



**Besluit  
Openbaar**

**Ons kenmerk:** ACM/DJZ/2016/203142\_OV  
**Zaaknummers:** 15.0880.52.01 en 15.0924.52.1.01  
15.0880.52.02 en 15.0924.52.1.03  
15.0880.52.03 en 15.0924.52.1.04  
15.0880.52.04 en 15.0924.52.1.05

Besluit van de Autoriteit Consument en Markt op de bezwaren van DELTA N.V., N.V. Nuon Energy, RWE Benelux Holding B.V., de Nederlandse Energie Maatschappij B.V. en NutsServices B.V. tegen het dwangsombesluit van 3 december 2015 ter handhaving van de Wet onafhankelijk netbeheer. De bezwaren worden ongegrond verklaard. Het dwangsombesluit van 3 december 2015 wordt herroepen en in plaats daarvan wordt een nieuwe last onder dwangsom aan DELTA N.V. opgelegd.

## **1 Verloop van de procedure**

1. Bij besluit van 3 december 2015 met kenmerk ACM/DE/2015/207079 heeft de Autoriteit Consument en Markt (hierna: ACM) een last onder dwangsom opgelegd aan DELTA N.V. (hierna: DELTA).
2. Tegen dit besluit is op 12 januari 2016 pro forma bezwaar gemaakt door DELTA. Op 14 januari 2016 heeft ACM het pro forma bezwaarschrift van de Nederlandse Energie Maatschappij B.V. en NutsServices B.V. (hierna: NLE en NutsServices) ontvangen. Op 15 januari 2016 hebben N.V. Nuon Energy (hierna: Nuon) en RWE Benelux Holding B.V. (hierna: RWE) pro forma bezwaar ingediend.
3. ACM heeft vervolgens partijen tot 1 maart 2016 de tijd gegeven om de gronden van bezwaar in te dienen. Op 29 februari 2016 heeft ACM alle gronden van bezwaar ontvangen.
4. Op 19 april 2016 heeft een hoorzitting plaatsgevonden, waarbij partijen in de gelegenheid zijn gesteld om hun bezwaren nader toe te lichten. Van de hoorzitting is een verslag gemaakt dat naar partijen is verzonden.



**Besluit  
Openbaar**

**2 Het bestreden besluit**

5. In het bestreden besluit van 3 december 2015 heeft ACM vastgesteld dat netbeheerder DELTA Netwerkbedrijf B.V. (sinds 4 januari 2016 Enduris B.V. geheten; hierna: Enduris) deel 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. Dit leverde een overtreding op van artikel 10b, eerste lid, van de Elektriciteitswet 1998 (hierna: E-wet) en van artikel 2c, eerste lid, van de Gaswet.
6. DELTA is gelast de overtreding ongedaan te maken door uitvoering te geven aan het – eventueel gewijzigde – splitsingsplan, inclusief de aanwijzing van de Minister van Economische Zaken. Het bepalende moment waarop aan de last is voldaan, is de dag waarop de notariële akte van aandelenoverdracht passeert. Is dit niet vóór of uiterlijk op 30 juni 2017 het geval, dan verbeurt DELTA een dwangsom van EUR 1,5 miljoen per volle week, met een maximum van EUR 30 miljoen.

**3 Juridisch kader**

E-wet

7. “ Artikel 10b
  1. 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.
  2. Rechtspersonen en vennootschappen die deel uitmaken 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, houden geen aandelen in een netbeheerder of in een rechtspersoon die deel uitmaakt van een groep waartoe ook een netbeheerder behoort en nemen niet deel in een vennootschap die deel uitmaakt van een groep waartoe ook een netbeheerder behoort.
  3. Een netbeheerder en met de netbeheerder verbonden groepsmaatschappijen als bedoeld in artikel 24b van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek:
    - a. houden geen aandelen in een rechtspersoon die in Nederland elektriciteit produceert of levert of daarin handelt of in een rechtspersoon die deel uitmaakt van een groep waartoe ook een rechtspersoon behoort die in Nederland elektriciteit produceert of levert of daarin handelt;
    - b. nemen niet deel in een vennootschap die in Nederland elektriciteit produceert of levert of daarin handelt of in een vennootschap die deel uitmaakt van een groep waartoe ook een rechtspersoon of vennootschap behoort die in Nederland elektriciteit produceert of levert of daarin handelt.”
8. “ Artikel 77h  
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,



**Besluit  
Openbaar**

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

9. " Artikel 2c
1. 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.
  2. Rechtspersonen en vennootschappen die deel uitmaken 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, houden geen aandelen in een netbeheerder of in een rechtspersoon die deel uitmaakt van een groep waartoe ook een netbeheerder behoort en nemen niet deel in een vennootschap die deel uitmaakt van een groep waartoe ook een netbeheerder behoort.
  3. Een netbeheerder en met de netbeheerder verbonden groepsmaatschappijen als bedoeld in artikel 24b van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek:
    - a. houden geen aandelen in een rechtspersoon die in Nederland gas produceert of levert of daarin handelt of in een rechtspersoon die deel uitmaakt van een groep waartoe ook een rechtspersoon behoort die in Nederland gas produceert of levert of daarin handelt;
    - b. nemen niet deel in een vennootschap die in Nederland gas produceert of levert of daarin handelt of in een vennootschap die deel uitmaakt van een groep waartoe ook een rechtspersoon of vennootschap behoort die in Nederland gas produceert of levert of daarin handelt.”
10. " Artikel 60ac
- 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.”

#### **4 Ontvankelijkheid**

11. In dit hoofdstuk behandelt ACM allereerst de bezwaren van DELTA gericht tegen het in behandeling nemen van de verzoeken om handhaving van RWE, NLE en NutsServices. Daarna geeft ACM een reactie op de stelling van DELTA dat RWE, Nuon, NLE en NutsServices niet-ontvankelijk verklaard zouden moeten worden in bezwaar.



