

Openbaar Besluit

Ons kenmerk: ACM/DJZ/2015/204530_OV

Zaaknummer: 14.0776.53.1.01

Datum : 4 augustus 2015

Besluit van de Autoriteit Consument en Markt als bedoeld in artikel 7:11 Algemene wet bestuursrecht naar aanleiding van het bezwaar van NutsServices B.V. tegen de beslissing van 24 maart 2015 met kenmerk ACM/DE/2015/201659.

I. Verloop van de procedure

1. Bij brief van 3 juli 2014 heeft NutsServices B.V. (hierna: NutsServices) een verzoek ingediend om handhavend op te treden tegen vijf vermeende gedragingen van Delta Netwerkbedrijf B.V. (hierna: DNWB). Op 26 augustus 2014 heeft de Autoriteit Consument & Markt (hierna: ACM) bericht dit handhavingsverzoek in onderzoek te hebben genomen.
2. Bij e-mail van 16 februari 2015 heeft ACM aan NutsServices bericht dat het onderzoek bij DNWB was afgerond en dat op basis daarvan de interne besluitvorming werd voorbereid over afhandeling van het handhavingsverzoek en al dan niet te nemen stappen richting DNWB.
3. Bij brief van 25 februari 2015 heeft NutsServices aan ACM medegedeeld dat ACM in gebreke is wegens overschrijding van de beslistermijn. In reactie hierop heeft ACM bij brief van 11 maart 2015 geantwoord dat de behandelingsperiode nog niet is geëindigd. Voor zover ACM de ingebrekestelling aldus moet opvatten dat zij binnen twee weken handhavend dient op te treden, heeft ACM dat verzoek afgewezen. ACM heeft daarbij tevens opgemerkt dat zij doorgaat met de door NutsServices aangebrachte zaak.
4. Bij besluit van 24 maart 2015¹ heeft ACM het handhavingsverzoek van NutsServices afgewezen. Hierin heeft ACM tevens opgemerkt dat een tweetal door NutsServices genoemde gedragingen aanleiding hebben gegeven tot het nemen van vervolgstappen. Voor het overige heeft ACM geoordeeld geen aanleiding te zien om handhavend op te treden.
5. NutsServices B.V. heeft vervolgens op 1 mei 2015 een bezwaarschrift ingediend tegen het besluit van 24 maart 2015 (hierna: het bestreden besluit).
6. Op 15 juni 2015 heeft een hoorzitting plaatsgevonden waarvoor NutsServices en DNWB zijn uitgenodigd. Van de hoorzitting is een verslag gemaakt, dat op 28 juli 2015 aan partijen is gezonden.

Pagina
1/14

T 070 722 20 00 | F 070 722 23 55
info@acm.nl | www.acm.nl | www.consuwijzer.nl

Muzenstraat 41 | 2511 WB Den Haag
Postbus 16326 | 2500 BH Den Haag

¹ Kenmerk: ACM/DE/2015/201659.

Openbaar Besluit

7. Bij brief van 22 juni 2015 heeft Delta N.V. vragen beantwoord die de hoorcommissie tijdens de hoorzitting aan DNWB heeft gesteld. Op 29 juni 2015 heeft NutsServices hierop gereageerd. Bij brieven van 3 juli 2015 en 7 juli 2015 hebben respectievelijk DNWB en NutsServices gereageerd op elkaars reactie.

II. Het handhavingsverzoek

Het verzoek van NutsServices

8. Het verzoek om handhavend op te treden jegens DNWB heeft betrekking op een vijftal gedragingen.
 - I.I Naam- en beeldmerkgebruik
 9. Ten eerste zou DNWB groepsmaatschappijen bevoordelen doordat DNWB en Delta N.V. dezelfde merknaam en hetzelfde logo gebruiken. Hiermee versterkt DNWB als netbeheerder volgens NutsServices de naamsbekendheid en “brand awareness” van het leveringsbedrijf van Delta. Dit is in strijd met artikel 18, tweede lid, onderdeel c, van de Elektriciteitswet 1998 (hierna: E-wet).
 - I.II Kredietfaciliteit
 10. Ten tweede stelt NutsServices dat DNWB door het ter beschikking stellen van een kredietfaciliteit ter hoogte van € 40 miljoen aan Delta N.V. eveneens andere groepsmaatschappijen bevoordeelt. Dit is in strijd met artikel 18, eerste lid, van de E-wet. NutsServices stelt dat DNWB hiermee een voordeel verstrekt aan haar groepsmaatschappijen waarover concurrenten niet beschikken. Bovendien gaat deze bevoordeling verder dan in het normaal handelsverkeer gebruikelijk is.
 - I.III Fiscale eenheid
 11. Ten derde zou uit het jaarverslag en de jaarrekening over 2013 blijken dat DNWB een fiscale eenheid vormt met Delta N.V. Hieruit zou eveneens blijken dat DNWB aansprakelijk is voor de belastingschuld van de fiscale eenheid als geheel. NutsServices stelt dat deze eenheid in strijd is met artikel 18, eerste lid, van de E-wet en bovendien niet in de geest van de wet is om de netbeheerder garant te laten staan voor schulden die ontstaan in andere groepsmaatschappijen.
 - I.IV Cash-pooling
 12. Ten vierde stelt NutsServices dat sprake kan zijn van zogenoemde “cash pooling” tussen DNWB en Delta N.V. Indien DNWB geen maatregelen heeft genomen om verrekening door banken van Delta N.V. te voorkomen, dan dienen volgens NutsServices toekomstige inkomsten of tegoeden van of voor DNWB de facto als zekerheid voor bankkredieten aan Delta N.V. Dit is volgens NutsServices een bevoordeling boven anderen waarmee die groepsmaatschappij in concurrentie treedt en die bovendien verder gaat dan in normaal handelsverkeer gebruikelijk is. Ook deze gedraging is in strijd met artikel 18, eerste lid, van de E-wet.

