

MR.DR. MARTHA M. ROGGENKAMP

# De juridische status van energienetten: van hoe het was en hoe het (wellicht) wordt

O &amp; F

36

Nr. 62 / september 2004

Op 6 juni 2003 heeft de Hoge Raad<sup>1</sup> een arrest gewezen dat ingrijpende gevolgen heeft voor de onder- en bovengrondse netwerken. Het arrest betrof de vraag of kabelbedrijven overdrachtsbelasting verschuldigd zijn. In dit kader werd tevens de vraag beantwoord of kabelnetten onroerende of roerende zaken zijn en wie eigenaar is van de kabelnetten. Alhoewel dit arrest niet direct de energiesector betreft, heeft het wel directe consequenties voor de elektriciteits- en gassector. Zowel de telecommunicatie- als de elektriciteits- en gassector zijn netwerkgebonden en worden geconfronteerd met een proces van liberalisering hetgeen kan leiden tot privatisering.

Als gevolg van het liberaliseringsproces in de telecommunicatiesector zijn verschillende gemeenten medio jaren '90 van de vorige eeuw overgegaan tot de verkoop en overdracht van hun CAI's en de daarbij behorende kabelnetten aan een drietal private kabelbedrijven (UPC, Casema en Essent Kabelcom). Alhoewel de overeenkomst tot levering in beginsel uitgaat van het feit dat de kabels en dergelijke roerende zaken zijn, wordt de mogelijkheid dat de CAI als onroerende zaak wordt beschouwd, uitdrukkelijk opengelaten. De Inspecteur der Belastingen stelt vervolgens krachtens een naheffingsaanslag dat de CAI's en de daarbijbehorende activa aangemerkt dienen te worden als een zelfstandig onroerende zaak waardoor de verkrijging van de economische eigendom van de

netten belast wordt op grond van artikel 2 Wet op belastingen van rechtsverkeer (WBR).

Het Gerechtshof te 's Gravenhage (hierna: Hof) en de Hoge Raad hebben zich vervolgens gebogen over de vraag of een CAI c.q. ondergronds kabelnet als een onroerende zaak is te beschouwen alsmede de vraag of het kabelbedrijf of de gemeenten eigenaar zijn van dit net. Het arrest van de Hoge Raad vernietigde de uitspraak van het Hof en bepaalde dat de kabelbedrijven juridisch eigenaar zijn van de netten en dat deze netten als onroerende zaken zijn te beschouwen. Een en ander heeft tot gevolg dat behalve overdrachtsbelasting mogelijkerwijs eveneens onroerende zaaksbelasting betaald dient te worden.

Hierna zal eerst het arrest van de Hoge Raad worden besproken. Daarna zal een korte schets worden gegeven van de organisatie van de energiesector. Vervolgens zal het arrest van de Hoge Raad worden getoetst aan de situatie binnen de netwerkgebonden energiesector. Deze sector wordt eveneens geconfronteerd met mogelijke privatiseringen ten gevolge van het liberaliseringsproces. In dit kader speelt het eigendomsvraagstuk een belangrijke rol. De constatering dat onder- en bovengrondse netten onroerende zaken zijn, is tevens relevant in geval van een eventuele overdracht van de energiebedrijven c.q. de energienetten en het beheer van deze netten.

<sup>1</sup> Beide arresten zijn gepubliceerd op <[www.rechtspraak.nl](http://www.rechtspraak.nl)>. Zie zaaknummers 36 075 (LJN nummer AD 3578) en 36 076 (LJN nummer AD 3591).

### Het 'kabelarrest' van de Hoge Raad van 6 juni 2003

Kabelnetten kunnen onroerend zijn doordat:

- (i) het kabelnet duurzaam met de grond is verenigd in de zin van artikel 3:3 BW;
- (ii) het net een bestanddeel (of een heleboel bestanddelen) is van de hoofdzak (zoals percelen grond waarin het kabelnet is gelegen) en afscheiding daarvan niet mogelijk is zonder dat beschadiging van betekenis wordt toegebracht aan een der zaken in de zin van artikel 3:4 lid 2 BW; of
- (iii) het net een bestanddeel (of een heleboel bestanddelen) is van een zaak (grondpercelen c.q. één 'moedererf') omdat het volgens verkeersopvatting onderdeel (of een heleboel onderdelen) uitmaakt van die zaak overeenkomstig artikel 3:4 lid 1 BW.<sup>2</sup>

De A-G stelde vervolgens dat de kabelnetten aan geen van de drie bepalingen voldoen omdat de kabelnetten niet duurzaam met de grond zijn verenigd, zonder beschadigingen zijn te verwijderen en volgens verkeersopvatting geen deel uitmaken van het grondperceel waarin zij zijn gelegen.<sup>3</sup>

De Hoge Raad kwam, evenals het Hof, tot een geheel andere conclusie en oordeelde dat de ondergrondse kabelnetten onroerend zijn. De Hoge Raad baseert zich op artikel 3:3 BW dat bepaalt dat onroerend zijn

*'[...] de grond, de nog niet gewonnen delfstoffen, de met de grond verenigde beplantingen, alsmede de gebouwen en werken die duurzaam met de grond zijn verenigd, hetzij rechtstreeks, hetzij door vereniging met andere gebouwen of werken'.*

De Hoge Raad stelt dat een kabelnet naar aard en inrichting bestemd is om duurzaam ter plaatse te blijven en dat dit als zodanig naar buiten kenbaar is

gemaakt. De Hoge Raad bestrijdt tevens het argument van de A-G dat bij gebreke van een goede kadastrale aanduiding de zaak feitelijk niet overdraagbaar zou zijn. Gesteld wordt dat bij overdracht kan worden volstaan met de vermelding van de kadastrale aanduiding van de percelen waar het kabelnet is ingegraven en, voorzover het gaat om bovengrondse onderdelen van de infrastructuur, waarop dit onderdeel zich bevindt.<sup>4</sup>

De Hoge Raad doorbreekt met de uitspraak dat de ondergrondse kabelnetten onroerende zaken zijn de opvatting van een aantal rechtsgeleerden die meenden dat de bepaling in artikel 36 Wet op de Telecommunicatievoorziening (Wtv) 'dat de aanleg van kabels [...] in en op gronden geen wijziging aanbrengt in de eigendom van hetgeen is aangelegd'<sup>5</sup> tevens inhield dat het roerende karakter dat de kabels hebben voorafgaand aan de aanleg in de bodem, "automatisch" blijft voortbestaan nadat de kabels daadwerkelijk zijn aangelegd.<sup>6</sup> De vraag wie eigenaar is van een (ondergronds) kabelnet is echter een geheel andere dan die naar het roerende of onroerende karakter van het werk. Verwarring lijkt te ontstaan doordat artikel 3:3 BW en artikel 5:20 BW sub e eenzelfde formulering lijken te gebruiken. Beide artikelen vereisen immers een beoordeling naar de vraag 'of [...] gebouwen en werken duurzaam met de grond zijn verenigd, hetzij rechtstreeks, hetzij door vereniging met andere gebouwen en werken [...]'. Doordat de Hoge Raad de vraag naar de eigendom en het zaakskarakter afzonderlijk beoordeelt volgt de voor velen opzienbarende conclusie dat het kabelnet een onroerende zaak is ex artikel 3:3 BW maar dat tegelijkertijd de kabelbedrijven op grond van artikel 36 Wtv juridisch eigenaar zijn van dit kabelnet.

