

Memo onderbouwing legesheffing

Opgesteld door	Kapabel BV
datum	2024-04-30
Versie	Definitief
Betreft	Onderbouwing legesheffing

Inleiding en achtergrond

Gemeenten mogen voor het beoordelen van aanvragen voor werkzaamheden aan kabels of leidingen leges heffen. De grondslag voor deze aanvragen ligt in een kabel of leidingen verordening zoals bijv. de Algemene Verordening Ondergrondse Infrastructuren (AVOI). In deze memo is onderbouwd in welke gevallen en wat er aan leges geheven mag worden. De memo is bedoeld om duidelijkheid te verschaffen in regelmatig terugkerende discussies. Namelijk, mogen voor goedkeuringen op meldingen leges geheven worden én welke kosten mogen worden gedekt door de legesbedragen.

Centrale vragen zijn:

- Mogen er leges geheven worden voor werkzaamheden van niet-ingrijpende aard, waarvoor een melding vereist is en waarvoor goedkeuring gevraagd wordt aan de gemeente?
- Welke kosten mogen gebruikt worden ter onderbouwing van de leges?
- Moeten de leges voor kabels en leidingen kostendekkend zijn óf moet de legesverordening als geheel kostendekkend zijn?

Toestemming werkzaamheden aan kabels en leidingen.

De AVOI, zoals o.a. Kapabel die opstelt, creëert een vergunningensysteem voor de werkzaamheden aan kabels of leidingen in de openbare ruimte (openbare gronden). Het is ook een invulling van de verplichting vanuit de Telecommunicatiewet (TW) om in een verordening regels vast te stellen over de werkzaamheden (TW, art 5.4, vierde lid).

Gedoogplicht

In de Telecommunicatiewet is de gedoogplicht geregeld ten aanzien van de openbare elektronische communicatienetwerken. Een dergelijke (wettelijke en rechtstreekse) grondslag ontbreekt voor de overige netwerken. In de Belemmeringenwet Privaatrecht (per 1 januari 2024 overgegaan in de Omgevingswet) is een procedure geregeld, waarmee werkzaamheden ten behoeve van het algemeen belang uitgevoerd kunnen worden als daar geen overeenstemming over bereikt wordt. Simpel gezegd: je kunt een telecomnetbeheerder de toegang niet weigeren. Maar een nutspartij weiger je eveneens niet, aangezien dit maatschappelijk belangrijke en noodzakelijke infrastructuur betreft voor zowel burgers als bedrijven. Wel worden voorwaarden gesteld met betrekking tot de tijd, plaats en wijze van uitvoering.

Vergunningverlening, instemmingsbesluit en goedkeuring op meldingen

Op basis van de AVOI zijn netbeheerders verplicht om vooraf toestemming te vragen aan gemeenten om werkzaamheden in de openbare ruimte uit te mogen voeren. Ook de Telecomnetbeheerders moeten dit doen, ondanks de gedoogplicht vanuit de Telecommunicatiewet.

In de AVOI wordt onderscheid gemaakt tussen Telecomnetbeheerders en nutsbedrijven en tussen werkzaamheden, werkzaamheden van niet-ingrijpende aard en spoedeisende werkzaamheden. Voordat deze werkzaamheden uitgevoerd mogen worden moet er altijd toestemming zijn vanuit de

gemeente. Voor spoedeisende werkzaamheden mag de goedkeuring via een calamiteitenmelding achteraf gedaan worden, maar moet wel vooraf (vaak telefonisch) toestemming gevraagd worden.