Openbaar Besluit

I.V Governance

13. Ten vijfde wijst NutsServices erop dat DNWB haar directeur via Delta N.V. zou inhuren. Er is daardoor een vermenging van belangen tussen DNWB en Delta N.V. die in strijd is met artikel 11, tweede lid, van de E-wet.

III. Het bestreden besluit

14. In het bestreden besluit stelt ACM dat het onderzoek naar het naam- en beeldmerkgebruik alsmede de ter beschikking gestelde kredietfaciliteit aanleiding hebben gegeven voor ACM tot het nemen van vervolgstappen. Ten aanzien van de overige door NutsServices aan de orde gestelde gedragingen heeft ACM geconcludeerd geen aanleiding te zien om handhavend op te treden.
15. Ten aanzien van het naam- en beeldmerkgebruik alsmede de kredietfaciliteit heeft ACM in het bestreden besluit aangegeven dat zij op dat moment uit het oogpunt van zorgvuldigheid nog geen uitsluitsel kon geven over de inhoud van de richting DNWB te nemen stappen, mogelijke vervolgstappen en de kwalificatie van de desbetreffende gedragingen. De stand van zaken liet het op het moment van de beslissing nog niet toe te bevestigen of, en op welke wijze, tegen de geconstateerde gedragingen zou worden opgetreden. Daarbij heeft ACM opgemerkt dat één en ander niet wegneemt dat zij verder gaat met de door NutsServices aangebrachte zaak, voor zover het deze twee gedragingen betreft.
16. Ten aanzien van de fiscale eenheid tussen DNWB en Delta N.V. heeft ACM geoordeeld hierin geen overtreding van de E-wet te zien. Daarbij heeft ACM verwezen naar de wetsgeschiedenis van de E-wet.
17. Ten aanzien van de zogenoemde "cash-pooling" is na onderzoek gebleken dat er geen sprake is van bancaire saldo- en rentecompensatie tussen DNWB en Delta N.V. Nog los van de vraag of hieruit voordelen kunnen voortvloeien die verder gaan dan gebruikelijk in het normale handelsverkeer binnen groepsmaatschappijen, ziet ACM derhalve op dit punt geen overtreding van de E-wet.
18. Verder is uit onderzoek gebleken dat de directeur van DNWB sinds de reorganisatie per 1 januari 2014 in dienst is van Delta Netwerkgroep Staff B.V., zodat geen sprake is van vermenging van belangen. De bestuurder van DNWB heeft noch direct, noch indirect binding met Delta N.V. Hieruit volgt dat thans geen sprake is van een overtreding.
19. Nu NutsServices bij brief van 17 maart 2015 ACM heeft gesommeerd om uiterlijk op 23 maart 2015 te bevestigen dat ACM handhavend zal optreden tegen alle vijf genoemde gedragingen, heeft ACM dat verzoek afgewezen.

