



Besluit

Ons kenmerk: ACM/DE/2015/207073
Zaaknummer: 15.0881.52 en 15.0925.52

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 Eneco Holding 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).

1 Samenvatting

1. Stedin Netbeheer 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. Eneco Holding 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 31 januari 2017 het geval, dan verbeurt Eneco Holding N.V. een dwangsom van EUR 4,5 miljoen per volle week, met een maximum van EUR 90 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

**Pagina
1/18**

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



Besluit

- tegen Eneco Holding N.V. (hierna: Eneco) en de tot haar groep horende vennootschappen. RWE stelt daarbij dat Eneco de Wet onafhankelijk netbeheer (hierna: Won) niet naleeft.
5. Bij brief van 17 juli 2015 heeft ACM een verzoek aan Eneco 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 moet worden gegeven aan handhaving van het groepsverbod. De overige eisen van de Won kunnen daarna aan de orde komen.
 7. Bij brieven van 20 augustus 2015 hebben Eneco en 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 Eneco 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 mag worden opgevat als gericht tegen overtreding van het groepsverbod.
 10. Bij brief van 22 september 2015 heeft Eneco aanvullende informatie toegestuurd.
 11. Bij brief van 27 oktober 2015 heeft ACM de vooraankondiging van het handhavingsbesluit verstuurd naar Eneco.
 12. RWE heeft op 9 november 2015 bij ACM een mondelinge zienswijze gegeven.
 13. Eneco heeft op 11 november 2015 aan ACM een schriftelijke zienswijze gestuurd en heeft op 16 november 2015 bij ACM een mondelinge zienswijze gegeven. Bij mail van 20 november 2015 heeft Eneco enkele antwoorden gegeven op vragen die zijn gesteld naar aanleiding van de mondelinge zienswijze.
 14. Hierna zullen RWE, NLE en NutsServices gezamenlijk worden aangeduid als 'verzoekers'.



Besluit

3 Feiten

15. Stedin Netbeheer B.V. (hierna: Stedin) is een netbeheerder als bedoeld in artikel 10 van de E-wet en artikel 2 van de Gaswet. Het verzorgingsgebied van Stedin ligt voornamelijk in de provincies Zuid-Holland en Utrecht.
16. Stedin 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 Eneco.
17. Stedin is voor 100% in eigendom van NV Eneco Beheer. NV Eneco Beheer is op haar beurt voor 100% in eigendom van Eneco.
18. Eneco houdt zich onder meer bezig met de productie van elektriciteit en de handel in elektriciteit en gas.

3/18

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



Besluit

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 De overtreding

23. 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
24. Bij uitspraken van 26 juni 2015² 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.
25. Eneco stelt dat zij voldoet aan de Won. De Won vereist dat binnen één jaar na inwerkingtreding van de Won een splitsingsplan wordt ingediend. De wetgever heeft daarbij geen rekening gehouden met de situatie dat de werking van de Won voor geruime tijd zou zijn geschorst. Een redelijke wetstoepassing zou volgens Eneco betekenen dat Eneco binnen één jaar na uitspraak van de Hoge Raad een (gewijzigd) splitsingsplan mag indienen, net als andere geïntegreerde energiebedrijven dit mochten na inwerkingtreding van de Won. In zoverre is volgens Eneco geen sprake van een overtreding.
26. ACM kan zich niet vinden in de stelling van Eneco ten aanzien van de door haar geformuleerde wetstoepassing. Bij invoering van het groepsverbod heeft de wetgever via overgangsrecht een ruime termijn geschonken, waardoor geïntegreerde energiebedrijven partijen binnen één jaar na inwerkingtreding van de Won een splitsingsplan moesten indienen en de facto op 1 januari 2011 dienden te zijn gesplitst. Dit overgangsrecht is inmiddels uitgewerkt nu genoemde termijnen ruimschoots zijn verstreken. Eneco kan zich daar niet meer op beroepen.
27. Het voorgaande leidt tot de vaststelling dat Eneco het groepsverbod wel degelijk overtreedt. Dit neemt niet weg dat Eneco een redelijke termijn wordt gegund om de overtreding ongedaan te maken.