**Besluit  
Openbaar**

**4.1 Belanghebbendheid verzoekers**

12. In het bestreden besluit is ACM overgegaan tot behandeling van de verzoeken tot handhaving van RWE, NLE en NutsServices. Daarbij heeft ACM (in paragraaf 5.1) gemotiveerd aangegeven waarom deze partijen als belanghebbende kwalificeren. Hiertegen maakt DELTA bezwaar. Ten eerste stelt DELTA dat de motivering ondeugdelijk is omdat ACM niet ingaat op de vraag of er sprake is van een rechtstreeks belang tussen het opleggen van de last onder dwangsom en de concurrentiepositie van verzoekers. Ten tweede betoogt DELTA dat verzoekers ook geen rechtstreeks belang hebben bij handhaving, omdat zij naar de mening van DELTA geen daadwerkelijk concurrentieel nadeel kunnen ondervinden.

Reactie ACM

13. Ingevolge artikel 1:2 van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: de Awb) wordt onder belanghebbende verstaan: degene wiens belang rechtstreeks bij een besluit is betrokken. Uit vaste rechtspraak volgt dat een onderneming wiens concurrentiebelang rechtstreeks betrokken is bij een besluit, belanghebbende is.<sup>1</sup> Daarvan is sprake wanneer een onderneming een concurrerende positie heeft op dezelfde markt of voornemens is actief te worden op die markt. Van belang daarbij is of de onderneming op hetzelfde marktsegment en in hetzelfde verzorgingsgebied werkzaam is, dan wel hiertoe concrete plannen heeft. Verder is het vaste rechtspraak dat de enig aandeelhouder en de enig bestuurder in principe ook worden aangemerkt als rechtstreeks belanghebbende, omdat hun belangen verweven zijn, parallel lopen en vereenzelvigd kunnen worden met de belangen van hun ondernemingen.
14. ACM kan zich niet vinden in de stelling van DELTA dat ACM in het bestreden besluit niet is ingegaan op de vraag of er sprake is van een rechtstreeks belang. Zij verwijst – onder andere – naar randnummer 25 van het bestreden besluit. Hierin stelt ACM vast dat verzoekers “in een concurrerende positie op dezelfde markt opereren”. DELTA heeft deze vaststelling in bezwaar op zichzelf niet bestreden.
15. Ter verduidelijking merkt ACM het volgende op. Voor de beoordeling van de belanghebbendheid is relevant of RWE, NLE en NutsServices actief zijn op hetzelfde marktsegment en in hetzelfde verzorgingsgebied als DELTA. Daarbij vereenzelvigt ACM de dochterondernemingen van DELTA en RWE met DELTA en RWE zelf. Deze holdingmaatschappijen zijn namelijk enig aandeelhouder van de betreffende dochterondernemingen. Dit leidt tot vaststelling dat DELTA onder meer actief is op het gebied van productie, levering en handel van elektriciteit en levering en handel van gas.<sup>2</sup> RWE produceert onder andere elektriciteit in Nederland<sup>3</sup> en levert elektriciteit en gas aan kleinverbruikers.<sup>4</sup> NLE en NutsServices leveren beide elektriciteit en gas aan kleinverbruikers

4/16

<sup>1</sup> Zie bijvoorbeeld ECLI:NL:RVS:2013:BY9925.

<sup>2</sup> Zie het antwoord van DELTA op het informatieverzoek van ACM van 19 augustus 2015.

<sup>3</sup> Zie [https://www.essent.nl/content/overessent/het\\_bedrijf/opwekking/index.html](https://www.essent.nl/content/overessent/het_bedrijf/opwekking/index.html).

<sup>4</sup> Essent Energie Verkoop Nederland B.V. en Essent Retail Energie B.V. zijn in bezit van een vergunning voor de levering van gas en elektriciteit aan kleinverbruikers. Zie [www.acm.nl](http://www.acm.nl).



**Besluit  
Openbaar**

en handelen hier ook in.<sup>5</sup> Gelet hierop is ACM tot de slotsom gekomen dat zowel RWE (productie en levering) als NLE en NutsServices (levering en handel) actief zijn op hetzelfde marktsegment als DELTA. Bovendien geldt dat ook het verzorgingsgebied overeenkomt, namelijk zijnde Nederland. RWE, NLE en NutsServices moeten dan ook als belanghebbenden worden aangemerkt.

16. ACM ziet in het betoog van DELTA dat verzoekers geen daadwerkelijk concurrentieel nadeel ondervinden geen aanknopingspunt voor een ander oordeel. Nog los van de vraag of het ondervinden van daadwerkelijk concurrentieel nadeel relevant is in het kader van de toetsing van de belanghebbendheid, merkt ACM hierover het volgende op. De omstandigheid dat Enduris deel uitmaakt van de groep heeft bijvoorbeeld een positieve uitwerking op de kredietwaardigheid van DELTA. Hierdoor heeft DELTA een andere kostenstructuur dan haar concurrenten. ACM wijst verder op paragraaf 5.2 waarin zij heeft uiteengezet dat uit het onderzoek van PWC<sup>6</sup> dat DELTA in de bezwaarprocedure heeft ingebracht, onvoldoende blijkt dat geïntegreerde bedrijven de afgelopen jaren de concurrentie niet hebben verstoord.
17. Gezien het voorgaande slaagt het bezwaar van DELTA over de belanghebbendheid van verzoekers niet.
18. Overigens merkt ACM op dat zij uit eigen beweging tot handhaving zou zijn overgegaan jegens DELTA wanneer ontvankelijke handhavingsverzoeken van NLE/Nutsservices en RWE zouden ontbreken. ACM was reeds voorafgaand aan de ontvangst van de handhavingsverzoeken met DELTA in overleg over de naleving van het groepsverbod. In zoverre kan worden gezegd dat de handhavingsverzoeken van RWE, NLE en Nutsservices meer aanvullend een rol hebben gespeeld in de besluitvorming van ACM ten behoeve van het bestreden besluit.