Openbaar Besluit

IV. Bezwaargronden

20. NutsServices handhaaft haar standpunt ten aanzien van het naam- en beeldmerkgebruik alsmede de kredietfaciliteit. Voor zover ACM het verzoek om handhaving dienaangaande heeft afgewezen, heeft zij dit volgens NutsServices ontoereikend gemotiveerd. De verwijzing dat ACM zich beraadt op het nemen van verdere vervolgstappen is in ieder geval onvoldoende. Volgens NutsServices heeft ACM haar onderzoek al afgerond. Indien ACM constateert dat de voornoemde gedragingen in strijd zijn met de wet dient zij tot handhaving over te gaan.
21. Ten aanzien van de fiscale eenheid tussen DNWB en Delta N.V. handhaaft NutsServices eveneens haar standpunt. Door verliezen en winsten met elkaar fiscaal te compenseren profiteert Delta N.V. van de financiële slagkracht van DNWB en worden de groepsmaatschappijen bevoordeeld. Deze constructie gaat bovendien verder dan in het normale handelsverkeer gebruikelijk is. De conclusie van ACM dat de E-wet niet zou zijn overtreden is onjuist, evenals de uitleg die ACM geeft aan artikel 18 van de E-wet.
22. Artikel 17, tweede lid, van de E-wet bepaalt dat als een netbeheerder deel uitmaakt van een groep, het aan die groep niet is toegestaan om handelingen of activiteiten te verrichten die strijdig zijn met het netbeheer. NutsServices verwijst naar de wetsgeschiedenis waaruit blijkt dat de uitzonderingsgronden toezien op de situatie waarin het netwerkbedrijf reeds gesplitst is.² Uit de Memorie van Toelichting zou volgens NutsServices eveneens blijken dat een netwerkbedrijf na splitsing geen branchevreemde commerciële activiteiten meer mag ontplooiën.³
23. Volgens NutsServices beroept ACM zich bovendien op artikelen die door het Gerechtshof Den Haag onverbindend zijn verklaard wegens strijdigheid met artikel 63 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie.⁴ Voorts laat ACM, voor zover zij zich op deze bepaling mag beroepen, ten onrechte de Memorie van Antwoord⁵ buiten beschouwing. Hierin wordt gesteld dat geen financiële verbanden ontstaan tussen de netbeheerder en handels- of productieactiviteiten. Rechtspersonen die deze activiteiten uitvoeren kunnen geen deel meer uitmaken van een groep waarin een netbeheerder zich bevindt en kunnen dus ook geen fiscale eenheid vormen.

4/14

² Handelingen II, 2005/2006, 73, p. 4593.

³ Kamerstukken II, 2005/2006, 30 212, nr. 28.

⁴ Gerechtshof Den Haag, 22 juni 2010, ECLI:NL:GHSGR:2010:BM8496. Tijdens deze bezwaarprocedure heeft de Hoge Raad de uitspraak van het Gerechtshof Den Haag heeft gecasseerd en bepaald dat de Wet Onafhankelijk Netbeheer verenigbaar is met het Verdrag betreffende de Werking van de Europese Unie. Zie Hoge Raad, 26 juni 2015, ECLI:NL:HR:2015:1727. Nu NutsServices in haar verzoek niet heeft verzocht om handhaving met betrekking tot de Wet Onafhankelijk Netbeheer hoeft dit verder in dit besluit geen bespreking.

⁵ Kamerstukken II, 2005/2006, 30 212, nr. D.

Openbaar Besluit

24. Verder stelt NutsServices dat ACM, door niet te handhaven artikel 18, eerste lid, van de E-wet onjuist leest dat het vormen van een fiscale eenheid niet verder gaat dan in het normaal handelsverkeer binnen een concern gebruikelijk is. De wettelijke bepaling gaat volgens NutsServices over anderszins voordelen toekennen die verder gaan dan in normaal handelsverkeer gebruikelijk is. DNWB doet dit wel – concurrenten kunnen immers niet van deze voordelen genieten – en overtreedt daarmee de E-wet. Dat het binnen een concern gebruikelijk is doet daaraan volgens NutsServices niet af.
25. Ten aanzien van de vermeende cash pooling stelt NutsServices dat ACM in het bestreden besluit onvoldoende heeft gemotiveerd waarom geen sprake is van bancaire saldo- en rentecompensatie. Bovendien gaat ACM ten onrechte niet in op de vraag of er in het verleden sprake is geweest van cash pooling, aangezien zij ook de bevoegdheid heeft om daartoe een bestuurlijke boete op te leggen. Elk voordeel dat Delta Energy zou genieten boven haar concurrenten door het handelen van DNWB is volgens NutsServices in strijd met de E-wet. Of de voordelen al dan niet verder gaan dan in het normale handelsverkeer gebruikelijk, is niet relevant.
26. In haar bezwaar tegen de afwijzing van het verzoek ten aanzien van vermenging van belangen tussen DNWB en Delta N.V. verwijst NutsServices naar het bestreden besluit, waaruit zou blijken dat deze weliswaar niet op orde was maar per 2014 gerepareerd is. NutsServices concludeert daaruit dat DNWB wel degelijk een overtreding heeft begaan. ACM heeft volgens NutsServices in het bestreden besluit ten onrechte nagelaten te motiveren waarom zij geen handhavingsmaatregelen heeft getroffen ten aanzien van de periode vóór 1 januari 2014.

V. Juridisch kader

27. Artikel 11, tweede lid, van de E-wet luidt:

“De statuten van de netbeheerder, niet zijnde de netbeheerder van het landelijk hoogspanningsnet, bevatten in ieder geval:

- a. de instelling van een raad van commissarissen;*
- b. de bepaling dat de leden van het bestuur en de meerderheid van de leden van de raad van commissarissen direct noch indirect binding hebben met een producent, een leverancier of een handelaar;*
- c. in afwijking van artikel 129, derde lid, of artikel 239, derde lid, van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek, de bepaling dat aan de goedkeuring van de raad van commissarissen ten minste zijn onderworpen de besluiten van het bestuur van de rechtspersoon, bedoeld in artikel 164, eerste lid, of artikel 274, eerste lid, van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek;*
- d. de bepaling dat de aandeelhouders het kader vaststellen voor het bezoldigingsbeleid van de bestuurders;*
- e. de bepaling dat het reserveren en uitkeren van de jaarlijkse winst geschiedt met de*

Openbaar Besluit

instemming van de aandeelhouders en met inachtneming van de uitvoering van de aan de netbeheerder bij wet opgedragen taken en verplichtingen om zijn netten in werking te hebben, te vernieuwen, te onderhouden en uit te breiden.”