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



Besluit

5.2 Handhavend optreden

28. 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.
29. 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.

5.2.1 Geen concreet zicht op legalisatie

Uitspraak van het Hof Amsterdam

30. Eneco geeft aan dat daadwerkelijke effectuering van de splitsing niet van Eneco kan worden gevraagd, totdat in rechte onherroepelijk is komen vast te staan dat Eneco daartoe is gehouden. ACM vat dit argument in de eerste plaats op als gericht op de mogelijkheid dat de overtreding in de toekomst kan worden gelegaliseerd. Onverbindend verklaren van de wet zou immers de overtreding ongedaan maken.
31. In de tweede plaats vat ACM het argument op als een belang van Eneco dat moet worden meegewogen bij de beoordeling of overgegaan moet worden tot handhaving. Deze tweede opvatting komt hierna aan de orde. Ten aanzien van de eerste opvatting overweegt ACM het volgende.
32. De gestelde aanwezigheid van concreet zicht op legalisatie wordt door Eneco 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).³
33. ACM stelt vast dat er reeds een rechterlijk oordeel ligt over de verbindendheid van het groepsverbod, waarbij – onder andere – is getoetst aan artikel 1 van het EP EVRM.⁴
34. 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.

³ De Hoge Raad heeft in voornoemde arresten van 26 juni 2015 al uitgesproken dat er geen strijd is met het EG-verdrag.

⁴ Rechtbank 's-Gravenhage 11 maart 2009, ECLI:NL:RBSGR:2009:BH5468; BH5469; en BH5470



Besluit

5.2.2 Geen reden om af te zien van handhavend optreden

35. Zoals hiervoor beschreven, geeft Eneco aan dat zij belang heeft bij het wachten op de uitspraak van het Hof Amsterdam op het verwezen hoger beroep. [REDACTED]

[REDACTED]

36. Eneco wijst bovendien op de mogelijkheid dat de wetgever bij de behandeling van wetsvoorstel 34 199⁵ het groepsverbod buiten werking stelt. Nu de behandeling van wetsvoorstel op korte termijn plaatsvindt, is Eneco van mening dat die behandeling moet worden afgewacht.

37. Eneco stelt voorts dat de belangen die worden gediend met het groepsverbod inmiddels - na tien jaar - zijn gerealiseerd. In de afgelopen jaren is volgens Eneco geen afbreuk gedaan aan de doelstellingen van de Won. Zij wijst erop dat de onzekerheid over het functioneren van de markt is afgenomen, dat er nieuwe spelers tot de markt zijn toegetreden, dat de netwerken kwalitatief op orde zijn en dat voldoende in de netten wordt geïnvesteerd als gevolg van een aantal wettelijke maatregelen. Handhaving is daarom volgens Eneco onevenredig in verhouding tot de reeds gerealiseerde doelen van het groepsverbod.

38. 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.

39. 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

40. 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 zijn gebaseerd 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

⁵ Voorstel van wet houdende regels met betrekking tot de productie, het transport, de handel en de levering van elektriciteit en gas (Elektriciteits- en gaswet)



Besluit

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]

41. 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]

42. ACM ziet in hetgeen Eneco aanvoert ten aanzien van de realisatie van de doelstelling van het groepsverbod geen reden om van handhaving af te zien. ACM constateert dat Eneco in haar uitingen benadrukt dat de marktomstandigheden sinds de invoering van het groepsverbod sterk negatief zijn gewijzigd en dat het productie- en leveringsbedrijf (hierna: PLB) voor de financiering afhankelijk is van het stabiele netwerkbedrijf. Gelet hierop en op de totstandkomingsgeschiedenis die hiervoor is geciteerd, ziet ACM niet in dat de doelstelling om het netwerkbedrijf onafhankelijk te maken van het in concurrentie opererende PLB is gerealiseerd.

