Groepsfinanciering van het netwerkbedrijf

Op 1 januari 2011 dient de splitsing gerealiseerd te zijn van de netwerkbedrijven en de commerciële energiebedrijven die zich bezighouden met productie, levering en handel van elektriciteit en gas. De netbeheerders mogen vanaf die datum nog wel deel uitmaken van een groep waarin door groepsvennootschappen commerciële activiteiten verricht kunnen worden, maar deze activiteiten mogen geen productie, levering of handel van elektriciteit of gas betreffen. Bovendien mogen de activiteiten van de groepsmaatschappijen niet ten koste gaan van het belang van het beheer van het net, zoals is neergelegd in de Elektriciteitswet 1998 (E-wet) en de Gaswet (hier wordt gemakshalve verder alleen verwezen naar de E-wet). Te denken valt aan werkzaamheden op het gebied van infrastructuur, meetdiensten en activiteiten die gericht zijn op de ontwikkeling van nieuwe technologie die kan bijdragen aan de transitie naar een duurzame energiehuishouding.

In het kader van deze bepaling kunnen in de financieringspraktijk voor het netwerkbedrijf ondermeer de volgende vragen gesteld worden: in hoeverre is groepsfinanciering toegestaan? en in hoeverre mag de holding in het kader van een dergelijke groepsfinanciering de aandelen in de netbeheerder (of in de moedermaatschappij van de netbeheerder) verpanden?

Toetsingskader groepsfinanciering

Netbeheerders mogen dus – ook na de splitsing – binnen een groep opereren, maar de uitvoering van de wettelijke taak van netbeheerders mag hierdoor niet in het gedrang komen. De Nederlandse wetgever heeft hiervoor gekozen met het oog op synergievoordelen. Groepsfinanciering kan mogelijk risico's met zich meebrengen voor het netbeheer. Immers, als de netbeheerder niet zelfstandig kan beschikken over de gelden of hoofdelijk aansprakelijk wordt gehouden voor de groepsfinanciering, dan kan dat het beheer van het net in gevaar brengen. Men kan zich daarom afvragen of de E-wet groepsfinanciering toestaat bij een groep waartoe een netbeheerder behoort (een dergelijke groep wordt een 'netwerkbedrijf' genoemd).

De E-wet geeft een brede norm: 'het is een groep waartoe de netbeheerder behoort niet toegestaan om handelingen of activiteiten te verrichten die strijdig kunnen zijn met het belang van het beheer van het desbetreffende net'. Voor het overige zijn in de bepaling zelf of in de toelichtingen bij het wetsvoorstel weinig aanknopingspunten te vinden voor een toetsingskader ten aanzien van groepsfinanciering van het netwerkbedrijf. Momenteel ontbreekt een duidelijk toetsingskader op basis waarvan groepsfinanciering van het netwerkbedrijf en garanties die een netbeheerder in dit kader afgeeft in het licht van de E-wet getoetst kunnen worden. Duidelijk is wel dat er in het kader van groepsfinanciering een spanningsveld bestaat tussen aan de ene kant synergievoordelen die kostenbesparing voor de netbeheerder kunnen opleveren en aan de andere kant risico's voor het beheer van het net.

In het verleden gold wel een toetsingskader voor groepsfinanciering van geïntegreerde energiebedrijven. Dit was door de Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa) vastgelegd in het Handhavingsplan Groepsfinanciering van Energiebedrijven (2005) (Handhavingsplan). Het Handhavingsplan is in 2008 vervangen door het Besluit Financieel Beheer Netbeheerder (Besluit), zoals wordt vermeld bij de toelichting bij het Besluit. Het Besluit Financieel Beheer Netbeheer geeft een invulling aan de minimum financiële positie van de netbeheerder door de netbeheerder te verplichten aan bepaalde financiële ratio's te voldoen danwel een 'investment grade' rating te hebben. Verder stelt het Besluit eisen aan de solvabiliteit van de netbeheerder. Het Besluit gaat echter niet in op de criteria waaraan bij een groepsfinanciering dient te worden voldaan. Het Handhavingsplan biedt mijns inziens echter mogelijk nog steeds aanknopingspunten voor de toetsing van de toelaatbaarheid van

groepsfinanciering bij het netwerkbedrijf, ook al zijn bepaalde wetsartikelen die hierin genoemd worden niet meer van kracht. Een aantal wetsartikelen dat nog wel van kracht is – ook na splitsing – wordt in het Handhavingsplan nader toegelicht in de context van groepsfinanciering. Dit betreft ondermeer artikel 12 en 16 E-wet. Uit deze artikelen vloeit voort dat de netbeheerder dient te beschikken over voldoende eigen financiële middelen om zijn wettelijke taken adequaat uit te voeren. In het Handhavingsplan wordt ten aanzien van deze artikelen in de context van groepsfinanciering bijvoorbeeld aangegeven dat de netbeheerder binnen de groep een zelfstandige positie dient te bekleden waar het gaat om investeringen en het aantrekken van de daarvoor noodzakelijke middelen.

