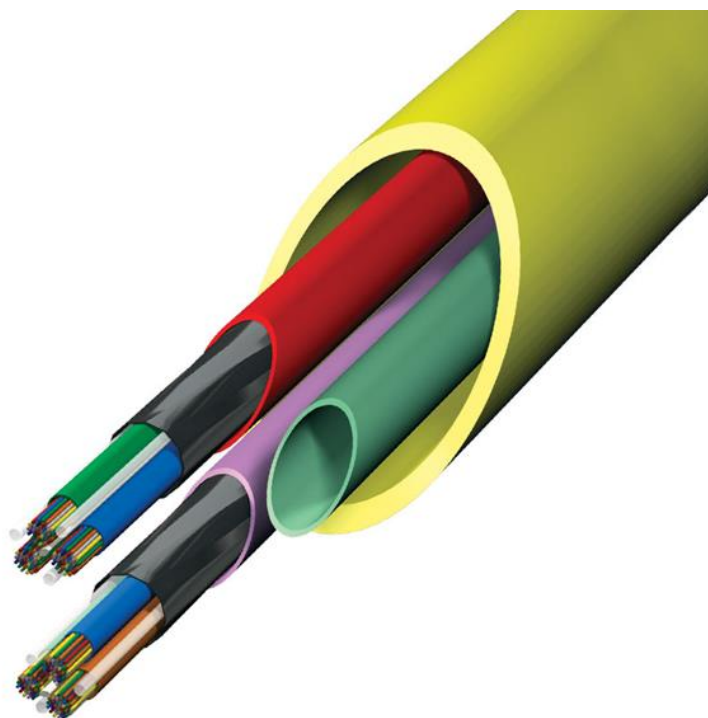




Onderzoek heffing van precariobelasting ter zake van ondergrondse kabels en leidingen



IN OPDRACHT VAN



**Gemeentebelastingen en
Basisinformatie**
Drechtsteden

ESBL

1 juli 2015

mr. dr. A.W. Schep

© ESBL, Rotterdam, juni 2015

Alle rechten voorbehouden. Niets uit deze uitgave mag worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen, of op enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming. Aan het verzamelen en het verwerken van de gegevens voor deze uitgave is de grootst mogelijke zorg besteed. Iedere aansprakelijkheid voor de gevolgen van activiteiten die op basis van deze gegevens worden ondernomen wordt echter afgewezen.

Inhoudsopgave

Inleiding	4
1. Jurisprudentieonderzoek precariobelasting	6
1.1 De precariobelasting in het kort	6
1.2 Voor openbare dienst bestemde gemeenteground	6
1.3 Grond en gedoogplicht	6
1.4 Gedoogplicht voor lege mantelbuizen onder de Telecommunicatiewet	8
2. Voorbereiding precariobelastingheffing van ondergrondse voorwerpen	11
2.1 Inleiding	11
2.2 Contractonderzoek lopende contracten met (nuts)bedrijven	11
2.3 In kaart brengen van ondergrondse kabels en leidingen in gemeenteground	11
3. De heffing van precariobelasting: keuzes bij de uitvoering van de heffing en bij de inrichting van de belastingverordening	14
3.1 Inleiding	14
3.2 Belastingplichtigen	14
3.3 Heffingsmaatstaf	14
3.4 Tarief	15
3.5 Vrijstellingen	16
3.6 Wijze van heffing	17
Bijlage 1 Startnotitie	18
Bijlage 2 Onderzoeksvorstel Drechtsteden precariobelasting Sliedrecht en Dordrecht	24

Inleiding

Door Gemeentebelastingen en Basisinformatie Drechtsteden (hierna: GBD) is aan het ESBL gevraagd om namens de gemeenten Sliedrecht, Dordrecht, Papendrecht en Zwijndrecht onderzoek te doen naar de haalbaarheid (juridisch en praktisch) van de invoering (Papendrecht), dan wel uitbreiding (overige gemeenten) van de heffing van precariobelasting op ondergrondse kabels en leidingen. De onderzoeksvragen zijn opgenomen in Bijlage 2 bij dit rapport.

In een startnotitie van 16 april 2015, welke als Bijlage 1 bij dit rapport is toegevoegd, is beknopt ingegaan op de regeling van de precariobelasting en op actuele ontwikkelingen die een rol kunnen spelen bij de politieke afweging van de opportuniteit van invoering/uitbreiding van de precariobelasting. Daarbij is onder meer ingegaan op het wetsvoorstel dat reeds een aantal jaar is aangekondigd dat een einde moet maken aan de mogelijkheid van heffing van precariobelasting van kabels en leidingen van nutsbedrijven. Ter aanvulling daarop kan nog het op 3 juni 2015 aan de VNG uitgebrachte advies genoemd worden dat de Commissie Financiële ruimte voor gemeenten onder leiding van Alexander Rinnooy Kan deed in haar Adviesrapport 'Bepalen betekent betalen'. Deze commissie beveelt, in navolging van de Raad voor de financiële verhouding (Rfv) aan om het aantal lokale belastingen terug te brengen. Eén van de keuzes die de commissie daarbij maakt is het handhaven van de precariobelasting voor terrassen (vanwege het level playing field tussen bedrijven met een terras in eigendom en een terras op gemeentelijke grond), maar de precariobelasting voor leidingen af te schaffen.¹

Dit vervolgdeel van het onderzoek betreft meer in detail de fiscaal-juridische aspecten van de invoering/uitbreiding van precariobelasting op kabels en leidingen. Ook komen uitvoeringsaspecten aan bod. Concreet is in dit deel van het onderzoek op de volgende vragen antwoord gezocht:

1. Jurisprudentieonderzoek precariobelasting

- a. Welke jurisprudentie is specifiek relevant voor de heffing van precariobelasting van ondergrondse voorwerpen?
- b. Welke kabels en leidingen moeten wel worden belast en welke niet?
- c. Hoe om te gaan met loze leidingen en mantelbuizen?
- d. Wat is de relatie met overeenkomsten gesloten over gebruik van gemeentegrond?

2. Voorbereiding precariobelastingheffing

- a. Welke kabels en leidingen kunnen in de belasting worden meegenomen?
- b. Op welke wijze kan de gemeente aan de benodigde gegevens komen?

3. Keuzes bij de uitvoering en inrichting van de belastingverordening

- a. Welke keuzes heeft de gemeente bij de uitvoering van de precariobelasting en inrichting van de belastingverordening?
- b. Wat is de meest geschikte wijze van heffing? Op aangifte, of op aanslag? Tijdstip of tijdvakheffing?
- c. Zijn er mogelijkheden voor een forfaitaire regeling om de lengte van kabels en leidingen in gemeentegrond vast te stellen? Kan bijvoorbeeld worden uitgegaan van de

¹ Advies van de Commissie Financiële ruimte voor gemeenten, 'Bepalen betekent betalen', Aanbeveling 4, p. 29.

aanname dat van het totaal aantal kabels en leidingen zich 75% in openbare gemeentegrond bevindt?

- d. Welke mogelijkheden zijn er voor vrijstellingen?
4. Wat zijn de gevolgen voor de **specifieke belastingverordeningen** van de bij dit onderzoek betrokken gemeenten bij introductie van precariobelasting, dan wel uitbreiding van de bestaande verordening precariobelasting?

1. Jurisprudentieonderzoek precariobelasting

1.1 De precariobelasting in het kort

De bevoegdheid van de gemeenteraad om een precariobelasting in te voeren is vastgelegd in artikel 228 van de Gemeentewet. Hierin is bepaald dat deze belasting kan worden geheven ter zake van het hebben van voorwerpen onder, op of boven voor de openbare dienst bestemde gemeentegrond. In dit onderzoek, ligt de focus vooral op onder de voor de openbare dienst bestemde gemeentegrond gelegen voorwerpen.

Een gemeente die precariobelasting wil gaan heffen, zal daarvoor een belastingverordening moeten vaststellen waarin een aantal keuzes worden vastgelegd ten aanzien van de omvang van de belastingplicht en de wijze van heffing. Zo bepaalt de gemeente voor welke voorwerpen precariobelasting zal moeten worden betaald. Dat kunnen bijvoorbeeld zijn: uithang- en reclameborden, terrassen, fietsenrekken, mobiele verkooppunten (bijv. de patatkraam), afvalcontainers en ook ondergrondse kabels en leidingen. Maar ook welke voorwerpen zijn vrijgesteld en wat de tarieven zijn voor elk van de soorten voorwerpen.