43. Bovendien liggen de gevolgen van splitsing die Eneco schetst grotendeels in lijn met wat de wetgever reeds heeft overwogen bij vaststelling van het groepsverbod. Eneco 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.

Wachten op uitspraak Hof Amsterdam

44. Van onevenredigheid zou volgens Eneco ook sprake zijn, omdat de kans aanwezig is dat het Hof Amsterdam het groepsverbod alsnog onverbindend verklaart. Eneco verwacht een uitspraak in de tweede helft van 2016 en acht het redelijk dat ACM daarop wacht.



Besluit

45. 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. ACM overweegt hierover het volgende.
46. De uitspraak van het Hof Amsterdam wordt niet op korte termijn verwacht. Weliswaar heeft Eneco 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.
47. 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.
48. Verzoekers hebben daarentegen een belang bij handhaving, gelet op de onderlinge concurrentie.
49. 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

50. ACM acht het ook onredelijk om de behandeling van wetsvoorstel 34 199 af te wachten. Het wetsvoorstel bevat geen bepaling die het groepsverbod buiten werking stelt en is ook niet anderszins gericht op het ongedaan maken van het groepsverbod.
51. Los van het voorgaande constateert ACM dat het mogelijk is dat binnen de redelijke termijn, die Eneco wordt geboden om de overtreding ongedaan te maken, duidelijkheid wordt verkregen omtrent de uitspraak van het Hof Amsterdam en de behandeling van het wetsvoorstel.

5.2.3 Conclusie

52. 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.

5.3 Herstelmaatregelen

53. 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.
54. ACM stelt vast dat Eneco een splitsingsplan heeft opgesteld dat, met inachtneming van



Besluit

aanwijzingen van de Minister van Economische Zaken (hierna: Minister), leidt tot een situatie waarbij de netbeheerder Stedin geen deel meer uitmaakt van de groep. Eneco dient dan ook dit splitsingsplan, inclusief de aanwijzingen van de Minister, ten uitvoer te brengen teneinde de overtreding ongedaan te maken.

55. ACM merkt op dat Eneco op grond van artikel IXb, zevende lid, van de Won het recht toekomt om het reeds ingediende splitsingsplan te wijzigen. Eneco 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 moeten worden gebracht.
56. 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 hetgeen Eneco daarover meldt in haar mail van 20 november stelt ACM dat aan de last is voldaan op de dag waarop de notariële akte van aandelenoverdracht passeert, waardoor Stedin 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.

9/18

5.4 Begunstigingstermijn

57. 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.
58. RWE heeft zich op het standpunt gesteld dat Eneco vóór 1 december 2015 gesplitst kan zijn.⁶ Daarbij heeft RWE aangegeven dat Eneco reeds in 2009 een splitsingsplan heeft ingediend.
59. 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.
60. NLE en NutsServices geven aan dat Eneco uiterlijk op 1 januari 2016 zou moeten zijn gesplitst. Daarbij gaan zij ervan uit dat de plannen voor splitsing van Eneco voor uitvoering gereed liggen. Destijds zijn ongesplitste bedrijven binnen zes à zeven maanden na vaststelling van hun

⁶ Brief van 2 juli 2015 van RWE aan ACM, randnummer 3.2.