28. Artikel 17 van de E-wet luidt:

“1. Het is de netbeheerder, niet zijnde de netbeheerder van het landelijk hoogspanningsnet of een rechtspersoon waarin de netbeheerder een deelneming heeft als bedoeld in artikel 24c van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek, niet toegestaan goederen of diensten waarmee zij in concurrentie treden te leveren, tenzij het betreft het verrichten van werkzaamheden ten behoeve van:

- a. de uitvoering van de taken, bedoeld in artikel 16, eerste of tweede lid, of 16a, voor zichzelf, voor andere netbeheerders of voor anderen die een recht van gebruik van een net hebben;*
- b. de aanleg, het beheer of het onderhoud van leidingen buiten gebouwen voor het transport van gas;*
- c. het ter beschikking stellen en houden van netten ten behoeve van het gebruik van daarmee verbonden zaken door derden;*
- d. het uitvoeren van werkzaamheden, bedoeld in artikel 16c, eerste en vijfde lid.*

2. Indien een netbeheerder, niet zijnde de netbeheerder van het landelijk hoogspanningsnet, deel uitmaakt van een groep als bedoeld in artikel 24b van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek, is het deze groep niet toegestaan om handelingen of activiteiten te verrichten die strijdig kunnen zijn met het belang van het beheer van het desbetreffende net.

3. Onder handelingen en activiteiten als bedoeld in het tweede lid worden in ieder geval verstaan:

- a. handelingen en activiteiten die niet op enigerlei wijze betrekking hebben op of verband houden met infrastructurele voorzieningen of aanverwante activiteiten,*
- b. het door de netbeheerder verstrekken van zekerheden ten behoeve van de financiering van activiteiten van tot de groep behorende rechtspersonen of vennootschappen en*
- c. het zich aansprakelijk stellen door de netbeheerder voor schulden van tot de groep behorende rechtspersonen of vennootschappen,*

tenzij het verstrekken van zekerheden of het zich aansprakelijk stellen voor schulden door de netbeheerder:

1°. geschiedt ten behoeve van handelingen of activiteiten die de netbeheerder zelf zou mogen verrichten,

Openbaar Besluit

2°. anderszins verband houdt met het netbeheer of

3°. geschiedt om te voldoen aan voorwaarden in verband met de toepassing van wettelijke bepalingen.

4. De statuten van de rechtspersonen die met een netbeheerder, niet zijnde de netbeheerder van het landelijk hoogspanningsnet, in een groep zijn verbonden, behoeven de goedkeuring van Onze Minister voor zover het betreft de daarin opgenomen doelstellingen van die rechtspersonen.”

29. Artikel 18 van de E-wet luidt, voor zover hier van belang:

“1. Indien een met de netbeheerder in een groep verbonden groepsmaatschappij in de zin van artikel 24b van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek activiteiten verricht die de netbeheerder op grond van artikel 17 of 17a niet zelf mag verrichten, mag de netbeheerder of een rechtspersoon waarin de netbeheerder een deelneming heeft als bedoeld in artikel 17 of 17a een dergelijke groepsmaatschappij niet bevoordelen boven anderen waarmee een dergelijke groepsmaatschappij in concurrentie treedt, of anderszins voordelen toekennen die verder gaan dan in normaal handelsverkeer gebruikelijk is.

2. Als bevoordelen van een groepsmaatschappij als bedoeld in het eerste lid of het toekennen van voordelen die verder gaan dan in normaal handelsverkeer gebruikelijk is, worden in ieder geval aangemerkt:

a. het verstrekken van gegevens aan een groepsmaatschappij over afnemers, niet zijnde niet zijnde afnemers als bedoeld in artikel 95a, eerste lid, die een verzoek als bedoeld in artikel 23 of 24 hebben gedaan;

b. het leveren van goederen of diensten aan een groepsmaatschappij tegen een vergoeding die lager is dan de redelijkerwijs daaraan toe te rekenen kosten, of

c. het toestaan van het gebruik door een groepsmaatschappij van de naam en het beeldmerk van de netbeheerder op een wijze waardoor verwarring bij het publiek te duchten is over de herkomst van goederen of diensten.”

