

Nederlandse Mededingingsautoriteit

BESLUIT

Nummer 102406/26

Betreft zaak: Overtreding NRE Netwerk B.V.

Besluit van de Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit als bedoeld in artikel 77n van de Elektriciteitswet 1998.

I Verloop van de procedure

1. De directeur van de Directie Toezicht Energie van de Nederlandse Mededingingsautoriteit (hierna: de directeur DTe) heeft ambtshalve onderzoek ingesteld naar een mogelijke overtreding van artikel 23, eerste lid, van de Elektriciteitswet 1998 (hierna: E-wet) door NRE Netwerk B.V. (hierna: NRE).
2. Aanleiding van het onderzoek was het vermoeden dat door NRE meermaals een hoger eenmalig aansluittarief in rekening is gebracht dan het toegestane maximum zoals vastgesteld in het besluit van de Raad van de Nederlandse Mededingingsautoriteit (hierna: de Raad) van 22 december 2005.¹
3. Na afloop van dit onderzoek heeft de directeur DTe op 26 oktober 2006 een rapport opgemaakt als bedoeld in artikel 77k van de E-wet (hierna: het rapport). Het rapport is dezelfde dag aan NRE verzonden.
4. In het rapport wordt geconcludeerd dat er een redelijk vermoeden bestaat dat NRE artikel 23, eerste lid, van de E-wet heeft overtreden door meermaals een hoger eenmalig aansluittarief in rekening te brengen dan het door de Raad vastgestelde maximum.
5. NRE heeft op 28 november 2006 gebruik gemaakt van de mogelijkheid tot het indienen van zienswijzen tijdens een hoorzitting.

¹ Zaaknummer: 102061_6/13.

II Het rapport

6. Bij besluit van 22 december 2005 heeft de Raad de maximum nettarieven elektriciteit 2006 voor NRE vastgesteld (hierna: het tariefbesluit). Daarbij heeft de Raad het eenmalig aansluittarief voor de categorie > 1* 6A t/m 3* 25A vastgesteld op EUR 460,62 per aansluiting. Het tariefbesluit is op 1 januari 2006 in werking getreden. NRE heeft bij brief van 1 februari 2006 tegen het tariefbesluit bezwaar gemaakt als bedoeld in artikel 7:1 van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb).²
7. In het rapport wordt geconcludeerd dat NRE na inwerkingtreding van het tariefbesluit op 1 januari 2006, meerdere malen een hoger bedrag in rekening heeft gebracht dan op grond van het tariefbesluit is toegestaan. In het rapport wordt vastgesteld dat NRE in de desbetreffende categorie per aansluiting EUR 589 in rekening heeft gebracht in plaats van een maximum tarief van EUR 460,62 per aansluiting zoals het tariefbesluit bepaalt. NRE heeft dit – blijkens het rapport - ook bevestigd³. In het rapport wordt geconstateerd dat NRE hiermee artikel 23, eerste lid, van de E-wet heeft overtreden.

² Rapport, randnummer 7.

³ Rapport, randnummers 10 tot en met 16.

III Zienswijze NRE

8. NRE verwijst naar het rapport dat opgesteld is aan de hand van 11 dossierstukken. Primair stelt NRE dat door de NMa ten onrechte niet de cautie is gegeven, zowel bij mondelinge als schriftelijke verzoeken om inlichtingen. In dit verband verwijst zij naar artikel 77l, eerste lid, van de E-wet en artikel 6 EVRM en het IVBPR. Naar het oordeel van NRE strekt de cautieplicht zich ook uit tot verzoeken om schriftelijke inlichtingen. De toezichthoudend ambtenaren hadden bij het eerste moment dat is verzocht om inlichtingen aan NRE bij brief van 20 juli 2006 (dossierstuk 4), de mogelijkheid van het opleggen van een punitieve sanctie opgehouden. In latere stukken en correspondentie is dat volgens haar door de Raad bevestigd. Vanaf dat eerste verzoek om inlichtingen had de cautie moeten worden geven.
9. NRE meent dat alle informatie, waarop de cautieplicht van toepassing is en die de Raad niet buiten de wil van NRE om kon verkrijgen, als onrechtmatig verkregen bewijs moet worden beschouwd. Deze informatie zou bij de verdere behandeling van de zaak niet gebruikt mogen worden, mocht de Raad besluiten tot het opleggen van een boete. NRE verwijst naar jurisprudentie van het Europese Hof van de Rechten van de Mens.⁴
10. Voor het geval dat de Raad de door NRE in deze zienswijze aangehaalde dossierstukken niet als onrechtmatig aanmerken, wijst zij erop dat haar zienswijze niet beschouwd dient te worden als een erkenning van de juistheid en de rechtmatigheid van die dossierstukken.
11. Subsidiar stelt NRE dat uit de dossierstukken 5, 8 en 11 is af te leiden dat het de bedoeling van NRE is geweest om van de vastgestelde eenmalige aansluitvergoedingen af te wijken, ten koste van degenen die om de in die stukken bedoelde aansluitingen op haar netwerk verzochten.
12. NRE had er vertrouwen in dat na een bezwarenprocedure tegen het tariefbesluit, de bewuste aansluitvergoedingen zouden worden aangepast conform haar bezwaren. Zij verwijst naar dossierstukken 2 en 5. Naar haar oordeel zijn de door de Raad vastgestelde aansluitvergoedingen niet correct vastgesteld. De voor NRE vastgestelde eenmalige aansluitvergoeding is substantieel lager dan de eenmalige

⁴ EHRM 17 december 1996, NJ1997, 699 (Saunders vs Verenigd Koninkrijk)

aansluitvergoedingen die zijn vastgesteld voor de andere netbeheerders.