Besluit

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

61. Eneco stelt zich op het standpunt dat het splitsingsplan uit 2009 achterhaald is, vanwege gewijzigde omstandigheden. Bovendien verwacht Eneco dat wetsvoorstel 34 199 nadere eisen zal opleggen ten aanzien van de bedrijfsvoering van Eneco.
62. Eneco meent voorts dat – zoals hiervoor in randnummer 25 is vermeld – een redelijke wetstoepassing met zich brengt dat de termijn voor het indienen van een (gewijzigd) splitsingsplan één jaar vanaf de uitspraak van de Hoge Raad bedraagt, omdat partijen destijds ook één jaar kregen na inwerkingtreding van de Won om een splitsingsplan in te dienen.
63. Aanvankelijk⁷ heeft Eneco op basis van een globale planning gesteld in juni 2016 met een gewijzigd splitsingsplan te kunnen komen. Na afronding van het oordeel van ACM en eventuele aanwijzingen door de Minister, zou Eneco nog acht maanden nodig hebben om tot daadwerkelijke splitsing te kunnen komen. Daarbij hield Eneco nog geen rekening met uitloop als gevolg van onvoorziene omstandigheden.
64. Bij brief van 22 september 2015 heeft Eneco aan ACM een gewijzigde planning toegestuurd, die gedetailleerder is en met stukken onderbouwd. Op grond hiervan komt Eneco tot de conclusie dat de voor splitsing benodigde voorbereidende en formaliserende handelingen medio mei 2016 gereed kunnen zijn. Rekening houdend met de maximale termijn voor beoordeling door ACM en eventuele aanwijzingen van de Minister, verwacht Eneco aan het einde van juni 2017 de splitsing te kunnen hebben afgerond. Enkele elementen uit deze planning van Eneco worden hierna kort toegelicht.
65. Eneco geeft aan dat Stedin in de afgelopen (crisis-)jaren reeds in verregaande mate is ontvlecht van Eneco. Onder andere is een deel van Joulz geïntegreerd met Stedin, is het meetbedrijf gesplitst en is het klantbeheersysteem gesplitst in twee separate systemen. Er is ook veel contact met de aandeelhouderscommissie. Deze is in de afgelopen tijd goed op de hoogte gehouden van de ontwikkelingen rond de mogelijke splitsing.
66. Eneco wijst er in de gedetailleerde planning op dat met die planning wordt voorkomen dat onomkeerbare stappen worden gezet vóórdat het Hof Amsterdam uitspraak heeft gedaan. Bovendien benadrukt Eneco dat in de planning uitgegaan is van de kortst mogelijke tijd per stap, zonder rekening te houden met complicaties, vertragingen, onverwachte ontwikkelingen en dergelijke.
67. Voor de totstandkoming van (wijziging van) het splitsingsplan, wijst Eneco op de onzekerheid rond het wetsvoorstel 34 199. Zolang die wet nog niet definitief is, is het voor Eneco niet

⁷ Brief van 20 augustus 2015 van Eneco aan ACM.



Besluit

duidelijk waar bepaalde activiteiten van bedrijfsonderdelen Joulz Energy Solutions B.V., Citytec en Stedin Meetbedrijf mogen of moeten worden ondergebracht. Eneco acht het van belang dat rekening wordt gehouden met vigerende én toekomstige wetgeving.

68. Bovendien merkt Eneco op dat het (gewijzigde) splitsingsplan moet steunen op cijfers die niet ouder zijn dan negen maanden. Het kost veel tijd om de halfjaarcijfers 2015 geschikt te maken, zodat de negen maanden termijn in gevaar komt. De jaarcijfers 2015 zijn makkelijker geschikt te maken en kunnen in de eerste helft van maart 2016, ruim binnen negen maanden na peildatum, beschikbaar zijn.
69. Eneco houdt rekening met een termijn van 10 weken om het (gewijzigde) splitsingsplan te formaliseren door dit voor te leggen aan meerdere instanties, waaronder de externe accountant, de aandeelhouderscommissie, de centrale ondernemingsraad en de raad van bestuur.
70. Voor de beoordeling van het (gewijzigde) splitsingsplan door ACM en de totstandkoming van aanwijzingen door de Minister, houdt Eneco in de planning rekening een termijn van 20 weken.
71. [redacted] een compleet [redacted]
[redacted]
[redacted] Colleges van burgemeester & wethouders zijn inmiddels anders van samenstelling dan de vorige keer dat een splitsingsplan werd voorgelegd. Er mag volgens Eneco niet vanuit worden gegaan dat de ervaring van 2009 ervoor zorgt dat het proces nu sneller verloopt. Met de gemeentelijke besluitvorming kan bovendien pas na de eventuele aanwijzingen van de Minister worden begonnen. Eneco houdt rekening met 23 weken voor dit proces.
72. Ten aanzien van de vergelijking met het splitsingsproces van Essent – waarin Essent binnen vijf weken na de aanwijzingen van de Minister de gemeentelijke besluitvorming kon afronden en de splitsing kon voltooien – merkt Eneco op dat er geen sprake is van gelijke gevallen. De aandeelhouders van Essent hadden al eerder besloten tot verkoop van het PLB. Het bestuurlijke besluitvormingsproces was in feite al doorlopen. Bovendien waren de omstandigheden destijds gunstiger. Door de goede vooruitzichten zijn het besluitvormingsproces, de onderhandelingen met de handelspartners en het finaliseren van de overeenkomsten met de financiers soepel verlopen. [redacted]
[redacted]
[redacted]
[redacted]
73. De beoordelingsfase en de uitvoeringsfase kunnen bovendien volgens Eneco niet in elkaar worden geschoven, vanwege de formele besluitvorming van de aandeelhouders en de te behalen overeenstemming met handelspartners en financiers. Voor aandeelhouders, handelspartners en financiers geldt dat eerst duidelijk moet zijn hoe de nieuwe bedrijven eruit