1.2 Voor openbare dienst bestemde gemeentegrond

Voorwaarde voor de heffing van precariobelasting is dat de grond in eigendom moet zijn bij de gemeente.² Artikel 228 van de Gemeentewet bepaalt immers dat enkel de voorwerpen die zich bevinden op, onder, of boven *de voor de openbare dienst bestemde gemeentegrond* in de precariobelasting kunnen worden betrokken. Het begrip *voor de openbare dienst bestemd* wil zeggen voor een ieder toegankelijk en voor algemeen gebruik (zoals een trottoir). De gemeentegrond moet dan tot algemeen nut strekken waarbij in beginsel iedereen belang kan hebben bij die grond. Algemeen nut en belang moeten ook blijken uit de feitelijke omstandigheden. Vrije toegankelijkheid is niet vereist als door beperking van de toegankelijkheid de realisatie van de (publieke) functie van de desbetreffende gemeentegrond is gewaarborgd. In het arrest waarin de Hoge Raad dit heeft overwogen waren leidingstroken voor kabels en pijpleidingen niet vrij toegankelijk. Gegeven hun functie, was dit niet vereist om toch precariobelasting te kunnen heffen.

1.3 Grond en gedoogplicht

Verder is uit de jurisprudentie af te leiden dat voor precariobelasting is vereist dat de gemeente *zeggenschap heeft* over de grond en het gebruik ervan.³ Dat wordt zo uitgelegd dat de gemeente de aanwezigheid van de particuliere voorwerpen veroorlooft of toelaat en derhalve gerechtigd is die aanwezigheid te verbieden.⁴ Dit is niet het geval wanneer de gemeente de verplichting heeft om deze voorwerpen te gedogen. Deze gedoogplicht kan voortvloeien uit een wettelijk voorschrift, maar

² Vgl. HR 3 oktober 2014, nr. 13/06239, ECLI:NL:HR:2014:2877, *Belastingblad* 2014/445, vervolg van procedure van Hof Amsterdam 31 oktober 2013, nr. 13/00031, ECLI:NL:GHAMS:2013:4157, *Belastingblad* 2014/45.

³ Vgl. HR 14 september 2007, nr. 41 467, ECLI:NL:HR:2007:BB3437, *Belastingblad* 2007/1176.

⁴ Zie voor een uitgebreide beschouwing over de achtergrond en betekenis van 'veroorloven of toelaten' en precariobelasting: J.J. Verbeek, 'Precariobelasting. De betekenis van 'veroorloven of toelaten'', *WFR* 2004/143.

ook worden afgeleid uit gemaakte afspraken in een privaatrechtelijke overeenkomst over gebruik van gemeentegrond. De gemeente moet het hebben van die voorwerpen dan dulden en kan ter zake van die voorwerpen ook geen precariobelasting heffen. Wettelijke gedoogplichten vloeien voort uit de Telecommunicatiewet (art. 5.1) en de Belemmeringenwet Privaatrecht. Om deze gedoogplichten te effectueren dient een bepaalde procedure te worden gevolgd, slechts dan ontstaat de gedoogplicht. Zie voor de Belemmeringenwet Privaatrecht het kader en voor de Telecommunicatiewet hierna. Daarnaast kan heffing van precariobelasting worden verhinderd door bepalingen in concessies, vergunningen, overeenkomsten en erfdienstbaarheden.⁵ In al die gevallen is heffing van precariobelasting niet mogelijk indien de privaatrechtelijke verhouding met de gebruiker voor de gemeente als eigenaar van de grond de verplichting inhoudt het gebruik van die grond toe te staan. Er is dan immers geen sprake meer van veroorloven of toelaten, maar van verplicht gedogen. Er moet worden aangenomen dat precarioheffing alleen mogelijk is als het gebruik van de gemeentegrond berust op een bruikleenovereenkomst of een daarop geïnspireerde onbenoemde gebruiksovereenkomst dan wel feitelijk wordt gedoogd.⁶ Indien de gebruiker van de grond een persoonlijk of zakelijk gebruiksrecht heeft en de overheid derhalve een daarmee corresponderende verplichting, is heffing niet toegestaan.

Resumerend kan een gemeente precariobelasting heffen zolang er niet een wettelijke gedoogverplichting is en de gemeente niet een privaatrechtelijke gedoogverplichting op zich heeft genomen.

Zo is bijvoorbeeld ter zake van elektriciteitsleidingen en kabels heffing van precariobelasting mogelijk. Dat dit zo is, blijkt ook uit de wetsgeschiedenis van de Elektriciteitswet. Er zijn namelijk een aantal pogingen ondernomen om bij amendement in de Elektriciteitswet een wettelijke gedoogplicht te doen opnemen teneinde heffing van precariobelasting te verhinderen (*Kamerstukken II* 1997/98, 25 621, nr. 59). Het amendement is uiteindelijk ingetrokken omdat er de voorkeur aan werd gegeven de materie bij een latere gelegenheid te regelen (Brief van de Minister van 23 maart 1998, *Kamerstukken II*, 25 621, nr.

Belemmeringenwet Privaatrecht

De Belemmeringenwet Privaatrecht biedt ondernemers van openbare werken een publiekrechtelijk instrument dat de aanleg of het behoud van die openbare werken garandeert. Dit instrument komt van pas als er geen overeenstemming wordt bereikt over het medegebruik van onroerende zaken. De minister van Infrastructuur en Milieu is bevoegd tot het opleggen van een gedoogverplichting op grond van de Belemmeringenwet Privaatrecht. Het proces dat leidt tot het gedoogplichtbesluit wordt de gedoogplichtprocedure genoemd.

Gedoogverplichting

De gedoogverplichting houdt bijvoorbeeld in dat een eigenaar van een stuk grond moet toestaan dat een energiebedrijf leidingen mag leggen in die grond. Deze verplichting kan alleen worden opgelegd wanneer het belang van dat werk van algemeen nut is. Wanneer de grondeigenaar in dit voorbeeld niet wil samenwerken met het energiebedrijf, kan laatstgenoemde een gedoogverplichting aanvragen. De Belemmeringenwet Privaatrecht wordt in veruit de meeste gevallen (98%) toegepast als het gaat om het leggen van kabels of leidingen in de grond.

De gedoogplichtprocedure, maar ook de voordracht van het erkenningsbesluit worden namens de minister uitgevoerd door Rijkswaterstaat Corporate Dienst te Utrecht.

(informatie van www.rijkswaterstaat.nl)

⁵ Vgl. HR 11 oktober 2013, nr. 11/05660, ECLI:NL:HR:2013:BZ7849, V-N 2013/20.23.

⁶ J.J. Verbeek, 'Precariobelasting. De betekenis van 'veroorloven of toelaten'', *WFR* 2004/143.

78 en *Handelingen II* 1997/98, blz. 64-4770).⁷ Ook het feit dat er op dit moment een wetsvoorstel in de maak is dat een gedoogverplichting zal scheppen voor kabels en leidingen van nutsbedrijven illustreert dat de Elektriciteitswet, de Gaswet of de Waterleidingwet in beginsel geen belemmering vormen voor de heffing van precariobelasting.

Opgemerkt wordt ten slotte dat over de vraag of sprake is van ‘veroorloven of toelaten’, danwel van een gedoogplicht, veel wordt geprocedeerd. Vooral de overeenkomsten die gemeenten met energiebedrijven hebben gesloten toen zij geprivatiseerd werden, geven aanleiding tot veel discussie over de interpretatie van bepalingen in die overeenkomsten.⁸ Deze procedures zijn principieel van aard, hebben vaak een groot financieel belang en zijn juridisch ingewikkeld en worden vaak tot aan de Hoge Raad uitgedaagd.

In dat kader willen wij gemeenten graag wijzen op een arrest van de Hoge Raad uit 2011 over een duurovereenkomst van de gemeente De Ronde Venen.⁹ Hierin besliste de Hoge Raad dat gemeenten niet voor eeuwig gebonden zijn aan ten tijde van de privatisering van de gemeentelijke energiebedrijven gesloten exploitatieovereenkomsten. Deze kunnen eenzijdig worden opgezegd. Na opzegging kan dan vervolgens precariobelasting worden geheven.

Afhankelijk van de omstandigheden van het geval brengen de eisen van redelijkheid en billijkheid soms mee dat een voldoende zwaarwegende grond voor opzegging bestaat. Ook moet onder omstandigheden een opzegtermijn in acht worden genomen, zodat de opgezegde partij zich (enigszins) kan aanpassen aan de op handen zijnde veranderingen. Onder omstandigheden kan toekenning van schadevergoeding een vereiste zijn. In dit geval oordeelde de Hoge Raad dat de gemeente de overeenkomsten eenzijdig kon opzeggen zonder dat zij daar een zwaarwegende grond voor hoefde te hebben. In dit geval vormde het enkele feit dat de te betalen vergoeding van de kosten van een noodzakelijke verlegging minder gunstig voor de energiebedrijven wordt, geen reden dat een zwaarwegende grond voor opzegging nodig is, aldus de Hoge Raad. De door de gemeente gehanteerde opzegtermijn van 3,5 maand achtte de Hoge Raad in deze procedure voldoende. Ook voor het toekennen van schadevergoeding achtte de Hoge Raad onvoldoende grond aanwezig.