VI. Overwegingen

30. De beoordeling van het bezwaar van NutsServices valt uiteen in vijf delen. ACM constateert dat twee van de door NutsServices aangekaarte gedragingen reeds zijn beëindigd. ACM gaat daarom eerst in op het ingediende bezwaar ten aanzien van de governance van DNWB en de kredietfaciliteit. Daarna gaat ACM achtereenvolgens in op het naam- en

Openbaar Besluit

beeldmerkgebruik, het vormen van een fiscale eenheid en de vermeende cash pooling van DNWB.

VII. Verzoeken II en V van NutsServices: kredietfaciliteit en governance

31. Bij brief van 7 mei 2015 heeft DNWB aan ACM laten weten dat zij de kredietfaciliteit met ingang van 29 april 2015 heeft beëindigd. ACM heeft NutsServices vervolgens op 9 juni 2015 hiervan op de hoogte gesteld. ACM heeft in die brief tevens aan NutsServices laten weten dat zij geen aanleiding ziet om verdere vervolgstappen te ondernemen, nu de gedraging waarover NutsServices heeft geklaagd is beëindigd. Daarbij heeft ACM opgemerkt dat indien opnieuw sprake blijkt te zijn van een intercompanylening, ACM te zijner tijd zal beoordelen of sprake is van een ongeoorloofde bevoordeling, en zo ja, welke stappen zij raadzaam acht.
32. Ten aanzien van de governance heeft ACM in het bestreden besluit geconcludeerd dat er op dit moment geen sprake is van een vermenging van belangen in de organisatiestructuur. De directeur van DNWB heeft sinds de reorganisatie per 1 januari 2014 direct, noch indirect binding met Delta N.V. Er is derhalve geen sprake van een overtreding.
33. NutsServices heeft haar verzoek tot handhaving op deze punten in bezwaar niettemin gehandhaafd. Zij stelt dat ACM dient te motiveren waarom zij niet tot handhaving overgaat. Tijdens de hoorzitting heeft NutsServices betoogd dat zij in het kader van speciale en generale preventie wel degelijk een belang heeft bij handhavend optreden. Volgens NutsServices heeft de gehele markt een belang bij een verklaring voor recht dat DNWB op deze punten heeft overtreden en wordt met deze constatering bovendien een precedent geschapen.⁶ ACM had deugdelijk moeten motiveren waarom zij heeft afgezien van formele handhavingsmaatregelen ter herstel van de overtreding dan wel ter generale of speciale preventie van nieuwe overtredingen.⁷
34. ACM overweegt dat zij terecht heeft geoordeeld geen aanleiding te zien om een sanctie op te leggen aan DNWB nu de betreffende gedragingen inmiddels zijn beëindigd.
35. Aangezien van de door NutsServices gestelde gedragingen geen sprake (meer) is, is het nut van een eventuele herstelsanctie vervallen.
36. Volgens bestendige bestuursrechtelijke jurisprudentie is pas sprake van voldoende procesbelang als het resultaat dat de indiener van een bezwaar- of beroepschrift met het maken van bezwaar of het instellen van beroep nastreeft, ook daadwerkelijk kan worden bereikt en het bereiken van dat resultaat voor deze indiener feitelijke betekenis kan hebben.⁸ Het hebben van een louter formeel of principieel belang is onvoldoende voor het aannemen

8/14

⁶ Verslag van de hoorzitting d.d. 15 juni 2015, p. 8.

⁷ Toelichting op het bezwaarschrift van NutsServices d.d. 15 juni 2015, randnummers 30 t/m 33.

⁸ Centrale Raad van Beroep, 26 januari 2015, ECLI:NL:CRVB:2015:129.

Openbaar Besluit

van voldoende procesbelang.⁹

37. In het onderhavige geval is de gedraging waarover NutsServices klaagt beëindigd naar aanleiding van de door ACM genomen stappen, dan wel uit eigen beweging door DNWB. Verdere handhaving zou voor NutsServices geen feitelijke betekenis hebben doch louter formeel dan wel principieel van aard zijn. Dit blijkt uit het feit dat NutsServices wijst op het belang van de gehele markt bij een verklaring voor recht en haar stelling belang te hebben in het kader van de preventieve werking dan wel het voorkomen van precedënten.
38. ACM wijst er in dat verband op dat indien een rechtsmiddel er louter op is gericht een uitspraak te verkrijgen over de principiële betekenis van een besluit of een ander mogelijk toekomstig besluit – bijvoorbeeld precedentwerking of jurisprudentievorming – geen sprake is van voldoende procesbelang.¹⁰
39. Het bezwaar van NutsServices dient op deze punten dan ook niet-ontvankelijk te worden verklaard.
40. Ten overvloede merkt ACM op dat, nu de gedragingen waarover NutsServices klaagt zijn beëindigd, een boete het enig overgebleven handhavingsmiddel zou zijn dat ACM ten dienste staat. De mogelijkheid om een boete op te leggen vindt zijn grondslag in artikel 77i van de E-wet. Uit de wettekst blijkt niet dat ACM de verplichting heeft om een boete op te leggen. ACM komt bij het opleggen van een bestuurlijke boete in geval van een vermeende overtreding van de E-wet dan ook beleidsvrijheid toe, zo blijkt ook uit de wetsgeschiedenis met betrekking tot bestuurlijke boeten.¹¹
41. Nu de door DNWB verstrekte kredietfaciliteit is beëindigd, acht ACM het – daargelaten de vraag of de hier bedoelde gedraging als overtreding van de E-wet is te kwalificeren – niet proportioneel en niet opportuun om over te gaan tot het opleggen van een bestuurlijke boete. In haar brief van 9 juni 2015 aan NutsServices heeft ACM dan ook medegedeeld geen aanleiding te zien om verdere stappen te ondernemen richting DNWB. DNWB heeft zich immers ten aanzien van dit punt coöperatief opgesteld door de kredietfaciliteit richting Delta N.V. stop te zetten.
42. Voorts is gebleken dat de directeur van DNWB al sinds de reorganisatie d.d. 1 januari 2014 in dienst is getreden van Delta Netwerkgroep Staff B.V. Sinds die datum is derhalve geen sprake van enige binding met Delta N.V. Daarbij benadrukt ACM dat deze wijziging is doorgevoerd voorafgaand aan het handhavingsverzoek van NutsServices en zonder inmenging van ACM.