Besluit

zien. [REDACTED]
[REDACTED]

74. Eneco geeft voorts aan dat het grootste deel (44 weken) van de gedetailleerde planning wordt ingenomen door derden, zoals aandeelhouders, Gedeputeerde Staten, ACM, EZ, handelspartners en financiers. Voor de benodigde termijn is Eneco daarom afhankelijk van derden. Eneco kan die termijn niet beïnvloeden.
75. Eneco benadrukt dat haar bestuurders vanuit artikel 2:9 van het Burgerlijk Wetboek zijn gehouden tot een behoorlijke taakvervulling. De begunstigingstermijn moet daar ruimte voor bieden.
76. Ten aanzien van de lengte van de begunstigingstermijn overweegt ACM het volgende.

5.4.1 Splitsingsplan en wijziging daarvan

77. Zoals hiervoor reeds uiteen is gezet, gaat ACM voor het ongedaan maken van de overtreding in beginsel uit van het splitsingsplan dat op 26 juni 2009 door Eneco is ingediend en de aanwijzingen die op 16 december 2009 door de Minister zijn gegeven. Eneco 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.
78. Ten aanzien van de stelling dat een redelijke wetstoepassing met zich brengt dat Eneco een termijn van één jaar na de uitspraak van de Hoge Raad heeft om een (gewijzigd) splitsingsplan bij ACM in te dienen, wijst ACM op hetgeen hiervoor in randnummer 26 is overwogen. Eneco kan zich niet meer op deze termijn beroepen.
79. Het recht om een gewijzigd splitsingsplan in te dienen moet bovendien in verhouding staan tot het belang van het zo spoedig mogelijk ongedaan maken van de overtreding. ACM gaat er daarom vanuit dat Eneco kiest voor het scenario dat reëel is, maar het snelst zal leiden tot ongedaan making van de overtreding. De keuze voor een ander scenario, waarbij de overtreding langer voortduurt, zal voor rekening en risico van Eneco moeten blijven.
80. ACM merkt daarbij nog op dat bij de bepaling van de begunstigingstermijn geen rekening wordt gehouden met herhaalde wijziging van het splitsingsplan. Van Eneco mag worden verwacht dat zij onder de huidige omstandigheden binnen afzienbare termijn een goed onderbouwd splitsingsplan, inclusief de verklaring van een onafhankelijk deskundige als bedoeld in artikel IXb, derde lid, van de Won, kan indienen.