De Hoge Raad oordeelt namelijk, in afwijking van het Hof, dat de exceptie van artikel 5:20 BW sub e toepassing vindt. Dit artikel bepaalt dat

2 Zie verder de uitgebreide uiteenzetting hierover van de A-G. Opvallend is dat de A-G niet ingaat op de mogelijkheid dat de kabelnetten een bestanddeel zouden kunnen vormen van bovengrondse installaties zoals de CAI.

3 Overweging 3.2 zaaknummer 36075.

4 Overweging 3.2.2 zaaknummer 36075. In dit verband kan opgemerkt worden dat het Kadaster inmiddels een Richtlijn voor (inzage)registratie kabelnetwerken heeft opgesteld op grond waarvan een aparte registratie van rechten op netwerken mogelijk wordt gemaakt via het inschrijven van netwerktekeningen.

5 Artikel 36 Wtv is inmiddels vervangen voor artikel 5.6 lid 1 Telecommunicatiewet dat bepaalt dat '[de] aanleg van kabels en netwerkaansluitpunten door de aanbieder van een openbaar elektronisch communicatienetwerk in en op gronden, alsmede in en aan gebouwen van anderen geen wijziging brengt in de eigendom van hetgeen is aangelegd'.

6 A.A. van Velten, 'De eigendom van ondergrondse telecomnetten', in: *WPNR* 1997/6285, pp. 667-671; B. Wessels, R.G. baron Snouckaert van Schauburg, 'Telecomkabels zijn van rechtswege roerend', in: *WPNR* 2000/6411, pp. 533-535.

*‘de eigendom van de grond omvat, voor zover de wet niets anders bepaalt: [...] gebouwen en werken die duurzaam met de grond zijn verenigd, hetzij rechtstreeks, hetzij door vereniging met andere gebouwen en werken, voor zover zij geen bestanddeel zijn van eens andere onroerende zaak [...]’.*

Hieruit volgt dat de hoofdregel van verticale natrekking die inhoudt dat de eigendom van de grond al hetgeen omvat dat daarmee is verbonden, om twee redenen kan worden doorbroken, namelijk door de wet of door de regel van horizontale natrekking. Ten aanzien van het eerste middel is vooral van belang de mogelijkheid om op grond van artikel 5:101 BW een zakelijk recht te vestigen om in, op of boven een onroerende zaak van een ander gebouwen, werken of beplantingen in eigendom te hebben of te verkrijgen. Door middel van het vestigen van een dergelijk opstalrecht ontstaat een nieuw eigendom en wordt de verticale natrekkingsregel doorbroken. Onderwerp van geschil was mede de vraag of artikel 36 Wtv deze civielrechtelijke regeling eveneens doorbreekt. Anders dan het Hof oordeelde de Hoge Raad dat artikel 36 Wtv de verticale natrekkingsregel inderdaad doorbreekt. Struycken beweert zelfs dat artikel 36 Wtv vergelijkbaar is met een recht van opstal omdat de in de Wtv aan de concessiehouder (c.q. aanbieder van het kabelnet) toegekende eigendom zich uitstekend laat analyseren als een soort opstalrecht van rechtswege.<sup>7</sup> De aanbieder van het kabelnet behoudt immers de eigendom van het net gelijk een kabelbedrijf de eigendom zou behouden indien er een opstalrecht wordt gevestigd.

Hierna zal de betekenis van dit arrest voor de netwerkgebonden energiesector worden besproken. Alvorens hiertoe over te gaan, wordt een korte schets gegeven van de ontwikkelingen binnen de energiesector.

## De ontwikkeling van de netwerkgebonden energiesector

### *De organisatie van de energiesector tot 1990*

Na de Tweede Wereldoorlog heeft Nederland gekozen voor een stelsel van horizontale integratie van de distributiesector, dat wil zeggen dat binnen een bepaald leveringsgebied één enkel distributiebeprijf zich bezig kan houden met de levering van elektriciteit, gas en water.<sup>8</sup> De regionale distributiebeprijven beheerden dientengevolge eveneens de hiervoor noodzakelijke energie- en waterleidingen. Een en ander heeft geresulteerd in een proces van verzelfstandiging van de oorspronkelijk gemeentelijke energiebedrijven en een toenemend aantal fusies van de verzelfstandigde bedrijven waardoor het aantal distributiebeprijven is afgenomen van circa 200 in 1960 tot circa 10 in 1990.

Door de keuze voor horizontale integratie waren de productie van elektriciteit en gas afzonderlijke activiteiten.<sup>9</sup> Terwijl de elektriciteitsproductie in de periode voorafgaand aan de liberalisatie werd uitgeoefend door vier productiebedrijven – UNA, EZH, EPON en EPZ – die direct c.q. indirect eigendom waren van de lagere overheden, was (en is) de aardgasproductie geheel in handen van private (internationale) oliemaatschappijen zoals NAM, Total en Wintershall.<sup>10</sup>

Ten aanzien van de elektriciteits- en gastransmissie is het beeld eveneens wisselend. Het elektriciteits-hoogspanningsnet was eigendom van en werd geëxploiteerd door NV SEP en publiek eigendom omdat de aandelen in SEP gehouden werden door de vier eerdergenoemde productiebedrijven. Het gastransmissienet is eigendom van de NV Nederlandse Gasunie en is (nog steeds) gebaseerd op het stelsel van publiek-private samenwerking (25% Shell, 25% Exxon en 50% Staat) dat in 1963 is totstandgekomen op basis van de Nota de Pous.<sup>11</sup>

7 T.H.D. Struycken, ‘Het goederenrechtelijke karakter van telecomkabels – reactie op B. Wessels en R.G. baron Snouckaert van Schaumburg, *Privaatrecht Aktueel*, WPNR 6411 (2000)’, in: *WPNR* 2000/6424, pp. 836-837.

8 Later zijn hier ook andere netwerkgebonden activiteiten aan toegevoegd zoals de kabeltelevisie.

9 In een stelsel van verticale integratie zou productie, transmissie en distributie van elektriciteit c.q. gas in handen van één enkel bedrijf zijn geweest. Frankrijk heeft bijvoorbeeld geopteerd voor een stelsel van verticale integratie.

