Openbaar besluit

Ons kenmerk: ACM/DE/2015/xxx
Zaaknummers: 15.0880.52 en 15.0924.52

Besluit van de Autoriteit Consument en Markt op grond van artikel 77h van de Elektriciteitswet 1998 en artikel 60ac van de Gaswet tot het opleggen van een last onder dwangsom aan DELTA N.V. wegens overtreding van artikel 10b, eerste lid, van de Elektriciteitswet 1998 en artikel 2c, eerste lid, van de Gaswet.

Deze artikelen houden het verbod in voor een netbeheerder om deel uit te maken van een groep, als bedoeld in artikel 24b van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek, waartoe ook een rechtspersoon of vennootschap behoort die in Nederland elektriciteit en/of gas produceert of levert of daarin handelt (het groepsverbod).

Muzenstraat 41 | 2511 WB Den Haag
Postbus 16326 | 2500 BH Den Haag
T 070 722 20 00 | F 070 722 23 55
info@acm.nl | www.acm.nl | www.consuwijzer.nl

1 Samenvatting

1. Netbeheerder DELTA Netwerkbedrijf B.V. maakt deel uit van een groep als bedoeld in artikel 24b van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek waartoe ook een rechtspersoon of vennootschap behoort die in Nederland elektriciteit en/of gas produceert of levert of daarin handelt. Dit levert een overtreding op van artikel 10b, eerste lid, van de Elektriciteitswet 1998 en artikel 2c, eerste lid, van de Gaswet. De Autoriteit Consument en Markt is verzocht tegen deze overtreding handhavend op te treden.

2. De overtreding moet op een redelijke termijn ongedaan worden gemaakt. Er is geen concreet zicht op legalisatie, noch is handhavend optreden onevenredig in verhouding tot de daarmee te dienen belangen.

3. DELTA N.V. wordt opgedragen om de overtreding ongedaan te maken door uitvoering te geven aan het – eventueel gewijzigde – splitsingsplan. Aan de last is voldaan op de dag waarop de notariële akte van aandelenoverdracht passeert. Is dit niet vóór of uiterlijk op 30 juni 2017 het geval, dan verbeurt DELTA N.V. een dwangsom van EUR 1,5 miljoen per volle week, met een maximum van EUR 30 miljoen.

2 Verloop van de procedure

4. Bij brief van 2 juli 2015 heeft RWE Benelux Holding B.V. (hierna: RWE) de Autoriteit Consument en Markt (hierna: ACM) verzocht om binnen acht weken handhavend op te treden tegen DELTA N.V. (hierna: DELTA) en de tot haar groep horende vennootschappen. RWE stelt

daarbij dat DELTA de Wet onafhankelijk netbeheer (hierna: Won) niet naleeft.

5. Bij brief van 17 juli 2015 heeft ACM een verzoek aan DELTA gedaan om nadere informatie. Bij brief van 22 juli 2015 heeft ACM ook RWE om nadere informatie verzocht.

6. ACM heeft RWE bij brief van 24 juli 2015 laten weten geen besluit te kunnen nemen binnen acht weken, maar wel binnen zes maanden. Hierop heeft RWE bij brief van 4 augustus 2015 laten weten dat prioriteit gegeven moet worden aan handhaving van het groepsverbod. De overige eisen van de Won kunnen daarna aan de orde komen.

7. Bij brieven van 19 en 20 augustus 2015 hebben DELTA respectievelijk RWE gereageerd op het informatieverzoek.

8. Bij brief van 2 september 2015 heeft RWE ACM in gebreke gesteld. ACM heeft RWE bij brief van 14 september 2015 te kennen gegeven dat de ingebrekestelling prematuur is.

9. Bij brief van 11 september 2015 hebben De Nederlandse Energie Maatschappij B.V. (hierna: NLE) en NutsServices B.V. (hierna: NutsServices) gesteld dat DELTA zich niet houdt aan de Elektriciteitswet 1998 (hierna: E-wet) en aan de Gaswet, in het bijzonder het groepsverbod en het verbod op nevenactiviteiten. Daarbij hebben NLE en NutsServices ACM verzocht om handhavend op te treden. Bij brief van 5 oktober 2015 hebben NLE en NutsServices nadere informatie gegeven en ACM laten weten dat het verzoek opgevat mag worden als gericht tegen overtreding van het groepsverbod.

10. Bij brief van 25 september 2015 heeft DELTA aanvullende informatie toegestuurd.

11. Bij brief van 27 oktober 2015 heeft ACM de vooraankondiging van het handhavingsbesluit verstuurd naar DELTA.

12. RWE heeft op 9 november 2015 bij ACM een mondelinge zienswijze gegeven.

13. DELTA heeft op 11 november 2015 aan ACM een schriftelijke zienswijze gestuurd en heeft op 13 november 2015 bij ACM een mondelinge zienswijze gegeven.

14. Hierna zullen RWE, NLE en NutsServices gezamenlijk worden aangeduid als ‘verzoekers’.

3 Feiten

15. DELTA Netwerkbedrijf B.V. (hierna: DNWB) is een netbeheerder als bedoeld in artikel 10 van

de E-wet en artikel 2 van de Gaswet. Het verzorgingsgebied van DNWB ligt in Zeeland.

16. DNWB vormt met een aantal andere rechtspersonen een economische eenheid waarin rechtspersonen en vennootschappen organisatorisch zijn verbonden. Deze eenheid kwalificeert als een groep als bedoeld in artikel 24b van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek. Aan het hoofd van de groep staat DELTA.

17. DNWB is voor 100% in eigendom van de Zeeuwse Netwerkholding N.V. De Zeeuwse Netwerkholding N.V. is op haar beurt voor 100% in eigendom van DELTA.

18. DELTA houdt zich onder meer bezig met de productie van elektriciteit en de handel in elektriciteit en gas.

4 Juridisch Kader

Elektriciteitswet 1998

19. Artikel 10b, eerste lid, van de E-wet:
Een netbeheerder maakt geen deel uit van een groep als bedoeld in artikel 24b van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek waartoe ook een rechtspersoon of vennootschap behoort die in Nederland elektriciteit produceert of levert of daarin handelt.