	Telecombedrijven	Nutsbedrijven
Werkzaamheden	Instemmingsbesluit	Vergunning
Werkzaamheden van niet-ingrijpende aard	Goedkeuring op melding	Goedkeuring op melding
Spoedeisende werkzaamheden	Goedkeuring op melding	Goedkeuring op melding

In de AVOI wordt de toestemming voor de Telecomnetbeheerders een instemmingsbesluit genoemd en voor de nutspartijen een vergunning. Dit onderscheid is een gevolg van deze gedoogplicht en hetgeen voorgeschreven is in de Telecommunicatiewet. Daarin staat namelijk omschreven dat de aanbieder (netbeheerder) een melding doet bij gemeente én dat gemeente **instemt met de aanleg en voorwaarden kan stellen met betrekking tot tijd, plaats en wijze van uitvoering** van de werkzaamheden. Oftewel een instemmingsbesluit. In sommige AVOI's wordt voor nutspartijen ook de term instemmingsbesluit gebruikt in plaats van vergunning.

Leges

Voor het beoordelen van deze instemmings- en vergunningsaanvragen wil de gemeente uiteraard graag de kosten vergoed zien worden door de netbeheerder. Artikel 229, eerste lid, onderdeel b, van de Gemeentewet bepaalt dat gemeenten onder andere rechten kunnen heffen voor het genot van door of vanwege het gemeentebestuur verstrekte diensten. Dit blijkt uit een uitspraak van de Hoge Raad¹. Het begrip 'dienst' is niet nader gedefinieerd in de wet. Wel is in de jurisprudentie invulling gegeven aan het begrip 'dienst'. De werkzaamheden moeten rechtstreeks en in overheersende mate verband houden met dienstverlening ten behoeve van een individualiseerbaar belang. Dit individuele belang is in beginsel altijd aanwezig als de dienstverlening wordt gevraagd. Als de dienst ambtshalve wordt verleend, is er naar het oordeel van de wetgever² geen sprake van een dienst.

Bij de term melding gaan daarnaast vanuit bestuursrechtelijk perspectief ook alarmbellen af aangezien een melding vanuit de Algemene Wet Bestuursrecht als een kennisgeving wordt gezien die geen verdere beoordeling of dienstverlening vergt vanuit de organisatie waar de melding gedaan wordt. In een casus³ over legesheffing voor het behandelen van een kennisgeving Besluit slagerijen Hinderwet uit 1992 werd door de Hoge Raad daarover het volgende gezegd:

Het in behandeling nemen is niet een door of vanwege het gemeentebestuur aan de indiener rechtstreeks verleende dienst waarvoor leges mogen worden geheven, daar dat in behandeling nemen niet strekt tot het al dan niet toekennen van een vergunning. Het Hof heeft derhalve terecht de Tarieventabel onverbindend verklaard.

Wat betekent dit voor de leges voor kabels en leidingen? Er is verschillende jurisprudentie die hierover uitspraken heeft gedaan. Om hier antwoord op te geven splitsen we de vraag op in een aantal onderdelen:

1. Waarom mogen er leges op instemmingsaanvragen geheven worden?
2. Wat betekent dit voor de goedkeuring op meldingen die gerelateerd zijn aan een verstrekt instemmingsbesluit of verleende vergunning?
3. Wat betekent dit voor de goedkeuring op meldingen voor werkzaamheden van niet-ingrijpende aard?

¹ HR, 9-12-1987, nr. 24 892, BNB 1988/117, Belastingblad 1988, blz. 65.

² Kamerstukken II, 1988-1990, 21 591, nr. 3, blz. 78.

³ HR, 14-10-1992, nr. 27 804.

4. Welke kosten mogen er aan de legesonderbouwing ten grondslag liggen?
5. Moeten de leges voor kabels en leidingen op zichzelf kostendekkend zijn, of mag er kruisbestuiving zijn tussen andere heffingen van leges?

1 Waarom mogen er leges op instemmingsaanvragen geheven worden?

Om werkzaamheden uit te mogen voeren moet vooraf een melding gedaan worden bij burgemeester en wethouders. Deze melding moet gezien worden als een aanvraag, in de zin van de Algemene Wet Bestuursrecht, om in te stemmen met het voorstel van aanbieder met betrekking tot de tijd, plaats en wijze van de uitvoering van de werkzaamheden. Zonder deze instemming mag niet overgegaan worden tot uitvoering van de werkzaamheden. De instemming moet daarom als een dienstverlening aan een aanbieder ten behoeve van een individualiseerbaar belang gezien worden waarvoor ook leges geheven mogen worden.