1.4 Gedoogplicht voor lege mantelbuizen onder de Telecommunicatiewet

Specifiek voor de Telecommunicatiewet geldt dat slechts kabels en leidingen die in deze wet expliciet zijn genoemd onder de wettelijke gedoogplicht vallen. Kabels die onder de gedoogplicht van de Telecommunicatiewet vallen, zijn volgens artikel 1.1, onderdeel z van die wet:

“fysieke geleidingsdraden bestemd voor de rechtstreekse overdracht van signalen tussen punten en de bij deze fysieke geleidingsdraden behorende ondergrondse ondersteuningswerken, beschermingswerken en signaalinrichtingen, alsmede inrichtingen, bestemd om daarin verbinding tot stand te brengen tussen fysieke ge-

⁷ Vgl. HR 10 juli 2009, nr. 42 475, ECLI:NL:HR:2009:BG5918, *Belastingblad* 2009/1136.

⁸ Zie bijvoorbeeld Hof Amsterdam 2 oktober 2014, nr. 13/00611, ECLI:NL:GHAMS:2014:4182, *Belastingblad* 2015/14.

⁹ HR 28 oktober 2011, nr. 10/00299, ECLI:NL:HR:2011:BQ9854 (civiele kamer van de Hoge Raad), gepubliceerd onder andere in *Gst.* 2012/49.

leidingsdraden in, op of boven openbare gronden enerzijds en fysieke geleidingsdraden in gebouwen en daarmee één geheel vormende gronden anderzijds dan wel tussen laatstgenoemde fysieke geleidingsdraden onderling;”

De meeste telecomkabels die tegenwoordig aangelegd worden, zijn glasvezelkabels. Deze kabels bestaan uit twee delen: een kunststof buis, een zogenoemde HDPE-buis, en de eigenlijke glasvezelkabel.¹⁰ Eerst worden in de grond over de lengte van het tracé HDPE-buizen aangelegd. In de buizen worden later de glasvezelkabels aangebracht door deze kabels in de buis te blazen. In de praktijk blijkt dat telecomaانبieders slechts in een gedeelte van de door hen aangelegde HDPE-buizen glasvezelkabel aanbrengen. De overige buizen worden alvast aangelegd met het oog op eventuele toekomstige uitbreiding van de capaciteit. Daarnaast worden ook niet altijd alle aangebrachte glasvezelkabels aangesloten op het openbare telecommunicatienetwerk. Tijdens de parlementaire behandeling van de Telecommunicatiewet is slechts summier ingegaan op de definitie van het begrip kabel. Onduidelijk is of de wetgever destijds lege HDPE-buizen onder dat begrip heeft willen rangschikken. In de praktijk werd lang aangenomen van niet. In de praktijk wordt het begrip kabel uitgelegd als een transmissiemedium voor elektronische communicatiediensten. In dat geval is een lege buis niet dienstbaar aan de transmissie van een elektronische communicatiedienst en is geen sprake van een kabel in de zin van de Telecommunicatiewet. Pas als in de HDPE-buis glasvezelkabel is aangebracht die deel uitmaakt van een openbaar telecommunicatienetwerk, is de buis dienstbaar als beschermingswerk voor de glasvezelkabel. Dan is ook sprake van een kabel in de zin van de Telecommunicatiewet en derhalve van een gedoogplicht en is heffing van precariobelasting niet mogelijk.

Op 15 maart 2013 heeft de Hoge Raad een arrest gewezen over de heffing van precariobelasting van lege mantelbuizen in de zin van de Telecommunicatiewet.¹¹ In cassatie ging het om de vraag of van belanghebbende precariobelasting kan worden geheven voor het hebben van lege mantelbuizen onder, op of boven de gemeentegrond. Primair was in geschil of de gemeente op grond van de Telecommunicatiewet verplicht is lege mantelbuizen tijdens de in geding zijnde tijdvakken te gedogen, wat heffing van precariobelasting verhindert. Belanghebbende is een erkende aanbieder, in de zin van de Telecommunicatiewet, van een openbaar telecommunicatienetwerk of omroepnetwerk. In 2001 heeft zij de eigendom verkregen van mantelbuizen en handholes gelegen op of onder de voor de openbare dienst bestemde gemeentegrond. In deze mantelbuizen bevinden zich geen (glasvezel)-kabels. Bij besluit van 23 januari 2003 heeft de Gemeente op aanvraag van belanghebbende ingestemd met 'het aanleggen (of uitbreiden) en in stand houden van de HDPE-buizen/kabels'. Dat besluit werkt terug tot 23 juli 2001. De Heffingsambtenaar heeft belanghebbende voor de jaren 2002, 2003 en 2004 (tot 18 mei 2004) aanslagen in de precariobelasting opgelegd. De Hoge Raad overweegt:

“Op grond van artikel 5.1 van de Telecommunicatiewet was de gemeente (...) verplicht de aanleg en instandhouding van kabels (...) in en op openbare gronden te gedogen. Op grond van zijn in cassatie niet bestreden vaststelling dat de mantelbuizen ondersteuningswerken of beschermingswerken van (glasvezel)kabels zijn in de zin van artikel 1.1, aanhef en letter r, van de Telecommunicatiewet [oud] is het Hof terecht ervan uitgegaan dat mantelbuizen op zichzelf zijn aan te merken als

¹⁰ Beschrijving van: B. van Meurs, 'Telecomkabels en precariobelasting', WFR 2003/1291.

¹¹ HR 15 maart 2013, nr. 11/05404, ECLI:NL:HR:2013:BY3909, Belastingblad 2013/166.

‘kabels’ in de zin van die bepaling. Het middel betoogt dat de mantelbuizen niettemin geen kabels ten dienste van een openbaar telecommunicatienetwerk in de zin van artikel 5.1 van de Telecommunicatiewet zijn omdat zij destijds niet met (glasvezel)kabels waren gevuld. Dit betoog miskent dat (1) belanghebbende een aanbieder is in de zin van de Telecommunicatiewet aan wie het in 3.1.2 bedoelde instemmingsbesluit is verleend, dat (2) het instemmingsbesluit mede betrekking heeft op de mantelbuizen en dat (3) die mantelbuizen daarin zijn aangemerkt als kabels ten dienste van een openbaar telecommunicatienetwerk in de zin van de Telecommunicatiewet.”

Het hof heeft in deze procedure onbestreden kunnen vaststellen dat mantelbuizen vallen onder de omschrijving van het begrip ‘kabels’ de in de Telecommunicatiewet, en meer specifiek zijn aan te merken als ondersteuningswerken of beschermingswerken van (glasvezel)kabels. De procedure was wellicht anders gelopen als tijdens de hofprocedure door de heffingsambtenaar wel was bestreden dat mantelbuizen als beschermingswerken dienen. Bovendien waren de mantelbuizen in dit geval ook in het eigen instemmingsbesluit expliciet als kabels ten dienste van een openbaar telecommunicatienetwerk in de zin van de Telecommunicatiewet aangemerkt. Uit de in de conclusie van de Advocaat-Generaal opgenomen delen uit de parlementaire geschiedenis, jurisprudentie (van o.a. het CBb en de OPTA) en vakliteratuur valt af te leiden, dat lege mantelbuizen niet tot beschermingswerken worden gerekend. Immers, buizen kunnen alleen ter bescherming van kabels dienen, indien die kabels ook daadwerkelijk in de buizen aanwezig zijn. Aangenomen wordt, dat lege buizen alleen dan als beschermingswerk kunnen worden aangemerkt, indien ze binnen een bepaalde tijd gevuld worden met de telecomkabels. Of dit het geval is, kan bijvoorbeeld worden afgeleid uit de situatie ter plekke (controles) of uit verleende vergunningen en instemmingsbesluiten.