20. Artikel 77h van de E-wet:
De Autoriteit Consument en Markt kan ingeval van overtreding van het bepaalde bij of krachtens deze wet, met uitzondering van artikel 5a, 13, 22, tweede lid, 26aa, 26ad, vijfde lid, en 26ae, tiende lid, dan wel van overtreding van het bepaalde bij of krachtens verordening 714/2009, verordening 713/2009 en verordening 1227/2011 de overtreder een last onder dwangsom opleggen.

Gaswet

21. Artikel 2c, eerste lid, van de Gaswet:
Een netbeheerder maakt geen deel uit van een groep als bedoeld in artikel 24b van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek waartoe ook een rechtspersoon of vennootschap behoort die in Nederland gas produceert of levert of daarin handelt.

22. Artikel 60ac van de Gaswet:
De Autoriteit Consument en Markt kan in geval van overtreding van het bepaalde bij of krachtens deze wet, met uitzondering van de artikelen 1b, 5, 9, tweede lid, 13a, 13d, vijfde lid, en 13e, tiende lid, 54, eerste lid, 54a, eerste lid, en artikel 55, tweede en derde lid, dan wel van overtreding van het bepaalde bij of krachtens verordening 715/2009, verordening 994/2010 en verordening 1227/2011 de overtreder een last onder dwangsom opleggen.

5 Overwegingen van ACM

5.1 Belanghebbende

23. DELTA stelt dat verzoekers geen belang hebben bij handhaving. RWE heeft volgens DELTA geen belang, omdat RWE zelf jarenlang mede vorm heeft gegeven aan de huidige, ongesplitste situatie door net als DELTA rechtsmiddelen tegen het groepsverbod aan te wenden. Daarnaast is DELTA van mening dat geen van de verzoekers wordt benadeeld doordat DELTA het groepsverbod overtreedt. DELTA vraagt ACM om hier consequenties aan te verbinden.

24. ACM begrijpt uit het voorgaande dat DELTA vraagt het handhavingsverzoek onbehandeld te laten, omdat het handhavingsverzoek niet gedaan is door een belanghebbende en er dus geen sprake kan zijn van een aanvraag in de zin van artikel 1:3, derde lid, van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb). Gelet hierop overweegt ACM het volgende.

25. Verzoekers zijn belanghebbende in de zin van artikel 1:2 van de Awb omdat zij in een concurrerende positie op dezelfde markt opereren als DELTA.

26. Dat RWE in het recente verleden met DELTA heeft geageerd tegen de wetswijzigingen die hebben geleid tot het groepsverbod, doet aan dit concurrentiebelang niets af.

27. In de mondelinge zienswijze heeft DELTA bevestigd dat de splitsing een verandering teweegbrengt in de concurrentieverhouding tussen verzoekers en DELTA. Deze verandering is ten nadele van DELTA en dient in de onderlinge concurrentieverhoudingen te worden opgevat als een voordeel voor verzoekers. Daaruit volgt dat verzoekers belang hebben bij handhaving.

28. De handhavingsverzoeken van verzoekers kunnen derhalve als een aanvraag worden gekwalificeerd en kunnen in behandeling worden genomen.

29. Wellicht ten overvloede merkt ACM op dat de groepsstructuur van DELTA reeds lang bij ACM bekend is en ACM ook zonder handhavingsverzoek kan overgaan tot het nemen van handhavingsmaatregelen.

5.2 De overtreding

30. Artikel 10b, eerste lid, van de E-wet en artikel 2c, eerste lid, van de Gaswet (hierna tezamen: groepsverbod) zijn in de E-wet en de Gaswet opgenomen als gevolg van de ‘Wet van 23 november 2006 tot wijziging van de Elektriciteitswet 1998 en van de Gaswet in verband met nadere regels omtrent een onafhankelijk netbeheer’. Bij uitspraken van 22 juni 2010 heeft het

gerechtshof 's-Gravenhage beide artikelen onverbindend verklaard wegens strijd met Europees recht.[1]

31. Bij uitspraken van 26 juni 2015[2] heeft de Hoge Raad de uitspraak van het gerechtshof vernietigd en de zaak gedeeltelijk verwezen naar het gerechtshof Amsterdam. Het groepsverbod komt met de uitspraak van de Hoge Raad sinds 26 juni 2015 weer verbindende kracht toe.

32. Uit de stukken blijkt dat DELTA niet voldoet aan het groepsverbod. Verzoekers en DELTA geven dat ook aan in hun verzoeken en reacties. ACM stelt daarom vast dat DELTA het groepsverbod overtreedt.

5.3 Handhavend optreden

33. Uit artikel 77h van de E-wet en artikel 60ac van de Gaswet volgt dat ACM bevoegd is om een last onder dwangsom op te leggen bij constatering van de hiervoor vastgestelde overtreding.

34. Gelet op het algemeen belang dat is gediend met handhaving, zal in geval van overtreding van een wettelijk voorschrift in de regel gebruik moeten worden gemaakt van de bevoegdheid die ACM toekomt. Alleen in bijzondere omstandigheden kan ACM afzien van handhavend optreden. Een bijzondere omstandigheid kan worden aangenomen indien concreet zicht is op legalisatie van de overtreding. Voorts kan handhavend optreden zodanig onevenredig zijn in verhouding tot de daarmee te dienen belangen dat van optreden in die concrete situatie behoort te worden afgezien.

5.3.1 Geen concreet zicht op legalisatie

35. DELTA geeft aan dat zij in redelijkheid niet tot naleving van het groepsverbod gehouden kan worden nu er nog een hoger beroep gaande is bij het Hof Amsterdam en de behandeling van wetsvoorstel 34 199[3] nog niet door de wetgever is afgerond. DELTA is van mening dat de behandeling door het Hof Amsterdam en de behandeling door de wetgever moeten worden afgewacht.

