voor de verlening van de instemmingsbesluiten. Voor zover andere kosten in de legestarieven zijn verdisconteerd, wordt daarmee de 'opbrengstlimiet' uit de Gemeentewet overschreden, aangezien deze in overeenstemming met art. 12 Machtigingsrichtlijn moet worden uitgelegd. De heffingsambtenaar heeft zich op het standpunt gesteld dat art. 12 Machtigingsrichtlijn niet van toepassing en daarom geen nadere onderbouwing van de legestarieven en de daaraan ten grondslag gelegde kosten gegeven. Nu volgens het Hof aannemelijk is dat de door belanghebbende bestreden posten niet dienden ter dekking van de kosten als bedoeld in dat artikel, kan niet anders worden geoordeeld dan dat de baten in betekende mate uitgaan boven het (gecorrigeerde) bedrag van de lasten. Om die reden is de legesverordening onverbindend en kunnen de legesnota's niet in stand blijven wegens het ontbreken van een wettelijke grondslag. De omstandigheid dat de heffingsambtenaar geen nadere informatie heeft overgelegd over de opbouw van de legestarieven, duidt er vermoedelijk al op dat de baten de kosten overstegen. Tot voor kort werd nog algemeen aangenomen dat er kruissubsidiëring mocht plaatsvinden. Gemeenten waren zich onvoldoende bewust van de gevolgen van de invoering van de Dienstenrichtlijn. Ook op grond van de model legesverordening van de VNG werd gemeenten geadviseerd om de hoogte van de leges te laten afhangen van de lengte van het aan te leggen kabeltracé, terwijl de werkzaamheden voor een tracé van 100 meter of 500 meter en de daarmee verband houdende kosten niet wezenlijk zullen verschillen, maar daarvoor wel hogere leges in rekening werden gebracht. Die praktijk is op grond van de hiervoor opgenomen uitspraak niet meer toegestaan, voor zover daarmee de baten van de leges de met de dienstverlening gemoeide kosten overschrijdt.

Recht halen

Bovenstaande uitspraak heeft niet rechtstreeks tot gevolg dat de legesverordeningen in de lande van rechtswege onverbindend zijn. Marktpartijen zullen dus van geval tot geval bezwaar en beroep moeten aantekenen tegen een aan hen opgelegde legesnota. Doet men dat niet, dan heeft dit tot gevolg dat de legesnota onherroepelijk wordt en daarmee geacht wordt rechtmatig te zijn opgelegd. Een beroep op bovenstaande uitspraak kan marktpartijen dan niet meer baten. U bent daarom gewaarschuwd.

³ Rb. Utrecht 12 september 2012, ECLI:NL:RBUTR:2012:BX6935.

⁴ Rb. Rotterdam 7 augustus 2007, ECLI:NL:RBARN:2007:BB4460.