13. Om juist misverstanden en onnodige kosten te voorkomen heeft NRE in offertes voor de categorie > 1*6A t/m 3*25A het eenmalige aansluittarief in rekening gebracht, zoals naar haar verwachting bij beslissing op bezwaar zou worden vastgesteld. Misverstanden en onnodige kosten zouden ontstaan als NRE gelijk zou krijgen in bezwaar en zij aangeslotenen aangepaste tarieven zou moeten nasturen. Zij factureert pas voor aansluitwerkzaamheden nadat deze zijn verricht.
14. NRE ging ervan uit dat een spoedig besluit op haar bezwaren binnen de daarvoor geldende termijn zou worden genomen. Zij heeft hierom gevraagd en verwijst daarvoor naar dossierstuk 2. NRE wijst erop dat zij alsnog het aangepaste tarief aan de betrokken aangeslotenen zou kunnen communiceren, en vervolgens factureren, als bij de beslissing op bezwaar het aansluittarief alsnog gehandhaafd blijft. NRE merkt op dat een dergelijke beslissing nog steeds niet genomen is.
15. Uit de dossierstukken kan volgens NRE geen andere conclusie worden getrokken dan dat haar handelen in dit geval slechts pragmatisch was. Zij beschouwde de door de Raad vastgestelde tarieven, vanwege haar bezwaren daartegen, nog niet als definitief.
16. NRE merkt op dat uit de dossierstukken 5, 6 en 9 blijkt dat zij zich in het geheel niet gerealiseerd heeft dat de gemaakte afwijking niet zou zijn toegestaan. Zij verwijst naar de beantwoording van de door de Raad gestelde vragen aan NRE (dossierstuk 5), alsmede naar informele communicatie tussen de NMa en NRE (dossierstuk 7).
17. NRE verwijst naar een telefoongesprek (dossierstuk 9) waarin namens NRE het volgende is verklaard: *“de heer Van Hof reageert hierop geschokt en geeft daarbij aan dat hij van oordeel blijft dat het tariefbesluit inhoudelijk niet juist is”*. NRE stelt dat zij dan ook meteen alsnog in offertes en facturen de in het tariefbesluit genoemde aansluitvergoeding voor de desbetreffende categorie aansluitingen heeft verwerkt. Tevens heeft zij creditfacturen voor de eerder gefactureerde bedragen ingeboekt en verzonden. Volgens haar is er geen reden meer om dit dossier door te zetten.
18. Het is volgens NRE nooit gegaan om het verkrijgen van financieel voordeel ten koste van haar klanten. Zij verwijst naar dossierstuk 11 alsmede naar het rapport waarin staat dat slechts in 2006 en slechts voor de hiervoor genoemde categorie aansluitingen, een afwijkende eenmalige aansluitvergoeding in rekening is

Openbaar

gebracht.

19. NRE stelt dat zij een efficiënt opererende netbeheerder is. Om te voorkomen dat de aansluit- en transporttarieven min of meer zouden verdubbelen bij de aanvang van de regulering heeft zij in 2000 een laag tarief vastgesteld. Zij herhaalt de situatie te betreuren en is ervan overtuigd dat zij een betrouwbare netbeheerder is die de besluiten van de Raad naleeft. NRE voert aan dat zij de extra kosten van de creditering van de teveel in rekening gebrachte bedragen voor lief neemt en tracht te voorkomen om nogmaals in een vergelijkbare situatie te geraken.
20. Concluderend verzoekt NRE primair het bewijs dat als onrechtmatig dient te worden beschouwd, niet te gebruiken voor een eventuele punitieve sanctie, omdat dit bewijs berust op inlichtingen die door NRE zijn verstrekt zonder dat haar de cautie is gegeven. Voor zover de Raad het bewijs niet als onrechtmatig aanmerkt, verzoekt zij subsidair om niet over te gaan tot bestuurlijke handhaving.

IV Beoordeling

Inleiding

21. Ter beoordeling in het onderhavige besluit staat of NRE artikel 23, eerste lid, van de E-wet, heeft overtreden door in 2006 meerdere malen een hoger eenmalig aansluittarief in rekening te brengen dan het toegestane maximumtarief dat door de Raad bij het tariefbesluit van 22 december 2005 is vastgesteld. Indien en voor zover dit het geval is, staat ter beoordeling of aan NRE een sanctie moet worden opgelegd, en zo ja, welke sanctie.
22. In het navolgende wordt in paragraaf IV.2 eerst ingegaan op het wettelijk kader en de verplichting die voortvloeit uit artikel 23, eerste lid, van de E-wet. Daarna zal een beoordeling van de in het rapport geconstateerde feiten plaatsvinden, mede in het licht van de door NRE aangevoerde zienswijze. Voorts vindt een juridische beoordeling plaats, waarin moet worden nagegaan of de feiten in juridisch opzicht moeten worden gekwalificeerd als een overtreding. Ook hierin zal de zienswijze van NRE worden betrokken.