**5/16**

#### **4.2 Belanghebbendheid in bezwaar**

19. DELTA stelt verder dat RWE, NLE, NutsServices en Nuon niet-ontvankelijk moeten worden verklaard in hun bezwaren, omdat zij eveneens bij het bestreden besluit geen belanghebbende zijn. Ter motivering verwijst DELTA naar datgene wat zij eerder had aangegeven over de belanghebbendheid van de verzoekers.
20. Zoals uit het voorgaande volgt, hebben RWE, NLE en NutsServices als belanghebbende verzocht om handhaving. Om deze reden zijn zij eveneens als belanghebbende bij het bestreden besluit te beschouwen. De bezwaren van RWE, NLE en NutsServices tegen het bestreden besluit zijn derhalve ontvankelijk.

<sup>5</sup> Zie handhavingsverzoek NLE/NutsServices d.d. 11 september 2015. De Nederlandse Energie Maatschappij B.V. (NLE) en NutsServices B.V. bezitten ieder een vergunning voor de levering van elektriciteit en gas aan kleinverbruikers. Zie [www.acm.nl](http://www.acm.nl).

<sup>6</sup> PWC, 'Een verdeeld of onverdeeld succes?', 8 oktober 2013.



**Besluit  
Openbaar**

21. Ook Nuon acht ACM ontvankelijk in haar bezwaar tegen het bestreden besluit. Dochterondernemingen van Nuon opereren op hetzelfde marktsegment en verzorgingsgebied als dochterondernemingen van DELTA. Zij produceren namelijk in ieder geval elektriciteit in Nederland,<sup>7</sup> handelen in elektriciteit en gas<sup>8</sup> en leveren elektriciteit en gas aan kleinverbruikers.<sup>9</sup>
22. Gezien het voorgaande slaagt ook deze bezwaargrond van DELTA niet.

**5 Ingediende bezwaargronden en overwegingen**

23. Dit hoofdstuk bevat de overwegingen van ACM naar aanleiding van de heroverweging van het bestreden besluit op grondslag van de ontvankelijke bezwaren. Hierbij hanteert ACM de indeling van onderwerpen zoals zij die ook in het bestreden besluit hanteerde.

**5.1 De overtreding**

24. In paragraaf 5.2 van het bestreden besluit heeft ACM vastgesteld dat DELTA artikel 10b, eerste lid, van de E-wet en artikel 2c, eerste lid, van de Gaswet overtreedt. Deze constatering heeft niet geleid tot bezwaren van partijen.
25. Na herbeoordeling van het aan het bestreden besluit ten grondslag liggende feitencomplex stelt ACM vast dat DELTA ook artikel 10b, tweede en derde lid, van de E-wet en artikel 2c, tweede en derde lid, van de Gaswet overtreedt. Deze bepalingen verbieden (groepsmaatschappijen van) netbeheerders van gas- en/of elektriciteitsnetten om aandelen te houden in (groepsmaatschappijen van) leveranciers, handelaren en producenten van gas en/of elektriciteit, en vice versa.
26. Tijdens de hoorzitting heeft DELTA verduidelijkt waar binnen haar concernstructuur de verschillende activiteiten op het gebied van productie, levering, handel en netbeheer plaatsvinden. In bijlage 1 bij dit besluit is dit schematisch weergegeven.
27. Uit bijlage 1 bij dit besluit valt af te lezen dat DELTA zowel aandelen heeft in de groepsmaatschappij van de netbeheerder Enduris (namelijk in de Zeeuwse Netwerkhouding N.V.) als in de groepsmaatschappij waarbinnen productie-, handel- en leveringsactiviteiten plaatsvinden (namelijk DELTA COM B.V.). Dit betekent dat DELTA, als groepsmaatschappij van de netbeheerder, aandelen houdt in een groepsmaatschappij van een rechtspersoon die zich bezig houdt met productie, levering en handel, en visa versa.

**6/16**

<sup>7</sup> <https://www.nuon.com/activiteiten/productie/>.

<sup>8</sup> <https://www.nuon.com/activiteiten/handel-in-energie/>.

<sup>9</sup> N.V. Nuon Sales Nederland is in bezit van een vergunning voor de levering van gas en elektriciteit aan kleinverbruikers. Zie [www.acm.nl](http://www.acm.nl).



**Besluit  
Openbaar**

28. ACM stelt aldus vast dat DELTA niet alleen het eerste lid van de artikelen 10b van de E-wet en 2c van de Gaswet, maar ook het tweede en derde lid van deze artikelen overtreedt. Uit eigen beweging ziet ACM aanleiding om de last onder dwangsom tevens te baseren op overtreding van het tweede en derde lid van de artikelen 10b van de E-wet en 2c van de Gaswet.<sup>10</sup> Dit raakt alleen aan de juridische grondslag van de opgelegde last onder dwangsom en heeft voor het overige geen consequenties.