Bovenstaande zienswijze wordt bevestigd in Kamerstukken⁴ bij het behandelen van de oorspronkelijke Telecommunicatiewet in 1996/1997. Daarin werd ook verwezen naar een uitspraak van de Hoge Raad⁵ in een casus over legesheffing door een waterschap waar ook sprake was van een gedoogplicht. Bij de herziening van de Telecommunicatiewet in 2004-2005 is deze zienswijze nogmaals in Kamerstukken⁶ bevestigd. Recenter is dit in de casus Amersfoort waarbij een uitgebreide procedure gevolgd is tot aan het Europees Hof, impliciet ook nogmaals bevestigd. Deze zaak ging met name over de hoogte van de leges. Maar tevens werd hiermee onderbouwd dat er leges geheven kunnen worden voor de instemmingsbesluiten die gemeenten afgeven. Zo heeft de rechter onder andere gesteld: “door het ontwikkelen van gemeentelijk beleid en het zorgvuldig monitoren van het plaatsen van de kabels – juist een optimaal gebruik van de gemeentelijke ondergrond willen waarborgen.”⁷ Dit was de argumentatie waarom in deze casus leges geheven mochten worden. Ook in deze casus van Amersfoort ging hier namelijk een melding van de werkzaamheden aan de burgemeester en wethouders van Amersfoort aan vooraf.

2 Wat betekent dit voor de goedkeuring op meldingen die gerelateerd zijn aan een reeds verstrekt instemmingsbesluit of verleende vergunning?

Netbeheerders (of de grondroerders namens hen) moeten ook na een reeds afgegeven instemmingsbesluit of een verleende vergunning nog een melding doen wanneer de werkzaamheden daadwerkelijk gaan starten. Dit heeft ermee te maken dat een instemmingsbesluit of een vergunning vaak ver van te voren aangevraagd wordt en ook een langere geldigheid kent. Vanuit de coördinerende rol van de gemeente is het logisch dat er, kort voor het uitvoeren van de werkzaamheden, een laatste melding (en controle daarop) plaatsvindt. Enerzijds om te kijken of er belemmeringen zijn met het oog op de uit te voeren werkzaamheden in de openbare ruimte. Anderzijds zodat gemeente op de hoogte is van de start van de werkzaamheden en kan controleren op de uitvoering daarvan.

Ook dit vergt dus een beoordeling vanuit gemeente en men zou daarom kunnen redeneren dat ook hier leges voor verschuldigd zijn. Dit is echter niet het geval en wel om de simpele reden dat dit één en hetzelfde belastbare feit betreft waarvoor niet tweemaal leges geheven kunnen en mogen worden. Wel kunnen de kosten voor deze handelingen meegenomen worden in de onderbouwing van de leges voor het af te geven instemmingsbesluit of de te verlenen vergunning.

⁴ Kamerstukken II 1996/97, 25533, nr. 3, pag. 94.

⁵ HR, 11-12-1996, nr.31 623.

⁶ Kamerstukken II 2004/2005, 29834, nr. 3, blz. 52.

⁷ GHSHE, 2-4-2020, nr. 18/00680

3 Wat betekent dit voor de goedkeuring op meldingen voor werkzaamheden van niet-ingrijpende aard?

De leges die geheven worden voor de goedkeuring op een melding voor werkzaamheden van niet-ingrijpende aard zijn feitelijk niet anders dan de leges die geheven worden op het afgegeven instemmingsbesluit of de verstrekte vergunning na een melding voor 'normale' werkzaamheden. Het verschil zit hem in de benaming van de goedkeuring, het instemmingsbesluit of de vergunning. Voor elke aanvraag voor dit soort werkzaamheden moet een dienst geleverd worden, namelijk de goedkeuring óf instemming door middel van een instemmingsbesluit of vergunning. Ook de melding (aanvraag tot goedkeuring) die gedaan wordt voor werkzaamheden van niet-ingrijpende aard betreft een dienstverlening ten behoeve van een individualiseerbaar belang en kan dus niet gezien worden als alleen een kennisgeving zoals bedoeld is in de casus⁸ uit 1992.