12/18



Besluit

81. Ten aanzien van eventuele nieuwe eisen, die in het wetsvoorstel 34 199 aan de bedrijfsvoering van de gesplitste bedrijven worden gesteld, merkt ACM op dat deze pas aan de orde zijn na inwerkingtreding van die nieuwe wet. Deze eisen gelden bovendien niet slechts voor Eneco en zullen op hun eigen merites moeten worden beoordeeld. Bovendien is het voor Eneco niet onmogelijk om in het gewijzigde splitsingsplan te anticiperen op de te verwachten eisen.
82. ACM is voorts van oordeel dat de inschatting van de tijd die benodigd is voor enkele stappen in de planning van Eneco, ruimer is genomen dan mag worden verwacht in de situatie dat reeds vaststaat dat Eneco in overtreding is. ACM wijst daarbij op het volgende.
83. Eneco heeft aangegeven dat haar gedetailleerde, doch krappe planning eindigt aan het einde van juni 2017. Uit haar eigen stukken die ter onderbouwing zijn meegestuurd, blijkt echter dat Eneco al op 4 juni 2017 klaar kan zijn. Dit heeft Eneco in haar mondelinge zienswijze en haar latere mail bevestigd.
84. Eneco kiest bovendien in de planning voor gebruikmaking van de jaarcijfers over 2015 voor de onderbouwing van het (gewijzigde) splitsingsplan. Deze cijfers leiden pas in de eerste helft van maart 2016 tot bruikbare gegevens. Gebruikmaking van halfjaarcijfers 2015 levert volgens Eneco nauwelijks tijdswinst op, onder andere omdat de accountant in januari en februari 2016 niet beschikbaar is.⁸ ACM acht het enerzijds niet goed voorstelbaar dat de accountant niet beschikbaar is op het moment dat Eneco gehouden wordt aan een splitsingsoperatie die volgens haarzelf grote impact heeft op de bedrijfsvoering. Anderzijds acht ACM het niet onmogelijk om van tussentijdse cijfers uit te gaan – in plaats van jaarcijfers of halfjaarcijfers – als onderbouwing voor het (gewijzigde) splitsingsplan. Wanneer van andere cijfers uitgegaan wordt en de accountant ook in januari en februari beschikbaar blijkt, kan de door Eneco gepresenteerde planning met ongeveer vier weken worden verkort.
85. Ten aanzien van de termijn die Eneco in haar planning heeft opgenomen voor formalisering (aandeelhouderscommissie, centrale ondernemingsraad e.d.) en de termijn die is opgenomen voor beoordeling door ACM en totstandkoming van eventuele aanwijzingen door de Minister, merkt ACM het volgende op. ACM acht het goed mogelijk om sneller tot een beoordeling van het (gewijzigde) splitsingsplan te komen. Het geheel van beoordeling door ACM en totstandkoming van aanwijzingen door de Minister kan binnen 18 weken zijn afgerond in plaats van de 20 weken waar Eneco mee rekent.
86. De termijn voor beoordeling door ACM zou nog verder kunnen worden verkort, indien Eneco nog vóór de formele indiening van het (gewijzigde) splitsingsplan ACM op de hoogte brengt van de inzichten die Eneco heeft verwerkt in het conceptplan dat voor formalisering is opgesteld. Met het oog hierop heeft Eneco ACM uitgenodigd om nauw contact te onderhouden. Eneco

⁸ Brief van 22 augustus 2015 van Eneco aan ACM, bijlage 'Nadere reactie Eneco', p. 10-11.



Besluit

acht een vroegtijdig delen van cijfers minder zinvol. ACM zal overigens bij de bepaling van de begunstigingstermijn geen rekening houden met een eventueel verdere verkorting van de beoordelingstermijn op dit punt.