10 Nota de Pous, TK 1961-1962, 6767. Opgemerkt moet worden dat de Nederlandse Staat doorgaans wel aan de winning deelneemt via de staatsparticipant Energie Beheer Nederland (EBN).

11 Deze structuur staat echter ter discussie. Het netbeheer is op grond van Richtlijn 2003/55/EU inmiddels afgescheiden in een aparte netbeheerder (Gastransport Services). Ter discussie staat de vraag of deze splitsing ook dient te leiden tot een splitsing in eigendom ten gevolge waarvan het gastransportnet eigendom wordt van de Staat en het handelsbedrijf van Shell en Exxon. Deze plannen zijn voornamelijk in de koelkast gelegd.

## De herstructurering van de sector ten gevolge van het liberalisatieproces

### Het liberalisatieproces

Ingrijpende herstructurering heeft plaatsgevonden als gevolg van de Europese energieliberalisatie. Sinds de vrijmaking van de Europese energiemarkt die gestalte heeft gekregen door de inwerkingtreding van de Europese Elektriciteitsrichtlijn en Gasrichtlijn<sup>12</sup> zijn de energiebedrijven verplicht om hun activiteiten transparant te maken en levering en transport als afzonderlijke producten aan te bieden. De Elektriciteitswet 1998<sup>13</sup> en de Gaswet<sup>14</sup> die de Elektriciteits- en Gasrichtlijnen implementeren gaan verder dan de daarin gestelde minimumeisen en bepalen dat de energiemarkt op termijn (voor 1 juli 2004) geheel wordt opengesteld, de elektriciteitsproductiesector vrij is<sup>15</sup> en dat de voormalige energiedistributiebedrijven aparte netbeheerders dienen aan te wijzen.<sup>16</sup>

### Netbeheerders en leveringsbedrijven ('unbundling')

Een cruciale stap in de herstructurering van de energiesector is de wettelijke verplichting die de energiedistributiebedrijven werd opgelegd om een aparte netbeheerder aan te wijzen. Deze netbeheerders zijn aparte vennootschappen die doorgaans onderdeel vormen van de holding van het oorspronkelijke distributiebedrijf. Ten gevolge van de eerdergenoemde horizontale integratie van de distributiesector, exploiteren de meeste netbedrijven zowel elektriciteits- als gasnetten. Een verplichting om een aparte netbeheerder aan te wijzen, gold oorspronkelijk niet voor alle transmissienetten. Terwijl de SEP reeds in 1998 BV TenneT heeft aangewezen als netbeheerder voor het landelijk hoogspanningsnet, is pas op 2 juli 2004 een aparte netbeheerder voor het landelijk gastransportnet opgericht ('Gas Transport Services BV').

De levering geschiedt door aparte leveringsbedrijven. Een vergunning is verplicht voor die leveringsbedrijven die aan kleinverbruikers (huishoudens) elektriciteit en/of gas leveren.<sup>17</sup> Ten gevolge van de ontkoppeling (unbundling) van levering en transport is de levering van gas en elektriciteit is niet langer een all-inactiviteit. Naast een leveringscontract tussen een leverancier en een afnemer, dient een apart transportcontract te worden afgesloten met de netbeheerder.<sup>18</sup>

### Privatisering

In het algemeen geldt dat liberalisering kan leiden tot privatisering. Alhoewel de Europese richtlijnen geen bepalingen bevatten ten aanzien van eventuele privatisering, bieden de Elektriciteits- en Gaswet expliciet de mogelijkheid daartoe. Krachtens beide wetten is privatisering mogelijk onder voorwaarde dat de Minister van Economische Zaken (hierna: de Minister) instemt met:

- iedere wijziging met betrekking tot rechten op aandelen in een producent die vergunninghouder als bedoeld in de Elektriciteitswet 1989 is of is geweest c.q. het elektriciteitsproductiebedrijf van UNA, EZH, EPON en EPZ, d.w.z. de gezamenlijke eigenaars van SEP;
- iedere wijzigingen met betrekking tot het eigendom van het elektriciteits- en/of gastransportnet of van de aandelen in een netbeheerder. De Minister kan zijn instemming onthouden indien de wijziging met betrekking tot de eigendom van het net of van de aandelen in het netbedrijf ertoe zou leiden dat een natuurlijk persoon of rechtspersoon buiten de kring van de oorspronkelijk aandeelhouders (dat wil zeggen lagere overheden) rechten op het net of het netbedrijf zou krijgen. Het tijdstip tot waarop deze instemmingsverplichting

12 Richtlijn 96/92/EG, PbEG 1997, L127/90, inmiddels vervangen door Richtlijn 2003/54/EU, PbEG L 176/37 (tweede Elektriciteitsrichtlijn) en Richtlijn 98/30/EG, PbEG L 204/1 inmiddels vervangen voor Richtlijn 2003/55/EU, PbEG L 176/57 (tweede Gasrichtlijn).

13 Wet van 2 juli 1998, *Staatsblad* 1999 nr. 260, meest recentelijk gewijzigd bij wet van 1 juli 2004 i.v.m. de implementatie van Richtlijn 2003/54/EU en aanscherping toezicht netbeheer, *Staatsblad* 2004, nrs. 328, 329 en 330.

14 Wet van 22 juni 2000, *Staatsblad* nr. 607, meest recentelijk gewijzigd bij wet van 1 juli 2004 i.v.m. de implementatie van Richtlijn 2003/54/EU en aanscherping toezicht netbeheer, *Staatsblad* 2004, nrs. 328, 329 en 330.

15 Anders dan de Elektriciteitswet 1989 die is vervangen door de Elektriciteitswet 1998 is een vergunning niet langer vereist voor de productie van elektriciteit.

16 Opgemerkt dient te worden dat Richtlijnen 2003/54/EU en 2003/55/EU de keuzevrijheid van de lidstaten inperkt waardoor alle lidstaten in 2007 hun markt volledig dienen te hebben opengesteld en aparte netbeheerders moeten aanwijzen.