9/14

⁹ Centrale Raad van Beroep, 19 juni 2015, ECLI:NL:CRVB:2015:2061, r.o. 4.1.

¹⁰ Zie bijvoorbeeld College van Beroep voor het bedrijfsleven, 24 maart 2009, CLI:NL:CBB:2009:BI0871, r.o. 5.4.

Openbaar Besluit

A Verzoek I van NutsServices: naam- en beeldmerkgebruik

43. Volgens NutsServices komen de namen en logo's van respectievelijk DNWB en de andere groepsmaatschappijen van Delta N.V. dermate overeen dat verwarring bij het publiek te duchten is.
44. Artikel 18, tweede lid, onder c van de E-wet (en artikel 10d van de Gaswet) bepaalt dat een netbeheerder niet mag toestaan dat een groepsmaatschappij de naam en het beeldmerk van de beheerder gebruikt op een wijze waarvoor verwarring bij het publiek te duchten is over de herkomst van de goederen of diensten.
45. ACM heeft bij besluit van 30 juli 2015, gericht aan DNWB, geconcludeerd dat het naam- en beeldmerkgebruik door DNWB en andere groepsmaatschappijen binnen het Delta-concern een overtreding door DNWB oplevert van de E-wet en de Gaswet. Voorts heeft ACM in dat besluit aan DNWB een last onder dwangsom opgelegd ter beëindiging van deze overtredingen.
46. Bij brief van 30 juli 2015¹² heeft ACM NutsServices over het besluit van 30 juli 2015 geïnformeerd.
47. Gelet op het bovenstaande is het bezwaar van NutsServices op dit punt gegrond.

B Verzoek III van NutsServices: fiscale eenheid

48. Vast staat dat DNWB met Delta N.V. een fiscale eenheid vormt in de zin van artikel 2:24b van het Burgerlijk Wetboek. Uit het jaarverslag 2014 van Delta N.V. blijkt dat met ingang van 1 januari 2014 de commerciële groepsmaatschappijen zijn ondergebracht in een aparte fiscale eenheid.¹³ Tussen DNWB en die groepsmaatschappijen – waaronder Delta Energy B.V. en Delta Comfort B.V. – is dan ook geen fiscale verrekening van winsten en verliezen meer mogelijk.
49. Het verbod van artikel 18, eerste lid, van de E-wet ziet toe op de bevoordeling van groepsmaatschappijen die activiteiten verrichten die de regionale netbeheerder op grond van artikel 17 van de E-wet niet zelf mag verrichten.
50. Met NutsServices constateert ACM dat doordat DNWB een fiscale eenheid vormt met Delta N.V., Delta N.V. mogelijk profiteert van de financiële positie van DNWB. De positieve resultaten van DNWB kunnen immers door de fiscale eenheid (in de toekomst) worden verrekend met in het verleden geleden verliezen van (groepsmaatschappijen van) Delta N.V. Daarmee staat echter nog niet vast dat sprake is van een overtreding van artikel 18, eerste lid, van de E-wet.

¹² Kenmerk: ACM/DE/2015/204383.

¹³ Jaarbericht Delta N.V. 2014, p. 78.