Het wettelijk kader

23. Bij artikel 16, eerste lid, aanhef en onderdeel e, van de E-wet is bepaald dat de netbeheerder in het kader van het beheer van de netten in het voor hem krachtens artikel 36 en 37 vastgestelde gebied onder meer tot taak heeft op de grondslag van artikel 23 derden te voorzien van een aansluiting op de netten.
24. Ingevolge artikel 23, eerste lid, van de E-wet is de netbeheerder verplicht degene die daarom verzoekt te voorzien van een aansluiting op het door hem beheerde net tegen een tarief en andere voorwaarden die in overeenstemming zijn met de paragrafen 5 en 6 van hoofdstuk 3 (“Transport van elektriciteit”) van de E-wet. Krachtens het tweede lid van artikel 23 verstrekt de netbeheerder degene die om een aansluiting verzoekt op het net verzoekt een gedetailleerde en volledige opgave van de uit te voeren werkzaamheden en de te berekenen kosten van de handelingen, onderscheiden in artikel 28, eerste lid.
25. Volgens artikel 40 van de E-wet worden de tarieven van de diensten ter uitvoering van de taken, genoemd in artikel 16, eerste lid, vastgesteld overeenkomstig de artikelen 41 tot en 41d.
26. Bij artikel 41c, eerste lid, van de E-wet, (onderdeel van paragraaf 6 (“Tarieven en boekhouding van de netbeheerder”) is bepaald dat de Raad de tarieven die kunnen verschillen voor de verschillende netbeheerders en voor onderscheiden tariefdragers, jaarlijks vast stelt.
27. Ingevolge artikel 77i, eerste lid, aanhef en onderdeel b, van de E-wet kan de Raad in geval van een overtreding van het bepaalde bij of krachtens onder meer artikel 23 van de E-wet, de overtreder per overtreding een bestuurlijke boete opleggen van ten hoogste 10 % van de omzet van de overtreder in het boekjaar voorafgaande aan de beschikking.
28. In artikel 77i, eerste lid, van de E-wet is bepaald dat indien aan een handeling van de Raad redelijkerwijs de gevolgtrekking kan worden verbonden dat aan de overtreder een bestuurlijke boete zal worden opgelegd, er geen verplichting meer is van de zijde van die overtreder om ten behoeve van deze oplegging een verklaring omtrent de overtreding af te leggen. Het tweede lid bepaalt dat de overtreder hierop wordt gewezen alvorens hem mondeling wordt gevraagd inlichtingen te verstrekken.

29. Krachtens artikel 7:1 jo 8:1 van de Awb dient degene aan wie het recht is toegekend tegen een besluit beroep op een administratieve rechter in te stellen, alvorens beroep in te stellen tegen dat besluit bezwaar te maken, tenzij het besluit:
- op bezwaar of in administratief beroep is genomen;
 - aan goedkeuring is onderworpen;
 - de goedkeuring van een ander besluit of de weigering van die goedkeuring inhoudt, of
 - is voorbereid met toepassing van afdeling 3.4.
- Ingevolge artikel 6:16 van de Awb, schorst het bezwaar of beroep niet de werking van het besluit waartegen het is gericht, tenzij bij of krachtens wettelijk voorschrift anders is bepaald.

Beoordeling van de feiten

30. De Raad gaat uit van de hierna volgende feiten.
31. Bij besluit van 22 december 2005 heeft de Raad de maximum nettarieven elektriciteit voor het jaar 2006 voor NRE vastgesteld. Daarbij heeft hij voor de categorie > 1* 6A t/m 3* 25 A een maximaal eenmalig aansluittarief vastgesteld van EUR 460,62 per aansluiting.⁵ Tegen dit besluit heeft NRE bij brief van 1 februari 2006 bezwaar gemaakt.⁶
32. Bij email van 11 mei 2006 heeft (vertrouwelijk) de Raad erop gewezen dat NRE in zijn ogen een te hoog eenmalig aansluittarief in rekening brengt voor de categorie > 1* 6A t/m 3* 25A.⁷
33. De Raad heeft bij brief van 20 juli 2006 NRE verzocht om informatie aangaande het uitbrengen van offertes en het in rekening brengen van eenmalige aansluittarieven in bedoelde categorie. Mocht sprake zijn van te hoge aansluittarieven dan wenste de Raad van NRE te vernemen om in hoeveel gevallen het gaat en of de teveel gebrachte bedragen zijn terugbetaald. De Raad heeft NRE erop gewezen dat zij dient te offreren overeenkomstig het tariefbesluit van 22 december 2005. NRE is verzocht om binnen vier weken na verzending van voornoemde brief te bevestigen in hoeverre zij gehoor zou geven aan genoemde verzoeken van de Raad.⁸

⁵ Rapport, dossierstuk 1.

⁶ Rapport, dossierstuk 2.

⁷ Rapport, dossierstuk 3.

⁸ Rapport, dossierstuk 4.

34. NRE heeft naar aanleiding hiervan de Raad bij brief van 18 augustus 2006 als geantwoord:
- “Ja, NRE Netwerk hanteert voor de categorie >1*6A t/m 3*25A het eenmalige aansluittarief van EUR 589. Dit tarief wordt zowel in de offertes als in de voorlopige facturatie gehanteerd vanaf 1 januari 2006. Wij zijn in afwachting op de uitspraak van de NMa en hebben tot op heden circa 700 aansluitingen gerealiseerd.”*⁹
35. In de email van 30 augustus 2006 NRE heeft zij de Raad als volgt bericht:
- “Wij hebben het verschil tussen de gefactureerde tarieven en de DTe tarieven op een apart grootboek gezet, het totaal betreft 49.000 EURO tot en met juli”.
NRE zal schriftelijk het verhaal bevestigen en hoop natuurlijk dat we gewoon de uitspraak van de NMa kunnen afwachten. Laat weten als de DTe geneigd is over te gaan tot handhaving, dan kunnen we dat voorkomen en direct uitbetalen”.*¹⁰
36. In haar brief van 5 september 2006 heeft NRE de Raad medegedeeld:
- “de tarieven zoals oorspronkelijk vastgesteld door de DTe zijn lager dan de tarieven zoals die op basis van de tariefcode door NRE zijn bepaald. Doordat het eenmalige tarieven zijn is het niet mogelijk een te laag tarief te hanteren en in later stadium alsnog een aanvullend bedrag te factureren. Om die reden hanteren wij het hogere tarief zoals dat op basis van de tariefcode is bepaald en hebben tevens de administratie zo ingericht dat terugbetaling direct mogelijk is. In een apart grootboek is nu het verschil geboekt dat bedraagt cumulatief tot en met juli 2006 een totaal van 49.300 EUR.”*¹¹
37. Bij email van 4 oktober 2006 heeft NRE de Raad het volgende bericht:
- “Om te voorkomen dat de handhaving gaat leiden tot een onnodige boete hebben de tarieven verlaagd tot het niveau van de tarieven zoals vastgesteld”.*¹²

⁹ Rapport, dossierstuk 5.

