



Besluit

Beslissing op bezwaar

Ons kenmerk : ACM/UIT/549078
Zaaknummer : ACM/19/036329
Datum : **1 februari 2021**

1 Samenvatting

1. De Autoriteit Consument & Markt (hierna: de ACM) heeft bij besluit van 19 juli 2019 (hierna: het bestreden besluit) een boete opgelegd aan Liander N.V. (hierna: Liander) op grond van artikel 77i, eerste lid, aanhef en onder b Elektriciteitswet 1998 (hierna: E-wet).¹ In het besluit constateert de ACM een overtreding van artikel 23, derde lid, aanhef en onder a E-wet vanwege het niet binnen de wettelijke termijn van 18 weken aansluiten van Fastned B.V. (hierna: Fastned) op locatie 92 Honswijck te Muiden (hierna: de locatie Muiden). Fastned had de ACM verzocht tot handhaving over te gaan. Liander heeft bezwaar gemaakt tegen het bestreden besluit. De ACM verklaart het bezwaar van Liander tegen het bestreden besluit ongegrond.

2 Verloop van de procedure

2. Op 5 april 2018 heeft Fastned een handhavingsverzoek ingediend bij de ACM wegens de overtreding door Liander van de wettelijke aansluittermijn van 18 weken, neergelegd in artikel 23, derde lid, aanhef en onder a E-wet.² Het besluit van de ACM naar aanleiding van dit handhavingsverzoek is op 19 juli 2019 toegezonden aan Liander. De ACM heeft aan Liander een boete opgelegd van € 50.000. Het besluit is op 7 augustus 2019 openbaar gemaakt.
3. Bij brief van 28 augustus 2019 heeft Liander pro-forma bezwaar aangetekend tegen het besluit van 19 juli 2019 en de ACM verzocht tot opschorting van de behandeling van het bezwaarschrift. Bij brief van 5 september 2019 heeft de ACM dit verzoek afgewezen en Liander in de gelegenheid gesteld uiterlijk 18 oktober 2019 de gronden van bezwaar aan te vullen.³
4. Bij fax en brief van 18 oktober 2019 heeft Liander de gronden van bezwaar aangevuld. De ACM heeft bij brief van 13 november 2019 de gronden van bezwaar doorgezonden aan Fastned.⁴
5. Bij mail van 22 oktober 2019 heeft Fastned haar telefonische mededeling bevestigd dat zij wil worden aangemerkt als belanghebbende.⁵

¹ ACM/UIT/507721.

² Voor een volledige beschrijving van de procedure tot 19 juli 2019 zie hoofdstuk 1 van het bestreden besluit.

³ ACM/IN/438032 en ACM/UIT/518566.

⁴ ACM/IN/440263, ACM/IN/440381 en ACM/UIT/522534.

⁵ ACM/IN/468997.

6. Op 18 december 2019 heeft er ten kantore van de ACM een hoorzitting plaatsgevonden waarbij Liander en Fastned door de ACM zijn gehoord. Ter zitting hebben zowel Liander als Fastned een pleitnota overgelegd.⁶ Liander heeft op 14 januari 2020 aanvullende informatie overgelegd.⁷
7. Fastned heeft op 3 februari 2020 op de aanvullende informatie van Liander gereageerd.⁸
8. Bij e-mailbericht van 2 juli 2020 heeft Fastned het handhavingsverzoek van 5 april 2018 ingetrokken.⁹
9. Bij brief van 30 september 2020 heeft Liander naar aanleiding van de uitspraken van het CBb van 22 september 2020¹⁰ een nadere reactie gegeven.¹¹

3 Bezwaar Liander

10. Liander voert – kort samengevat – aan dat :
 - Fastned geen belanghebbende is en niet betrokken dient te worden bij de bezwaarschriftprocedure.
 - De ACM in het bestreden besluit onterecht tot de conclusie is gekomen dat Liander in strijd handelt met artikel 23, derde lid, aanhef en onder a E-wet.
 - Liander geen boete kan worden opgelegd indien zij in strijd met bovengenoemd artikel zou hebben gehandeld. Artikel 77i, eerste lid, aanhef en onder b E-wet vormt geen wettelijke grondslag waarop een boete opgelegd kan worden bij een overtreding van artikel 23, derde lid, aanhef en onder a E-wet.
 - Indien Liander in strijd met bovengenoemd artikel zou hebben gehandeld, de gestelde overtreding Liander niet kan worden verweten vanwege overmacht.
 - Het rapport en het bestreden besluit zijn gestoeld op een gewijzigd handhavingsverzoek. Aan de opgelegde boete van de ACM ligt derhalve geen handhavingsverzoek ten grondslag.
 - Het opleggen van een boete door de ACM is in strijd met evenredigheid, doelmatigheid, het verbod van détournement de pouvoir en het beginsel van equality of arms.