Openbaar Besluit

51. Naar het oordeel van ACM heeft de wetgever beoogd om het vormen van een fiscale eenheid niet te verbieden. Bovendien is een dergelijke constructie in het handelsverkeer volstrekt gebruikelijk.
52. In het bestreden besluit heeft ACM verwezen naar de toelichting op de Nota van Wijziging bij artikel 17, derde lid, van de E-wet. NutsServices heeft betoogd dat deze bepaling onverbindend was op het moment dat ACM afwijzend besliste op haar handhavingsverzoek en deze bepaling bovendien toeziet op situatie waarbij de netbeheerder reeds gesplitst is.
53. Deze stelling van NutsServices is feitelijk juist. Anders dan NutsServices doet, kan hieruit echter niet worden geconcludeerd dat het vormen van een fiscale eenheid vóór de gesplitste situatie niet geoorloofd was. Integendeel, de Minister heeft bij de behandeling van de Wet Onafhankelijk Netbeheer juist toegelicht dat het ook na de splitsing mogelijk moet “blijven” om een fiscale eenheid te vormen:

“Ten slotte is het van belang aansprakelijkheden voor netbeheerders die nodig zijn om gebruik te kunnen maken van wettelijke mogelijkheden te blijven toestaan. Gedacht kan daarbij worden aan aansprakelijkstelling voor bepaalde belastingschulden jegens de fiscus in verband met het bestaan van een fiscale eenheid voor de vennootschapsbelasting of BTW of aansprakelijkstelling van groepsmaatschappijen als bedoeld in artikel 403 van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek (betreffende de geconsolideerde jaarrekening).”¹⁴

54. Reeds uit de zinsnede “te blijven toestaan” blijkt dat de opvatting van NutsServices dat een fiscale eenheid – en daarmee samenhangende aansprakelijkstellingen – louter in een gesplitste situatie is toegestaan¹⁵ niet overeenind kan blijven. De wetgever heeft, zo blijkt uit de hiervoor geciteerde toelichting, juist bedoeld deze mogelijkheid ook na de splitsing toe te staan.
55. Verder overweegt ACM dat het vormen van een fiscale eenheid binnen het handelsverkeer een volstrekt gebruikelijke constructie is.¹⁶ Dit blijkt eveneens uit de toelichting op de hierboven genoemde Nota van Wijziging.¹⁷ De opvatting van NutsServices dat bij de beoordeling of iets in normaal handelsverkeer gebruikelijk is, niet mag worden betrokken wat binnen een concern gebruikelijk is¹⁸ deelt ACM dan ook niet. Deze stelling vindt immers

¹⁴ Kamerstukken II, 2005/2006, 30 212, nr. 29, p. 3, onderstreping toegevoegd.

¹⁵ Bezwaarschrift van NutsServices d.d. 1 mei 2015, randnummers 35 e.v.

¹⁶ http://www.belastingdienst.nl/wps/wcm/connect/bldcontentnl/belastingdienst/zakelijk/winst/vennootschapsbelasting/fiscale_eenheid_vennootschapsbelasting.

¹⁷ Kamerstukken II, 2005/2006, 30 212, nr. 29, p.4.

¹⁸ Bezwaarschrift van NutsServices d.d. 1 mei 2015, randnummers 49 t/m 55.

Openbaar Besluit

geen steun in de wet, noch in de wetsgeschiedenis.¹⁹ De omstandigheid dat in dit geval een netbeheerder onderdeel uitmaakt van een dergelijke fiscale eenheid of dat niet geïntegreerde energieleveranciers een dergelijke eenheid niet kunnen vormen, maakt dit niet anders.

56. Nutsservices is verder van mening dat artikel 18 van de E-wet zo moet worden gelezen dat het überhaupt niet is toegestaan om een groepsmaatschappij te bevoordelen boven concurrerende anderen, ook niet als deze bevoordeling niet verder zou gaan dan in normaal handelsverkeer gebruikelijk zou zijn. Nutsservices verwijst daarbij naar een passage uit het Handhavingsplan groepsfinanciering van energiebedrijven.²⁰ Hieruit trekt NutsServices de conclusie dat artikel 18 van de E-wet uitgaat van een onderscheid tussen enerzijds voordelen verschaffen in algemene zin, dat een netbeheerder alleen mag doen als dat binnen de grenzen van het normale handelsverkeer blijft, en anderzijds het bevoordelen van groepsmaatschappijen die taken verrichten die de netbeheerder zelf niet mag verrichten.²¹
57. Reeds gelet op hetgeen hierboven in randnummers 53 en verder is overwogen, slaagt dit betoog van NutsServices niet. Het onderscheid dat Nutsservices maakt blijkt ook niet uit de tekst van artikel 18, eerste lid, van de E-wet. Het in dit artikel neergelegde verbod ziet immers uitsluitend op de situatie dat een met de netbeheerder in een groep verbonden groepsmaatschappij activiteiten verricht die de netbeheerder op grond van artikel 17 of 17a van die wet niet zelf mag verrichten.
58. Uit niets blijkt dat de wetgever de zinsnede “of anderszins voordelen toekennen die verder gaan dan in normaal handelsverkeer gebruikelijk” laat toezien op andere groepsmaatschappijen dan groepsmaatschappijen die goederen of diensten leveren waarmee zij in concurrentie treden, zoals bedoeld in artikel 17 van de E-wet. De lezing die NutsServices aan artikel 18 verbindt, vindt geen steun in de wettekst en zou bovendien de aanhef van het eerste lid, waarin wordt verwezen naar artikel 17, zinledig maken.
59. Gelet op het bovenstaande is geen sprake van een overtreding van artikel 18, eerste lid, van de E-wet. Het bezwaar van NutsServices is op dit punt dan ook ongegrond.