87. ACM acht de inschatting voor afronding van het bestuurlijke proces – die Eneco verwacht op 5 mei 2017 – om te komen tot goedkeuring van de gemeentelijke aandeelhouders, om drie redenen te ruim. ACM acht het mogelijk dat deze besluitvorming – met inachtneming van de hiervoor besproken verkortingen - begin januari 2017 is afgerond. Deze redenen zullen hierna kort worden geduid.
88. De eerste reden is gelegen in het gegeven dat de aandeelhouders reeds eerder betrokken zijn geweest bij de splitsing van Eneco. Bovendien hebben zij sinds de uitspraak van de Hoge Raad op 26 juni 2015 rekening kunnen houden met de mogelijkheid dat Eneco opnieuw een splitsingsplan aan hen voorlegt.
89. De tweede reden is gelegen in de inschatting van het bestuurlijke proces. Eneco geeft aan dat zij de aandeelhouders in een vroeg stadium betreft bij het (gewijzigde) splitsingsplan.⁹ De aandeelhouderscommissie, waarin de tien aandeelhouders met het grootste aandeel zijn vertegenwoordigd (en circa 75% van de aandelen vertegenwoordigen), is al goed op de hoogte van de recente ontwikkelingen. Bovendien zal, uit oogpunt van behoorlijke taakuitoefening, het in te dienen splitsingsplan kunnen rekenen op brede steun bij de aandeelhouders. Nu de Minister de aandeelhouders van een te splitsen bedrijf nauw bij de totstandkoming van eerdere aanwijzingen heeft betrokken, gaat ACM ervan uit dat het splitsingsplan ook inclusief aanwijzingen op brede steun mag rekenen van de aandeelhouders.
90. De derde reden is gebaseerd op de constatering dat de planning uitgaat van maximale beslistermijnen in het bestuurlijke proces. Daarbij is weliswaar geen rekening gehouden met eventuele verdaging van termijnen, maar er is onder de hiervoor geschetste omstandigheden geen reden om aan te nemen dat de gemeentelijke aandeelhouders niet sneller tot besluitvorming kunnen komen.
91. ACM is daarbij van oordeel dat publieke aandeelhouders – in het besef dat Eneco in overtreding is en onder druk van de door ACM op te leggen dwangsom – niet kunnen worden gezien als geheel onafhankelijke derden in het splitsingsproces en daardoor wel degelijk tot snellere besluitvorming zouden moeten kunnen komen.
92. Een vergelijking met de splitsingstrajecten van NV Nuon en Essent NV, die de splitsing voltooiden binnen respectievelijk 12 en 5 weken na aanwijzing van de Minister, bevestigt het beeld dat de uitvoeringstermijn van Eneco na verstrekking van de aanwijzing kan worden verkort. Hoewel de bedrijven en de omstandigheden niet volledig vergelijkbaar zijn, is de

14/18

⁹ Brief van 22 augustus 2015 van Eneco aan ACM, bijlage 'Nadere reactie Eneco', p. 9-10.



Besluit

situatie ten aanzien van de aandeelhouders enigszins vergelijkbaar. ACM acht het redelijk te veronderstellen dat ook Eneco het bestuurlijke besluitvormingsproces bij de aandeelhouders grotendeels kan doorlopen vóórdat een eventuele aanwijzing door de Minister wordt gegeven. ACM gaat dan uit van 16 weken – in plaats van 32 weken - tussen de aanwijzing door de Minister en de afronding van het besluitvormingsproces bij de aandeelhouders.

93. Met inbegrip van het houden van een algemene vergadering van aandeelhouders, het afgeven van volmachten en het passeren van aktes acht ACM het redelijk om uit te gaan van een termijn van 20 weken tussen aanwijzing en daadwerkelijke splitsing.
94. Eneco heeft gesteld dat zij na de aanwijzing van de Minister nog in overleg moet met handelspartners en financiers. ACM ziet niet in waarom Eneco niet eerder met (de voorbereiding van) die gesprekken kan beginnen. ACM is van mening dat het mogelijk moet zijn om, indien van toepassing, uiterlijk in december 2016 gewijzigde overeenkomsten af te sluiten. Daarvoor gelden twee redenen.
95. De eerste reden is gelegen in het gegeven dat de ontwikkelingen rond het groepsverbod reeds lang bekend zijn bij handelspartners en financiers. Zij hebben bovendien sinds de uitspraak van de Hoge Raad rekening kunnen houden met de mogelijkheid dat Eneco een splitsing zal doorvoeren.
96. De tweede reden is gelegen in het gegeven dat Standard & Poor's, ondanks de uitspraak van de Hoge Raad, de credit rating van Eneco Holding N.V. op 23 september 2015 heeft herbevestigd op A-, een rating die zij sinds 27 april 2009 heeft. Bovendien is de stabiele outlook van de credit rating, die zij sinds 31 oktober 2011 heeft, ongewijzigd gebleven. Standard & Poor's heeft dus geen waarschuwing voor een verlaging als gevolg van een eventuele splitsing afgegeven, hetgeen wel is gebeurd bij de credit rating van DELTA N.V.¹⁰ [REDACTED]
97. Ook voor handelspartners en financiers is een vergelijking mogelijk met de splitsingstrajecten van NV Nuon en Essent NV, die de splitsing voltooiden binnen respectievelijk 12 en 5 weken na aanwijzing van de Minister. Deze voorheen geïntegreerde bedrijven hadden immers eveneens handelspartners en financiers. De bedrijven en omstandigheden zijn echter niet volledig vergelijkbaar. Bij NV Nuon en Essent NV was sprake van een meer ingewikkelde situatie als gevolg van Cross Border Leases en een wijziging van het Besluit Financieel Beheer Netbeheerder na aanlevering van de splitsingsplannen van NV Nuon en Essent NV.
98. Gelet op het voorgaande acht ACM het redelijk te veronderstellen dat het overleg met handelspartners en financiers afgerond wordt binnen de – hiervoor in randnummer 93