4 Juridisch kader

11. Voor het juridisch kader verwijst ACM naar Hoofdstuk 4 van het bestreden besluit.

⁶ ACM/IN/451754 en ACM/IN/451747.

⁷ ACM/UIT/525446 en ACM/IN/456444.

⁸ ACM/UIT/526700 en ACM/UIT/526694.

⁹ ACM/IN/511546.

¹⁰ ECLI:NL:CBB:2020:650 en ECLI:NL:CBB:2020:649.

¹¹ ACM/IN/546307.

5 Beoordeling bezwaar door de ACM

5.1 Belanghebbendheid Fastned

12. Liander voert in bezwaar allereerst aan dat Fastned geen belanghebbende is omdat Fastned geen persoonlijk en direct belang heeft bij het besluit op bezwaar.
13. De ACM komt niet toe aan de inhoudelijke behandeling van deze bezwaargrond. Bij e-mailbericht van 2 juli 2020 heeft Fastned haar klacht/handhavingsverzoek van 5 april 2018 ingetrokken. Fastned heeft zich daarmee teruggetrokken uit de procedure. Gelet hierop is er geen aanleiding en geen belang meer voor Liander om een oordeel van de ACM te verkrijgen over de vraag of Fastned al dan niet als belanghebbende kan worden aangemerkt.
14. De ACM laat deze bezwaargrond in het licht van het vorenstaande onbesproken.

5.2 Overtreding van artikel 23, lid 3 E-wet

15. Liander stelt dat de ACM een onjuiste en onvolledige uitleg zou hebben gegeven aan artikel 23, derde lid, aanhef en onder a E-wet. De ACM zou ten onrechte uitgaan van de (letterlijke) bewoordingen van dit artikel. Uit de parlementaire geschiedenis zou blijken dat de wetgever het vanwege omstandigheden niet halen van de wettelijke termijn heeft onderkend en dit uitgebreid heeft besproken.¹² De explosieve vraag naar nieuwe aansluitingen als gevolg van stimulering van duurzame elektriciteitsproductie, de sterke economische groei en een sterke afname van voldoende technisch geschoolde monteurs vormen volgens Liander objectieve redenen voor het feit dat de aansluiting niet binnen 18 weken gerealiseerd kon worden. De ACM had deze omstandigheden moeten onderzoeken en betrekken bij het bestreden besluit. Volgens Liander blijkt voorts uit de behandeling van het amendement Hessels/De Krom, dat aan artikel 23, derde lid, onder a van de E-wet ten grondslag lag, dat deze bepaling gericht was op kleinverbruikers, dat wil zeggen op aansluitingen met een maximale aansluitwaarde van 3x80A. De ACM gaat hier ten onrechte aan voorbij, aldus Liander.
16. Op grond van artikel 23, derde lid, E-wet dient de netbeheerder een aansluiting te realiseren binnen een redelijke termijn na het indienen van een verzoek om een aansluiting. Op grond van artikel 23, derde lid, onderdeel a, E-wet dient een aansluiting tot 10 MVA binnen 18 weken door de netbeheerder te worden gerealiseerd, "ongeacht de aard van de installatie (groene producent of eindgebruiker) die zich achter de aansluiting bevindt."¹³ Onderdeel a voorziet niet in een uitzondering op deze verplichting¹⁴, zodat deze aansluitingen altijd binnen 18 weken moeten worden gerealiseerd. Het betreft daarmee een publiekrechtelijke verplichting waarvan (contractueel) niet kan worden afgeweken.¹⁵ Op grond van artikel 23, derde lid, onderdeel b, E-wet geldt specifiek voor aansluiting van een productie-installatie van duurzame elektriciteit of

¹² Randnummer 12 bezwaargronden Liander.

¹³ Kamerstukken I 2009/10, 31904, nr. D, p. 29.

¹⁴ CBb 1 juni 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BW8456, r.o. 6.2. Zie Kamerstukken II 2017/18, aanhangsel 2761, antwoord 2. Zie ook de uitspraak van het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden van 3 december 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:10344 (Nedcool).