**5.2 Handhavend optreden**

29. In het bestreden besluit heeft ACM naar aanleiding van de geconstateerde overtreding besloten om over te gaan tot handhavend optreden tegen DELTA. Hiertegen wordt door DELTA bezwaar gemaakt.
30. DELTA stelt dat ACM onvoldoende aannemelijk heeft gemaakt dat het algemeen belang is gediend met handhaving van het groepsverbod. DELTA stelt dat een nadere motivering noodzakelijk is gezien het rapport van PWC<sup>11</sup> en het feit dat de rechtsvoorganger van ACM in 2007 splitsing niet noodzakelijk acht voor onafhankelijk netbeheer.<sup>12</sup> Tevens stelt DELTA dat er geen democratische legitimatie bestaat voor het groepsverbod. Daarbij wijst DELTA op het proces van inwerkingtreding van het groepsverbod, op de recentelijke verwerping van het wetsvoorstel STROOM door de Eerste Kamer en de aankondiging van de SP om een initiatiefwetsvoorstel in te dienen waarmee de eigendomssplitsing ongedaan gemaakt zal worden. Ten slotte geeft DELTA aan dat ACM het oordeel van het Hof Amsterdam over de verenigbaarheid van het groepsverbod met artikel 1 Eerste Protocol bij het EVRM zou moeten afwachten omdat eigendomssplitsing onherstelbare gevolgen zou hebben.

Reactie ACM

31. Zoals in randnummer 34 van het bestreden besluit is uiteengezet, dient het handhaven van een wettelijke norm het algemeen belang. In geval van een overtreding zal ACM dan ook in beginsel tot handhaving moeten overgaan. Slechts onder bijzondere omstandigheden kan ACM hiervan afzien. ACM kan afzien van handhaving wanneer er concreet zicht op legalisatie bestaat of wanneer handhaving in een concrete situatie onevenredig is in verhouding tot de daarmee te dienen belangen.
32. ACM stelt voorop dat de wet en het daarin opgenomen groepsverbod voor haar een gegeven zijn. Niet ACM maar de wetgever heeft het groepsverbod in het leven geroepen. Het algemeen belang moet daarom worden geacht te zijn gediend met handhavend optreden. In randnummer 46 van het bestreden besluit heeft ACM benoemd dat het daarbij onder meer gaat om het belang van een onafhankelijk netbeheer en transparantie van de markt.<sup>13</sup> ACM merkt verder op dat het recente stemgedrag in de Eerste Kamer en de mogelijkheid dat er een

<sup>10</sup> Vergelijk ECLI:NL:RVS:2011:BQ1029.

<sup>11</sup> PWC, 'Een verdeeld of onverdeeld succes?', 8 oktober 2013.

<sup>12</sup> Kamerstukken II, 2006-2007, 30212, nr. 56, bijlage.

<sup>13</sup> Zie verder Kamerstukken II, 2004-2005, 30212, nr. 3, p. 2-5 voor een toelichting op de doelen van het groepsverbod.



**Besluit  
Openbaar**

initiatiefwetsvoorstel wordt ingediend niet afdoen aan de democratische legitimatie van het groepsverbod. Het groepsverbod heeft in het verleden immers een succesvol parlementair proces doorlopen.

33. Gelet op de stukken en het verhandelde ter zitting zijn de bezwaren van DELTA niet gericht op het oordeel van ACM dat er geen concreet zicht is op legalisatie. De vraag die ACM in het kader van de volledige heroverweging van het bestreden besluit moet beantwoorden, is of handhaving in deze concrete situatie onevenredig is in verhouding tot de daarmee te dienen belangen.
34. ACM ziet in het rapport van PWC geen bewijs voor de stelling dat de genoemde algemene belangen in deze concrete situatie niet worden geschaad. Het rapport behelst feitelijk een evaluatie van de Won aan de hand van cijfermatige analyses. Nog los van het feit dat een evaluatie van de Won aan de wetgever is voorbehouden, moet worden geconstateerd dat in het rapport niet of nauwelijks wordt ingegaan op de concrete situatie bij DELTA. Daarnaast stelt ACM vraagtekens bij de slotsom van het rapport dat de eigendomssplitsing niet bijdraagt aan de beleidsdoelstellingen van de overheid. PWC heeft namelijk alleen geconstateerd dat uit de beschikbare openbare informatie geen aanwijzingen volgen dat er oneerlijke concurrentiepraktijken hebben plaatsgevonden.<sup>14</sup> Maar concurrentievervalsing is naar zijn aard moeilijk te ontdekken op basis van de door PWC geraadpleegde openbare informatie. Daarbij komt dat dit geen garantie is voor de toekomst.
35. ACM heeft naar haar oordeel in het bestreden besluit op de juiste wijze de belangen die voor handhaving pleiten afgewogen tegen de belangen van DELTA. Ter verduidelijking herhaalt ACM deze afweging hierbij kort. Aan de algemene belangen die schuil gaan achter het groepsverbod moet veel gewicht worden toegekend. De belangen van de verzoekers tot handhaving en de andere concurrenten van DELTA moeten volgens ACM ook zwaar meewegen juist omdat het groepsverbod het tegengaan van oneerlijke concurrentie tot doel heeft. Daarbij geldt dat concurrenten van DELTA alleen via handhaving door ACM voor elkaar kunnen krijgen dat DELTA alsnog splitst en een level playing field wordt gecreëerd; zij hebben geen alternatief instrument om hun belangen te beschermen. In aanvulling op het bestreden besluit benoemt ACM hierbij nog dat de concernleiding van DELTA nu verantwoordelijk is voor het gehele bedrijfsresultaat, wat betekent dat de concernleiding keuzes kan maken die niet (geheel) in het belang zijn van de netbeheerder Enduris, maar wel in het belang zijn van andere activiteiten binnen de groep. Handhaving van het groepsverbod maakt een einde aan deze situatie. Ook om deze reden is het algemeen belang gediend met handhavend optreden.
36. Tegenover de belangen die pleiten voor handhaving staan de individuele belangen van DELTA. Bij haar afweging heeft ACM onder ogen gezien dat beëindiging van de overtreding voor DELTA verstrekende gevolgen heeft. Deze gevolgen zijn naar het oordeel van ACM echter niet dusdanig bijzonder dat handhaving in dit geval onevenredig is in verhouding tot de daarmee te dienen belangen. De omstandigheden dat het juridisch dispuut over de

8/16

<sup>14</sup> Dat er geen aanwijzingen zijn voor kruissubsidiering wordt bijvoorbeeld geconcludeerd in randnummers 18 en 107.