36. ACM vat dit argument in de eerste plaats op als gericht op de mogelijkheid dat de overtreding in

---

[1] Hof 's-Gravenhage 22 juni 2010, ECLI:NL:GHSGR:2010:BM8494; BM8495 en BM8496

[2] Hoge Raad 26 juni 2015, ECLI:NL:HR:2015:1727; 1728 en 1729

[3] Voorstel van wet houdende regels met betrekking tot de productie, het transport, de handel en de levering van elektriciteit en gas (Elektriciteits- en gaswet)

de toekomst kan worden gelegaliseerd. DELTA wijst erop dat het Hof Amsterdam het groepsverbod alsnog onverbindend kan verklaren en dat de wetgever bij de behandeling van wetsvoorstel 34 199 het groepsverbod buiten werking kan stellen.

37. In de tweede plaats vat ACM het argument op als een belang van DELTA dat moet worden meegewogen bij de beoordeling of moet worden overgegaan tot handhaving. Deze tweede opvatting komt hierna aan de orde. Ten aanzien van de eerste opvatting overweegt ACM het volgende.

38. De gestelde aanwezigheid van concreet zicht op legalisatie wordt door DELTA gekoppeld aan de kans dat het Hof Amsterdam het groepsverbod onverbindend verklaart als gevolg van strijd met artikel 1 van het Eerste Protocol van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (hierna: EP EVRM)[4] en aan de kans dat de wetgever alsnog het groepsverbod buiten werking stelt.

39. ACM stelt vast dat er reeds een rechterlijk oordeel ligt over de verbindendheid van het groepsverbod, waarbij – onder andere – getoetst is aan artikel 1 van het EP EVRM.[5] Bovendien stelt ACM vast dat het wetsvoorstel 34 199 geen bepaling bevat die het groepsverbod buiten werking stelt en ook niet anderszins is gericht op het ongedaan maken van het groepsverbod.

40. In de hier beschreven situatie ziet ACM geen concreet zicht op legalisatie. ACM gaat uit van de verbindendheid van het groepsverbod, hetgeen wordt versterkt doordat reeds een rechterlijk oordeel is gegeven over die verbindendheid. Een concreet zicht op legalisatie ontbreekt.

5.3.2 Geen reden om af te zien van handhavend optreden

41. Zoals hiervoor beschreven, geeft DELTA aan dat zij belang heeft bij het wachten op de uitspraak van het Hof Amsterdam op het verwezen hoger beroep. Het belang van DELTA tot instandhouding van haar groep dient bovendien volgens DELTA zwaarder te wegen dan de handhaving van een verbod waarvan – volgens DELTA – de afgelopen jaren is gebleken dat niet-nakoming geen enkele inbreuk heeft veroorzaakt op enig belang dat het groepsverbod meent te moeten beschermen, zoals het onafhankelijk netbeheer en de non-discriminatoire opstelling van DNWB jegens niet-groepsondernemingen.

42. DELTA wijst bovendien op het hiervoor beschreven belang dat de wetgever bij de behandeling

---

[4] De Hoge Raad heeft in voornoemde arresten van 26 juni 2015 al uitgesproken dat er geen strijd is met het EG-verdrag.

[5] Rechtbank 's-Gravenhage 11 maart 2009, ECLI:NL:RBSGR:2009:BH5468; BH5469; en BH5470

van wetsvoorstel 34 199[6] mogelijk het groepsverbod buiten werking stelt. Nu de behandeling van het wetsvoorstel op korte termijn plaatsvindt, is DELTA van mening dat die behandeling moet worden afgewacht.

43. DELTA wijst er voorts op dat de minister van Economische Zaken (hierna: Minister) heeft gezegd dat de reeds ingediende splitsingsplannen het uitgangspunt zijn. Het is volgens DELTA een nagenoeg onmogelijke opgave om na splitsing een levensvatbaar productie- en leveringsbedrijf (hierna: PLB) over te houden. De creatie van een levensvatbaar PLB voor DELTA, was, volgens DELTA, één van de achterliggende gedachtes bij de aanwijzing van de Minister destijds.

44. RWE stelt zich op het standpunt dat het belang van naleving groot is. Daarbij verwijst zij naar de totstandkoming van de Won en de doelstellingen van die wet.

45. ACM is van oordeel dat handhaving in dit geval niet onevenredig is in verhouding tot de daarmee te dienen belangen. Daarbij wijst ACM op het volgende.

Het groepsverbod dient het belang van goed, transparant netbeheer

46. Het groepsverbod is ingesteld vanwege het belang dat het beheer van de gas- en elektriciteitsnetten niet afhankelijk moet zijn van productie, levering en handel. De tarieven die voor netbeheer en voor levering worden gehanteerd, zullen op die manier transparanter worden en gebaseerd zijn op de werkelijke kosten van die diensten.

    "Met dit wetsvoorstel wordt een structuurmaatregel genomen die de laatste stap vormt op de schaal van onafhankelijkheidsmaatregelen die voor het netbeheer genomen kunnen worden. Na deze maatregel zal de onafhankelijkheid van het netbeheer ten opzichte van productie, levering en handel in beginsel dan ook geen verbetering meer behoeven: met de splitsing is deze structureel geborgd. (…) Met dit wetsvoorstel volgt de beste verzekering die beschikbaar is voor de onafhankelijkheid van het netbeheer ten opzichte van productie, levering en handel, en daarmee voor de transparantie van de markt. De kleinverbruikersmarkt zal een nieuwe impuls krijgen doordat de keuzevrijheid van de afnemer meer betekenis krijgt. De tarieven voor netbeheer enerzijds en leveringsprijzen anderzijds zullen de daadwerkelijke kosten voor de geleverde dienst weerspiegelen, daar er niet langer prikkels bestaan de kosten van levering aan het netbeheer toe te rekenen en dergelijke afhankelijke gedragingen zich niet meer aan het oog van de toezichthouder kunnen onttrekken." [MvT, TK 2004–2005, 30212, nr. 3, p. 2]