¹⁵ ACM besluit van 7 juli 2011 met zaaknummer 103366/111, nr. 105.

een installatie voor hoogrenderende warmtekrachtkoppeling ook een aansluittermijn van 18 weken, tenzij de netbeheerder niet kan worden verweten dat hij deze termijn niet haalt.¹⁶ Uit artikel 23, derde lid, E-wet en de parlementaire geschiedenis daarbij, blijkt volgens de ACM duidelijk dat deze tenzij-clausule alleen geldt voor onderdeel b waarin deze clausule is opgenomen en niet voor onderdeel a van artikel 23, derde lid E-wet.¹⁷ Reeds hierom moet dan ook voorbij worden gegaan aan de stelling van Liander dat de ACM de door Liander aangevoerde redenen voor het overschrijden van de wettelijke termijn van 18 weken had moeten betrekken bij de vaststelling van de overtreding van artikel 23, onderdeel a E-wet.

17. De parlementaire geschiedenis waarnaar Liander verwijst omvat het verslag van een wetgevingsoverleg¹⁸ en de op dit overleg volgende brief van de minister van Economische Zaken.¹⁹ Deze parlementaire stukken zijn opgesteld vóór de indiening van amendement 59²⁰ waarmee amendement nr. 28²¹ werd vervangen. In amendement nr. 59 luidde de tekst van vernoemd derde lid van artikel 23 van de E-wet hetzelfde als in amendement nr. 28. De indieners en ook het parlement hebben geen aanleiding gezien om amendement nr. 59 op het punt van de 18 wekentermijn te wijzigen naar aanleiding van het wetgevingsoverleg en de daarop volgende brief van de minister. Het parlement heeft artikel 23, lid 3, van de E-wet in ongewijzigde vorm aangenomen. Daarmee heeft de wetgever de bezwaren van de minister gepasseerd en kan aan deze bezwaren geen betekenis meer worden toegekend voor de interpretatie van dit artikel. De bedoeling van dit artikel blijkt uit de toelichting die de indieners hebben gegeven.²²

“Het tweede punt is de redelijke termijn van aansluiting. Er was net onduidelijkheid over de vraag of dat ook geldt bij technische onvolkomenheden. In het amendement wordt heel duidelijk verschil gemaakt tussen de grootverbruikers en de kleinverbruikers. Voor de kleine afnemers, dus tot 10 mV A, moet het mogelijk zijn om binnen de gestelde termijn van 18 weken een aansluiting te realiseren. Het zou eigenlijk mogelijk moeten zijn binnen drie weken, maar in het amendement staat 18 weken. Als dit onredelijk is, dan kan de redelijkheid ingebracht worden door de rechter met het bepalen van een schadevergoeding. Feitelijk moeten kleinverbruikers binnen die termijn toch echt wel een aansluiting kunnen hebben.”

18. In dit verband merkt de ACM op dat ook het CBb in zijn uitspraken van 22 september 2020²³ heeft bevestigd dat artikel 23, derde lid, onderdeel a, van de E-wet geen ruimte biedt voor de netbeheerder om af te wijken van de daarin neergelegde termijn van 18 weken om een aansluiting kleiner dan 10 MVA te realiseren.²⁴
19. Voor zover Liander voorts stelt dat de wetgever de bedoeling had om de termijn van 18 weken van toepassing te laten zijn op aansluitingen tot 3x80A, kan de ACM dit niet volgen. De tekst van de wet is op dit punt glashelder. Het gaat hier niet om zulke aansluitingen maar om aansluitingen tot 10 MVA. Ook in het door Liander aangehaalde wetgevingsoverleg wordt de

¹⁶ Kamerstukken II 2009/10, 31904, nr. 60, p. 1-2.

¹⁷ Kamerstukken II 2009/10, 31 904, nr. 60, p. 1-2.

¹⁸ Kamerstukken II, 2003/04, 29 372, nr. 52.

¹⁹ Kamerstukken II, 2003/04, nr. 48.

²⁰ Kamerstukken II 2003/04, 29 372, nr. 59.

²¹ Kamerstukken II 2003/04, 29 372, nr. 28.

²² Kamerstukken II, 2003/04, nr. 52, p. 28.

²³ ECLI: NL:CBB:2020:650 en ECLI:NL:CBB:2020:649.