¹⁰ Rapport, dossierstuk 7.

¹¹ Rapport, dossierstuk 8.

¹² Rapport, dossierstuk 10.

38. Tenslotte heeft de algemeen directeur van de NRE holding bij brief van 12 oktober 2006 het volgende verklaard:
- “Hierbij bevestig ik u dat NRE Netwerk B.V. in haar toepassing van de eenmalige aansluittarieven is afgeweken van de door u dienst vastgestelde tarieven, als vastgesteld in het tariefbesluit. Dat betreur ik en bied u daarvoor mijn excuses aan.*

De heer R.E. van Hof heeft mij bevestigd dat alles gedaan is deze fout te herstellen. De huidige tarieven zijn nu op het door u vastgestelde niveau en aan alle klanten wordt met terugwerkende kracht het bedrag dat teveel in rekening is gebracht, gecorrigeerd. Het gaat in totaal om een bedrag van bijna EUR 50.000,--.

In de uiteindelijke handhaving hopen wij wel dat de DTe het vertrouwen heeft dat NRE Netwerk B.V. altijd de intentie heeft gehad om met haar klanten af te rekenen tegen het tarief dat uiteindelijk zou worden vastgesteld nadat de bezwaarprocedure zou zijn afgerond en niet bewust heeft willen afwijken van het tariefbesluit.”¹³

39. De Raad concludeert uit de voorgaande feiten dat NRE in 2006 meerdere malen een hoger eenmalig aansluittarief voor de categorie > 1* 6A t/ m 3* 35A in rekening heeft gebracht dan is toegestaan op grond van het door de Raad vastgestelde maximum tarief voor bedoelde categorie. Voorts blijkt uit de feiten dat NRE de overtredingen inmiddels heeft beeindigd.

V Juridische beoordeling

Inleiding

40. In het navolgende vindt de beoordeling plaats van de door NRE naar voren gebrachte zienswijze en vindt de kwalificatie plaats van de hiervoor onder IV.3 vermelde feiten.

¹³ Rapport, dossierstuk 11.

Beoordeling van de zienswijze van NRE

41. Ten aanzien van de door NRE naar voren gebrachte zienswijze komt de Raad tot het volgende oordeel.
42. De Raad kan NRE niet volgen in haar betoog dat de Raad (al) bij zijn eerste verzoek om inlichtingen van 20 juli 2006 aan NRE (dossierstuk 4) de cautie had moeten geven.
43. Ingevolge artikel 771 E-wet wordt de overtreder op het zwijgrecht gewezen alvorens hem mondeling wordt gevraagd inlichtingen te verstrekken. De cautieplicht vloeit ook niet rechtstreeks voort uit artikel 6 EVRM of artikel 14 IVBPR.¹⁴
44. Artikel 771 is in de E-wet opgenomen bij artikel I, onderdeel LL van de zogenaamde I & I-wet.¹⁵ In de memorie van toelichting bij laatstvermeld artikel is opgemerkt:
“*Artikel 771*
Ingevolge het eerste lid van deze bepaling wordt aan de overtreder het zogenoemde zwijgrecht toegekend indien een toezichthouder hem vraagt inlichtingen te verschaffen met het oog op de oplegging van een bestuurlijke boete. Deze bepalingen zijn in overeenstemming met artikel 6 van het EVRM.
In het tweede lid is een cautieplicht opgenomen, dat wil zeggen dat de uitdrukkelijke mededeling aan de overtreder dat hij op de te stellen vragen geen antwoord hoeft te geven. Hiermee wordt aangesloten bij artikel 29 van het wetboek van Strafvordering. In het voorontwerp van de vierde tranche Awb vinden het zwijgrecht en de cautieplicht hun grondslag in artikel 5.0.11.”¹⁶
45. Artikel 29 van het Wetboek van Strafvordering (hierna: Sv) luidt, voor zover hier van belang:
“1. In alle gevallen waarin iemand als verdachte wordt gehoord, onthoudt de verhoorende rechter of ambtenaar zich van alles wat de strekking heeft eene verklaring te verkrijgen, waarvan niet gezegd kan worden dat zij in vrijheid is afgelegd.
2. Voor het verhoor wordt de verdachte meegedeeld dat hij niet verplicht is tot antwoorden.”

¹⁴ [PM Zie F.C.M.A. Michiels en E.R. Mulder (red.), Handhaving, Bestuurlijk handhaven in Nederland, Kluwer Deventer, 2006, p. 104, nt. 31.]

¹⁵ Wet van 1 juli 2004, Staatsblad 2004, 328. Artikel I, onderdeel LL is in werking getreden op 14 juli 2004. Zie het Besluit van 2 juli 2004, Staatsblad 2004, 330.

¹⁶ TK 2003-2004, 29 372, nr. 3, p. 49-50.