17 Artikel 53 Elektriciteitswet 1998 en artikel 43 Gaswet.

18 Met de inwerkingtreding van de Richtlijnen 2003/54/EU en 2003/55/EU zijn lidstaten verplicht om in alle gevallen een stelsel van gereguleerde transporttarieven toe te passen.

geldt wordt bij Ministeriële Regeling vastgesteld.<sup>19</sup>

De gehanteerde formulering maakt duidelijk dat afzonderlijke instemming is vereist voor de privatisering van het netbedrijf (en niet van de holding waar het netbedrijf deel van uitmaakt) en dat ten aanzien van het netbedrijf een onderscheid moet worden gemaakt tussen de overdracht van de aandelen in het netwerkbedrijf en de overdracht van de eigendom van de netten.<sup>20</sup>

De Minister heeft vrij spoedig na de inwerkingtreding van de Elektriciteitswet 1998 toestemming verleend tot de privatisering van drie elektriciteitsproductiebedrijven waardoor een belangrijk deel van de elektriciteitsproductie in handen kwam van buitenlandse bedrijven zoals Reliant, Nuon en Electrabel. Opgemerkt kan worden dat deze privatiseringsbesluiten geheel onomstreden waren. Inmiddels heeft Reliant zijn aandelen verkocht aan Nuon zodat sprake is van een gedeeltelijke verticale integratie van de sector.<sup>21</sup> De privatisering van de elektriciteitsproductiebedrijven is echter wel mede de oorzaak geweest van een reorganisatie van het beheer van het hoogspanningsnet. In 2000 is uiteindelijk overgegaan tot een 'nationalisatie' van het netbeheer doordat de Staat alle aandelen in deze netbeheerder TenneT BV heeft overgenomen.<sup>22</sup>

De daaropvolgende privatiseringsaanvragen van onder andere het Nutsbedrijf Regio Eindhoven, REMU en Obragas<sup>23</sup> hebben vervolgens geleid tot een heftige discussie over de noodzaak van privatisering, met name van de netbedrijven. De discussie

concentreerde zich vooral op de vraag of de netten dan wel de netwerkbedrijven eigendom dienden te zijn van de overheid. De Tweede Kamer hanteert hierbij het argument dat overheidseigendom van de netten c.q. de netbedrijven cruciaal is voor de veiligstelling van de voorzienings- en leveringszekerheid. Overeenkomstig de uitgangspunten in de Elektriciteitswet en Gaswet zal de Minister daarom alleen toestemming verlenen met een aandelenoverdracht indien de aandelen worden overgedragen aan de oorspronkelijke kring van aandeelhouders: energiedistributiebedrijven en lagere overheden.<sup>24</sup> Hierdoor wordt het beheer van de netten direct of indirect door de (lagere) overheid uitgeoefend.

Om de onafhankelijke positie van netbeheerders veilig te stellen bevat de Elektriciteitswet en de Gaswet sinds 1 juli 2004 de bepaling dat de netbedrijven het economisch eigendom dienen te hebben van de netten, dat wil zeggen dat de netbedrijven

*'[...] gerechtigd moeten zijn tot alle rechten en bevoegdheden van het goed ("de netten"), met uitzondering van het recht op levering, en gehouden zijn om malle verplichtingen ten aanzien van het goed voor hun rekening te nemen en daarmee het volledige risico van waardeverandering of tenietgaan van het goed te dragen, zonder dat het goed geleverd is'.*<sup>25</sup>

Een en ander heeft tot gevolgen dat die energiebedrijven die gekozen hebben voor de variant van de 'magere netbeheerder' alsnog verplicht zullen worden om het economisch eigendom van de netten over te dragen aan het netbedrijf.<sup>26</sup> Bij brief van 31 maart

19 Artikelen 92 en 93 Elektriciteitswet en artikel 85 Gaswet. Tot 1 juli 2004 was eveneens instemming vereist met iedere wijziging met betrekking tot rechten op aandelen in een leveringsbedrijf dat levert aan kleinverbruikers (vergunninghouder). Deze bepaling is met de inwerkingtreding van de Implementatiewet van 1 juli 2004 (*Staatsblad* 328, 2004) vervallen.

20 De problematiek van de juridische eigendom van de energienetten in het kader van de privatisering van de energiebedrijven is door mij uitgebreid besproken in 'Liberalisering en privatisering van de energiebedrijven: twee zijden van één medaille', in: M.M. Roggenkamp en J.A.M. Bos (red.), *Energieliberatisatie in Nederland. Op koers?*, serie Energie & Recht deel 5, Intersentia 2001, pp. 273-306 en 'De privatisering van energiebedrijven en de eigendom van kabels en leidingen', in: *Nederlands Tijdschrift voor Energierecht* 2002, nr. 1, pp. 4-12.

21 De NMa heeft op 8 december 2003 de aandelenoverdracht onder voorwaarden goedgekeurd.

22 Artikel 93a Elektriciteitswet bepaalt sinds 1 juli 2004 dat de aandelen van van het landelijk hoogspanningsnet direct of indirect bij de Nederlandse staat berust. Hiermee lijkt de mogelijkheid van een privatisering van het landelijk hoogspanningsnet voornog van de baan.

23 Het monogasbedrijf Haarlemmermeer is geprivatiseerd voorafgaand aan de inwerkingtreding van de Gaswet.

24 De meest recente aandelenoverdracht betrof die van REMU NV aan Eneco Energie in september 2003.

25 Zie voor deze definitie artikel 1 lid 1 onder z Elektriciteitswet en artikel 1 lid 1 onder s Gaswet. De verplichting is opgenomen in artikel 10a Elektriciteitswet respectievelijk artikel 3b Gaswet.

26 Artikel 10a Elektriciteitswet en artikel 3b Gaswet zijn bij wet van 1 juli 2004 ingevoerd maar nog niet in werking getreden. Deze inwerkingtreding hangt samen met het wetsvoorstel inzake de splitsing van de energiebedrijven. Zie verder het artikel van M. Koppenol-Laforce en B. de Wit, 'Economische eigendom en splitsing', in: *Nederlands Tijdschrift voor Energierecht* 2004, nr. 3, pp. 100-106.

2004 heeft de Minister aangekondigd om nog een stap verder te willen gaan met het veilig stellen van de onafhankelijke positie van de netbeheerder.<sup>27</sup> In het najaar van 2004 zal een wetsvoorstel worden ingediend dat ten doel heeft om het netbeheer geheel af te splitsen van het energiebedrijf. Als gevolg hiervan zullen de aandelen in het netbedrijf niet langer gehouden worden door de holding van het energiebedrijf, maar direct in handen zijn van de oorspronkelijke aandeelhouders van het energiebedrijf, dat wil zeggen de lagere overheden.<sup>28</sup> Het leveringsbedrijf blijft achter in de holding van het energiebedrijf. Uitgangspunt bij deze splitsing is dat bij investeringsbeslissingen inzake het netbedrijf de commerciële belangen van de holding niet langer een rol (kunnen) spelen en het derhalve eenvoudiger wordt om het netbedrijf te reguleren. Deze situatie zal in ieder geval voortduren tot het moment dat de herstructurering van de regionale energiebedrijven zal zijn afgerond. Naar verwachting zal dit herstructureringsproces in Nederland op 1 januari 2007 geheel zijn afgerond. In hetzelfde jaar zal de energiesector in de gehele EU volledig zijn geliberaliseerd. De Minister is bereid om de mogelijkheid van privatisering van de netbedrijven dan opnieuw te bezien.