²⁴ Zie ook de overwegingen van A-G Drijber in zijn conclusie van 23 oktober 2020, ECLI:NL:PHR:2020:987.

grens van 10 MVA expliciet genoemd.²⁵ Uit de oorspronkelijk aangenomen wettekst en uit de huidige tekst van artikel 23, lid 3, van de E-wet volgt klip en klaar dat de verplichte realisatietermijn van 18 weken geldt voor aansluitingen tot 10 MVA. De door Liander aangevoerde wetsgeschiedenis leidt dan ook niet tot een andere interpretatie. Volledigheidshalve verwijst de ACM in dit verband nog naar de uitspraak van het CBb van 1 juni 2012²⁶, waarin het College expliciet heeft geoordeeld dat artikel 23 van de E-wet een termijn bevat waarbinnen een aansluiting tot 10 MVA moet worden gerealiseerd, zonder dat een uitzondering op de aansluitverplichting is omschreven. Ook het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden²⁷ komt in zijn uitspraak van 3 december 2019 op dezelfde gronden tot de conclusie dat het niet aannemelijk is dat de wetgever de bedoeling had om de termijn van 18 weken van toepassing te laten zijn op aansluitingen tot 3x80A in plaats van 10 MVA.

20. Liander wijst in haar nadere reactie van 30 september 2020 naar aanleiding van de uitspraken van het CBb van 22 september 2020 op het document 'Contouren van de Energiewet' van 17 juli 2020 van het ministerie van Economische Zaken en Klimaat (EZK). Hieruit zou blijken dat de regels rond de aansluittermijn op het elektriciteitssysteem worden aangepast. Het voornoemde document bevat slechts een weergave van ideeën dan wel voornemens ten aanzien van de Energiewet. Zoals uit de inleiding van het document blijkt, is dit document opgesteld om betrokken stakeholders inzicht te bieden in de beoogde wijzigingen en om stakeholders de gelegenheid te bieden om inhoudelijk te reageren op beoogde wijzigingen van de Energiewet.
21. Dat er voornemens bestaan om de regels rondom de aansluittermijn te wijzigen, doet naar het oordeel van de ACM niet af aan de toepasselijkheid van artikel 23, derde lid, onder a, van de E-wet. Deze ontwikkeling heeft er immers nog niet toe geleid dat er verandering is opgetreden in de wetgeving. Zolang de wetgever de regels rondom de aansluittermijn niet heeft gewijzigd, behoudt deze bepaling haar relevantie vanwege de bescherming die zij aan afnemers biedt. In dat licht kan de verwijzing door Liander naar de uitspraak van het CBb van 9 april 2009²⁸ haar niet baten. Er is geen sprake van verandering van wetgeving ten gunste van de overtreder.
22. De ACM verklaart deze gronden van bezwaar ongegrond. De ACM is in het bestreden besluit bij de toepassing van artikel 23, lid, aanhef en onder a E-wet - gelet op de letterlijke wettekst, de memorie van toelichting en de jurisprudentie - terecht uitgegaan van een onverkorte aansluittermijn van 18 weken voor aansluitingen tot 10 MVA. De ACM gaat daarbij uit van de vigerende wetgeving.

5.3 Uitleg artikel 77i, aanhef en onder b E-wet

23. Liander voert aan dat artikel 77i, eerste lid, aanhef en onder b E-wet ziet op zware overtredingen betreffende het weigeren van een aansluiting door of discriminatoir handelen van netbeheerders. Verzuimd zou zijn om op te nemen dat deze bepaling niet van toepassing is op boetes met betrekking tot overschrijding van de aansluittermijn genoemd in artikel 23, derde lid E-wet. Blijkens de parlementaire geschiedenis meende de wetgever dat in een dergelijk

²⁵ Kamerstukken II 2003/04, 29372, nr. 52, p. 28.

²⁶ ECLI:NL:CBB:2012:BW8456, r.o. 6.2.

²⁷ Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden van 3 december 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:10344.

²⁸ ECLI:NL:CBB:2009:BI1627.

geval de aanvrager de door de vertraging geleden schade op de netbeheerder zou moeten verhalen.²⁹ Liander meent dan ook dat de ACM onrechtmatig handelt door Liander een boete op te leggen.