De conclusie luidt dat ondanks het arrest van de Hoge Raad er nog steeds discussie gevoerd kan worden over de belastbaarheid voor de precariobelasting van lege mantelbuizen voor telecommunicatienetwerken. In het geval een mantelbuis leeg is en voorlopig leeg zal blijven, is pleitbaar het standpunt dat precariobelasting kan worden geheven. Slechts een met een kabel gevulde mantelbuis vormt immers een beschermingswerk van die kabel en kan slechts in dat geval worden geschaard onder het begrip kabel in de zin van de Telecommunicatiewet. Alleen dan treedt de wettelijke goedgeloofplicht in werking, welke heffing van precariobelasting uitsluit. Uiteraard kan de gemeente er ook voor kiezen om niet zo ‘hoog aan de wind’ te varen om discussies en procedures te voorkomen en besluiten om alle kabels en leidingen van telecomaanbieders buiten de heffing te laten, ongeacht of het slechts mantelbuizen of ondersteuningswerken betreft.

2. Voorbereiding precariobelastingheffing van ondergrondse voorwerpen

2.1 Inleiding

Om daadwerkelijk over te kunnen gaan tot het opleggen van precariobelasting van ondergrondse voorwerpen, is een aantal voorbereidende werkzaamheden nodig:

- het opstellen of wijzigen van een verordening precariobelasting (onderdeel 5)
- onderzoek naar privaatrechtelijke gebruiksovereenkomsten (onderdeel 2.2)
- het in kaart brengen van belastbare voorwerpen (onderdeel 2.3)

De eisen gesteld aan de precariobelastingverordening zijn beschreven in onderdeel 5. De overige genoemde onderdelen komen hierna aan bod.

2.2 Contractonderzoek lopende contracten met (nuts)bedrijven

Zoals hiervoor beschreven, kan heffing van precariobelasting van kabels en leidingen worden verhinderd door een privaatrechtelijke verhouding met de gebruiker als die verhouding voor de gemeente als eigenaar de verplichting inhoudt het gebruik van de gemeentegrond toe te staan. Er is dan immers geen sprake meer van veroorloven of toelaten, maar van verplicht gedogen. Er zal dan ook in de bij dit onderzoek betrokken gemeenten nader onderzoek moeten plaatsvinden naar lopende contracten met (nuts)bedrijven). Is in die contracten ten aanzien van de gebruiker van de grond een persoonlijk of zakelijk gebruiksrecht van de gemeentegrond opgenomen, dan is heffing van precariobelasting niet toegestaan. Het kan zijn dat deze contracten binnenkort aflopen. Dan is het goed om alvast de heffing van precariobelasting aan te kondigen (zie ook hierna 2.4).

2.3 In kaart brengen van ondergrondse kabels en leidingen in gemeentegrond

Inleiding

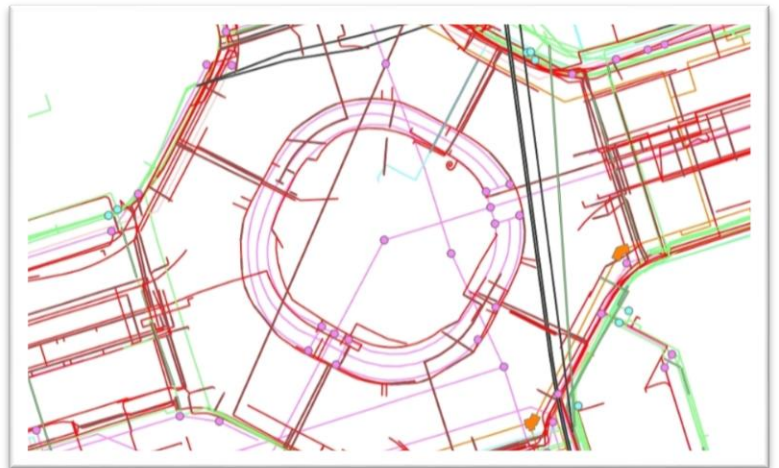
Slechts ter zake van voorwerpen in voor openbare dienst bestemde gemeentegrond kan precariobelasting worden geheven. De gemeentegrens bepaalt derhalve de belastingplicht, maar ook de eigendomsgrens van de gemeentegrond ten opzichte van particulier eigendom. Artikel 228 van de Gemeentewet (precariobelasting) spreekt van ‘voorwerpen’ die zich op, onder of boven gemeentegrond bevinden. Als het gaat om kabels en leidingen, dan gaat het derhalve om een keuze om van de voorwerpen die zich onder de gemeentegrond bevinden enkel kabels en leidingen in de precariobelasting te betrekken. De gemeente kan deze keuze maken. Binnen die keuze zal de gemeente zich echter wel moeten inspannen om zoveel mogelijk kabels en leidingen in de heffing te betrekken. De gemeente kan zich dan ook niet beperken tot slechts kabels en leidingen van nutsbedrijven. Anders ontstaat strijdigheid met het gelijkheidsbeginsel. Ook kabels en leidingen van andere bedrijven en instellingen zijn belastingplichtig (behoudens eventuele vrijstellingen). Maar ook wellicht buisleidingen waarmee bepaalde vloeistoffen ondergronds worden verplaatst via gemeentegrond zullen in beginsel in de precariobelasting moeten worden betrokken. Verder zal beslist moeten worden of ook bepaalde ondersteuningswerken voor de kabels en leidingen in de heffing zullen worden betrokken zoals bijvoorbeeld leidingviaducten (voor zover aanwezig).

Gegevensverzameling

De gemeente staat diverse mogelijkheden ter beschikking om het aantal strekkende meter ondergrondse kabels, leidingen en buizen te inventariseren.

Kabels en Leidingen Informatie Centrum (KLIC) van het Kadaster

Op basis van de Wet informatie-uitwisseling ondergrondse netten (WION), ook wel grondroerdersregeling genoemd, is het sinds 1 oktober 2008 verplicht om bij elke 'mechanische grondroering' een graafmelding bij het Kadaster te doen. De wet beoogt gevaar of economische schade door beschadiging van ondergrondse kabels of leidingen (water-, elektriciteit- en gasleidingen, telefoonlijnen en olie- en gasleidingen) te voorkomen. De netbeheerder is verplicht alle 'belangen', zaken die het bedrijf in bezit of beheer heeft, te registreren bij het Kadaster. Ook heeft de beheerder de verplichting om te zorgen voor actueel betrouwbaar kaartmateriaal en tekeningen van de leidingen.



De wet verplicht de netbeheerder informatie over ondergrondse kabels en leidingen binnen 1 werkdag beschikbaar te stellen aan iedere partij die van plan is om op mechanische wijze (dus machinaal) te gaan graven of bijvoorbeeld heien, boren, sonderen enz. De wet verplicht gravers tot het melden van elke 'mechanische grondroering', grondbewerking, waaronder het leggen van kabels. Kabel- en leidingbeheerders moeten al hun (ondergrondse) kabels en leidingen binnen vastgestelde nauwkeurigheid digitaal beschikbaar hebben en melden bij het Kadaster.

Van sommige kabels of leidingen is niet bekend wie de eigenaar of beheerder is. Een grondroerder is verplicht deze bij het Kadaster te melden. Het Kadaster meldt de vondst van de onbekende leiding aan alle beheerders van leidingen in het betrokken gebied. Als het Kadaster niet binnen tien werkdagen kan achterhalen van wie de leiding is dan krijgt de gemeente de verplichting om (het gevonden deel van) de leiding te registreren als weesleiding. De gemeente is verplicht om deze informatie bij een melding beschikbaar te stellen.

Zie verder uitgebreid de website van KLIC van het Kadaster.¹² Verder wordt gewezen op het Gemeentelijk platform kabels & leidingen (GPKL)¹³, een kennisnetwerk rond ondergrondse kabels en leidingen voor en door gemeenten. Dit GPKL heeft samen met de Vereniging voor Nederlandse Gemeenten (VNG) ook een Modelverordening werkzaamheden kabels en leidingen opgesteld.¹⁴

Fiscale onderzoeksmogelijkheden

Uiteraard heeft de gemeente ook reguliere mogelijkheden die de Algemene Wet inzake Rijksbelastingen biedt (AWR) om informatie op te vragen bij belastingplichtigen om de belastingplicht vast te stellen. Ook kan de hoogte van de belastingaanslag worden vastgesteld op basis van een door de belastingplichtige gedane aangifte. In dit onderzoek wordt hier verder niet op ingegaan. Deze kennis en ervaring wordt als bekend verondersteld.

Eigen bestaande gemeentelijke informatie

De gemeente is verantwoordelijk voor de coördinatie van werkzaamheden in of op openbare gronden in verband met de aanleg, instandhouding en opruiming van kabels en leidingen. Een koppeling met de bestaande gemeentelijke regelgeving, administratie, informatie en processen rond de vergunningen, meldingen en instemmingen rond werkzaamheden inzake kabels en leidingen, ligt dan ook voor de hand.