¹⁰ Update credit rating van DELTA door Standard & Poor's op 26 oktober 2015



Besluit

geconcludeerde - termijn van 20 weken tussen de eventuele aanwijzing van de Minister en de daadwerkelijke splitsing.

99. Gelet op het voorgaande acht ACM het redelijk om van Eneco te verwachten dat zij uiterlijk op 31 januari 2017 is gesplitst.

5.5 Dwangsom

100. 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.
101. Ten aanzien van de zwaarte van het geschonden belang acht ACM het zinvol om aan te sluiten bij het voordeel dat Eneco geniet bij voortzetting van de overtreding. Voor de hoogte van dit voordeel kan redelijkerwijs een indicatie gevonden worden in het nadeel dat Eneco ondervindt bij splitsing.
102. RWE heeft aangegeven dat het nadeel voor Eneco 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.
103. 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.
104. Eneco heeft in haar brief van 20 augustus 2015 een gedetailleerde schatting gegeven van de nadellige financiële gevolgen voor Eneco. Niet alle nadellige gevolgen zijn daarbij gekwantificeerd. Eneco stelt nadeel te ondervinden als gevolg van:
- [redacted]
 - [redacted]
 - de beperkte toegang tot kapitaal en liquiditeit;
 - de fiscale verrekening door het verbreken van de fiscale eenheid;
 - de beperkte investeringsruimte voor het Energiebedrijf;
 - de verlaagde werkgelegenheid;
 - de verminderde aandeelhouderswaarde; en
 - de transactiekosten van uitvoering van de splitsing.
- [redacted]
- [redacted]

16/18



Besluit

105. 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 moeten worden gedwongen tot het voldoen aan de last. De dwangsom dient bovendien proportioneel te zijn.
106. Betrokken partijen geven aan dat het voordeel voor Eneco bij voortzetting van de overtreding tussen EUR 57,5 miljoen en [REDACTED] is gelegen. [REDACTED] Gelet hierop acht ACM het redelijk om Eneco een dwangsom op te leggen van EUR 4,5 miljoen per volle week dat de overtreding ook ná de begunstigingstermijn voortduurt, met een maximum van EUR 90 miljoen.

17/18



Besluit

6 Besluit

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

- Eneco Holding N.V. dient uiterlijk 31 januari 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;
- Voor het voldoen aan de last is bepalend op welke datum de notariële akte van aandelenoverdracht - waardoor Stedin Netbeheer 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;
- Eneco Holding N.V. verbeurt een dwangsom van EUR 4.500.000 per volledige week waarin zij na de onder punt 1 genoemde datum niet aan de last voldoet, zulks met een maximum van EUR 90.000.000.

's-Gravenhage,

Datum: **03 DEC. 2015**

Autoriteit Consument en Markt
namens deze,

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.

18/18