24. De ACM volgt Liander niet in haar betoog. Uit de letterlijke tekst van artikel 77i, eerste lid, aanhef en onder b E-wet volgt dat de ACM bij overtredingen van artikel 23 E-wet overeenkomstig dit onderdeel een bestuurlijke boete kan opleggen van ten hoogste EUR 900.000 of, indien dat meer is, 10% van de omzet van de overtreder. De ACM ziet geen aanwijzingen - ook niet in de parlementaire geschiedenis bij de E-wet - waaruit blijkt dat de betreffende boetebepaling niet van toepassing is op overtredingen van artikel 23, derde lid E-wet.
25. Dat er een zware boete kan worden opgelegd bij overtreding van artikel 23 E-wet, hangt samen met de ernst van de overtreding. Zoals ook in het bestreden besluit is overwogen is het recht op een aansluiting, zoals neergelegd in artikel 23 E-wet, essentieel voor de toegang tot het netwerk. Het aansluiten is per slot van rekening één van de kerntaken van de netbeheerder, die op dit punt een monopoliepositie heeft.³⁰ De partij die om een aansluiting verzoekt kan immers niet op een andere wijze aan een aansluiting komen en is daarmee volledig afhankelijk van de netbeheerder. In navolging van het primaire besluit wordt in dit verband benadrukt dat de snelheid waarmee een aansluiting wordt gerealiseerd van invloed is op de termijn waarop een afnemer zijn eigen project kan realiseren. In de parlementaire geschiedenis wordt erop gewezen dat afnemers bij het later realiseren van een aansluiting schade kunnen leiden.³¹
26. Gezien het vorenstaande is het niet meer dan logisch dat de wetgever het overtreden van artikel 23 E-wet heeft gekwalificeerd als een zware overtreding door deze bepaling op te nemen in artikel 77i, eerste lid, aanhef en onder b E-wet. Dat - zoals door Liander in bezwaar wordt betoogd - door de wetgever verzuimd zou zijn om in artikel 77i E-wet te verduidelijken dat een boete bij overschrijding van de 18-wekentermijn niet aan de orde is, kan dan ook niet worden gevolgd. De opmerking van kamerlid Hessels waarnaar Liander verwijst³² heeft naar het oordeel van de ACM slechts betrekking op de mogelijkheid van een aanvrager om schade, die ten gevolge van een te laat gerealiseerde aansluiting is geleden, civielrechtelijk op de netbeheerder te verhalen. Deze mogelijkheid bestaat naast de bevoegdheid van de ACM om een boete op te leggen. De ACM heeft dan ook in het bestreden besluit terecht toepassing gegeven aan artikel 77i, eerste 1, aanhef en onder b E-wet.
27. De ACM verklaart deze grond van bezwaar ongegrond. Artikel 77, eerste lid, aanhef en onder b E-wet vormt de grondslag - gelet op de letterlijke tekst en memorie van toelichting van de E-wet - waarop de ACM een sanctie kan opleggen voor een overtreding van artikel 23, eerste lid, aanhef en onder a E-wet.

5.4 Verwijtbaarheid

28. Liander stelt dat de overtreding niet aan haar verweten kan worden. De ACM oordeelt, volgens Liander, ten onrechte dat het tekort aan gekwalificeerd personeel voor risico van Liander komt en dat de niet-beschikbaarheid van gekwalificeerd personeel te wijten is aan de commerciële

²⁹ Kamerstukken II 2003/04, 29372, nr. 52, pag. 28.

³⁰ Zie ook overweging 3.4 in de conclusie van A-G Drijber van 23 oktober 2020 (ECLI:NL:PHR:2020:987)

³¹ Kamerstukken II 2003/04, 29372, 52, nr. 4.

³² Kamerstukken II 2003/04, 29372, nr. 52, pag. 28.

keuzes van Liander. Dit personeel kan niet tijdig worden opgeleid en Liander heeft al het mogelijke gedaan om voldoende personeel aan te trekken. Verder neemt door trends als de energietransitie en de verduurzaming van de economie het werk toe. Deze enorm toegenomen markt vraag valt, volgens Liander, buiten het normale bedrijfsrisico. Liander stelt dat zij deze trends ook niet kon voorzien. Daarnaast staat de tariefregulering van de ACM het aantrekken van extra personeel in de weg. Tot slot stelt Liander dat zij gezien het discriminatieverbod van artikel 23, tweede lid E-wet, het beginsel "first-come-first served" hanteert. Liander kan dus niet Fastned voortrekken door haar aansluiting voor die van eerder aangevraagde aansluitingen te realiseren.