46. De HR acht het schriftelijk verzoek om inlichtingen, ook als dat tot de verdachte is gericht, geen verhoor in de zin van artikel 29 Sv. Een schriftelijke cautie behoeft dus niet te worden gegeven.¹⁷
47. Artikel 77I E-wet kreeg haar huidige redactie bij artikel II, onderdeel JJ, van de Veegwet EZ 2005.¹⁸ Bij laatstvermeld artikel is in artikel 77, eerste lid, <<inlichtingen omtrent de overtreding te verstrekken>> vervangen door: een verklaring omtrent de overtreding af te leggen. In de memorie van toelichting bij laatstvermeld artikel is opgemerkt:
“Deze wijziging vloeit voort uit de wens zo nauw mogelijk aan te sluiten bij de Vierde tranche van de Algemene wet bestuursrecht (Kamerstukken II 2003/04, 29702, nr. 2).”¹⁹
48. Artikel 5.0.11 van het voorstel van wet Vierde tranche Algemene wet bestuursrecht luidt:
“1. Degene die wordt verhoord met het oog op het aan hem opleggen van een bestraffende sanctie, is niet verplicht ten behoeve daarvan verklaringen omtrent de overtreding af te leggen.
2. Voor het verhoor wordt aan de betrokkene medegedeeld dat hij niet tot antwoorden verplicht is.”²⁰
49. In de memorie van toelichting bij artikel 5.0.11, tweede lid, is opgemerkt:
“De plicht om de cautie te geven geldt indien sprake is van een verhoor. Een verhoor is een mondelinge ondervraging met het oog op het opleggen van een bestraffende sanctie. De achtergrond van de cautieplicht is immers het ervaringsgegeven, dat van een mondelinge ondervraging een zekere psychische druk om te antwoorden kan uitgaan. De cautie wil voorkomen, dat de ondervraagde onder deze druk verklaringen aflegt, waarvan niet meer kan worden gezegd dat zij in vrijheid zijn afgelegd. Van schriftelijke vragen gaat, door het ontbreken van de directe confrontatie met de ondervrager, veel minder druk om te antwoorden uit. Bij schriftelijke vragen is als regel geen sprake van een verhoor en behoeft dus geen cautie te worden gegeven. Dit is slechts anders indien in bijzondere omstandigheden van een schriftelijke vraag een zodanige druk om te antwoorden zou uitgaan, dat materieel sprake is van een verhoor.”²¹

¹⁷ HR 1 oktober 1985, NJ 1986, 405 en HR 1 oktober 1985, NJ 1986, 406, beide m.nt. ThWvV.

¹⁸ Wet van 20 november 2006, Staatsblad 2006, 593. Artikel II, onderdeel JJ, is in werking getreden op 13 december 2006. Zie het Besluit van 24 november 2006, Staatsblad 2006, 621.

¹⁹ TK, 2004-2005, 30 027, nr. 3, p. 25.

²⁰ TK, 2003-2004, 29 702, nr. 2, p. 10.

²¹ TK, 2003-2004, 29 702, nr. 3, p. 99.

50. De Raad zal de brief van NRE van 18 augustus 2006 (dossierstuk 5), naar aanleiding van voornoemde brief van 20 juli 2006 (dossierstuk 4) van de Raad, derhalve gebruiken voor het bewijs. Dit geldt eveneens voor de overige (schriftelijke) gedane verklaringen door NRE. Hiermee wordt bedoeld op de email van NRE van 30 augustus 2006 (dossierstuk 7), haar brief van 5 september 2006 (dossierstuk 8), haar email van 4 oktober 2006 (dossierstuk 10) en haar brief van 12 oktober 2006 (dossierstuk 11). Voornoemde schriftelijke verklaringen heeft NRE niet afgelegd tijdens een verhoor, dan wel heeft NRE deze verklaringen afgelegd uit eigen beweging.
51. De Raad is echter van oordeel dat de cautie wel had moeten worden gegeven bij de op respectievelijk 29 augustus 2006 (dossierstuk 6) en 3 oktober 2006 (dossierstuk 9) gedane mondelijke verzoeken om verklaringen aan NRE omtrent de overtredingen. Deze verzoeken hebben telefonisch plaatsgevonden, waarbij de toezichthoudend ambtenaar van de NMa in beide gevallen dus ten onrechte heeft verzuimd om de cautie te geven.
52. In de regel heeft het ten onrechte niet geven van de cautie tot gevolg dat de afgelegde verklaringen niet voor het bewijs mag worden gebruikt. Volgens jurisprudentie kunnen dergelijke verklaringen niettemin aan bewijs bijdragen, indien de overtreder door het ontbreken van de cautie niet is benadeeld, bijvoorbeeld indien de overtreder tijdens het verhoor werd bijgestaan door een rechtsg geleerd raadsman.²²
53. Uit de stukken blijkt dat NRE bij het afleggen van de op 29 augustus 2006 en 3 oktober 2006 gedane mondelinge (telefonische) verklaringen niet werd bijgestaan door haar raadsman. De Raad verbindt hieraan de conclusie dat hij de door NRE op 29 augustus 2006 en op 3 oktober 2006 afgelegde mondelinge verklaringen niet als bewijs zal gebruiken.
54. Wat betreft de zienswijze van NRE dat zij af heeft geweken van het desbetreffende vastgestelde eenmalige aansluittarief, omdat deze naar haar oordeel te laag is vastgesteld en het tarief door het indienen van een bezwaarschrift nog niet definitief zou zijn, overweegt de Raad als volgt.

²² TK, 2003-2004, 29 702, nr. 3, p. 99.

55. In artikel 6:16 van de Awb is de hoofdregel van het bestuursrecht vastgelegd dat het indienen van bezwaar of beroep het besluit waartegen het bezwaar of beroep zich richt niet schorst, tenzij bij of krachtens wettelijk voorschrift anders is bepaald. Vast staat dat in de E-wet geen schorsende werking aan besluiten wordt toegekend, zodat het indienen van het onderhavige bezwaar door NRE niet het desbetreffende tariefbesluit van de Raad heeft geschorst.
56. Mocht NRE wel schorsing wensen dan lag het op haar weg om ex artikel 8:81 van de Awb, een verzoek om voorlopige voorziening te vragen bij de voorzieningenrechter van het College van Beroep voor het bedrijfsleven. Dit heeft NRE niet gedaan. Desgevraagd wenste zij geen verklaring af te leggen wat de reden daarvan is.²³
57. De Raad verwerpt de zienswijze van NRE dat het bestreden tariefbesluit nog niet definitief is. Ingevolge artikel 3:40 jo. 3:41 van de Awb is voornoemd besluit d.d. 1 januari 2006 in werking getreden. Vanaf die datum dient NRE zich te houden aan de in dat besluit vastgestelde maximum tarieven.
58. Voorts kan de Raad NRE niet volgen in haar standpunt om alvast een hoger eenmalig aansluittarief in rekening te brengen, met daarbij de verwachting dat de Raad het tariefbesluit in bezwaar wel zou wijzigen. Wellicht ten overvloede wijst de Raad erop dat hij bij besluit d.d. 11 december 2006,²⁴ de bezwaren van NRE ongegrond heeft verklaard en het bestreden besluit in stand is gebleven. Het feit dat NRE niet heeft gerealiseerd dat het in rekening brengen van afwijkende tarieven niet zou zijn toegestaan, dient voor haar rekening te komen.
59. Wat betreft de stelling van NRE dat het haar nooit is gegaan om het verkrijgen van financieel voordeel ten koste van haar klanten en dat zij de extra kosten voor de creditering van de teveel in rekening gebrachte tarieven voor lief neemt, overweegt de Raad als volgt.