**Besluit  
Openbaar**

verenigbaarheid van het groepsverbod met artikel 1 Eerste Protocol bij het EVRM nog niet onherroepelijk is beslecht<sup>15</sup> en dat zich ontwikkelingen op wetgevend vlak zouden kunnen voordoen, doen hieraan niet af.

37. De bezwaargronden van DELTA over handhavend optreden slagen dan ook niet.

**5.3 Begunstigingstermijn**

38. In het bestreden besluit heeft ACM het einde van de begunstigingstermijn vastgesteld op 30 juni 2017. Dit komt overeen met een begunstigingstermijn van ongeveer 19 maanden. DELTA is van mening dat deze termijn te kort is om aan de last te voldoen. RWE, Nuon, NLE en NutsServices stellen daarentegen dat de termijn te lang is. In deze paragraaf beoordeelt ACM de ingediende bezwaren.

39. DELTA voert in de eerste plaats aan dat ACM de termijn gelijk zou moeten trekken aan de overgangstermijn van 2,5 jaar uit de Won, tellend vanaf het arrest van de Hoge Raad. In de tweede plaats voert DELTA aan dat de termijn onredelijk kort is omdat de potentiële verlaging van de credit rating en de verkoop van bedrijfsonderdelen. Hoewel ACM de begunstigingstermijn met 6 maanden heeft verlengd ten opzichte van de vooraankondiging van het dwangsombesluit, rechtvaardigen deze omstandigheden volgens DELTA een langere begunstigingstermijn. Bovendien is deze extra tijd van 6 maanden in het bestreden besluit door ACM onvoldoende onderbouwd, aldus DELTA.

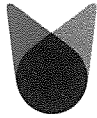
40. RWE, Nuon, NLE en Nutsservices stellen dat DELTA met een veel kortere begunstigingstermijn uit de voeten zou moeten kunnen. Essent en Nuon zijn destijds kortere periode tot splitsing overgegaan in een tijdgewricht waarin veel onduidelijkheid bestond over het regulerend kader. Zij wijzen in dit verband op de eisen op grond van het Besluit financieel netbeheer en de invoering van het zogenoemde Nieuwe Marktmodel. De situatie tussen DELTA enerzijds en Essent en Nuon anderzijds zouden in essentie goed met elkaar vergelijkbaar zijn. De motivering van ACM in het bestreden besluit om DELTA een ruime begunstigingstermijn te gunnen, kunnen RWE, Nuon, NLE en Nutsservices niet goed volgen. Zij wijzen erop dat onduidelijk is waarvoor DELTA precies extra tijd is gegund.

Reactie ACM

41. Zoals ook in het bestreden besluit is overwogen, wordt op grond van artikel 5:32a, tweede lid, van de Awb bij een last onder dwangsom zoals de onderhavige die strekt tot voorkoming van verdere overtreding, een termijn gesteld gedurende welke de overtreder de last kan uitvoeren zonder dat een dwangsom wordt verbeurd. ACM komt bij het bepalen van de lengte van deze begunstigingstermijn enige vrijheid toe. Daarbij geldt als uitgangspunt dat de begunstigingstermijn niet wezenlijk langer mag worden gesteld dan noodzakelijk is om de overtreding te kunnen opheffen. Een begunstigingstermijn mag ook niet wezenlijk korter worden

**9/16**

<sup>15</sup> De mogelijkheid van cassatie staat open na de uitspraak van het Hof Amsterdam.