[6] Voorstel van wet houdende regels met betrekking tot de productie, het transport, de handel en de levering van elektriciteit en gas (Elektriciteits- en gaswet)

Openbaar besluit

47. De wetgever heeft daarbij onderkend dat splitsing als gevolg van het groepsverbod een verschuiving van de financieringslasten teweeg zou brengen.
"Ontvlechting van het verticaal geïntegreerde energiebedrijf leidt voorts tot verschillen in het risicoprofiel van de nieuw te vormen bedrijven en daarmee tot waarde-effecten. Het afscheiden van het in resultaat fluctuerende productie-, leverings- of handelsbedrijf van het stabiele, gereguleerde netwerkbedrijf, leidt naar alle waarschijnlijkheid voor het netwerkbedrijf tot een verhoogde kredietwaardigheid en daarmee een hogere waarde. Hiertegenover staat naar verwachting een afname van de kredietwaardigheid van het bedrijf actief in productie, levering of handel, nu het gereguleerde netbeheer niet langer als stabiliserende factor kan fungeren. Daarmee ontstaat een drukkend effect op de waarde. Vooral energiebedrijven zonder productiecentrales worden voor verschaffers van vreemd vermogen risicovoller. De financieringslasten van het productie-, leverings- of handelsbedrijf zullen omhoog gaan en meer in lijn komen te liggen met die van markttoetreders zonder gereguleerd net." [MvT, TK 2004–2005, 30212, nr. 3, p. 33]

48. De gevolgen van splitsing die DELTA schetst liggen grotendeels in lijn met wat de wetgever reeds heeft overwogen bij vaststelling van het groepsverbod. DELTA stelt dat de financieringslasten van het PLB hoger zullen zijn, hetgeen door de wetgever expliciet is overwogen. Dit gegeven kan dan ook niet leiden tot het oordeel dat handhavend optreden onevenredig is in verhouding tot de daarmee te dienen belangen.

Levensvatbaarheid van het PLB

49. De onevenredigheid ligt, volgens DELTA, in de mogelijkheid dat het PLB van DELTA na splitsing niet 'levensvatbaar' blijkt. ACM ziet niet in dat hierdoor van een dergelijke onevenredigheid sprake zal zijn en wijst daarbij op het volgende.

50. DELTA stelt dat de levensvatbaarheid van de - na splitsing resterende - bedrijven als criterium geldt voor de splitsing van DELTA. Een dergelijke eis volgt weliswaar niet uit de E-wet, de Gaswet, de Won of de Regeling splitsingsplannen, maar in de totstandkoming van de Won is door de Minister wel blijk gegeven van het belang van gezonde, levensvatbare bedrijven.
"Met betrekking tot de creatie van een <<vette netbeheerder>> en het effect hiervan op het commercieel bedrijf is het mijns inziens de keuze van de aandeelhouders van het geïntegreerde energiebedrijf om het af te splitsen bedrijfsonderdeel (netwerk of commercieel) levensvatbaar te verzelfstandigen, te fuseren met, of onder te brengen bij een andere onderneming zodat geen waarde vernietiging plaats vindt. Mocht een commercieel bedrijf worden gecreëerd wat niet levensvatbaar blijkt te zijn dan zal marktwerking er voor zorgdragen dat andere commerciële bedrijven de activiteiten over zullen nemen." [TK, 2005–2006, 30 212, nr.6, p. 105]

51. Later is de Minister – bij de bespreking van het Energierapport 2008 - nader ingegaan op het

behoud van gezonde bedrijven na splitsing.

"Bedrijven en aandeelhouders staan bij splitsing voor de uitdaging om het vermogen van de geïntegreerde bedrijven zo over NWB en productie- en leveringsbedrijven (PLB's) te verdelen, dat beide financieel gezond blijven.(…)
PLB's hebben een aantal opties hoe hiermee om te gaan. Een optie is om geplande investeringen uit te stellen. (…) Een alternatief voor het uitstellen van investeringen is dat bedrijven versneld op zoek gaan naar additioneel eigen vermogen, of bepaalde bedrijfsonderdelen afstoten. Privatisering van de PLB's, bijvoorbeeld door aandelenuitgifte of in de vorm van een overname door een internationaal energiebedrijf, kan de bedrijven de benodigde financiële armslag bieden." [TK 2008–2009, 31 510, nr. 29, p. 2-3]

"Ik ben het zeer eens met wat eigenlijk alle woordvoerders hebben gezegd, namelijk dat er na de splitsing twee gezonde bedrijven moeten overblijven. Beide bedrijven hebben te maken met noodzakelijke investeringen, het ene in zijn netten en het andere in zijn productiecapaciteit. Daarom heb ik mijn voorstel gedaan, dat inhoudt dat er sprake is van behoud van investeringsruimte voor beide, zowel investeringen in de duurzame energieproductie als in de netten. (…) Ook vind ik het belangrijk dat bedrijven niet halsoverkop op zoek moeten gaan naar financiële partners. Ik vind het ook van belang dat de aandeelhouders bij de kwestie worden betrokken, want dat zijn uiteindelijk degenen die erover gaan. (…)
De twee gezonde bedrijven staan voorop; vandaar het samenhangende pakket. Wij hebben het over meer dan de zaken die je alleen kunt vastleggen in het besluit [het Besluit financieel beheer netbeheerder]. *Wij praten over terughoudend dividendbeleid, over het aanwenden van een deel van de verkoopopbrengst voor het netwerkbedrijf – in geval van verkoop – en over de omvang van de investeringen in de komende jaren. Verder gaat het om zekerstelling door aandeelhouders. Dat vraagt om enige flexibiliteit."* [TK 2008–2009, 31 510, nr. 34, p. 13]

52. Uit het splitsingsplan dat DELTA medio 2009 vaststelde, blijkt de keuze die de bedrijven en de aandeelhouders van DELTA destijds hebben gemaakt. De subtitel van het splitsingsplan luidt: "Van een bedrijf naar twee gezonde, levensvatbare bedrijven opererend vanuit Zeeland". De Minister heeft bovendien, onder verwijzing naar de eerdere uitingen over gezonde bedrijven, in de daaropvolgende aanwijzingen aan DELTA aangegeven waaruit het belang blijkt dat er na splitsing twee gezonde bedrijven resteren.