²³ Zie verslag hoorzitting d.d. 28 november 2006, pag. 2.

²⁴ 102220_5/17

60. Voornoemde stelling kan naar het oordeel van de Raad er niet toe leiden om niet over te gaan tot bestuurlijke handhaving. Zoals hiervoor is beargumenteerd is NRE verplicht om de door de Raad vastgestelde tariefbesluiten na te leven. De omstandigheid dat het NRE niet gegaan is om financieel voordeel te behalen en dat de kosten ten aanzien van de creditering voor haar rekening zijn gekomen, doet niet af aan het feit dat het niet is toegestaan om hogere tarieven in rekening te brengen dan door de Raad is vastgesteld. De Raad kan niet straffeloos toestaan dat een netbeheerder door hem vastgestelde besluiten inzake maximum tarieven niet naleeft. Immers dient degene die een aansluiting wenst op een door de netbeheerder beheerd net, ervan verzekerd te zijn dat de tarieven en andere voorwaarden in overeenstemming zijn met de paragrafen 5 en 6 van hoofdstuk 3 van de E-wet.
61. Artikel 23 van de E-wet waarborgt de toegang tot het elektriciteitsnet. Ingevolge artikel 23, eerste lid, jo. artikel 16, eerste lid, onder e, van de E-wet is de netbeheerder verplicht degene die daarom verzoekt te voorzien van een aansluiting op het door hem beheerde net tegen een tarief en tegen andere voorwaarden die in overeenstemming zijn met de paragrafen 5 en 6 van hoofdstuk 3 van de E-wet. Uit de Memorie van Toelichting²⁵ blijkt dat de aansluittarieven- en voorwaarden door de directeur DTe (thans de Raad) worden vastgesteld om de redelijkheid zoveel mogelijk te waarborgen. Noch door onredelijk hoge tarieven, noch door belemmeringen van technische aard mogen onnodige hindernissen worden opgeworpen. Het argument om de tarieven en de technische voorwaarden te laten vaststellen, is ter voorkoming van misbruik van de economische machtspositie die de netbeheerder heeft met betrekking tot het net dat hij beheert in relatie tot degenen die om transport van elektriciteit vragen.
62. Doordat er per net slechts één netbeheerder is en er uit oogpunt van mededinging geen prikkels zijn tot kostenbesparing of prijsconcurrentie, dreigt het gevaar dat de tarieven onnodig hoog worden en blijven. Met tariefregulering wordt een tariefensystematiek beoogd waarbij de tarieven zo laag mogelijk zijn, er prikkels voor verbetering van de doelmatigheid en er voldoende financiële ruimte is voor continuïteit voor de betrokken onderneming. Als de tarieven eenmaal zijn vastgesteld kan worden overwogen jaarlijks een mutatiepercentage vast te stellen dat is gebaseerd op algemene kostenontwikkelingen.²⁶

²⁵ TK 1997-1998, 25 621, nr. 3, pag. 35.

²⁶ TK 1997-1998, 25 621, nr. 3, pag 35.

Kwalificatie van de feiten

63. Gelet op het voorgaande kwalificeert de Raad de in het rapport gestelde feiten als overtredingen van artikel 23, eerste lid, van de E-wet.
64. Naar aanleiding van de door NRE naar voren gebrachte zienswijze is de Raad geen andere mening toegedaan.

VI Sanctie

65. De Raad acht op grond van het bovenstaande termen aanwezig voor oplegging van een bestuurlijke boete.

Beoordelingskader

66. Ingevolge artikel 77i, eerste lid, aanhef en onderdeel b, van de E-wet bedraagt de boete voor overtreding van het bepaalde in artikel 23 van de E-wet per overtreding ten hoogste 10 % van de omzet van de overtreder in het boekjaar voorafgaande aan de beschikking.
67. Bij de vaststelling van de hoogte van de boete houdt de Raad overeenkomstig het bepaalde in artikel 77i, tweede lid, van de E-wet, in ieder geval rekening met de ernst en de duur van de overtreding. Blijkens de Memorie van Toelichting bij dit artikel kunnen afhankelijk van het geval ook andere factoren meespelen, zoals mogelijke recidive, de bereidheid om mee te werken aan het beëindigen van de overtreding en het behaalde voordeel.²⁷ De financiële positie van de onderneming speelt daarentegen geen rol.

²⁷ TK 2003-2004, 29 372, nr. 3, pag. 48.

68. Bij de vaststelling van de hoogte van de boete heeft de Raad ruime beleidsvrijheid. De hoogte van de boete dient te worden afgestemd op de concrete omstandigheden van het geval en dient bij te dragen aan een doeltreffende toepassing van de E-wet en de daarop gebaseerde regelgeving. Als algemene maatstaf daarbij geldt dat de hoogte van de boete in ieder geval zodanig dient te zijn dat deze overtreder weerhoudt van nieuwe overtredingen (speciale preventie) en ook in algemene termen een afschrikwekkende werking heeft (generale preventie).
69. Om tot een evenredige boete te komen neemt de Raad het hierna volgende in overweging.