Hierbij is het wel van belang dat er daadwerkelijk werkzaamheden worden uitgevoerd die dus gerelateerd zijn aan het gemeentelijk beleid en het zorgvuldig monitoren van het plaatsen van kabels, zodat er optimaal wordt gebruik gemaakt van de ondergrond. Daarom is het dus van belang dat zowel de AVOI, maar ook de daadwerkelijke handelingen in lijn zijn met dit uitgangspunt. Als dit niet het geval is, dan krijgt de melding en de goedkeuring hierop meer het karakter van een kennisgeving waarbij geen leges geheven kunnen worden.

Tot op heden is in jurisprudentie hier geen ander standpunt over te vinden. Er kunnen dus ook leges geheven worden voor de beoordeling van de aanvraag voor werkzaamheden van niet-ingrijpende aard, mits dus wordt voldaan aan de bovenstaande voorwaarden.

4 Welke kosten mogen er aan de legesonderbouwing ten grondslag liggen?

Alle werkzaamheden die verband houden met het verlenen van een instemmingsbesluit, vergunning of het goedkeuren van een melding kunnen opgenomen worden in de legesonderbouwing. Op pagina 11 en 12 van de memorie van toelichting bij 'Wijziging van de Gemeentewet op het stuk der belastingen'⁹ is het volgende opgemerkt:

'De door de gemeente door te berekenen kosten dienen uitsluitend te bestaan uit de directe kosten inclusief een redelijke opslag voor overhead. De indirecte kosten dienen buiten beschouwing te blijven.'

Onder de directe kosten kan een onderscheid gemaakt worden tussen de volgende vijf kostencomponenten:

1. Personeelskosten
2. Huisvestingskosten
3. Specifieke automatiseringskosten
4. Materiële kosten
5. Overhead

Nadere toelichting wat specifiek onder elke component valt is te vinden in de Handreiking kostentoe rekening leges en tarieven uit 2014¹⁰.

Onder indirecte kosten worden o.a. handhaving, toezicht en controle geschaard. Eén vaak gevoerde discussie betreft de vraag of ook de toezichthoudende rol van de gemeente als dienst gezien mag worden. Bovenstaande standpunt met betrekking tot de indirecte kosten zou dus betekenen dat de

⁸ HR, 14-10-1992, nr. 27 804.

⁹ Kamerstukken II, 1988/89, 20565, nrs. 1-3.

¹⁰ Handreiking kostentoe rekening leges en tarieven 2014, 4.1, pag. 42.

kosten voor toezicht niet opgenomen mogen worden in de leges. Echter, geldt hier één uitzondering op, namelijk de zogeheten eerste controle op naleving van de vergunningsvoorschriften. Deze heeft namelijk het karakter van een specifieke controle die met name gericht is op het nagaan door gemeente van de opgelegde voorwaarden en waarbij de controletaak nog moet plaatsvinden in het kader van het proces van de vergunningverlening en het tot stand brengen van de situatie waarop het vergunningverzoek betrekking heeft. Dit is ook tijdens de parlementaire behandeling van de Gemeentewet¹¹ als enige uitzondering zo geformuleerd.

Hieruit mag je concluderen dat dus in ieder geval de directe kosten die gemaakt worden om het instemmingsbesluit of de vergunning te verlenen of de melding goed te keuren gedekt mogen worden door leges. Maar ook dat de kosten voor de eerste controle buiten op het naleven van de in de instemming, vergunning of goedgekeurde melding opgelegde voorwaarden in de leges verdisconteerd mogen worden. In de praktijk zijn dat de kosten van de vergunningverlener die de aanvraag beoordeelt, de overige ambtenaren binnen de organisatie die om advies worden gevraagd en de toezichthouder die een voorschouw uitvoert en de naleving van de door gemeente verstrekte voorwaarden controleert.