53. ACM constateert dat het van belang is dat de betrokken bedrijven en aandeelhouders bij de keuzes rond de vermogenstoedeling zorgdragen voor het splitsen in gezonde, levensvatbare bedrijven. Gelet op hetgeen reeds bij de totstandkoming van de Won is overwogen, acht ACM het maken van deze keuzes – hoe moeilijk deze soms ook mogen zijn – niet onevenredig met het belang dat met het groepsverbod wordt gediend.

Openbaar besluit

54. Bovendien acht ACM het volgende van belang.

55. Zoals hiervóór aangegeven heeft DELTA, met het oog op splitsing van het bedrijf teneinde aan het groepsverbod te voldoen, op 30 juni 2009 een splitsingsplan ingediend. De Minister heeft daarop op 2 december 2009 op grond van artikel IXb, vijfde lid, van de Won aanwijzingen gegeven. Destijds zou dat hebben geleid tot twee gezonde, levensvatbare bedrijven, zoals de subtitel van het splitsingsplan zelf aangeeft.

56. ACM acht de situatie dat het destijds ingediende splitsingsplan, inclusief de aanwijzingen van de Minister, zou hebben geleid tot twee gezonde, levensvatbare, bedrijven een bevestiging van haar oordeel dat geen sprake is van onevenredigheid van handhavend optreden. Wijzigingen in de omstandigheden die sindsdien zijn opgetreden dienen voor rekening en risico van DELTA te blijven. Daartoe wijst ACM op het volgende.

57. Met het instellen van rechtsmiddelen tegen het groepsverbod heeft DELTA het risico genomen dat gewijzigde omstandigheden zouden kunnen leiden tot wijziging van de gezondheid en levensvatbaarheid van de beoogde twee bedrijven. Naar het oordeel van ACM dienen de gevolgen van dit procesrisico voor rekening van DELTA te blijven.

58. Voorts zijn de marktomstandigheden voor iedere marktpartij gewijzigd. Zij zijn voor het ongesplitste DELTA niet anders geweest dan voor marktpartijen die niet tevens het beheer voeren over een gas- en/of elektriciteitsnet in Nederland. Ook hierom dienen deze gewijzigde omstandigheden voor rekening en risico van DELTA te blijven.

59. Andere omstandigheden die de gezondheid en levensvatbaarheid van de beoogde twee bedrijven in een ander daglicht hebben gezet, zijn omstandigheden die meer binnen de bedrijfsvoering van DELTA zijn gelegen en om die reden voor rekening en risico van DELTA dienen te blijven.

Wachten op uitspraak Hof Amsterdam

60. Van onevenredigheid zou volgens DELTA ook sprake zijn, omdat de kans aanwezig is dat het Hof Amsterdam het groepsverbod alsnog onverbindend verklaart. Gelet op de voortvarende behandeling door het Hof Amsterdam, wordt een uitspraak verwacht in de tweede helft van 2016. DELTA acht het redelijk dat ACM daarop wacht.

61. Hiervoor heeft ACM al aangegeven dat er geen concreet zicht bestaat op het onverbindend verklaren van het groepsverbod. Desalniettemin kan de kans op een dergelijke situatie als belang worden meegewogen bij de beoordeling of van handhaving moet worden afgezien. Bovendien wijst DELTA erop dat ACM in de afweging van belangen mee laat wegen dat de splitsing onomkeerbare gevolgen heeft voor DELTA. ACM overweegt hierover het volgende.

62. De uitspraak van het Hof Amsterdam wordt niet op korte termijn verwacht. Weliswaar heeft DELTA procesafspraken gemaakt en hanteert het Hof Amsterdam een strikt rolreglement, maar dat geeft nog geen zekerheid over het einde van het verwijzingsproces bij het Hof Amsterdam.

63. Voorts staat niet op voorhand vast dat de uitspraak van het Hof Amsterdam een onherroepelijk einde maakt aan het juridische dispuut omtrent de verbindendheid van het groepsverbod.

64. Verzoekers hebben daarentegen een belang bij handhaving, gelet op de onderlinge concurrentie.

65. ACM weegt deze belangen af en is – mede gelet op het gegeven dat niet duidelijk is wanneer het Hof Amsterdam met een uitspraak komt – van oordeel dat het niet redelijk is om met handhaving te wachten tot ná de uitspraak van het Hof Amsterdam.

Wachten op behandeling van wetsvoorstel 34 199

66. ACM acht het ook onredelijk om de behandeling van wetsvoorstel 34 199 af te wachten. Zoals reeds gesteld, bevat het wetsvoorstel geen bepaling die het groepsverbod buiten werking stelt en is het ook niet anderszins gericht op het ongedaan maken van het groepsverbod.

67. Los van het voorgaande constateert ACM dat het mogelijk is dat binnen de redelijke termijn, die DELTA wordt geboden om de overtreding ongedaan te maken, duidelijkheid wordt verkregen omtrent de uitspraak van het Hof Amsterdam en de behandeling van het wetsvoorstel.

5.3.3 Conclusie

68. ACM stelt vast dat er geen concreet zicht op legalisatie van de overtreding bestaat. Bovendien zijn er geen omstandigheden die zodanig onevenredig zijn in verhouding tot de met handhaving te dienen belangen dat van optreden behoort te worden afgezien. ACM zal derhalve met onderhavig besluit overgaan tot handhavend optreden ten aanzien van de vastgestelde overtreding van het groepsverbod.

5.4 Herstelmaatregelen

69. Op grond van artikel 5:32a, eerste lid, van de Awb dient ACM aan te geven welke maatregelen genomen moeten worden om de overtreding ongedaan te maken.