C Verzoek IV van NutsServices: cash-pooling (verzoek IV)

60. NutsServices heeft gesteld gegronde redenen te hebben om aan te nemen dat sprake is van cash pooling tussen DNWB en Delta N.V. ACM zou ten onrechte, althans onvoldoende gemotiveerd hebben geoordeeld dat geen sprake is van bancaire saldo- en/of rentecompensatie tussen DNWB en Delta N.V.

¹⁹ Integendeel: zie bijvoorbeeld ook de toelichting op de voorloper van artikel 18 van de E-wet, artikel 12 Wet Energiedistributie, Kamerstukken II, 1997-1998, 25 621, nr. 3, p. 32 en Kamerstukken II, 1994-1995, 22 160, nr. 14, p. 19.

²⁰ Bijlage bij Kamerstukken II, 2005-2006, 28 982, nr. 53.

²¹ Bezwaarschrift van NutsServices d.d. 1 mei 2015, randnummer 52.

Openbaar Besluit

61. ACM heeft in haar brief van 24 maart 2015 aangegeven dat is gebleken dat er geen sprake is van bancaire saldo- en rentecompensatie tussen DNWB en Delta N.V. Nog los van de vraag in hoeverre uit dergelijke compensaties voordelen kunnen voortvloeien die verder gaan dan gebruikelijk in het normale handelsverkeer, heeft ACM derhalve op dit punt geen (handhaafbare) overtreding van de E-wet geconstateerd.
62. ACM houdt toezicht op de naleving van het Besluit Financieel Beheer Netbeheerders. Op basis van hetgeen bij haar uit hoofde van dit toezicht bekend is over de financiële verhoudingen tussen Delta N.V. en DNWB, heeft ACM geen enkele aanleiding om te veronderstellen dat sprake is van bancaire saldo- en rentecompensatie tussen DNWB en Delta N.V. Zo is bij ACM bekend dat DNWB sinds 2010 zelfstandig extern gefinancierd wordt, in plaats van, zoals tot die tijd, intern via Delta N.V. Daarbij hebben de externe financiers eisen gesteld aan de zogeheten 'ring fencing' (dat wil zeggen de financiële scheiding) van DNWB ten opzichte van Delta N.V.
63. ACM heeft dan ook terecht geconcludeerd dat geen sprake is van een overtreding van de E-wet. Aan de beantwoording van de vraag of eventuele compensaties in strijd zouden met de E-wet komt ACM niet toe, nu geen sprake is van bancaire saldo- en/of rentecompensaties tussen DNWB en Delta N.V.
64. Het bezwaar is op dit punt dan ook ongegrond.

Openbaar Besluit

II. Dictum

De Autoriteit Consument en Markt:

- I. verklaart het bezwaar van NutsServices B.V., voor zover gericht tegen de afwijzing om handhavend op te treden tegen het naam- en beeldmerkgebruik door Delta Netwerkbedrijf B.V. en andere groepsmaatschappijen binnen het Delta-concern, gegrond en herroept in zoverre het besluit van 24 maart 2015 met kenmerk ACM/DE/2015/201659;
- II. verklaart het bezwaar van NutsServices B.V., voor zover gericht tegen de afwijzing om handhavend op te treden ten aanzien van het door Delta Netwerkbedrijf B.V. ter beschikking stellen van een kredietfaciliteit aan Delta N.V., niet-ontvankelijk;
- III. verklaart het bezwaar van NutsServices B.V., voor zover gericht tegen de afwijzing om handhavend op te treden tegen de tussen Delta Netwerkbedrijf B.V. en Delta N.V. opgerichte fiscale eenheid, ongegrond;
- IV. verklaart het bezwaar van NutsServices B.V., voor zover gericht tegen de afwijzing om handhavend op te treden tegen de door NutsServices B.V. gestelde cash-pooling tussen Delta Netwerkbedrijf B.V. en Delta N.V., ongegrond;
- V. verklaart het bezwaar van NutsServices B.V., voor zover gericht tegen de afwijzing om handhavend op te treden ten aanzien van de door NutsServices B.V. gestelde vermenging van belangen tussen Delta Netwerkbedrijf B.V. en Delta N.V., niet-ontvankelijk.

14/14

Den Haag,

De Autoriteit Consument en Markt,
namens deze,

W.g.
mr. M.T.P.J. van Oers
Directeur Juridische Zaken

Tegen dit besluit kan degene, wiens belang rechtstreeks is betrokken, binnen zes weken na bekendmaking van dit besluit een gemotiveerd beroepschrift indienen bij de rechtbank Rotterdam, sector bestuursrecht, Postbus 50951, 3007 BM Rotterdam. Nadere informatie over de beroepsprocedure is te vinden op www.rechtspraak.nl.