

Uitrol van glasvezel: het EU-Hof geeft een welkom antwoord op een niet gestelde vraag

Opinie

Pepijn van Ginneken*

Gemeenten kunnen voor de aanleg van glasvezelkabels leges heffen. Zij zien hierbij vaak hun kans schoon tekorten in begrotingsonderdelen aan te vullen in een tijd dat andere financieringsbronnen opdrogen. Zo brengen zij bij glasvezelbedrijven hoge kosten in rekening. De aanleg van glasvezel biedt hun dus dubbel voordeel: een direct financieel voordeel en het voordeel om als gemeente niet achter te blijven in de digitale vaart der volkeren. Leges voor de aanleg van glasvezel worden niet op een vast bedrag bepaald, maar op een bedrag per strekkende meter. Bij glasvezelnetwerken over grote afstanden, zoals in de buitengebieden, lopen de leges zelfs in de tonnen. Het Hof van Justitie lijkt nu echter het einde van deze praktijken in te luiden.

Op 30 januari 2018 heeft de Grote kamer van het EU-Hof een arrest gewezen in twee gevoegde zaken over de Dienstenrichtlijn, waarin het bij verrassing ook een uitspraak deed over de beoordeling van de leges onder de Machtigingsrichtlijn. De casus van de leges-zaak was als volgt. Een glasvezeloperator sloot eind 2009 een overeenkomst met de gemeente Amersfoort over de aanleg van een glasvezelnetwerk. Voor de aanleg in die gemeente heeft hij het College instemming verzocht en op grond van de plaatselijke verordening een rekening voor leges gekregen van in totaal € 149.949. De glasvezeloperator kon zich daarin niet vinden en spande een geschil aan over de heffing van deze leges. De zaak werd in lagere instanties behandeld door de Rechtbank Utrecht en het Hof Arnhem-Leeuwarden.

Twee verschillende EU-richtlijnen speelden in deze zaak een rol. De eerste was de zogeheten Machtigingsrichtlijn. Deze richtlijn stelt onder andere grenzen aan de 'administratieve bijdragen' die nationale regelgevende instanties (NRI's) mogen vragen van bedrijven (artikel 12), en ook aan de 'vergoedingen voor rechten om faciliteiten te installeren' die 'betrokken instanties' mogen vragen van bedrijven (artikel 13). De tweede richtlijn was de Dienstenrichtlijn. Deze richtlijn staat vergunningstelsels ten aanzien van de uitoefening van diensten in lidstaten toe, wanneer aan bepaalde voorwaarden voldaan wordt.

Het Hof Arnhem-Leeuwarden oordeelde dat artikel 12 van de Machtigingsrichtlijn van toepassing is, omdat de onderhavige leges betrekking hebben op de in die bepaling genoemde diensten. Bovendien kwalificeerde de gemeente Amersfoort volgens het hof als een 'NRI' in de zin van de Machtigingsrichtlijn. In cassatie overwoog de Hoge Raad echter dat de gemeente Amersfoort nooit als NRI was aangewezen. Daarom keek de Hoge Raad verder, namelijk naar de Dienstenrichtlijn. De Hoge Raad besloot daarover prejudiciële vragen te stellen aan het EU-Hof. De vragen van de Hoge Raad zagen in het bijzonder op het toepassingsbereik van deze richtlijn. De zaak leek een wat voorspelbaar vervolg te worden van een aantal eerdere zaken over de Dienstenrichtlijn.

De glasvezeloperator volhardde bij het EU-Hof echter in zijn standpunt dat de Machtigingsrichtlijn wél van toepassing was

en dat deze de overheid verplicht tot een kostengeëorieerd tarief voor haar administratieve diensten. Het EU-Hof ging verrassenderwijs met name in op dit punt, in plaats van op de vragen van de Hoge Raad, en gaf de operator gelijk dat de Machtigingsrichtlijn wel degelijk van toepassing was. Anders dan het Hof Arnhem-Leeuwarden, keek het EU-Hof daarbij niet naar artikel 12, maar naar artikel 13 van de Machtigingsrichtlijn: 'In dat verband moet worden geoordeeld dat die rechten verschuldigd worden in verband met het recht van de ondernemingen die elektronische-communicatienetwerken mogen aanleggen, faciliteiten te installeren in de zin van artikel 13 van de machtigingsrichtlijn.' Met andere woorden: artikel 13 van de Machtigingsrichtlijn was van toepassing op de leges voor de aanleg van glasvezel.

Het Hof overwoog daarbij dat artikel 13, anders dan artikel 12, niet alleen van toepassing is op NRI's, maar ook op 'betrokken instanties'. Hier kunnen ook lokale overheden onder vallen, aldus het EU-Hof. Het Hof stelde vervolgens dat de Machtigingsrichtlijn tot doel heeft om de kosten van de toegang tot de markt te verlagen. Het Hof bepaalde daarnaast dat vergoedingen en kosten alleen opgelegd mogen worden op basis van een grondslag in deze richtlijn. Gezien het beoogde doel van de Machtigingsrichtlijn, waarnaar het Hof expliciet verwees, kunnen vergoedingen die méér bedragen dan de noodzakelijke kosten voor de verlening van een instemmingsbesluit door een overheid, de toegang tot de markt belemmeren. En dat is in strijd met de doelstellingen van deze richtlijn, aldus het Hof.

De Nederlandse wetgever heeft bij de invoering van artikel 5.4 Telecommunicatiewet bewust ervan afgezien om voor het aanleggen en houden van kabels voor openbare netwerken in gemeentegrond een vergoeding te bedingen (precario), juist ook om de uitrol van netwerken te stimuleren. Door alsnog hoge legestarieven te rekenen voor het instemmen met de plaats, het tijdstip en de wijze van uitvoering van de aanlegwerkzaamheden, belemmeren gemeenten deze uitrol alsnog. Het is toe te juichen dat het EU-Hof deze achterdeur nu weer sluit. De Machtigingsrichtlijn beperkt juist voor dit soort situaties de kosten die mogen worden doorbelast, tot alleen de kosten die gemaakt worden voor het afgeven van het besluit. De Hoge Raad zal dus nu naar aanleiding van het EU-Hof-arrest de leges van de gemeente Amersfoort moeten toetsen aan artikel 13 Machtigingsrichtlijn. Wellicht met enige tegenzin, want de vragen van de Hoge Raad zagen helemaal niet op deze richtlijn.

Gemeenten zullen glasvezeloperators in de tussentijd hopelijk niet meer naar eigen inzicht opzadelen met hoge leges voor de aanleg van kabels en de leges beperken tot de daadwerkelijke gemaakte kosten van de gemeente. Dit arrest lijkt immers definitief de ruimte in te perken voor gemeenten om de schatkist te vullen met hoge leges. Het zal voor gemeenten de opgave worden in hun glasvezelbeleid een nieuwe balans te vinden.

* Mr. P.P.J. van Ginneken is advocaat te Amsterdam (Brinkhof).