**Besluit  
Openbaar**

gesteld dan noodzakelijk is om de overtreding te kunnen opheffen.<sup>16</sup>

42. ACM stelt voorop dat het DELTA in beginsel vrij staat om de overtreding te beëindigen op een wijze die haar goed dunkt. DELTA heeft op 30 juni 2009 een splitsingsplan heeft ingediend. Naar aanleiding van dit splitsingsplan heeft de Minister van Economische Zaken op 2 december 2009 een aanwijzing gegeven. Met DELTA is ACM van oordeel dat het destijds ingediende splitsingsplan niet zonder meer (nog) actueel kan worden geacht. Immers, de juridische en operationele organisatie van DELTA en de marktomstandigheden zijn in de afgelopen jaren ingrijpend gewijzigd. DELTA heeft in dit verband aangekondigd het ingediende splitsingsplan te zullen wijzigen. Door uitvoering van dit gewijzigde splitsingsplan zou kunnen worden bereikt dat wordt voldaan aan de artikel 10b van de E-wet en artikel 2c van de Gaswet. Beëindiging van de overtreding zal in elk geval een zodanige aanpassing van de juridische structuur vereisen dat Enduris geen deel meer uitmaakt van de groep als bedoeld in artikel 24b van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek waartoe ook een rechtspersoon of vennootschap behoort die in Nederland elektriciteit of gas produceert of daarin handelt. Een dergelijke aanpassing van de juridische structuur is niet mogelijk zonder de overdracht van aandelen.
43. Evenals in het bestreden besluit ziet ACM aanleiding om de lengte van de begunstigingstermijn af te stemmen op de termijn die DELTA redelijkerwijs nodig heeft om een gewijzigd splitsingsplan ten uitvoer te brengen. Ten behoeve van deze afstemming heeft ACM de volgende afweging gemaakt. Anders dan RWE, Nuon, NLE en Nutsservices menen, is een verschil tussen de splitsingstrajecten voor Nuon en Essent enerzijds en het splitsingstraject voor DELTA anderzijds gelegen in de huidige (markt)omstandigheden. De productie-, levering en handelsactiviteiten van Nuon en Essent bijvoorbeeld werden destijds verkocht aan kapitaalcrachtige (buitenlandse) energiemaatschappijen. Bij Nuon en Essent was door de (markt)omstandigheden geen sprake van potentieel substantiële gevolgen op de handelsactiviteiten. En het strategische besluit om over te gaan tot deze verkoop werd genomen in een vroegtijdig stadium van het splitsingsproces voor Nuon en Essent. Hierdoor is verklaarbaar dat Nuon en Essent in een relatief korte periode tot splitsing konden overgaan. Bij DELTA ligt deze situatie in de gegeven (markt)omstandigheden zodanig anders dat zij een langere periode nodig heeft om tot splitsing over te gaan dan Nuon en Essent om potentieel substantiële gevolgen op de handelsactiviteiten te beheersen.
44. In de vooraankondiging van het bestreden besluit had ACM een begunstigingstermijn gehanteerd die afliep op 30 november 2016. Naar aanleiding van de zienswijze van DELTA heeft ACM deze termijn in het bestreden besluit verlengd tot 30 juni 2017. Dit komt overeen met een verlenging van de termijn met 7 maanden (en niet 6 maanden zoals DELTA stelt). DELTA heeft naar het oordeel van ACM voldoende aannemelijk gemaakt dat niet kan worden uitgesloten dat de splitsing kan zorgen voor een niet-investeringswaardige credit rating en de substantiële financiële gevolgen daarvan voor de handelsactiviteiten van DELTA. De creditrating van DELTA is thans investeringswaardig BBB. Standard & Poor heeft op 26 oktober 2015 aangegeven dat er bij een splitsing, afhankelijk van het financiële profiel, sprake kan zijn

10/16

<sup>16</sup> Zie bijvoorbeeld ECLI:NL:RVS:2015:3891.



**Besluit  
Openbaar**

van een downgrade met meer dan één stap. Dat kan voor DELTA leiden tot een niet-investeringswaardige creditrating. Een dergelijke rating zal onder meer leiden tot een versnelde afbouw van de handelsportefeuille. In de tweede plaats zouden voor de splitsing van DELTA kopers voor diverse bedrijfsonderdelen moeten worden gevonden en een oplossing moeten worden gezocht voor de kerncentrale Borssele. Dit laatste komt ook tot uitdrukking in de door de Tweede Kamer aangenomen motie van Vos/Van Tongeren.<sup>17</sup> ACM is van oordeel dat zij in het bestreden besluit voldoende onderbouwing heeft gegeven voor de vastgestelde begunstigingstermijn, te meer omdat het koppelen van een termijn aan dit soort onzekere processen lastig is. Hierbij merkt ACM op dat ook DELTA niet in staat is gebleken om ACM te voorzien van gedegen onderbouwde plannen voor deze complexe processen.

45. ACM constateert dat DELTA in bezwaar vooral wijst op de slechte marktomstandigheden, maar geen nadere informatie heeft verstrekt hoe zij nu vormgeeft aan de uitvoering van de last. ACM heeft uit openbare bronnen wel vernomen dat de onderdelen wholesale (energieproductie en handel) en retail (energielevering en multimedia) door DELTA in de markt zijn aangeboden voor verkoop. ACM merkt op dat dit scenario ten tijde van het bestreden besluit nog als niet-reëel werd beschouwd, hetgeen naar het oordeel van ACM erop kan duiden dat DELTA in verslechterde omstandigheden verkeert. Dit maakt echter niet dat een langere termijn redelijk is. De last onder dwangsom is erop gericht dat DELTA binnen een redelijke termijn gaat voldoen aan het groepsverbod en niet om een oplossing te vinden voor bijvoorbeeld de sterk verslechterde marktomstandigheden op de energiemarkt. DELTA zal de betreffende problemen samen met haar aandeelhouders moeten oplossen.
46. Voor zover DELTA verwijst naar de in artikel VIII van de Wou opgenomen overgangstermijn van 2,5 jaar merkt ACM het volgende op. In het bestreden besluit heeft ACM aangegeven dat de wetgever met voormelde termijn voor alle geïntegreerde bedrijven een overgangsvoorziening in het leven heeft geroepen om na inwerkingtreding van het groepsverbod het splitsingsproces uit te voeren.<sup>18</sup> Deze overgangsvoorziening – die is uitgewerkt – is niet bedoeld om te worden toegepast in een handhavingssituatie als de onderhavige.
47. Gezien het voorgaande acht ACM evenals in het bestreden besluit het redelijk te verwachten dat DELTA uiterlijk 30 juni 2017 zal zijn gesplitst. ACM zal de vastgestelde begunstigingstermijn daarom handhaven. De bezwaren van DELTA, RWE, Nuon, NLE en Nutsservices op dit punt slagen niet.

#### **5.4 Dwangsom**

48. In het bestreden besluit heeft ACM een dwangsom vastgesteld van EUR 1,5 miljoen per volle week dat nog sprake is van overtreding van het groepsverbod, met een maximum van EUR 30 miljoen.

<sup>17</sup> Kamerstukken II, 2015-2016, 34199, nr. 75.

<sup>18</sup> Zie randnummer 87 van het bestreden besluit.