### *Eigendom van elektriciteits- en gasleidingen*

#### *Verticale Natrekking*

De uitspraak van de Hoge Raad lijkt op het eerste gezicht voor de energiesector minder interessant. Een regel zoals in de Telecommunicatiewet dat kabelbedrijven eigenaar blijven van de ondergrondse kabels geldt niet voor elektriciteitskabels en gasleidingen.<sup>29</sup> Voor deze netten geldt de algemene regel van verticale natrekking zoals opgenomen in artikel 5:20 BW, behalve indien een recht van opstal is gevestigd.

Doordat het opstalrecht pas sinds de invoering van het nieuw BW ook uitdrukkelijk geldt voor onderen bovengrondse werken, zijn vele energieleidingen voordien aangelegd op basis van een erfdienstbaarheid of een beperkt recht zoals bedoeld in artikel 5 lid 3 (oud) van de Belemmeringenwet Privaatrecht (BP). Hierdoor werd de regel van verticale natrekking echter niet doorbroken. Hetzelfde geldt voor

leidingen aangelegd op basis van een gedoogplicht die krachtens de BP kan worden opgelegd alsmede de energie(distributie)leidingen die zijn aangelegd in openbare grond op basis van een publiekrechtelijke vergunning. Een en ander heeft tot gevolg dat de eigendom van een ondergrondse leiding, met name wanneer deze zich over een lange afstand uitstrekt, een versnipperd karakter kan hebben. Daar waar een opstalrecht is gevestigd berust de eigendom bij de leidingbeheerder, in alle overige gevallen (c.q. percelen) bij de grondeigenaar.

Het kabelarrest van de Hoge Raad heeft wederom de noodzaak aangetoond dat de wetgever met een goed doorwrochte regeling komt ten aanzien van de eigendom van energienetten. Een en ander wordt versterkt door de discussie over juridische en economische eigendom in het kader van de unbundling en de privatisering van de netbedrijven. De Minister heeft een eerste poging gedaan door in het voorstel tot 'Wijziging van de Elektriciteitswet 1998 en de Gaswet in verband met de implementatie en aanscherping toezicht netbeheer' een bepaling op te nemen ten aanzien van de juridische eigendom van de netten.<sup>30</sup> Overeenkomstig de eerdergenoemde formulering uit de Telecommunicatiewet hield de voorgestelde wetsbepaling hield in dat

*'[...] de eigendom van een net dat is aangelegd in of op grond dan wel in of aan gebouwen van anderen, berust bij degene die het net heeft aangelegd dan wel bij diens rechtsopvolger'.*

Op grond van deze bepaling zou de eigendom van de ondergrondse energienetten definitief geregeld zijn. De voorgestelde regeling betrof echter alleen de energienetten en liet de onduidelijke status van andere ondergrondse buizenstelsels zoals waterleidingen en rioleringen onverlet.<sup>31</sup>

Om te komen tot een integrale regeling ten aanzien van alle ondergrondse leidingenstelsels is uiteindelijk bovengenoemde bepaling niet in de Elektriciteitswet en Gaswet opgenomen. Het streven is daarentegen om een allesomvattende regeling met betrekking tot ondergrondse infrastructuur op te

27 TK 2003-2004, 28 982, nr. 18.

28 Het is een geheel andere kwestie of de lagere overheden hierin geïnteresseerd zijn. Diverse provincies en gemeenten hebben inmiddels aangegeven hun aandelen in het energiebedrijf te willen vervreemden.

29 Hetzelfde geldt voor andere leidingen zoals olie-, chemische en waterleidingen.

30 TK 3003-2004, 29 372, nr. 11, p. 2.

31 Een voorstel om de regeling uit te breiden naar andere buizenstelsel is door de Minister afgewezen. Zie TK 2003-2004, 29 372, nr. 52.

nemen in het BW.<sup>32</sup> Een wetsvoorstel inzake deze materie zal naar verwachting in 2005 aan de Kamer worden gestuurd.<sup>33</sup> Gehoopt mag worden dat de nieuwe bepaling in het BW niet alleen definitief een eind zal maken aan de onduidelijke juridische status van de ondergrondse infrastructuur maar dat tevens duidelijk zal zijn of de nieuwe regeling met terugwerkende kracht kan worden toegepast. De nieuwe regeling zal hoe dan ook een gecompliceerd stelsel van overgangsrecht met zich meebrengen. Dit betreft ofwel mogelijke onteigeningsvraagstukken in geval de regeling met terugwerkende kracht wordt toegepast ofwel een overgangsregeling ten aanzien van de oude netten indien dit niet het geval is. Deze overgangsregeling zou mogelijkwerwijs gestoeld kunnen worden op een regel van horizontale natrekking. Inmiddels kan wel geconstateerd worden dat de wetgever bij de invoering van het nieuw Burgerlijk Wetboek een kans heeft gemist. De stellingname destijds dat de toepassing van een recht van opstal op ondergrondse netten een voldoende middel zou zijn om de eigendomssituatie te regelen is evident niet juist gebleken.<sup>34</sup>

#### *Horizontale Natrekking?*

Tot het moment dat de aangekondigde regeling ter doorbreking van verticale natrekking in het BW zal zijn opgenomen, blijft de huidige onduidelijke situatie voortbestaan. Hetzelfde geldt voor de bestaande netwerken indien de regeling geen terugwerkende kracht heeft. Daarom blijft de vraag relevant of de uitzonderingsregel van horizontale natrekking kan worden toegepast. Artikel 5:20 sub e BW opent immers de mogelijkheid dat gebouwen en werken een bestanddeel zijn van een andere onroerende zaak. Er is sprake van een bestanddeel indien het object naar verkeersopvatting onderdeel van de zaak uitmaakt en zodanig met de zaak verbonden is dat het niet zonder beschadiging daarvan kan worden afgescheiden. De regel van horizontale natrekking geldt echter niet automatisch en dient expliciet door de rechter te worden ingeroepen. Tot op heden heeft alleen de lagere rechtspraak de horizontale natrekkingregel toegepast.

Doordat de Hoge Raad in het kabelarrest terugvalt op artikel 36 Wtv, wordt de stellingname van het Hof inzake horizontale natrekking (wederom) niet nader getoetst. Het Hof bepaalde in dezen dat

*‘[...] een relatief gering deel van het kabelnet is gelegen in particuliere [lees: andere of niet-gemeentegrond] onder meer om een aansluiting op het kabelnet voor abonnees mogelijk te maken. Door horizontale natrekking omvat de eigendom van het kabelnet van de gemeente P tevens de eigendom van dit relatief geringe deel dat zich onder particuliere grond bevindt’.*

Het Hof combineert de regel van verticale met die van horizontale natrekking. Het Hof kon de regel van horizontale natrekking toepassen omdat de overnameovereenkomst een ruime definitie bevat van het begrip ‘kabelnet’.<sup>35</sup> Een kabelnet omvat eveneens beide ‘uiteinden’ van de kabel, namelijk het ontvangststation en de gebouwen toebehorend aan de abonnees.