29. De ACM handhaaft haar oordeel uit het bestreden besluit.³³ Naar de mening van de ACM maakt het onderdeel uit van de normale bedrijfsvoering en risico van Liander om te voorzien in voldoende personeel om de aansluitingen (tijdig) te realiseren. Dit geldt ook bij een toegenomen vraag naar deze aansluitingen. De door Liander aangehaalde rapporten leiden niet tot een ander oordeel. De economie is van nature aan schommelingen onderhevig; perioden van economische neergang worden gevolgd door perioden van economische groei.³⁴ De vraag naar goederen en diensten kan veranderen als gevolg van maatschappelijke ontwikkelingen, zoals een verduurzaming van de economie. Naar het oordeel van de ACM behoren dergelijke ontwikkelingen binnen het bedrijfsrisico in het economische verkeer. Het rekening houden met ontwikkelingen, zoals de toename van aanvragen en een krapte op de arbeidsmarkt, bevindt zich binnen de invloedssfeer van Liander. De ACM acht bovendien in dit concrete geval niet aannemelijk dat Liander geen invloed had op de tijdige aansluiting van Fastned op de locatie Muiden. Liander stelt in algemene zin dat zij geen of hooguit slechts zeer beperkt invloed heeft door personeel aan te trekken en in eigen bedrijfsschool op te leiden.³⁵ Evenwel blijkt in dit concrete geval nergens uit dat Liander haar volledige invloedssfeer heeft benut voor het voorkomen van een overschrijding van de wettelijke termijn. In navolging van het bestreden besluit wijst de ACM er nogmaals op dat Liander aan Fastned niet alleen heeft aangegeven dat Fastned te laat wordt aangesloten, maar dat een medewerker van Liander tevens in maart 2018 heeft aangegeven dat een nieuwe aanvraag voor een aansluiting niet meer wordt uitgevoerd in 2018.³⁶ Gelet op het voorgaande kan de stelling van Liander dan ook niet worden gevolgd dat het opleggen van de boete ondoelmatig is, omdat zij geen bijdrage kan leveren aan het voorkomen van verdere overtredingen van artikel 23, derde lid E-wet in de toekomst.
30. De ACM concludeert op grond van het vorenstaande dat de door Liander genoemde ontwikkelingen geen exceptionele situatie vormen, zoals vereist is voor een beroep op overmacht. De ACM wijst hierbij ten overvloede nogmaals op de uitspraak van de voorlopige voorzieningenrechter van de rechtbank Gelderland van 25 juni 2018 die is bevestigd door het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden in zijn uitspraak van 3 december 2019.³⁷
31. Voor zover Liander in dit verband een beroep doet op het non-discriminatiebeginsel, merkt de ACM op dat dit niet af doet aan het oordeel van de ACM in randnummer 51 van het bestreden besluit. Liander mag Fastned binnen de wettelijke termijn niet voortrekken of achterstellen ten opzichte van anderen. Dit betekent echter niet dat Liander met een beroep op artikel 23,

³³ Zie de randnummers 50 en 51 van het bestreden besluit.

³⁴ Vergelijk Rechtbank Zutphen, 30 september 2009, ECLI:NL:RBZUT:2009:BK3761, r.o. 4.3; Rechtbank Oost-Brabant, 2 april 2014, ECLI:NL:RBOBR:2014:1903, r.o. 4.2; Gerecht in Eerste Aanleg van Aruba, 27 juni 2018, ECLI:NL:OGEEA:2018:397, r.o. 4.2.

³⁵ Randnummer 69 e.v. bezwaargronden Liander.

³⁶ ACM/IN/414911.

³⁷ Rb. Gelderland 25 juli 2018, ECLI:NL:RBGEL:2018:3667, r.o. 4.7 en Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden van 3 december 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:10344.

tweede lid E-wet van haar wettelijke plicht wordt ontslagen om de gevraagde aansluiting binnen 18 weken te realiseren.³⁸

32. De stelling van Liander dat de tariefregulering van de ACM het aantrekken van extra personeel in de weg staat, kan de ACM niet volgen. Hoofddregel bij de regulering is dat de tarieven van netbeheerders zijn gebaseerd op de efficiënte kosten van hun wettelijke taken. In de praktijk bepaalt ACM de efficiënte kosten (mede) op basis van de historische kosten(-ontwikkeling). De tarieven komen tot stand door middel van maatstafregulering. Doel van de tariefregulering is te bewerkstelligen dat de netbeheerders (niet meer dan) de efficiënte kosten (inclusief een redelijk rendement) kunnen terugverdienen die zij ter uitvoering van hun wettelijke taken moeten maken. Dit betekent dat alle kosten van alle regionale netbeheerders worden betrokken in de maatstaf om de toegestane inkomsten te bepalen. Liander lijkt te stellen dat alleen zij kosten moet maken voor het aantrekken van personeel in verband met een toegenomen aantal aanvragen voor aansluitingen, terwijl zij tegelijkertijd aanvoert dat deze problematiek marktbreed speelt. Nu het speelveld voor alle netbeheerders gelijk is en ook de kostenontwikkeling in ogenschouw wordt genomen, kan de ACM Liander niet volgen in haar stelling dat de regulering haar (meer) in de weg zou staan om meer personeel aan te trekken. Daarnaast stelt de ACM met de tariefregulering alleen de inkomsten van de netbeheerders vast. De verantwoordelijkheid voor de bedrijfsvoering en de kosten die daarmee gepaard gaan voor het uitvoeren van de wettelijke taken, inclusief het uitvoeren van de aansluittaak binnen de wettelijke termijn, liggen bij Liander. Kortom, de tariefregulering houdt het voor Liander open om personeel te werven of een derde partij in te huren om de aansluiting te realiseren.
33. De ACM verklaart deze bezwaargronden ongegrond. Er is geen sprake van een exceptionele situatie die een beroep op overmacht rechtvaardigt.