Verpanding van de aandelen in (een moedermaatschappij van) de netbeheerder

Ook verpanding van de aandelen in een netbeheerder kan het beheer van het net in principe in gevaar brengen, bijvoorbeeld als de aandelen na executie in handen van niet-overheden terecht zouden komen. Krachtens artikel 93 E-wet behoeft iedere wijziging met betrekking tot de eigendom van de aandelen van de netbeheerder de instemming van de Minister van Economische Zaken. Deze instemming wordt op grond van lid 4 van dit artikel niet verleend zolang niet een algemene maatregel van bestuur is vastgesteld waarin regels omtrent het verlenen van instemming met een wijziging van de rechten op aandelen worden gesteld. Op basis van deze bepaling is het Besluit Aandelen Netbeheerder vastgesteld. In dit besluit is bepaald welke rechtspersonen behoren tot de 'kring van de overheid' en daarmee dus welke rechtspersonen aandeelhouder in een netbeheerder kunnen zijn. Uit de toelichting bij dit besluit blijkt dat voor het vestigen van zekerheidsrechten op aandelen geen toestemming van de Minister nodig is, voor de overdracht bij executie van deze zekerheidsrechten echter wel. De Minister zal zijn goedkeuring niet geven als de rechten op de aandelen in de netbeheerder overgaan op personen die niet tot de 'kring van de overheid' behoren. Verpanding van de aandelen in een netbeheerder is dan ook toegestaan, mits in de overeenkomst op basis waarvan de zekerheid wordt gesteld tot uitdrukking komt dat de pandhouder de aandelen

In ieder geval zal er steeds een afweging dienen plaats te vinden tussen synergievoordelen aan de ene kant en risico's ten aanzien van het beheer van het net aan de andere kant.

slechts kan verkopen aan een entiteit die behoort tot de 'kring van de overheid'.

De uitwinbaarheid van de aandelen in de netbeheerder of de moedermaatschappij van de netbeheerder is, zo blijkt uit voorgaande, derhalve gering. Op grond van artikel 3:250 BW geschiedt de verkoop van verpande aandelen in het openbaar naar plaatselijke gewoonten en op gebruikelijke voorwaarden. Artikel 3:235 BW verbiedt specifiek de toe-eigening door de pandhouder. Derhalve zal er dus daadwerkelijk een verkoop moeten plaatsvinden. Wel kan de pandhouder bij de verkoop zelf meebieden (artikel 3:250 lid 3 BW) of aan de rechtbank verzoeken dat het goed aan hem verblijft. Een openbare verkoop is echter buitengewoon zeldzaam. Veel vaker komt een executie van verpande aandelen door middel van een onderhandse verkoop voor. Hiervoor is de goedkeuring vereist van de voorzieningenrechter: indien deze goedkeuring is verstrekt kan de verkoop onderhands plaatsvinden (op grond van artikel 3:251 lid 1 of 2 BW). Hierbij dient echter wel opgemerkt te worden dat zowel in het geval van het verblijven van de aandelen aan de pandhouder of in het geval van een onderhandse verkoop, de nieuwe aandeelhouders steeds tot de 'kring van de overheid' moeten behoren. De voorzieningenrechter zal derhalve zijn goedkeuring voor de verkoop ex artikel 3:251 BW pas kunnen geven indien de Minister zijn goedkeuring voor de onderhandse verkoop reeds heeft verleend.

Conclusie

Een duidelijk toetsingskader ten aanzien van groepsfinanciering van het netwerkbedrijf is er niet. Wel kan bij het aantrekken van groepsfinanciering op de voet van het Besluit Financieel Beheer Netbeheer vooraf berekend worden of daarmee de in het besluit vermelde financiële ratio's niet doorbroken worden. Mogelijk kunnen verder aanknopingspunten voor de toetsing gevonden worden in het (inmiddels verouderde en formeel niet langer van kracht zijnde) Handhavingsplan Groepsfinanciering van Energiebedrijven uit 2005. In ieder geval zal er steeds een afweging dienen plaats te vinden tussen synergievoordelen aan de ene kant en risico's ten aanzien van het beheer van het net aan de andere kant.

In het kader van een groepsfinanciering (of anderszins) is het mogelijk om de aandelen in de netbeheerder te verpanden. Verpanding brengt het belang van het beheer van het net in beginsel niet in gevaar omdat de aandelen niet buiten de 'kring van de overheid' terecht kunnen komen. Dit brengt echter met zich mee dat de uitwinbaarheid van de aandelen in de netbeheerder gering is.

SUZANNE REINTJES
Advocaat
T +31 (0)20 3016 421
E suzanne.reintjes@cms-dsb.com