**Besluit  
Openbaar**

49. DELTA stelt dat de dwangsom en het maximumbedrag disproportioneel hoog zijn. NLE en Nutsservices maken bezwaar tegen het maximumbedrag en het feit dat ACM de dwangsom niet heeft vastgesteld op een bedrag ineens. Naar hun mening krijgt DELTA met deze dwangsom te veel speelruimte om te temporiseren omdat niet-naleving van de wet voordeliger is dan het opheffen van de overtreding. NLE en Nutsservices pleiten voor een dwangsom ter hoogte van het genoten voordeel plus EUR 30 miljoen welke ineens wordt verbeurd direct na afloop van de begunstigingstermijn.

Reactie ACM

50. Artikel 5:32b van de Awb bevat regels voor het vaststellen van een dwangsom. Bij het kiezen van een modaliteit wanneer een dwangsom wordt verbeurd, de hoogte van de dwangsom en het maximum te verbeuren bedrag komt ACM een ruime mate van beleidsvrijheid toe.<sup>19</sup>
51. Omdat de last onder dwangsom in redelijke verhouding moet staan tot de zwaarte van het geschonden belang en DELTA moet bewegen tot naleving van de wet, acht ACM het zinvol om de hoogte van de dwangsom af te stemmen op het voordeel dat zij geniet bij voortzetting van de overtreding. Voortzetting van de overtreding betekent dat de netten van Enduris nog deel uitmaken van het totale vermogen van DELTA. Dit is onder meer van gunstige invloed op de creditrating voor DELTA.
52. ACM beschikt niet over voldoende gegevens om zelf de hoogte van het voordeel voor DELTA bij voortzetting van de overtreding adequaat te kunnen inschatten. Zij heeft zich daarom verlaten op de gegevens die partijen hierover hebben verstrekt. DELTA heeft bij brief van 19 augustus 2015 aangegeven dat het lastig is om de kosten van splitsing in te schatten. De situatie is namelijk anders dan in 2009. Destijds werden de kosten van splitsen geschat op EUR 32,1 miljoen (EUR 19,2 miljoen eenmalige kosten en EUR 12,9 miljoen jaarlijkse kosten). RWE en Nuon hebben bij brief van 20 augustus 2015 aangegeven dat het voordeel voor DELTA bij voortdrijving van de overtreding kan worden ingeschat op EUR 57,5 miljoen (EUR 39 miljoen eenmalige kosten en EUR 18,5 miljoen jaarlijkse kosten). ACM constateert dat de door DELTA enerzijds en RWE en Nuon anderzijds genoemde bedragen betrekking hebben op kosten die gemoed zijn met de splitsing. Het gaat hier bijvoorbeeld om kosten voor extra medewerkers en kosten voor een separate overhead, informatiesystemen en computers.
53. Uit voormelde gegevens kan, binnen een zekere bandbreedte, een bedrag op jaarbasis worden afgeleid. Bij dit bedrag gaat het merendeels om kosten voor DELTA die gemoed zijn met de splitsing. Dit kostennadeel hoeft niet noodzakelijkwijs exact overeen te komen met het voordeel dat DELTA – zoals een relatief gunstige creditrating – geniet bij voortzetting van de overtreding. Maar de genoemde bedragen kunnen volgens ACM wel redelijkerwijs worden gebruikt als indicatie daarvoor. Immers, ook doordat DELTA bepaalde kosten (nog) niet maakt, geniet zij thans een voordeel.

12/16

<sup>19</sup> Zie bijvoorbeeld ECLI:NL:CBB:2014:153.



**Besluit  
Openbaar**

54. Uitgaande van de hiervoor genoemde cijfers moet het voordeel van DELTA bij voorzetting van de overtreding worden ingeschat tussen de EUR 32,1 en EUR 57,5 miljoen op jaarbasis. Van deze bandbreedte heeft ACM in het bestreden besluit een dwangsom afgeleid van EUR 1,5 miljoen per volledige week dat de overtreding voortduurt, met een maximum van EUR 30 miljoen. DELTA heeft niet onderbouwd waarom deze bedragen niet in redelijke verhouding zouden staan tot de zwaarte van het geschonden belang en de beoogde werking van de dwangsom.
55. Het bezwaar van NLE en Nutsservices richt zich tegen het maximumbedrag en de modaliteit van de dwangsom. In het bestreden besluit heeft ACM een termijn van 20 weken aangehouden ter bepaling van het maximumbedrag. ACM is van oordeel dat uit het maximumbedrag van EUR 30 miljoen voldoende prikkel uitgaat voor DELTA om de overtreding te beëindigen. Het verbeuren van een bedrag ineens na afloop van de begunstigingstermijn acht ACM onredelijk en niet goed passen bij het continue karakter van de overtreding. Overigens kan ACM haar handhavingsbevoegdheid opnieuw inzetten in het onverhoopte geval dat DELTA na deze 20 weken haar overtreding nog steeds niet heeft beëindigd.
56. Gezien het voorgaande treffen de bezwaren van DELTA, NLE en Nutsservices over de dwangsom geen doel.
57. Wel ziet ACM uit eigen beweging aanleiding om het tijdstip van het verbeuren van de eerste dwangsom aan te passen. In het dictum van het bestreden besluit is vermeld dat DELTA een dwangsom van EUR 1,5 miljoen verbeurt per volledige week waarin zij na 30 juni 2017 niet aan de last voldoet. Uit deze formulering volgt dat de eerste dwangsom pas na 7 juli 2017 wordt verbeurd als DELTA niet aan de last voldoet. Dit komt feitelijk neer op een verlenging van de begunstigingstermijn met één week. Aangezien deze verlenging niet is beoogd, bepaalt ACM dat DELTA tevens een dwangsom verbeurt zodra zij de last overtreedt.