5.5 Grondslag rapport en bestreden besluit

34. Liander voert aan dat er geen handhavingsverzoek ten grondslag zou liggen aan de opgelegde boete. Zij stelt daartoe dat Fastned oorspronkelijk zou hebben verzocht handhavend op te treden ten aanzien van de aansluiting van de locatie te Muiden maar dit later zou hebben gewijzigd door het verzoek te richten tegen de algemene situatie dat netbeheerders wettelijke aansluittermijnen zouden overschrijden.
35. De ACM wijst erop dat er sprake is van een overschrijding van de aansluittermijn van de locatie Muiden. Deze overtreding is de grondslag voor de aan Liander opgelegde boete. Hieraan doet niet af dat het (inmiddels ingetrokken) handhavingsverzoek hiervan de aanleiding was. Evenmin is de omstandigheid relevant dat – zoals in de nadere reactie van Liander van 30 september 2020 is aangevoerd – uit correspondentie zou blijken dat de onderlinge samenwerking tussen Liander en Fastned inmiddels naar tevredenheid verloopt. Deze ontwikkeling doet niet af aan de op Liander rustende wettelijke verplichting om de door Fastned aangevraagde aansluiting, net als alle andere aanvragen voor aansluitingen tot 10 MVA, binnen een termijn van 18 weken te realiseren. De ACM heeft de bevoegdheid om in dit concrete geval voor de specifieke overtreding van de aansluittermijn door Liander op de locatie Muiden een boete op te leggen.
36. De ACM verklaart deze grond van bezwaar ongegrond.

³⁸ Zie ook Hof Arnhem-Leeuwarden 3 december 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:10344, r.o. 3:15 (vervolg op: Rb. Gelderland 25 juli 2018, ECLI:NL:RBGEL:2018:3667).

5.6 Strijd met evenredigheid, doelmatigheid, détournement de pouvoir en equality of arms

37. Liander voert tenslotte aan dat het bestreden besluit niet in overeenstemming is met het evenredigheidsbeginsel, doelmatigheid, het verbod op détournement de pouvoir en het beginsel van equality of arms.
38. Het bestreden besluit zou volgens Liander niet evenredig en doelmatig zijn doordat Liander door de omvang van het personeelstekort en de toename van aanvragen niet in staat is en in staat zal zijn om binnen de wettelijke termijn een aansluiting te realiseren. Het door de ACM aangewende doel van afschrikking in het bestreden besluit zal niet worden gerealiseerd. Tenslotte betoogt Liander dat iedere nieuwe overtreding zal leiden tot een hogere boete voor Liander.
39. De ACM heeft Liander een boete opgelegd van € 50.000,-. In het kader van de heroverweging in bezwaar, overweegt de ACM dat gelet op het vierde lid van artikel 2.5 van de Boetebeleidsregels het maximum van de bandbreedte van de basisboete moet worden vastgesteld op € 31.616.000,--.³⁹
40. Bij toepassing van het evenredigheidsbeginsel – neergelegd in artikel 3:4 Awb – worden de bezwarende aspecten van een besluit en het maatschappelijk te dienen belang van dat besluit afgewogen. Het resultaat van deze afweging mag niet onevenredig zijn en is dat in onderhavig geval ook niet. Het maatschappelijke belang is daarin gelegen dat een aanvraag tot een aansluiting tijdig wordt gerealiseerd om materiële schade bij een aanvrager te voorkomen. Het tijdig aansluiten van een aanvrager behoort daarmee tot de kerntaken van de netbeheerder.
41. De ACM hecht aan de naleving van deze kerntaak. Dit volgt ook uit het rapport in de onderhavige zaak. Hierin legt de ACM aan Liander uit dat zij in beginsel een onderzoek naar een overtreding van artikel 23 E-wet start in geval zij een handnavingsverzoek krijgt van een afnemer die een aansluiting heeft aangevraagd.⁴⁰ De aansluittermijn is immers gegeven in het belang van de afnemer. Soms is handhaving van overschrijding van de wettelijke aansluittermijn echter niet opportuun, bijvoorbeeld omdat de afnemer met de netbeheerder afspreekt dat de aansluiting later dan binnen de wettelijke termijn plaatsvindt of dat de overschrijding anderszins niet problematisch wordt geacht door de afnemer omdat hij bijvoorbeeld door de netbeheerder is gecompenseerd. Van deze elementen was in de onderhavige zaak echter geen sprake. Om die reden is de ACM overgegaan tot handhaving. De ACM heeft de wijze waarop zij omgaat met de handhaving van deze kerntaak ook in gesprek met Liander uiteengezet, en, gelijktijdig, ook in gesprekken met andere grote netbeheerders toegelicht.⁴¹
42. Voor zover Liander heeft betoogd dat iedere nieuwe overtreding voor Liander zal leiden tot een hogere boete merkt de ACM op dat zij geen rekening kan houden met eventuele toekomstige overtredingen bij de bepaling van de hoogte van de boete in dit concrete geval. De ACM kan niet vooruit lopen op overtredingen die nog niet hebben plaatsgevonden en nog niet door haar zijn vastgesteld. Het is bovendien aan Liander om toekomstige overtredingen te voorkomen en