5 Moeten de leges voor kabels en leidingen op zich kostendekkend zijn óf mag er kruisbestuiving zijn tussen andere heffingen van leges?

Hierover is de rechtbank¹² duidelijk:

*Belanghebbende heeft gesteld dat met de opbrengst van de **onderhavige heffing (mede) kosten van andere gemeentelijke taken worden bekostigd (kruissubsidiëring)**. Het hof stelt voorop dat de Machtigingsrichtlijn zich **niet tegen zodanige subsidiëring verzet**. De Machtigingsrichtlijn zegt namelijk niets over het doel waarvoor zodanige heffingen worden aangewend (vgl. arrest TME, C-85/10, ov. 33). **Dat laat onverlet dat kruissubsidiëring een aanwijzing kan zijn dat in werkelijkheid een ander doel met een heffing wordt nagestreefd. Die laatstbedoelde uitzondering doet zich in het onderhavige geval echter niet voor.***

Hier staat dus dat de leges als geheel kostendekkend moeten zijn en niet specifiek voor alleen het onderdeel kabels en leidingen. Echter kan kruissubsidiëring een aanwijzing zijn dat de leges met een ander doel worden geheven. Dat is in deze zaak niet het geval.

Het is juridisch dus mogelijk om meer leges te heffen op kabels en leidingen, zolang hiermee geen andere doelen worden behartigd (bijvoorbeeld het moeilijk maken om de markt te betreden). Mocht een gemeente hiertoe besluiten, moet het in ieder geval ervoor zorgen dat de leges als geheel kostendekkend zijn. Bovendien zijn de leges vanuit de kabels en leidingen tabel in de eerste plaats bedoeld voor de werkzaamheden die hierbij horen. Kapabel hanteert daarom het standpunt dat het ethisch juist is om de opbrengsten aan leges voor het hoofdstuk kabels en leidingen ongeveer gelijk te houden aan de kosten die gemaakt worden. Mede ook omdat deze leges voornamelijk geheven worden aan semi publieke instanties, namelijk de aangewezen netbeheerders die het algemeen maatschappelijk belang dienen bij de aanleg, instandhouding en opruiming van kabels of leidingen voor de elektriciteit-, gas- en waterdistributie.

¹¹ Kamerstukken II 1987/88, 20565, nrs. 1-3, V-N 1988/1835, pt. 38.

¹² RBUTR, 12-9-2012, SBR 11-1157

Conclusie

Leges kunnen geheven worden voor het beoordelen van de aanvraag tot het mogen uitvoeren van werkzaamheden aan kabels of leidingen bij burgemeester en wethouders. Zowel voor aanvragen die leiden tot een instemmingsbesluit of een vergunning (grote werkzaamheden), maar ook die leiden tot de goedkeuring op een aanvraag (melding) voor werkzaamheden van niet-ingrijpende aard. Een goedkeuring op een melding die gerelateerd is aan een instemmingsbesluit of vergunning is echter vrij van leges. Er kan namelijk niet tweemaal leges in rekening gebracht worden voor één en hetzelfde belastbare feit.

Het is juridisch gezien niet noodzakelijk dat het hoofdstuk kabels en leidingen van de legesverordening op zichzelf kostendekkend is. De legesverordening als geheel moet kostendekkend zijn. Het advies vanuit Kapabel is echter wel om de leges op kabels en leidingen kostendekkend op te stellen, zodat de netbeheerders ook betalen voor wat ze krijgen.

Voor de onderbouwing van de leges kunnen in ieder geval de directe kosten die samenhangen met het beoordelen van de aanvraag gebruikt worden. Ook de eerste controle op de naleving van de opgelegde voorschriften kunnen in de leges verdisconteerd worden. Dat zijn dus alle handelingen van de vergunningverlener, de voorschouw en eerste controle van de toezichthouder, de advisering van andere ambtenaren en de ondersteunende systemen (registratiesysteem).