**6 Conclusie**

58. De slotsom is dat de bezwaren van DELTA, RWE, Nuon, NLE en Nutsservices ongegrond zijn.
59. ACM heeft in paragraaf 5.1 en 5.4 beschreven dat zij uit eigen beweging een tweeaantal onderdelen van de last onder dwangsom heeft aangepast. In de eerste plaats zal ACM de last onder dwangsom tevens baseren op de overtreding van het tweede en derde lid van de artikelen 10b van de E-wet en 2c van de Gaswet. Ten tweede zal ACM het dictum zo aanpassen dat DELTA ook een dwangsom verbeurt zodra zij de last overtreedt.
60. Tevens ziet ACM uit eigen beweging aanleiding om de in de last onder dwangsom neergelegde omschrijving van de te nemen herstelmaatregelen, in geringe mate te wijzigen. Het staat DELTA in beginsel vrij om de overtreding te beëindigen op een wijze die haar goed dunkt. Gelet op dit uitgangspunt zal ACM de omschrijving van de te nemen herstelmaatregelen beperken tot hetgeen hiervoor in elk geval noodzakelijk is. Dit betreft de aandelenoverdracht waardoor



**Besluit  
Openbaar**

Enduris geen deel meer uitmaakt van de 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 daarin handelt.

61. Omwille van de duidelijkheid herroept ACM het bestreden besluit en legt zij DELTA in de plaats daarvan een nieuwe last onder dwangsom op waarin de hiervoor vermelde ambtshalve wijzigingen zijn verwerkt. Voor de goede orde merkt ACM op dat de herroeping alleen betrekking heeft op de rechtsgevolgen die in het dictum van het bestreden besluit zijn vevat. De herroeping laat de motivering van het bestreden besluit onverlet.
62. Voor een proceskostenveroordeling ziet ACM geen aanleiding. Niet de bezwaren van DELTA RWE, Nuon, NLE en Nutsservices, maar de hiervoor vermelde ambtshalve wijzigingen hebben aanleiding gegeven voor de herroeping van het bestreden besluit. Van een herroeping wegens aan ACM te wijten onrechtmatigheid is geen sprake. Gelet hierop is niet voldaan aan de in artikel 7:15, eerste lid, van de Awb opgenomen vereisten om over te gaan tot een proceskostenveroordeling.

**14/16**



**Besluit  
Openbaar**

**7 Dictum**

De Autoriteit Consument en Markt:

- I. verklaart de bezwaren van DELTA N.V., de Nederlandse Energie Maatschappij B.V., NutsServices B.V., N.V. Nuon Energy en RWE Benelux Holding B.V. ongegrond;
- II. herroept het besluit van 3 december 2015 met kenmerk ACM/DE/2015/207079;
- III. gelast DELTA N.V. uiterlijk 30 juni 2017 de overtreding van artikel 10b, eerste, tweede en derde lid, van de Elektriciteitswet 1998 en artikel 2c, eerste, tweede en derde lid, van de Gaswet te beëindigen. DELTA N.V. dient uiterlijk deze datum de aandelen over te dragen waardoor Enduris B.V. geen deel meer uitmaakt van de 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 daarin handelt. Het bepalende moment waarop aan de last is voldaan, is de datum waarop de notariële akte van aandelenoverdracht passeert;
- IV. bepaalt dat DELTA N.V. een dwangsom van EUR 1.500.000 verbeurt zodra zij de onder III. opgenomen last overtreedt;
- V. bepaalt dat DELTA N.V. een dwangsom van EUR 1.500.000 verbeurt per volledige week waarin zij na de onder III. genoemde datum niet aan de last voldoet;
- VI. stelt het maximum waarboven DELTA N.V. geen dwangsommen meer verbeurt vast op EUR 30.000.000.

Den Haag,

Datum: 20 juni 2016

Autoriteit Consument en Markt,  
namens deze,

W.g.  
mr. C.A. Fonteijn  
Bestuursvoorzitter

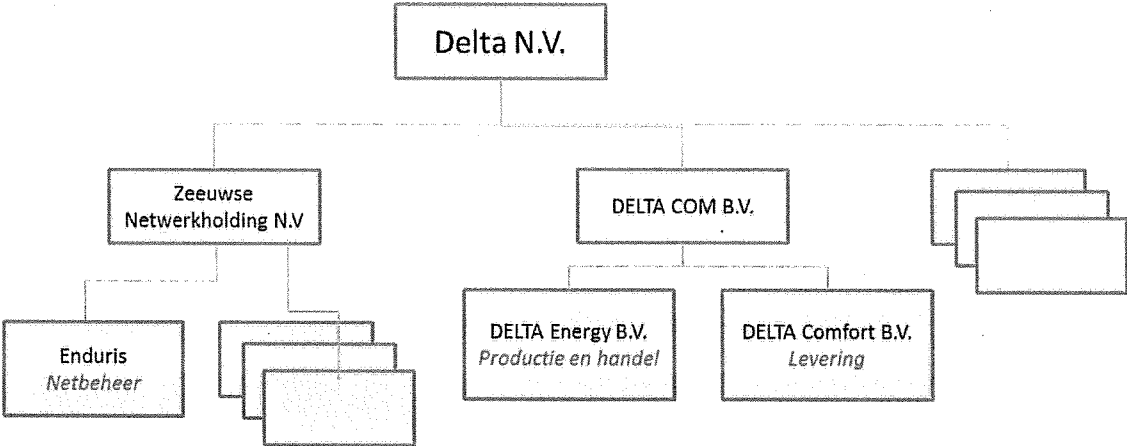
**15/16**

*Tegen dit besluit kan een belanghebbende binnen zes weken na bekendmaking daarvan beroep instellen bij de rechtbank Rotterdam, postbus 50950, 3007 BL Rotterdam.*



Besluit  
Openbaar

Bijlage 1: schematische weergave van de organisatiestructuur van  
Delta N.V.



16/16