Vooraf met betrekking tot het actualiseren van het aantal belastbare meters kabels, buizen en leidingen zal de eigen gemeentelijke administratie gekoppeld moeten worden. Mogelijk dat deze regelgeving en processen in de bij dit onderzoek betrokken gemeente uiteenlopen en kan de introductie van de precariobelasting een aanleiding vormen om te komen tot één uniform stelsel van gemeentelijke regelgeving en bedrijfsprocessen.¹⁵

Gegevens over kabels en leidingen

Informatie is beschikbaar bij:

- *Eigen gemeentelijke administratie*
- *Kabels en Leidingen informatie Centrum (KLIC) van het Kadaster*
- *Gemeentelijk platform kabels & leidingen (GPKL)*
- *VNG*

¹² <http://www.kadaster.nl/web/Themas/Registraties/KLIC-WION.htm>.

¹³ <http://www.gpkl.nl/>

¹⁴ Te vinden via de onderwerpspagina van de VNG-website in het Dossier Ruimte en Wonen onder 'Kabels en leidingen': <http://www.vng.nl/onderwerpenindex/ruimte-en-wonen/kabels-en-leidingen>. De modelverordening is te vinden op: <http://www.vng.nl/onderwerpenindex/ruimte-en-wonen/kabels-en-leidingen/nieuws/handig-de-modelverordening-werkzaamheden-kabels-en-leidingen>

¹⁵ Daarbij kan de eerder genoemde modelverordening van de VNG met betrekking tot werkzaamheden inzake kabels en leidingen behulpzaam zijn (<http://www.vng.nl/onderwerpenindex/ruimte-en-wonen/kabels-en-leidingen/nieuws/handig-de-modelverordening-werkzaamheden-kabels-en-leidingen>).

3. De heffing van precariobelasting: keuzes bij de uitvoering van de heffing en bij de inrichting van de belastingverordening

3.1 Inleiding

Een gemeente die precariobelasting wil gaan heffen, zal daarvoor een belastingverordening moeten vaststellen waarin een aantal keuzes wordt vastgelegd ten aanzien van de omvang van de belastingplicht en de wijze van heffing. In dit onderdeel zijn de belangrijkste onderdelen voor wat betreft de heffing van precariobelasting ter zake van kabels, buizen en leidingen beschreven.

3.2 Belastingplichtigen

De precariobelasting wordt geheven van degene die het voorwerp of de voorwerpen onder, op of boven voor de openbare dienst bestemde gemeentegrond heeft, dan wel van degene ten behoeve van wie dat voorwerp of die voorwerpen onder, op of boven voor de openbare dienst bestemde gemeentegrond aanwezig zijn. Indien de gemeente een vergunning heeft verleend voor het hebben van het voorwerp of de voorwerpen onder, op of boven voor de openbare dienst bestemde gemeentegrond, kan de belastingverordening bepalen dat de belasting wordt geheven van degene aan wie de vergunning is verleend of diens rechtsopvolger, tenzij blijkt dat hij niet de voorwerpen onder, op of boven de voor de openbare dienst bestemde gemeentegrond heeft.

3.3 Heffingsmaatstaf

Hoofdregel

De precariobelasting is een algemene belasting waar de gemeente grote vrijheid toekomt bij het kiezen van de heffingsmaatstaven en de tarieven. Wel geldt het wettelijke verbod dat de hoogte van een gemeentelijke belasting niet afhankelijk mag worden gesteld van het inkomen, de winst of het vermogen. Voor het overige geldt dat, mits geen sprake is van willekeurige belastingheffing of een belastingheffing die leidt tot onredelijke uitkomsten, een belastingrechter in een procedure de door de gemeenteraad gemaakte keuzes in stand zal laten. De keuze van de heffingsmaatstaf voor ondergrondse kabels, leidingen en buizen is logischerwijs doorgaans het aantal strekkende meter (m^1). Wanneer de belastingplicht voortvloeit uit een verstrekte vergunning, zal moeten worden aangesloten bij het in die vergunning genoemde aantal meters.

Hierna zal ingegaan worden op de vraag of moet worden aangesloten bij het daadwerkelijk aantal meters of dat ook gewerkt kan worden met een forfaitaire regeling.

Forfaitaire regeling

De wettekst bepaalt dat belast kan worden het (daadwerkelijk) 'hebben van voorwerpen' (en niet het 'kunnen hebben van voorwerpen'). Dit betekent dat in beginsel wordt aangesloten bij het daadwerkelijk aantal meters kabels, buizen en leidingen in de gemeentegrond. In de opdrachtverlening bij dit onderzoek is de vraag opgeworpen of zou kunnen worden gewerkt met een aanname dat 75% van de totale opgegeven kabels en leidingen zich in gemeentegrond bevinden.

Voor de beantwoording van die vraag kan het volgende arrest van de Hoge Raad behulpzaam zijn.

In HR 9 augustus 2013 was in geschil een aanslag precariobelasting voor een woonboot. De aanslag is berekend over een fictief berekende oppervlakte van 129 m². De boot is in werkelijkheid 115 m² groot. Hof Amsterdam oordeelde dat deze wijze van heffing – gebaseerd op een fictieve oppervlakte van de grootste rechthoek van de boot – blijft binnen de wettelijke grenzen. Het hof erkent dat door de berekening X moet betalen over een grotere oppervlakte dan de oppervlakte die de woonboot daadwerkelijk in beslag neemt. Dit leidt echter niet tot een onredelijke of willekeurige heffing, nu gebruik wordt gemaakt van een objectieve maatstaf die in voldoende mate in relatie staat tot het belastbare feit. De Hoge Raad oordeelt dat de middelen of klachten niet tot cassatie kunnen leiden (art. 81 Wet RO).

Het feit dat de voorwerpen zich daadwerkelijk in, op of boven de gemeentegrond bevinden, hoeft dus niet ook een exacte bepaling van de grootte of lengte van die voorwerpen door de gemeente te betekenen om precariobelasting te kunnen heffen. Een regeling in de verordening die een doelmatige bepaling van de heffingsmaatstaf mogelijk maakt, is dus mogelijk. Deze regeling zal wel in de verordening moeten worden vastgelegd. Daarbij gelden wel de grenzen van het verbod van willekeurige en onredelijke belastingheffing. De aanname dat van het totale aantal meters kabels en leidingen zich 75% in de gemeentegrond bevindt, zal moeten kunnen worden onderbouwd. Een aanname op zich is niet voldoende en er zal een (grove) berekening aan ten grondslag moeten liggen.

Fiscale vaststellingsovereenkomst

Als alternatieve mogelijkheid kan worden overwogen om aan de grootste belastingplichtigen aan te bieden een fiscale vaststellingsovereenkomst aan te gaan. Bij een vaststellingsovereenkomst binden partijen, ter beëindiging of ter voorkoming van een geschil omtrent hetgeen tussen hen rechs geldt, zich jegens elkaar aan een vaststelling daarvan. De heffingsambtenaar heeft de bevoegdheid om een dergelijke overeenkomst aan te gaan op basis van artikel 64 AWR.¹⁶ In deze overeenkomst worden de bepalingen van de verordening eerbiedigd. Er is dus geen sprake van onderhandelen over de hoogte van de aanslag. Maar er kunnen wel praktische afspraken worden vastgelegd over het jaarlijkse aantal in de belasting te betrekken meters kabels en leidingen. In een dergelijke overeenkomst kan wel een op de waarheid gebaseerd percentage van de totale kabels en leidingen van een belastingplichtige die zich de gemeentegrond bevinden, worden opgenomen als basis voor de heffing. Ook kunnen er in een dergelijke overeenkomst afspraken worden gemaakt over het tijdstip en de wijze van jaarlijks aanleveren van de benodigde gegevens voor de belastingheffing.

Een vaststellingsovereenkomst ex art. 7:900 BW bevat als regel een compromis tussen de heffende overheid en belastingplichtige. Het komt vaak voor dat de belastingplichtige in een dergelijke overeenkomst, die meestal tot doel heeft een definitief einde te maken aan het geschil, afstand doet van zijn bezwaarrecht. De belastingplichtige, die op deze wijze rechtsgeldig afstand heeft gedaan van zijn bezwaarrecht, kan hier later niet op terugkomen. Doet hij dat toch, dan wordt hij niet-ontvankelijk verklaard in zijn bezwaar.¹⁷

3.4 Tarief

¹⁶ Voor de rijksbelastingen zijn de kaders van de vaststellingsovereenkomst vastgelegd in het Besluit Fiscaal Bestuursrecht (paragraaf 22). Dit besluit kan als handvat dienen voor een overeenkomst over precariobelasting.

¹⁷ HR 13 mei 1981, nr. 20 435, ECLI:NL:HR:1981:AW9651.