Boetegrondslag: de zwaarte van de overtreden bepaling (de overtreding in abstracto)

70. Als uitgangspunt bij de boetetoemeting waardeert de Raad *in abstracto* de wettelijke bepaling van artikel 23, eerste lid, van de E-wet. Het gaat daarbij om de plaats die de artikel 23, eerste lid, van de E-wet binnen het stelsel van de E-wet inneemt en met die wet te dienen doelen.
71. Zoals de Raad heeft opgemerkt in de randnummers 61 en 62, is artikel 23 een belangrijke kernbepaling uit de E-wet, ter voorkoming van misbruik van de economische machtspositie van een netbeheerder.
72. De Raad neemt verder in aanmerking dat artikel 23, eerste lid, van de E-wet voor wat het maximum van de boete betreft, is geplaatst in de boetecategorie van artikel 77i, eerste lid, onder aanhef en onderdeel b, van de E-wet. Het boetemaximum in deze categorie is per overtreding ten hoogste 10 % van de omzet van de overtreder in het boekjaar voorafgaand aan de beschikking van de Raad. Hieruit blijkt dat de wetgever overtreding van artikel 23 van de E-wet tot de zware groep overtredingen heeft willen rekenen.
73. Gelet op het voorgaande behoort de bepaling van artikel 23, eerste lid, van de E-wet tot de zwaarst wegende bepalingen uit de E-wet. Bij het bepalen van het uitgangspunt van de boetetoemeting zal hiermee rekening worden gehouden.

Ernst en duur: zwaarte van de overtreding (de overtreding in concreto)

74. Bij de vaststelling van de boete zijn vervolgens bepalend de ernst en de duur van de overtreding *in concreto* (hierna: de overtreding). Dit betekent dat bezien wordt in welke mate en hoe langdurig artikel 23, eerste lid, van de E-wet is overtreden.
75. Uit het rapport²⁸ blijkt dat NRE direct na inwerkingtreding van het tariefbesluit d.d. 1 januari 2006 aansluittarieven in rekening heeft gebracht voor de categorie >1*6 t/m 3*25 A die hoger zijn dan het tariefbesluit van de Raad. Voorts blijkt uit het rapport²⁹ dat NRE per email van 4 oktober 2006 verklaard heeft dat zij de tarieven heeft aangepast tot het niveau van het tariefbesluit. De teveel in rekening gebrachte bedragen heeft zij teruggestort.³⁰ Daarmee stelt de Raad vast dat vanaf dat moment de overtredingen zijn beëindigd en deze dus hebben plaatsgevonden van 1 januari 2006 tot en met 4 oktober 2006. Bij de beoordeling van de duur van de overtreding acht de Raad de aard van het overtreden voorschrift mede bepalend. Vast staat dat uit de aard van artikel 23, eerste lid, van de E-wet volgt dat deze bepaling meerdere malen kan worden overtreden en de overtreding dus niet slechts door een eenmalige handeling of omissie kan worden gepleegd. Uit het rapport³¹ blijkt dat NRE in voornoemde periode meermaals de desbetreffende bepaling heeft geschonden. De Raad stelt vast dat de overtredingen als van gemiddelde duur moeten worden aangemerkt.
76. De Raad beoordeelt vervolgens in welke mate met de gedraging van NRE artikel 23, eerste lid, van de E-wet is overtreden.

²⁸ Rapport, randnummers 10 tot en met 16.

²⁹ Rapport, randnummer 15.

³⁰ Rapport, randnummer 16.

³¹ Rapport, randnummers 10, 13, 15 en 16.

77. Daarbij neemt de Raad in aanmerking dat NRE meerdere malen een aanmerkelijk te hoog eenmalig aansluittarief in rekening heeft gebracht. Zelfs nadat de Raad haar vragen heeft gesteld naar aanleiding van een tegen haar ingediende klacht in mei 2006, is NRE hiermee doorgegaan. Pas na herhaaldelijk schriftelijk en mondeling contact met DTe, heeft NRE besloten tot het beëindigen van de overtredingen. Gelet op deze omstandigheden en de doelstelling van artikel 23, eerste lid, van de E-wet, merkt de Raad de overtredingen aan als ernstig. Het feit dat NRE de teveel in rekening gebracht bedragen aan de desbetreffende aanvragers heeft terugbetaald doet hieraan niets af. Deze omstandigheid kan slechts een rol spelen als een bijkomende omstandigheid, waarop door de Raad hierna zal worden ingegaan.

Bijkomende omstandigheden

78. Tenslotte gaat de Raad na of sprake is van omstandigheden in het concrete geval die als bijkomende omstandigheden moeten gelden en die zouden moeten leiden tot verhoging of verlaging van de boete.
79. De Raad acht een boeteverlagende omstandigheid aanwezig. NRE heeft blijkens het rapport verklaard dat zij inmiddels de teveel in rekening gebrachte bedragen heeft teruggestort. Naar het oordeel van de Raad heeft NRE daarmee uit eigen beweging betrokkenen schadeloos gesteld. Dit zal leiden tot verlaging van de boete.

Conclusie en vaststelling van de boete

80. Het voorgaande leidt tot de conclusie dat NRE artikel 23, eerste lid, van de E-wet meerdere malen heeft overtreden.
81. De Raad merkt de overtredingen in abstracto aan als behorend tot de zware categorie overtredingen. Daarnaast moet de overtredingen in concreto als ernstig worden aangemerkt, die in duur gemiddeld hebben geduurd. De Raad acht een boeteverlagende omstandigheid aanwezig.
82. Alvorens een boete op te leggen, dient de Raad zich ingevolge artikel 77i van de E-wet rekenschap te geven van het wettelijk maximum van de boete. In plaats van elke overtreding afzonderlijk te beboeten, legt de Raad een boete op voor het geheel van de overtredingen.