70. ACM stelt vast dat DELTA een splitsingsplan heeft opgesteld dat, met inachtneming van aanwijzingen van de Minister, leidt tot een situatie waarbij de netbeheerder DNWB geen deel meer uitmaakt van de groep. DELTA dient dan ook dit splitsingsplan, inclusief de aanwijzingen

van de Minister, ten uitvoer te brengen teneinde de overtreding ongedaan te maken.

71. ACM merkt op dat DELTA op grond van artikel IXb, zevende lid, van de Won het recht toekomt om het reeds ingediende splitsingsplan te wijzigen. DELTA heeft bovendien aangegeven dat zij van dat recht gebruik zal maken. In dat geval zal het nieuwe splitsingsplan, inclusief eventuele aanwijzingen van de Minister, ten uitvoer gebracht moeten worden.

72. Voor de vaststelling of – en zo ja: wanneer – is voldaan aan de in dit besluit opgelegde maatregelen, is het van belang een duidelijk moment aan het einde van de splitsingsprocedure aan te wijzen. In lijn met de door DELTA ingediende mondelinge zienswijze stelt ACM dat aan de last is voldaan op de dag waarop de notariële akte van aandelenoverdracht passeert, waardoor DNWB geen deel meer uitmaakt van een groep als bedoeld in artikel 24b van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek waartoe ook een rechtspersoon of vennootschap behoort die in Nederland elektriciteit en/of gas produceert of levert of daarin handelt.

5.5 Begunstigingstermijn

73. Op grond van artikel 5:32a, tweede lid, van de Awb wordt een termijn gesteld gedurende welke de overtreder de last kan uitvoeren zonder dat een dwangsom wordt verbeurd.

74. RWE heeft zich op het standpunt gesteld dat DELTA vóór 1 december 2015 gesplitst kan zijn.[7] Daarbij heeft RWE aangegeven dat DELTA reeds in 2009 een splitsingsplan heeft ingediend.

75. RWE heeft ter motivering van haar verzoek verwezen naar de procedure rond de splitsing van Essent. Inclusief aanpassingen aan het splitsingsplan van Essent, heeft het splitsingstraject in dat geval bijna 7,5 maand geduurd. De tijd om tot een definitief splitsingsplan te komen was daarbij lang, vanwege onzekerheden destijds. RWE stelt dat splitsen inmiddels sneller moet kunnen, nu de voorwaarden (splitsingsplan, eisen ingevolge het Besluit financieel beheer netbeheer) duidelijker zijn en interne systemen reeds op grond van het Nieuwe Marktmodel moeten zijn gesplitst. Aandeelhouders kunnen vooraf worden geïnformeerd en akkoord gaan met het splitsingsplan. Na eventuele aanwijzingen van de Minister kunnen aandeelhouders (zoals gemeentes die ook nog provinciale goedkeuring nodig hebben) binnen 5 weken formeel akkoord gaan.

76. NLE en NutsServices geven aan dat DELTA uiterlijk op 1 januari 2016 zou moeten zijn gesplitst. Daarbij gaan zij ervan uit dat de plannen voor splitsing van DELTA voor uitvoering gereed liggen. Destijds zijn ongesplitste bedrijven binnen zes/zeven maanden na vaststelling van hun

[7] Brief van 2 juli 2015 van RWE aan ACM, randnummer 3.2.

splitsingsplannen overgegaan tot daadwerkelijke splitsing. NLE en NutsServices zien geen reden waarom voor DELTA een langere termijn dient te gelden.

77. Een redelijke wetstoepassing zou volgens DELTA betekenen dat DELTA een nieuwe termijn van 2,5 jaar krijgt - net als andere geïntegreerde energiebedrijven dit kregen na inwerkingtreding van de Won - om een splitsingsplan op te stellen en daar uitvoering aan te geven. Die termijn zou moeten ingaan vanaf het moment dat een eindoordeel over de rechtsgeldigheid van het groepsverbod is gegeven; vanaf het moment dat de behandeling van wetsvoorstel 34 199 is afgerond; vanaf het moment dat als gevolg van de uitspraak van de Hoge Raad het groepsverbod (weer) verbindend is geworden; of tenminste vanaf de verklaring van DELTA op 30 januari 2015 dat die week een begin is gemaakt met een nieuw op te stellen splitsingsplan.

78. DELTA stelt zich voorts op het standpunt dat tijd en creativiteit noodzakelijk zijn, omdat DELTA met een gedwongen splitsing in vier delen uiteen zal vallen. De Minister heeft gezegd dat de reeds ingediende splitsingsplannen het uitgangspunt zijn. De creatie van een levensvatbaar PLB voor DELTA lijkt echter, volgens DELTA, verder weg dan ooit en zeker niet mogelijk vóór 1 december 2015.

79. DELTA geeft aan dat zij in de afgelopen (crisis-)jaren meerdere activiteiten heeft ontplooid om de robuustheid van het PLB van DELTA te vergroten. Bovendien zijn er interne reorganisaties doorgevoerd, onder andere met het oog op een mogelijk zelfstandige toekomst van DNWB.

80. DELTA geeft bovendien aan dat het destijds ingediende splitsingsplan, waarover de toezichthouder heeft geadviseerd aan de Minister en naar aanleiding waarvan de Minister aanwijzingen heeft gegeven, niet meer actueel is. Daarbij wijst DELTA op een aantal elementen.
    - De juridische en operationele organisatie van DELTA is in de afgelopen jaren drastisch gewijzigd, zodat de oorspronkelijke organisatorische uitgangspunten niet meer kunnen worden gehanteerd;
    - De financiële resultaten leiden tot de conclusie dat splitsing in twee gezonde en levensvatbare bedrijven op korte termijn niet mogelijk is;
    - Het wetsvoorstel 34 199 beschrijft andere vereisten, waar het destijds ingediende splitsingsplan geen rekening mee heeft gehouden.

81. In de aanvullende informatie die DELTA op 25 september 2015 heeft toegestuurd, schetst DELTA vier scenario's om overtreding van het groepsverbod ongedaan te maken. Twee van die scenario's acht DELTA reëel, maar daarbij dient het huidige splitsingsplan te worden gewijzigd. Hierna zal kort worden beschreven welke twee scenario's door DELTA reëel worden geacht en binnen welke termijn deze scenario's volgens DELTA kunnen worden uitgevoerd.