Evenals met betrekking tot de heffingsmaatstaf, komt de gemeente eveneens grote vrijheid toe wat betreft de keuze van de tarieven en tariefdifferentiatie. Aangezien de precariobelasting een algemene belasting is, geldt in beginsel dat de hoogte van de heffing niet is gelimiteerd. Ook is het voeren van tariefbeleid mogelijk. Zo kan voor de hoogte van de tarieven bijvoorbeeld ook worden aangesloten bij de gehanteerde privaatrechtelijke vergoedingen voor gebruik van gemeentegrond (vanuit oogpunt van acceptatie). Ook kan wellicht voor buizen en leidingen voor stadsverwarming een lager tarief worden vastgesteld dan voor kabels en leidingen van commerciële bedrijven. Het betreft derhalve een politieke keuze. Tariefdifferentiatie is niet voorgeschreven.

Als voorbeeld het tariefartikel uit de precariobelastingverordening van de gemeente Rotterdam:

Artikel 5 Tarieven

Lid 9 (...)

- a. voor kabels: € 1,30 per strekkende meter;*
- b. voor gasbuizen met een werkdruk van niet meer dan 10 bar, waterleidingen en stadsverwarmingsbuizen: € 1,30 per strekkende meter;*
- c. voor buizen en leidingen, andere dan die bedoeld in sub b: € 6,30 per strekkende meter;*
- d. voor leidingviaducten: € 11,80 per oppervlakte van een vierkante meter.*

3.5 Vrijstellingen

Zoals in onderdeel 2.3 reeds beschreven, zullen in beginsel alle kabels en leidingen gelegen in openbare gemeentegrond in de belastingheffing moeten worden betrokken. Soms kan het onwenselijk zijn om kabels en leidingen van een bepaald bedrijf of bepaalde instelling te belasten. Het opnemen van een vrijstelling is dan onder strikte voorwaarden in sommige gevallen mogelijk. Het opnemen van een vrijstelling betekent doorgaans dat strijd met het gelijkheidsbeginsel ontstaat en mogelijk ook strijd met het verbod van willekeurige en onredelijke belastingheffing. In een procedure toetst de rechter dan of de gemeenteraad op voorhand heeft kunnen voorzien dat de gemaakte keuze zou leiden tot ongelijkheid en derhalve onredelijke en willekeurige belastingheffing (marginale toetsing). Van schending van het gelijkheidsbeginsel is sprake wanneer gelijke gevallen ongelijk worden behandeld. Niet elke ongelijke behandeling levert strijd met het gelijkheidsbeginsel op. Voor een ongelijke behandeling kan een objectieve en redelijke rechtvaardiging zijn. Er zal voor de vrijstelling derhalve een objectieve en redelijke rechtvaardigingsgrond moeten zijn. Gedacht kan worden aan het opnemen van een vrijstelling voor voorwerpen waarvan de gemeente eigenaar is en die liggen in de eigen grond. De objectieve en redelijke rechtvaardigingsgrond is dan gelegen in het doelmatig belastingheffen en het onnodig rondpompen van geld. Gedacht kan bijvoorbeeld worden aan een vrijstelling voor de eigen gemeentelijke rioleringsbuizen. Ook komt in de praktijk voor dat in de vrijstellingsbepaling expliciet wordt opgenomen dat geen precariobelasting wordt geheven als er een wettelijke gedoogplicht geldt, of als uit hoofde van een privaatrechtelijke overeenkomst een vergoeding wordt betaald. Dit is echter niet nodig, omdat dit rechtstreeks uit de wettelijke regeling en jurisprudentie volgt.

Wanneer niet een vrijstelling is gewenst, maar wel een verminderd profijt wordt aangenomen van het liggen van bepaalde voorwerpen in de gemeentegrond, kan wellicht in plaats van het opnemen van een vrijstellen, de introductie van tariefdifferentiatie worden overwogen.

3.6 Wijze van heffing

Precariobelasting wordt doorgaans bij wege van aanslag geheven, al dan niet na het doen van aangifte door de belastingplichtige. Indien gewenst kan in de verordening worden bepaald dat de belasting verschuldigd is aan het begin van het tijdvak. Het tijdvak is in geval van kabels en leidingen doorgaans het kalenderjaar. Dit zal dan gepaard moeten gaan met een regeling die heffing naar tijdsge-lang mogelijk maakt voor de gevallen dat de belastingplicht gedurende het belastingtijdvak aanvangt, danwel eindigt. Voor zover er voor de voorwerpen een vergunning is verstrekt, zal het belastingtijdvak doorgaans aansluiten bij de geldigheidsduur van de vergunning.



Startnotitie heffing precariobelasting van ondergrondse kabels en leidingen

16 april 2015

mw. mr. A.P. Monsma

mr. dr. A.W. Schep

Samenvattende conclusie

Het invoeren van precariobelasting lijkt op het eerste gezicht een aantrekkelijke optie om de gemeentelijke inkomsten te verhogen. De wettelijke regeling biedt de gemeenteraad de nodige vrijheid bij de vormgeving van de heffing van precariobelasting in hun belastingverordening.

Toch hebben wij gemeend een startnotitie te schrijven voorafgaand aan een breder onderzoek vanwege het voornemen tot invoering/uitbreiding van precariobelasting op ondergrondse kabels en leidingen in de gemeenten Dordrecht, Sliedrecht en Zwijndrecht. Er is een aantal aandachtspunten die wij in deze notitie onder de aandacht willen brengen van de opdrachtgevende gemeenten.

Deze aandachtspunten zijn van:

- fiscaal-juridische aard: met name de problematiek rondom gedoogplichten;
- praktische aard: hoge aanloop- en overheadkosten;
- politieke aard: opportuniteit gezien diverse ontwikkelingen.

De afweging voor het invoeren/uitbreiden van de heffing van precariobelasting ter zake van ondergrondse kabels en leidingen zal door de politiek moeten worden gemaakt. Met deze startnotitie beogen wij de voor die afweging aanvullende informatie te verschaffen.

1. Inleiding

Op verzoek van Gemeentebelastingen en Basisinformatie Drechtsteden is aan het ESBL gevraagd om namens de in hun samenwerkingsverband participerende gemeenten Sliedrecht, Dordrecht en Zwijndrecht onderzoek te doen naar de haalbaarheid (juridisch en praktisch) van de invoering, danwel uitbreiding van de heffing van precariobelasting op ondergrondse kabels en leidingen. Achtergrond is de vergroting van de algemene middelen van deze gemeenten met de (extra) opbrengst van deze belasting.

In deze startnotitie wordt beknopt ingegaan op de regeling van de precariobelasting (wat is het en wat zijn de mogelijkheden en beperkingen) een aantal praktische aspecten van invoering/uitbreiding van precariobelasting en een aantal actuele ontwikkelingen die een rol kunnen spelen bij de politieke afweging van de opportuniteit van invoering/uitbreiding van de precariobelasting.

2. Regeling precariobelasting

De bevoegdheid van de gemeenteraad om een precariobelasting in te voeren is vastgelegd in artikel 228 van de Gemeentewet. Hieronder wordt kort ingegaan op de belangrijkste kenmerken van deze belastingen en op de mogelijkheden en beperkingen (in fiscaal-juridische zin).

Algemeen

Ter zake van het hebben van voorwerpen onder, op of boven voor de openbare dienst bestemde gemeentegrond, kan een precariobelasting worden geheven (wettekst). De precariobelasting vormt aldus een vergoeding voor het particulier gebruiken van voor openbaar gebruik bestemde gemeentegrond (met particuliere voorwerpen), waardoor die grond niet voor andere doeleinden gebruikt kan worden.

Een gemeente die precariobelasting wil gaan heffen, zal daarvoor een belastingverordening moeten vaststellen waarin een aantal keuzes worden vastgelegd ten aanzien van de omvang van de belastingplicht en de wijze van heffing.

Zo bepaalt de gemeente voor welke voorwerpen precariobelasting zal moeten worden betaald. Dat kunnen bijvoorbeeld zijn: uithang- en reclameborden, terrassen, fietsenrekken, mobiele verkooppunten (bijv. de patatkraam), afvalcontainers en ook ondergrondse kabels en leidingen.

Ook bepaalt de gemeenteraad wie de belasting moet betalen (belastingplichtige). Diegene moet wel een relatie hebben met de voorwerpen waarover de precariobelasting wordt betaald.

Het tarief is eveneens naar vrije keuze van de gemeenteraad (behoudens het wettelijke voor gemeenten geldende verbod op heffing naar draagkracht en eerbiediging van algemene rechtsbeginselen).