Voor de huidige praktijk kan het van belang zijn of de horizontale natrekkingregel op de energienetten kan worden toegepast. In het kader van een dergelijke toetsing dient opgemerkt te worden dat het begrip ‘net’ in de Elektriciteitswet en de Gaswet minder ruim is gedefinieerd als in bovengenoemde overeenkomst. Een gas- en elektriciteitsnet moet namelijk los gezien worden van enerzijds de installaties en netten die deel uitmaken van de productie en anderzijds al hetgeen zich achter de meter van de afnemers bevindt.<sup>36</sup> Door deze definitie wordt in ieder geval voorkomen dat het leidingennet door de installaties van de producenten en de afnemers horizontaal wordt nage trokken.

Deze definities maken echter niet duidelijk of het netwerk dat tussen de producent en afnemer is gelegen als één geheel beschouwd moet worden. Doordat de beide wetten aparte definities geven van het landelijk hoogspanningsnet c.q. gastransportnet alsmede de grensoverschrijdende verbindingen en uitgegaan wordt van de aanwijzing van verschillende netbe-

32 Deze ommezwaai lijkt tevens ingegeven door een pleidooi in het *Nederlands Juristenblad* van prof. mr. P. de Haan. Zie verder ‘Eigendom, beheer en registratie van ondergrondse infrastructuur’, in: *NJB* van 13 maart 2004, afl. 11, pp. 564-570.

33 EK 2003-2004, 29 372. C.

34 TK 1971-1972, 4572, MvA, pp. 23-24.

35 In de overnameovereenkomst wordt kabelnet gedefinieerd als ‘samenstel van kabels en buizen met hun toebehoren [...] bestemd voor onder meer het doorgeven van signalen van de centrale-antenne-inrichting. Het kabelnet omvat onder meer alle kabels en buizen met hun toebehoren gerekend vanaf het ontvangststation tot in het pand van de abonnee’.

36 Artikel 1 E-wet en artikel 1 Gaswet.

heerders kan gesteld worden dat tot bepaalde hoogte onderscheid gemaakt wordt tussen verschillende netten die afzonderlijke entiteiten vormen.<sup>37</sup> Eventuele horizontale natrekking zou dan alleen gelden binnen deze afzonderlijke entiteiten.

Ten aanzien van deze netten is het dus de vraag of de stellingname van het Hof in meer algemene zin gelezen kan worden waardoor het beginsel van horizontale natrekking toegepast kan worden indien 'slechts een relatief gering deel van het net is gelegen in grond van een derde', althans in een perceel waarop de leidingbeheerder om wat voor redenen dan ook geen opstalrecht heeft kunnen vestigen. Indien dit criterium doorslaggevend is, zou in navolging van de uitspraak van het Hof het beginsel van horizontale natrekking kunnen worden toegepast op zeer geringe onderdelen van het net. Daarentegen is niet duidelijk wat precies onder 'een relatief gering deel van het net' verstaan moet worden. Toepassing van dit criterium kan daarom wederom aanleiding zijn tot nieuwe onduidelijkheid en geschillen. Desalniettemin kan door toepassing van deze regel van horizontale natrekking rechtsonzekerheid ten aanzien van de eigendom van ondergrondse en bovengrondse energienetten voorkomen worden.

## **Onroerende Zaken**

### *De situatie ten aanzien van kabels en energienetten*

De Hoge Raad bepaalde dat kabelnetten onroerende zaken zijn omdat zij moeten worden aangemerkt als een werk dat duurzaam met de grond is verenigd en naar aard en inrichting bestemd is om duurzaam ter plaatse te blijven en dat dit ook naar buiten kenbaar is.<sup>38</sup>

Ten aanzien van de energieleidingen geldt dat weliswaar zelden onenigheid zal bestaan over de vraag of zij duurzaam met de grond zijn verenigd, maar wel of hun aanwezigheid in de verschillende percelen naar buiten toe altijd kenbaar is. Dit zou moeten blijken uit het kadaster waar zij doorgaans staan geregistreerd, althans indien voor deze leidingen een zakelijk recht is gevestigd of een gedoogplicht is opgelegd. Meer in het algemeen kan gesteld worden dat de exacte ligging van de ondergrondse netten niet altijd bekend zijn. Dit blijkt onder meer

uit de vele graafincidenten die plaatsvinden ondanks voorafgaande meldingen bij het Kabels en Leidingen Informatie Centrum (KLIC).

Alhoewel hierover in de jurisprudentie geen expliciete uitspraken te vinden zijn, zullen energieleidingen, mede gezien het arrest van de Hoge Raad, niettemin als onroerend moeten worden bestempeld. De Minister van Economische Zaken heeft inmiddels na uitvoerige analyse besloten dat er onvoldoende gronden zijn om de beslissing van de Hoge Raad terug te draaien.<sup>39</sup> Het lijkt er dus op dat kabels voortaan als onroerende zaken te boek zullen staan. Ten aanzien van de kwalificatie van de energienetten schrijft de Minister in een brief aan de Tweede Kamer van 16 april 2004 dat hij (vooralsnog) uitgaat van het onroerende karakter van de energienetten.<sup>40</sup> De Minister acht het bovendien raadzaam om vast te houden aan het onroerende karakter van de netwerken omdat dit de transparantie met betrekking tot de eigendomssituatie van de netwerken ten goede komt. Veel partijen zijn inmiddels begonnen om ongeldige leveringen te 'repareren' door alsnog te leveren conform de eisen die gelden voor onroerende zaken.

### *Overdrachtsbelasting*

Omdat energieleidingen als onroerende zaken zijn te beschouwen, zou bij overdracht van deze leidingen ook overdrachtsbelasting betaald moeten worden. Voorts is het van belang dat overdrachtsbelasting niet alleen moet worden betaald bij de overdracht van juridische eigendom, maar ook bij de overdracht van de economische eigendom van de leidingen. Deze laatste situatie heeft zich de afgelopen jaren veelvuldig voorgedaan.