³⁹ Dit doet echter niet af aan de hoogte van de opgelegde boete.

⁴⁰ ACM/UIT/505656 en 503049, randnummers 62 t/m 64.

⁴¹ ACM/UIT/505656 en 503049, randnummer 62.

in dat opzicht zijn verantwoordelijkheid te nemen. Gelet hierop kan Liander niet worden gevolgd in haar stelling dat de boete niet doelmatig en ook niet evenredig zou zijn.

43. Het bestreden besluit zou voorts in strijd zijn met het verbod op détournement de pouvoir en het beginsel van equality of arms doordat het besluit betrekking zou hebben op niet bekende en niet gestelde overtredingen en overtreders.
44. Het verbod van détournement de pouvoir - neergelegd in artikel 3:3 Awb - houdt in dat een bestuursorgaan zijn door de wet gegeven bevoegdheid uitsluitend gebruikt voor het doel waarvoor de wetgever deze heeft gegeven. Het beginsel van equality of arms strekt er toe dat de overtreder op de hoogte is van wat hem wordt verweten. Zoals hierboven en in het bestreden besluit uiteengezet, legt de ACM Liander een bestuurlijke boete op voor de te late aansluiting van het laadstation Honswijk. De bevoegdheid van de ACM tot het opleggen van een bestuurlijke boete vloeit voort uit artikel 77i, eerste lid, aanhef en onder b E-wet. Liander is in staat gesteld zowel schriftelijk als mondeling te reageren op het rapport en het bestreden besluit. De ACM kan Liander dan ook niet volgen in haar stelling dat er sprake zou zijn van détournement de pouvoir of een schending van het beginsel van equality of arms.
45. Voor zover Liander suggereert dat de aan haar opgelegde boete zou zien op andere niet bewezen overtredingen, door verwijzing in het bestreden besluit naar de generale preventieve werking van de boete, wijst de ACM op het volgende. Elke boete heeft zowel speciale als generale preventie ten doel. Dit betekent dat de boete enerzijds de overtreder van een volgende overtreding moet weerhouden en tegelijkertijd potentiële overtreders moet afschrikken. Dit laatste wordt bewerkstelligd door het bestaan van de wettelijke norm te bevestigen en duidelijk te maken dat de overtreding van die norm tot handhaving leidt.
46. De ACM concludeert dat de bestuurlijke boete terecht is vastgesteld op een bedrag van € 50.000,-.
47. De ACM verklaart deze gronden van bezwaar ongegrond.

6 Besluit

De Autoriteit Consument en Markt:

Verklaart het bezwaar van Liander N.V. tegen het besluit van 19 juli 2019 met kenmerk ACM/UIT/507721 ongegrond.

Den Haag, 1 februari 2021

Autoriteit Consument en Markt,
namens deze:

w.g.

drs. C.M.L. Hijmans van den Bergh MBA
bestuurslid

Als u belanghebbende bent, kunt u beroep instellen tegen dit besluit. Stuur uw gemotiveerde beroepschrift naar de Rechtbank Rotterdam, Sector bestuursrecht, Postbus 50951, 3007 BM Rotterdam. Dit moet u doen binnen zes weken na de dag waarop dit besluit bekend is gemaakt. Meer informatie over de beroepsprocedure vindt u op www.rechtspraak.nl.