Op basis van wet en regelgeving wordt gemeenten dus de nodige mogelijkheden geboden wat betreft de inrichting van de precariobelasting. Toch is er een aantal aandachtspunten. Deze aandachtspunten, waarop hierna wordt ingegaan, maken de regeling complexer en mogelijk onaantrekkelijker dan op het eerste gezicht lijkt.

Grond en gedoogplicht

Voorwaarde voor de heffing van precariobelasting is dat de grond in eigendom moet zijn bij de gemeente. Daarnaast moet de grond ook voor de openbare dienst bestemd zijn, dat wil zeggen

voor een ieder toegankelijk en voor algemeen gebruik (zoals een trottoir). Op dit punt zijn de laatste jaren diverse rechterlijke uitspraken verschenen.

Uit de jurisprudentie valt af te leiden dat voor precariobelasting is vereist dat de gemeente zeggenschap heeft over de grond en het gebruik ervan. De gemeente moet de aanwezigheid van de particuliere voorwerpen kunnen verbieden. Een gemeente kan het hebben van voorwerpen op, onder of boven de gemeentegrond niet verbieden als zij een gedoogplicht heeft. Voor sommige voorwerpen geldt op basis van een wettelijk voorschrift, dan wel op basis van een privaatrechtelijke overeenkomst, een gedoogplicht. De gemeente moet het hebben van die voorwerpen dan dulden en kan ter zake van die voorwerpen ook geen precariobelasting heffen.

Wettelijke gedoogplichten vloeien voort uit de Telecommunicatiewet, de Elektriciteitswet en de Belemmeringenwet Privaatrecht. Daarnaast kan heffing van precariobelasting worden verhinderd door bepalingen in concessies, vergunningen, overeenkomsten en erfdienstbaarheden.

Over de gedoogplicht wordt veel geprocedeerd. Vooral de overeenkomsten die gemeenten met energiebedrijven hebben gesloten toen zij geprivatiseerd werden, geven aanleiding tot veel discussie over het al dan niet kunnen opleggen van aanslagen precariobelasting. Deze procedures zijn principieel van aard, hebben vaak een groot financieel belang en zijn juridisch ingewikkeld, zodat vrijwel steeds tot aan de Hoge Raad wordt doorgeprocedeerd. Dit geldt vooral voor precariobelasting die wordt geheven ter zake van ondergrondse kabels en leidingen. Bij invoering/uitbreiding van de precariobelasting op ondergrondse kabels en leidingen moet men dan ook rekenen op langslappende rechterlijke procedures en langdurige onzekerheid over belastinginkomsten.

Wetsvoorstel afschaffing precariobelasting op ondergrondse kabels en leidingen

Er is een wetswijziging in voorbereiding die het onmogelijk moet maken voor gemeenten om in de toekomst ter zake van netwerken van nutsbedrijven nog precariobelasting te heffen. Aanleiding voor de wetswijziging om de mogelijkheid van de heffing van precariobelasting terzake van voorwerpen van nutsbedrijven af te snijden, is de door de Tweede Kamer aangenomen motie Van der Burg (*Kamerstukken II*, 2010-2011, 32 500-VII, nr. 9. In de motie wordt ervan uitgegaan dat het onwenselijk is dat de lasten van burgers stijgen doordat steeds meer gemeenten overgaan tot het in de precariobelasting betrekken van netwerken van nutsbedrijven (gas, water, elektriciteit) en dat dit niet transparant zou zijn. Hoewel de tekst van de motie dit niet met zoveel woorden benoemt, is het achterliggende probleem dat nutsbedrijven in meerdere gemeenten aansluitingen kunnen hebben. Wanneer nu de ene gemeente wel, en de andere geen precariobelasting heft ter zake van netwerken van nutsbedrijven, terwijl deze belasting wel wordt verrekend in de tarieven voor de levering en het transport van energie en water, wordt in feite de precariobelasting van een gemeente deels door burgers en bedrijven betaald uit andere gemeenten. Dit acht de Tweede Kamer onwenselijk en niet transparant.

De parlementaire voortgang van de uitvoering de motie heeft vertraging opgelopen. Enerzijds vanwege de juridische complexiteit van een dergelijke vrijstelling, anderzijds door praktische en financiële bezwaren van de kant van gemeenten. Diverse moties en voorstellen zijn inmiddels de revue gepasseerd. In 2011 is nogmaals op een snelle voortgang aangedrongen.

Op het moment van schrijven is niet bekend op welke termijn er daadwerkelijk een wetsvoorstel zal worden ingediend. In antwoord op Kamervragen over de vertraging heeft de Minister van BZK onlangs geantwoord: *“Zoals ik uw Kamer al eerder heb laten weten (...) is dit een complex geheel waarbij tegengestelde belangen spelen. Indien de precario op netwerken van nutsbedrijven wordt ingeperkt of afgeschaft, beperkt dit de belastingruimte van gemeenten, provincies en waterschappen. (...) Dit vind ik, net als mijn voorganger, ongewenst indien hier geen compensatie tegenover staat. Uiteraard ben ik voornemens uw Kamer over dit onderwerp zo spoedig mogelijk nader*

te informeren, waarin ik zoveel mogelijk met alle belangen rekening houd. Ook bericht ik daarbij over het wetsvoorstel." (Aanhangsel, Kamerstukken II, nr. 1268, d.d. 11 februari 2015).

Wel is al bekend dat er in een overgangsregeling voor heffende gemeenten zal worden voorzien. In de overgangsregeling zal echter worden gewerkt met een peildatum, die vooralsnog op 1 januari 2012 is gesteld (Junicirculaire gemeentefonds 2012, Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, p. 41). Dit betekent dat al die gemeenten die na die datum nog een precariobelasting hebben ingevoerd/uitgebreid op ondergrondse kabels en leidingen niet zullen worden gecompenseerd voor de wegvallende belastinginkomsten voor de precariobelastingheffing van ondergrondse kabels en leidingen van nutsbedrijven. Dit zou voor de gemeenten Dordrecht, Sliedrecht en Zwijndrecht betekenen dat zodra dit wetsvoorstel wet wordt, er een deel van de begrote opbrengst precariobelasting weg zou vallen. Wij bevelen deze gemeenten dan ook aan om bij de voorbereidingen van een eventuele invoering/uitbreiding van de precariobelasting op ondergrondse kabels en leidingen een reële opbrengstbegroting te maken waarin onderscheid gemaakt wordt tussen de opbrengst van precariobelasting ter zake van ondergrondse kabels en leidingen van nutsbedrijven en van andere bedrijven. De vraag die dan beantwoord dient te worden is of de inspanningen voor invoering/uitbreiding van precariobelasting ter zake van ondergrondse kabels en leidingen nog steeds opwegen tegen de meeropbrengst wanneer daar de kabels en leidingen van nutsbedrijven geen onderdeel meer van uitmaken.

3. Praktische aandachtspunten

Om invoering en heffing van precariobelasting mogelijk te maken, moeten diverse praktische stappen gezet worden. Daarbij kan gedacht worden aan de volgende punten:

- inventarisatie, verwerving en bijhouden van belastingobjecten/gegevens;
- inrichting van de heffing en invordering (toezicht, handhaving en controle);
- te verwachten bezwaar- en beroepsprocedures.

Met name het eerste punt zal de nodige inspanning vergen. Immers, de gemeente is verantwoordelijk voor de juistheid van de gegevens bij de belastingheffing en heeft in de rechtszaal de bewijslast voor de juistheid van de belastingaanslag. Geïnterviewd zal daarom moeten worden welke soorten kabels en leidingen waar liggen, of dit voor openbare dienst bestemde gemeentegrond is, of er mogelijk een gedoogplicht geldt, hoeveel meters en welke soort kabels en leidingen het betreft en wie de rechthebbende is. Deze gegevens moeten vervolgens steeds bijgehouden worden.

De heffing van een nieuwe belasting zal ook de nodige gekwalificeerde bemensing vergen. Zij moeten niet alleen een nieuw systeem opzetten, maar ook voor alle communicatie eromheen en voor de behandeling van de bezwaar- en beroepsprocedures zorgen. Gezien de ervaringen van andere gemeenten zullen deze werkzaamheden aanzienlijke inspanning vergen en kosten met zich brengen.

4. Politieke component

Tot slot is er ook een politieke component verbonden aan de invoering van precariobelasting op ondergrondse kabels en leidingen. Te verwachten is dat de invoering de nodige weerstand zal oproepen bij de nutsbedrijven, maar wellicht ook bij de inwoners.