82. DELTA noemt als eerste reële scenario de situatie waarbij het netwerkbedrijf de Zeeuwse Netwerk Holding NV aan een derde partij wordt verkocht. Het gereedmaken voor verkoop, het oprichten en inrichten van nieuwe bedrijfsonderdelen, het voeren van onderhandelingen en het verkrijgen van goedkeuring van de aandeelhouders zal volgens DELTA 14 tot 18 maanden in beslag nemen. Daarbij merkt DELTA op dat deze optie weliswaar reëel is, maar niet de voorkeur heeft van de aandeelhouders.

83. Het tweede reële scenario van DELTA betreft opsplitsing in separate, onafhankelijke bedrijven en het vinden van een oplossing voor de kerncentrale in Borssele. Het afsplitsen van het netwerkbedrijf, het oprichten en inrichten van nieuwe niet-gereguleerde bedrijfsonderdelen, het losmaken van het aandelenpakket in drinkwaterbedrijf NV Evides en het verkrijgen van goedkeuring van de aandeelhouders zal volgens DELTA 18 tot 24 maanden in beslag nemen.

84. Bij het tweede reële scenario geeft DELTA aan dat afsplitsing van het netwerkbedrijf, inclusief het inrichten van een shared service center etc., binnen 12 maanden kan zijn gerealiseerd. In haar zienswijzen heeft DELTA dit laatste verduidelijkt. De afsplitsing van het netwerkbedrijf kan weliswaar binnen 12 maanden zijn voorbereid, de formalisering daarvan kan pas plaatsvinden nadat alle andere onderdelen van het scenario eveneens zijn afgerond. Bij eerdere formalisering is volgens DELTA de kans op desastreuze gevolgen zeer reëel. De credit rating zal – gelet op de waarschuwing die credit rating agency Standard & Poor's heeft afgegeven op 26 oktober 2015 – dan vrijwel zeker 'onder investeringswaardig' komen, waardoor de financiële gevolgen onverantwoord groot zijn.

85. Ten aanzien van de lengte van de begunstigingstermijn overweegt ACM het volgende.

5.5.1 Splitsingsplan en wijziging daarvan

86. Zoals hiervoor reeds uiteen is gezet, gaat ACM voor het ongedaan maken van de overtreding in beginsel uit van het splitsingsplan dat op 30 juni 2009 door DELTA is ingediend en de aanwijzingen die op 2 december 2009 door de Minister zijn gegeven. DELTA heeft echter aangegeven dat het splitsingsplan moet worden gewijzigd en heeft daartoe het recht op grond van artikel IXb, vijfde lid, van de Won. ACM zal bij de bepaling van de begunstigingstermijn dan ook uitgaan van de termijn die redelijkerwijs nodig is om een gewijzigd splitsingsplan in te dienen, een beoordeling door ACM uit te laten voeren, eventuele aanwijzingen van de Minister af te wachten en uiteindelijk dat nieuwe plan - met inachtneming van eventuele aanwijzingen - uit te voeren.

87. ACM kan zich daarbij niet vinden in de stelling van DELTA dat opnieuw een termijn van 2,5 jaar moet worden geboden. Bij invoering van het groepsverbod heeft de wetgever via

overgangsrecht een ruime termijn geschonken, waardoor geïntegreerde energiebedrijven partijen binnen 2,5 jaar na inwerkingtreding een splitsingsplan moesten indienen en de facto op 1 januari 2011 gesplitst dienden te zijn. Dit overgangsrecht is inmiddels uitgewerkt nu genoemde termijnen ruimschoots zijn verstreken. DELTA kan zich daar niet meer op beroepen.

88. Het voorgaande neemt niet weg dat DELTA een redelijke termijn moet worden gegund om de overtreding ongedaan te maken.

89. Het recht om een gewijzigd splitsingsplan in te dienen moet echter wel in verhouding staan tot het belang van het zo spoedig mogelijk ongedaan maken van de overtreding. ACM gaat er daarom vanuit dat DELTA kiest voor het scenario dat reëel is, maar het snelst zal leiden tot ongedaanmaking van de overtreding. De keuze voor een ander scenario, waarbij de overtreding langer voortduurt, zal voor rekening en risico van DELTA moeten blijven.

90. In de globale onderbouwing van het reële scenario dat leidt tot opsplitsing in separate, onafhankelijke bedrijven, heeft DELTA aangegeven dat afsplitsing van het netwerkbedrijf, inclusief inrichten shared service centre etc., binnen 12 maanden kan zijn voorbereid. ACM stelt vast dat de afsplitsing van het netwerkbedrijf binnen die termijn ook kan worden gerealiseerd, maar dat DELTA dat onverantwoord acht, gelet op het voortbestaan van de overige bedrijfsonderdelen.

91. ACM dient bij de keuze van de begunstigingstermijn alle daarbij betrokken belangen af te wegen. Daarbij is zeker van belang dat de overtreding op een zo kort mogelijke, doch redelijke termijn moet worden beëindigd. In de redelijkheid van de termijn kan besloten liggen dat een langere begunstigingstermijn moet worden gegeven dan strikt noodzakelijk is om de overtreding ongedaan te maken. ACM is van oordeel dat de speciale omstandigheden waarin DELTA verkeert, aanleiding geven om een langere termijn te gunnen. Daarbij laat ACM de volgende overwegingen meewegen.

92. De credit rating van DELTA is investeringswaardig, BBB. Standard & Poor's heeft op 26 oktober 2015 aangegeven dat er bij splitsing, afhankelijk van het financiële profiel, sprake kan zijn van een downgrade met meer dan één stap. Dat kan voor DELTA leiden tot een *niet* investeringswaardige creditrating, BB+. Dit zal het voortbestaan van de overige bedrijfsonderdelen in gevaar (kunnen) brengen, bijvoorbeeld door een versnelde afbouw van de handelsportefeuille.