Bij de verzelfstandiging van de nutsbedrijven die vanaf de jaren '70 van de vorige eeuw heeft plaatsgevonden, zijn de onder- en bovengrondse energieleidingen alsmede de daarbijbehorende bovengrondse installaties overgedragen aan naamloze en besloten vennootschappen. Alhoewel niet in alle gevallen de juridische eigendom van de leidingen zal zijn overgedragen, is in de praktijk in ieder geval de economische eigendom overgedragen aan het nieuwe, commerciële energiedistributiebedrijf. Dezelfde situatie heeft zich voorgedaan bij de inwerkingtreding van de Elektriciteitswet en de Gaswet. Overeenkomstig deze

37 Artikel 1 lid 1 sub j juncto artikel 10 lid 1 E-wet.

38 Overweging 3.2.2, zaaknummer 36075.

39 TK 29 387, nr. 4, p. 5.

40 TK 29 387, nr. 3, p. 2.

wetten hebben de distributiebedrijven een aparte vennootschap als netbeheerder aangewezen. Aan deze netbeheerders kan de juridische eigendom van de netten zijn overgedragen.<sup>41</sup> De 'Beleidsregels aanwijzing netbeheer' van 13 augustus 1999 en de 'Beleidsregels aanwijzing netbeheer Gaswet' van 4 oktober 2000 bepaalden vervolgens dat de economische eigendom van het net bij de netbeheerders diende te worden gelegd.<sup>42</sup> Voorzover de distributiebedrijven de juridische eigendom van de netten hadden, is de juridische eigendom bij de holding gebleven. In de praktijk is zelfs de economische eigendom niet altijd overgedragen. Reden is dat de Minister heeft ingestemd met de aanwijzing van zogenoemde 'magere netbeheerders' waardoor de (economische) eigendom van de netten bij de holding is gebleven.

Met de totstandkoming van de eerdergenoemde wijziging van de Elektriciteitswet 1998 en Gaswet op 1 juli 2004 is echter duidelijk geworden dat alle netbeheerders op termijn over het economisch eigendom van de netten dienen te beschikken. De overdracht van economisch eigendom is een belastbaar feit voor de overdrachtsbelasting ex artikel 2 WBR. Dit geldt zowel voor de netbeheerders die het economisch eigendom nog moeten overdragen als de netbeheerders die reeds op een eerder moment – overeenkomstig de beleidsregels – de economische eigendom overgedragen hebben.<sup>43</sup>

In tegenstelling tot de overdracht van de economische eigendom van de netten dat ex artikel 2 WBR een belastbaar feit voor de overdrachtsbelasting oplevert, is het minder duidelijk of een aandelentransactie bij de eventuele privatisering van een netbedrijf ook onderworpen is aan de overdrachtsbelasting. De Minister van Economische Zaken is van mening dat geen overdrachtsbelasting is verschuldigd indien het netbedrijf, met inbegrip van het netwerk, wordt overgedragen door een aandelenoverdracht van de vennootschap waarin het bedrijf is ondergebracht.<sup>44</sup> Alhoewel deze stellingname voor de praktijk het gunstigst is, zou juridisch gezien eveneens een ander

standpunt denkbaar zijn. De vraag of overdrachtsbelasting betaald moet worden, is namelijk afhankelijk van de beoordeling of de overdracht betrekking heeft op een zogenoemd 'onroerendezaaklichaam'. Artikel 4 WBR stelt hieraan twee cumulatieve vereisten: de bezittingen van de vennootschap moeten, gedurende enig moment in het jaar voorafgaand aan de aandelenverzekering:

- (i) hoofdzakelijk bestaan uit in Nederland gelegen onroerende zaken, en
- (ii) als geheel dienstbaar zijn aan het verkrijgen, vervreemden of exploiteren van die onroerende zaken.

Omdat de in Nederland gelegen netten onroerende zaken zijn, zullen de netbedrijven in ieder geval aan het eerste criterium voldoen. Moeizamer is de interpretatie van het tweede criterium. Doordat sinds de inwerkingtreding van de Elektriciteitswet en de Gaswet het netbeheer van de levering is afgescheiden en de netten openstaan voor derdengebruik (eventueel te beschouwen als een vorm van verhuur), zou tevens gesteld kunnen worden dat aan het tweede criterium – de exploitatie van de onroerende zaak – voldaan wordt. Indien het netbeheer wordt beschouwd als de exploitatie van een onroerende zaak als zodanig, zullen de netbedrijven moeten worden aangemerkt als een 'onroerendezaaklichaam' waardoor de aandelenoverdracht eveneens onderworpen zou moeten worden aan de heffing van overdrachtsbelasting. De vraag of overdrachtsbelasting betaald moet worden, zal afhangen van de beoordeling van de Inspecteur der Belastingen.<sup>45</sup> De enige mogelijkheid om definitief te voorkomen dat een dergelijke overdracht een belastbaar feit vormt voor de overdrachtsbelasting, is het opnemen van een vrijstellingsbepaling in specifieke privatiseringswetgeving.<sup>46</sup> Dit is (nog) niet het geval voor de privatisering van de netbedrijven. De noodzaak om een dergelijke bepaling op te nemen in toekomstige privatiseringswetgeving lijkt met het onderhavige arrest alleszins aangetoond.

41 Uit de MvT bij de Elektriciteitswet 1998 blijkt dat er geen duidelijkheid bestaat over de juridische eigendom van het net en dat veelal alleen de economische eigendom kan worden overgedragen. Zie TK 1997-1998, 25 621, nr. 3, p. 9.

42 *Staatscourant* 1999, nr. 161, p. 6 respectievelijk *Staatscourant* 2000, nr. 196, p. 9

43 De naheffingstermijn is in beginsel 5 jaar. In geval van een overdracht van de economische eigendom van onroerende zaken geldt een naheffingstermijn van 12 jaar. Zie artikel 20 lid 4 Algemene wet inzake rijksbelastingen.

44 TK 2003-2004, 29 387, nr. 1, p. 10.

45 Voorzover bekend heeft de Staat respectievelijk TenneT geen overdrachtsbelasting betaald over de aandelenoverdracht van NV SEP door de Staat en van TZH door TenneT. In het eerste geval omdat verkrijgingen door de staat zijn vrijgesteld (artikel 15 WBR) en in het tweede geval zal de Inspecteur het criterium 'exploitatie van de onroerende zaak' anders geïnterpreteerd hebben.