Wetsvoorstel afschaffing precariobelasting ondergrondse kabels en leidingen

De vraag kan gesteld worden, of de invoering van precariobelasting op ondergrondse kabels en leidingen opportuun is gezien de voorstellen in de Tweede Kamer tot een spoedige afschaffing daarvan. Op het moment van schrijven bestaat de mogelijkheid van heffing weliswaar nog steeds, maar het is de vraag of de inspanning (menselijk en financieel) rondom de invoering van de precariobelasting opweegt tegen de mogelijke opbrengst en levensduur ervan.

Bovendien komt men naar verwachting niet in aanmerking voor de compensatieregeling die in het wetsvoorstel wordt opgenomen, omdat de invoering van de precariobelasting in de betrokken gemeenten na de peildatum van 1 januari 2012 is gelegen. Bij wettelijke invoering van de vrijstelling voor ondergrondse kabels en leidingen zal derhalve een groot deel van de beoogde (meer)opbrengst van precariobelasting weer wegvallen.

Doorberekening lasten aan inwoners

Een tweede politieke gevoeligheid ligt in het feit dat de nutsbedrijven de precariobelasting als lasten direct doorberekenen aan hun klanten, de inwoners van de betreffende gemeenten. Het vastrecht wordt direct verhoogd, zodat in feite met de invoering van de precariobelasting een lastenverzwaring voor de burger wordt doorgevoerd. De vraag is of dit politiek verdedigbaar is.

Vanuit dit oogpunt is te verwachten dat men niet alleen op weerstand bij de nutsbedrijven zelf, maar ook op weerstand bij de inwoners zal stuiten.

Afweging kosten en baten

Gezien alle genoemde aandachtspunten zullen de opbrengsten van de precariobelasting op ondergrondse kabels en leidingen minder hoog uitvallen dan vooraf wellicht gedacht. Bovendien kan vanwege de te verwachten beroepsprocedures langdurige onzekerheid bestaan over de uiteindelijke opbrengst. Aan de kostenkant moet rekening gehouden worden met de nodige overheadkosten, enerzijds eenmalig bij de invoering, anderzijds permanent vanwege het bijhouden van registraties en het voeren van procedures.

Zoals beschreven, bevelen wij de gemeenten aan om voorafgaand aan de beslissing tot invoering invoering/uitbreiding van de precariobelasting op ondergrondse kabels en leidingen een reële opbrengstbegroting te maken waarin onderscheid gemaakt wordt tussen de opbrengst van precariobelasting ter zake van ondergrondse kabels en leidingen van nutsbedrijven en van andere bedrijven. Alleen dan kan een reële afweging worden gemaakt tussen de kosten en baten van invoering/uitbreiding van de heffing van precariobelasting.

Media-aandacht

Vanwege de weerstand bij/lobby door de nutsbedrijven, de doorberekening van lasten aan inwoners en de te verwachten beroepsprocedures zal rekening gehouden moeten worden met periodieke media-aandacht voor dit onderwerp. De lokale en regionale pers zal naar verwachting vinger aan de pols houden.

5. Conclusie

Het invoeren van precariobelasting lijkt op het eerste gezicht een aantrekkelijke optie om de gemeentelijke inkomsten te verhogen. De wettelijke regeling biedt de gemeenteraad de nodige vrijheid bij de vormgeving van de heffing van precariobelasting in hun belastingverordening.

In deze notitie hebben wij een aantal aandachtspunten geformuleerd die bij kunnen dragen aan de politieke afweging van de wenselijkheid van invoering/uitbreiding van de precariobelasting ter zake van ondergrondse kabels en leidingen. Deze aandachtspunten zijn van:

- fiscaal-juridische aard: met name de problematiek rondom gedoogplichten;
- praktische aard: hoge aanloop- en overheadkosten;
- politieke aard: opportuniteit gezien diverse ontwikkelingen.

Wij bevelen aan om een nadere politieke afweging te maken of men welbewust het voornemen tot invoering/uitbreiding van de precariobelasting wil doorzetten. Is dat het geval, dan is het ESBL gaarne bereid nader onderzoek te doen naar de fiscaal-juridische aandachtspunten.

Daarbij kunnen de volgende punten aan de orde komen:

- Jurisprudentieonderzoek precariobelasting van kabels en leidingen
- Welke kabels en leidingen moeten wel worden belast en welke niet?
- Zijn er vrijstellingen of forfaitaire regelingen mogelijk of kom je dan mogelijk in strijd met de algemene rechtsbeginselen?
- Komt de heffing van precariobelasting mogelijk in strijd met reeds gesloten overeenkomsten?
- Welke wijze van heffing is het meest geëigend voor de betreffende situatie?
- Hoe is de bewijslastverdeling in eventuele beroepsprocedures?
- Redigeren/aanpassen/advies belastingverordeningen.

©ESBL Rotterdam, 16 april 2015.



Onderzoeksvoorstel Drechtsteden precariobelasting Sliedrecht en Dordrecht

Korte omschrijving

Gemeentebelastingen en Basisinformatie Drechtsteden heeft namens de gemeenten Sliedrecht en Dordrecht gevraagd of het ESBL onderzoek kan doen naar de haalbaarheid (juridisch en praktisch) van de invoering van precariobelasting op ondergrondse kabels en leidingen. In het navolgende wordt nader gepreciseerd welke vragen in dit kader een rol spelen en beantwoord zouden moeten worden. Daarbij is gekozen voor een onderzoek in twee stappen, namelijk allereerst een inventarisatie op hoofdlijnen en wanneer daar te zijner tijd nog behoefte aan is, een verdiepend vervolgonderzoek. Het onderzoek zal worden uitgevoerd door mw. mr. A.P. (Anneke) Monsma en mr. dr. A.W. (Arjen) Schep.

Nadere omschrijving

In een *eerste korte inventarisatie* kan door het ESBL worden onderzocht:

1. Wat het fiscaal-juridische raamwerk van de precariobelasting is. Daarbij moet gedacht worden aan de wettelijke regeling, belangrijke voorwaarden zoals die uit de jurisprudentie voortvloeien en verboden. Het betreft:
 - de wettelijke regeling in art. 228 Gemeentewet
 - gedoogplichten wettelijk (publiekrechtelijk) en in overeenkomsten (privaatrechtelijk)
 - Europese regelgeving, zoals de Machtigingsrichtlijn
 - het wetsvoorstel tot afschaffing precariobelasting op ondergrondse kabels en leidingen
 - de rechtsbescherming
2. Welke praktische aandachtspunten gelden. Daarbij moet gedacht worden aan:
 - inventarisatie en bijhouden belastingobjecten/gegevens
 - inrichting van de heffing en invordering/bemensing
 - bezwaar- en beroepsprocedures
3. De politieke component aan het voorstel zit:
 - opportuniteit van het voorstel gelet op het wetsvoorstel tot afschaffing van de mogelijkheid van heffing van precariobelasting op nutsleidingen en de bijbehorende compensatieregeling
 - opportuniteit van het voorstel gelet op de mogelijke doorberekening van de lasten aan consument/afnemer, in casu de inwoners van de betreffende gemeenten (lastenverzwaring burger)
 - kosten-batenafweging

Deze korte inventarisatie van fiscaal-juridische, praktische en politieke aspecten kan de basis vormen voor verdere politieke besluitvorming over het al dan niet doorzetten van de invoering van deze vorm van heffing van precariobelasting. Ook kan op basis van deze inventarisatie de mogelijkheden en onmogelijkheden van het plan worden en welke inspanningen verder zullen moeten worden verricht om het plan te laten slagen worden ingeschat.

Indien na deze inventarisatie blijkt dat er draagvlak bestaat voor het invoeren van de heffing, kan in een *vervolgonderzoek* meer in detail worden ingegaan op de punten 1 en 2. Hierbij kan gedacht worden aan:

- Uitgebreid jurisprudentieonderzoek precariobelasting van kabels en leidingen
- Welke kabels en leidingen moeten wel worden belast en welke niet (bijvoorbeeld mantelbuizen e.d.)?
- Zijn er vrijstellingen of forfaitaire regelingen mogelijk of kom je dan mogelijk in strijd met de algemene rechtsbeginselen?
- Komt de heffing van precariobelasting mogelijk in strijd met reeds gesloten overeenkomsten?
- Welke wijze van heffing is het meest geëigend voor de betreffende situatie?
- Welke gegevens moeten worden bijgehouden?
- Op welke wijze kunnen de gegevens vergaard worden?
- Hoe is de bewijslastverdeling in eventuele beroepsprocedures?
- Redigeren/aanpassen/advies belastingverordeningen.

Ook kunnen in dit vervolgonderzoek specifieke vragen van de gemeenten zelf (bijvoorbeeld naar aanleiding van de inventarisatie) worden meegenomen.

Met vriendelijke groet,

mr. dr. A.W. Schep.