83. NRE heeft bij brief van 8 november 2006 opgave gedaan van de netto-omzet over het boekjaar 2005. Volgens haar gaat het om een bedrag van EUR 50.794.000. Bij brief van 16 januari 2007, kenmerk: 102406/ 19.B750 heeft de Raad NRE verzocht opgave te doen van de netto-omzet over het boekjaar 2006. NRE heeft bij brief van 22 januari 2007 de Raad geantwoord dat zij niet in staat is om de gevraagde gegevens te verstrekken. NRE wijst erop dat uitsluitend omtrent de netto-omzet over 2006 eerst definitief kan worden gegeven als de jaarstukken zijn opgesteld en vervolgens is vastgesteld door haar algemene vergadering van aandeelhouders. NRE verwacht in april 2007 de definitieve jaarcijfers 2006 voorhanden te hebben. Zij verwacht wel over een maand (na verzending van voornoemde brief) in staat te zijn om de voorlopige netto-omzetgegevens over 2006 te geven.
84. De Raad kan NRE volgen in haar betoog. Voor het berekenen van de hoogte van de boete zal de Raad echter uitgaan van een schatting van de netto-omzet over het jaar 2006. Deze schatting is gebaseerd op de te verwachten stijging van de netto-omzet ten opzichte van de jaren 2002 tot en met 2005. De Raad gaat daarbij uit van de openbare jaarrekeningen van NRE. Zoals bepaald in artikel 77i, derde lid, van de E-wet, gaat de Raad wat betreft de hoogte van de netto-omzet uit van het bepaalde in artikel 377, zesde lid, van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek. Naar het oordeel van de Raad betreft de hoogte van de netto-omzet de som van de Omzet transportdiensten en Overige bedrijfsopbrengsten. Dit is een andere berekening dan die waarvan NRE is uitgegaan.

85.

	2005	2004	2003	2002
Omzet transportdiensten	€ 61.864.000	€ 59.713.000	€ 56.795.000	€ 47.351.000
Overige bedrijfsopbrengsten	€ 7.332.000	€ 6.289.000	€ 6.167.000	€ 4.909.000
Totaal	€ 69.196.000	€ 66.002.000	€ 62.962.000	€ 52.260.000

De Raad zal uitgaan van een geschatte netto-omzet over het boekjaar 2006 van EUR 72.000.000. Deze schatting is gebaseerd op een stijging van EUR 3.000.000 ten opzichte van het boekjaar 2005. Voornoemd bedrag komt overeen met het verschil in netto-omzet tussen de jaren 2003-2004 en 2004-2005.

86. Het wettelijke maximum van de aan NRE op te leggen boete zou neerkomen op 10 % van het in randnummer 85 genoemde bedrag, zijnde een bedrag van EUR 7.200.000.
87. De Raad is van oordeel dat de grootte van de onderneming, zoals blijkt uit de in het vorige randnummer vermelde totale omzet, een rol moet spelen bij de beboeting. De Raad neemt de hiervoor vermelde (geschatte) omzet als uitgangspunt voor de bepaling van de boete. Gelet op de ernst van de concrete overtreding, in relatie tot de plaats die de norm van artikel 23, eerste lid, van de E-wet inneemt, is een boete in de orde van grootte van 5-10 % van het maximum in beginsel geïndiceerd. Om de zwaarte van de overtreden bepaling tot uitdrukking te brengen, hanteert de Raad daartoe een percentage van 7,5% van het maximum, zijnde een in grootte beperkt percentage waarmee het relatieve gewicht van de bepaling van artikel 23, eerste lid, van de E-wet, binnen het totale stelsel van de E-wet tot uitdrukking wordt gebracht.
88. In het onderhavige geval leidt dit tot een boetegrondslag van EUR 540.000.
89. Om de ernst van de overtreding in concreto tot uitdrukking te brengen hanteert de Raad, evenals in de Richtsnoeren boetetoemeting voor de Mededingingswet het geval is, een factor variërend van 0 tot 3.
90. In dit geval wordt de ernst van de overtreding in concreto naar het oordeel van de Raad adequaat gereflecteerd met een factor van 1,0. Voor de duur van de overtreding in concreto hanteert de Raad eveneens een factor variërend van 0 tot 3. In het onderhavige geval acht de Raad een factor 0,5 passend. Dit resulteert in een bedrag van EUR 270.000.
91. De Raad acht gezien het overwogene in randnummer 79 het feit dat de NRE het verkregen voordeel heeft teruggestort weer reden om de boete te verlagen met 33% . Het boetebedrag komt daardoor op EUR 180.000.
92. De Raad stelt op basis van voorgaande overwegingen de boete vast op EUR 180.000.

VII Besluit

93. De Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit besluit:

aan NRE Netwerk B.V. een boete op te leggen van EUR 180.000 wegens overtreding van artikel 23, eerste lid, van de Elektriciteitswet 1998.

Den Haag, 14 februari 2007

De Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit,
namens deze,

Overeenkomstig het door de Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit
genomen besluit,

W.g.
P. Kalbfleisch
Voorzitter Raad van Bestuur

Tegen dit besluit kan degene, wiens belang rechtstreeks bij dit besluit is betrokken, binnen zes weken na de dag van bekendmaking van dit besluit een gemotiveerd bezwaarschrift indienen bij de Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit, Juridische Dienst, Postbus 16326, 2500 BH Den Haag. In dit bezwaarschrift kan een belanghebbende op basis van artikel 7:1a, eerste lid, van de Algemene wet bestuursrecht, de Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit verzoeken in te stemmen met rechtstreeks beroep bij de administratieve rechter.