46 Zie onder meer Postbankwet, *Staatsblad* 1985, 510 (artikel 17) en Wet NV Sdu, *Staatsblad* 1988, 421 (artikel 10).

### Onroerendezaakbelasting

Een andere consequentie van de constatering dat energienetten onroerende zaken zijn, betreft de mogelijke verplichting tot het betalen van onroerendezaakbelasting (OZB). De Gemeentewet bepaalt immers dat OZB kan worden geheven van degene die onroerende zaken (dus ook ondergrondse leidingen) gebruiken dan wel het genot hebben krachtens eigendom, bezit, beperkte rechten of persoonlijke rechten.<sup>47</sup> Voor de heffing van OZB verwijst de Gemeentewet naar hoofdstuk III Wet waardering onroerende zaken (WOZ). Artikel 16 WOZ bepaalt vervolgens dat als onroerende zaak moet worden aangemerkt:

*'[...] een gebouwd dan wel ongebouwd eigendom alsmede een (binnen een gemeente gelegen deel van een) samenstel van gebouwde en ongebouwde eigendommen die bij dezelfde belastingplichtige in gebruik zijn en die, naar de omstandigheden beoordeeld, bij elkaar behoren'.*

Doordat zowel de Elektriciteitswet als de Gaswet in zijn definitie van leidingennet naar artikel 16 WOZ verwijst, lijkt de conclusie gerechtvaardigd dat een elektriciteitsleiding en/of een gasleiding als een samenstel van eigendommen is te kwalificeren en derhalve als één onroerende zaak te beschouwen zijn.<sup>48</sup> Doordat het leidingennet wordt geëxploiteerd door één netbeheerder wordt tevens voldaan aan het vereiste dat alle onderdelen van de onroerende zaak bij dezelfde belastingplichtige in gebruik moeten zijn.<sup>49</sup> Voorzover hiervoor geen vrijstelling is verleend, zal een netbeheerder dus OZB moeten betalen aan de verschillende gemeenten waarbinnen de leidingen zijn gesitueerd.

Sinds 1 januari 2001 bevat de Gemeentewet een nieuwe bepaling inzake de vrijstelling van OZB.<sup>50</sup> Anders dan het oude artikel 305a Gemeentewet komen leidingen, kabels en buizen niet meer auto-

matisch in aanmerking voor vrijstelling, maar pas nadat zij hebben voldaan aan bepaalde criteria, namelijk indien zij zich kwalificeren als

*'[...] (i) werktuigen die (ii) van een onroerende zaak kunnen worden afgescheiden zonder dat beschadiging van betekenis aan die werktuigen wordt toegebracht en die (iii) niet op zichzelf als gebouwde eigendommen zijn aan te merken'.*

De meeste energienetten lijken niet aan deze criteria te kunnen voldoen; de netten kunnen namelijk niet zonder grote beschadigingen worden afgescheiden en zijn niet aan te merken als 'op zichzelf gebouwde eigendommen'.<sup>51</sup> Gemeenten kunnen zich dus niet zonder meer beroepen op deze vrijstellingsbepaling en zullen dus gerechtigd zijn om OZB te gaan heffen.<sup>52</sup> De heffingsmaatstaf wordt bepaald op basis van de waarde van de onroerende zaak. Het argument dat de waardering van ondergrondse leidingen, kabels en buizen uitvoeringstechnisch relatief kostbaar kan zijn, doet aan deze situatie niets af en lijkt door het liberaliseringsproces enigszins ondergraven te worden. Bij het bepalen van de waarde zou de overdracht van de activa die met unbundling gepaard gaat en de criteria voor netwerktoegang immers als leidraad kunnen dienen.

De uitkomst dat de vrijstellingsbepaling niet op de energienetten kan worden toegepast is echter wel in strijd met de oorspronkelijke bedoeling van de wetgever bij het opstellen van artikel 220d lid 1 sub j Gemeentewet. Ondanks de bedoeling om leidingen en buizen onder de werktuigvrijstelling te laten vallen, heeft de Minister van Financiën nooit expliciet aangegeven om welke infrastructuur het precies gaat.<sup>53</sup> Aangenomen mag worden dat binnenkort meer duidelijkheid zal worden geschapen. De Minister van Economische Zaken heeft namelijk aangekondigd een vrijstelling te willen bewerkstelligen voor OZB.<sup>54</sup> Om een dergelijke vrijstelling te berei-

47 Artikel 220 Gemeentewet.

48 Zie ook Hof 's Gravenhage van 14 maart 1979, FED no. 1729/1730. Anders H.J. Hofstra in zijn noot bij uitspraak van de Hoge Raad van 16 april 1980, *BNB* 1980/183.

49 Hoge Raad 14 september 1994, *Belastingblad* 1994, pp. 727-729.

50 Artikel 220d lid sub j Gemeentewet.

51 Zie voor een uitgebreide toetsing van deze criteria in het *Nederlands Tijdschrift voor Energierecht* 2003/4, pp. 159 e.v.

52 Opgemerkt dient te worden dat de mogelijkheid bestaat dat energiebedrijven (zoals Gasunie) in het verleden in het kader van leveringscontracten die met gemeenten zijn afgesloten een private vrijstelling hebben gekregen. Deze geldt alleen voor het ondergrondse deel van het net. De verdergaande liberalisering van de sector kan aanleiding zijn om deze vrijstellingen te herzien.

53 De Minister heeft de vraag welke soort leidingen en kabels worden vrijgesteld en welke onder het belastingregime zullen vallen helaas nooit beantwoord. Zie TK 1997-98, 25 736, nr. 4, p. 2.

54 TK 2003-2004, 29 387, nr. 4, p. 7.

ken zal in ieder geval meer duidelijkheid geschapen moeten worden omtrent de criteria die gelden bij het toepassen van artikel 220d lid 1 sub j Gemeentewet.

### **Conclusie**

De uitspraak van de Hoge Raad ten aanzien van de kabelnetten heeft de nodige gevolgen voor de elektriciteits- en gasleidingen en raakt in feite de voortschrijdende herstructurering van de energiesector. Doordat beheerders van elektriciteits- en gasnetten in toenemende mate als 'normale' ondernemingen worden beschouwd, worden de netbeheerders eveneens geconfronteerd met de juridische en fiscale gevolgen daarvan. De wetgever heeft deze gevolgen niet voorzien.

De uitspraak van de Hoge Raad pleit voor meer duidelijkheid omtrent de eigendom van onder- en bovengrondse energieleidingen en de fiscale gevolgen van de constatering dat netten onroerende zaken zijn. De Minister heeft duidelijk gemaakt de nood-

zaak voor veranderingen in te zien en streeft naar een integrale regeling omtrent de juridische eigendom van ondergrondse infrastructuur in het BW. Hiermee keert de wetgever terug op haar schreden uit 1972 toen een dergelijke regeling niet noodzakelijk werd geacht.

Inmiddels blijkt dat de ondergrondse infrastructuur op meerdere terreinen re-regulering behoeft. Te denken valt aan de onduidelijkheden die bestaan bij het opleggen van een gedoogplicht op basis van de BP en de registratie van ondergrondse infrastructuur. Het is te hopen dat de wetgever ook hier een integrale aanpak verkiest omdat anders wederom sprake kan zijn van versnipperde en niet op elkaar aansluitende regelgeving die naderhand reparatie behoeft.

**Mr.dr. Martha M. Roggenkamp is verbonden aan de EnergieGroep van Simmons & Simmons Trenité te Rotterdam.**