93. DELTA heeft dan ook al aangegeven dat voor de diverse bedrijfsonderdelen kopers zijn/worden gezocht. Dit verkoopproces is evenwel omgeven met onzekerheden. Voor de kerncentrale Borssele wordt gezocht naar een goede oplossing. Als DELTA meer tijd krijgt dan strikt noodzakelijk voor afsplitsing van het netwerkbedrijf, dan wordt de kans groter dat het lastige

proces tot een goed einde wordt gebracht. DELTA kan echter niet zeggen hoeveel tijd ze daarvoor exact nodig heeft.

94. ACM is – in lijn met wat hiervoor onder randnummer 53 is verwoord - van oordeel dat de verantwoordelijkheid voor de situatie van DELTA primair bij DELTA en haar aandeelhouders ligt. De situatie geeft evenwel aanleiding om DELTA een langere begunstigingstermijn te gunnen dan strikt noodzakelijk zou zijn. Daarbij wijst ACM met name op de omstandigheid dat de splitsing kan zorgen voor een niet-investeringswaardige credit rating en de substantiële gevolgen daarvan voor de handelsactiviteiten van DELTA. Het belang dat is gemoeid met de mogelijkheid voor DELTA om deze gevolgen te beperken, acht ACM groot. ACM geeft DELTA daarom een langere termijn dan strikt noodzakelijk.

95. Gelet op het voorgaande acht ACM het redelijk om van DELTA te verwachten dat zij uiterlijk 30 juni 2017 is gesplitst.

5.6 Dwangsom

96. Op grond van artikel 5:32b van de Awb wordt een dwangsom bepaald hetzij op een bedrag ineens, hetzij op een bedrag per tijdseenheid waarin de last niet is uitgevoerd, dan wel per overtreding van de last. Daarbij wordt tevens een bedrag vastgesteld waarboven geen dwangsom meer wordt verbeurd. Genoemde bedragen staan daarbij in redelijke verhouding tot de zwaarte van het geschonden belang en tot de beoogde werking van de dwangsom.

97. Ten aanzien van de zwaarte van het geschonden belang acht ACM het zinvol om aan te sluiten bij het voordeel dat DELTA geniet bij voortzetting van de overtreding. Voor de hoogte van dit voordeel kan redelijkerwijs een indicatie gevonden worden in het nadeel dat DELTA ondervindt bij splitsing.

98. RWE heeft aangegeven dat het nadeel voor DELTA grofweg kan worden gekwantificeerd door uit te gaan van EUR 57,5 miljoen (EUR 39 miljoen eenmalige kosten en EUR 18,5 miljoen jaarlijkse kosten), als gevolg van de splitsing.

99. NLE en NutsServices hebben gewezen op het voordeel bij voortzetting van de overtreding. Zij wijzen – onder andere – op de bevoordeling van het PLB door het netwerkbedrijf (bijvoorbeeld in de vorm van gunstige leningen), het voordeel van een fiscale eenheid en het voordeel voor het PLB uit de hogere kredietwaardigheid.

100. DELTA heeft aangegeven dat het nadeel van splitsen moeilijk te bepalen is. De situatie is

anders dan die in 2009. In dat jaar werden de kosten van splitsen geschat op EUR 32,1 miljoen (EUR 19,2 miljoen eenmalige kosten en EUR 12,9 miljoen[8] jaarlijkse kosten).

101. Bij bepaling van de hoogte van de dwangsom acht ACM het van belang dat met de dwangsom wordt beoogd de overtreder te bewegen de overtreding ongedaan te maken. Voor zover de overtreder een afweging maakt tussen het voordeel bij voortzetting van de overtreding en het voordeel bij het niet verbeuren van een dwangsom, zal de overtreder met de hoogte van de dwangsom gedwongen moeten worden tot het voldoen aan de last. De dwangsom dient bovendien proportioneel te zijn.

102. Betrokken partijen geven aan dat het voordeel voor voortzetting van de overtreding door DELTA tussen EUR 32,1 miljoen en EUR 57,5 miljoen is gelegen. Het voordeel kan dus oplopen tot ruim EUR 1 miljoen per week. Gelet hierop acht ACM het redelijk om DELTA een dwangsom op te leggen van EUR 1,5 miljoen per volle week dat de overtreding ná de begunstigingstermijn voortduurt, met een maximum van EUR 30 miljoen.

[8] EUR 11,2 miljoen voor Delta en EUR 1,7 miljoen voor DNWB.

Openbaar besluit

6 Besluit

De Autoriteit Consument en Markt legt DELTA N.V. een last onder dwangsom op met de volgende inhoud:

1. DELTA N.V. dient uiterlijk 30 juni 2017 de overtreding van artikel 10b, eerste lid, van de Elektriciteitswet 1998 en artikel 2c, eerste lid, van de Gaswet te beëindigen, door het reeds ingediende of het gewijzigde splitsingsplan, inclusief de aanwijzingen van de Minister van Economische Zaken, ten uitvoer te brengen;
2. Voor het voldoen aan de last is bepalend op welke datum de notariële akte van aandelenoverdracht - waardoor DELTA Netwerkbedrijf B.V. geen deel meer uitmaakt van een groep als bedoeld in artikel 24b van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek waartoe ook een rechtspersoon of vennootschap behoort die in Nederland elektriciteit en/of gas produceert of levert of daarin handelt – passeert;
3. DELTA N.V. verbeurt een dwangsom van EUR 1.500.000 per volledige week waarin zij na de onder punt 1 genoemde datum niet aan de last voldoet, zulks met een maximum van EUR 30.000.000.

’s Gravenhage,
Datum: 3 december 2015

Autoriteit Consument en Markt
namens deze,

w.g.

dr. F.J.H. Don
bestuurslid

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 het bestuur van de Autoriteit Consument en Markt, Juridische Zaken, 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, het bestuur van de Autoriteit Consument en Markt verzoeken in te stemmen met rechtstreeks beroep bij de bestuursrechter.

Openbaar besluit