

Leveringszekerheid leidt niet tot betalingsonze­kerheid

Naast kansen brengt de liberalisering van de energie­markt ook risico's met zich, bijvoorbeeld voor de continui­teit van de energielevering aan huishoudens ingeval een leverancier van gas in financieel onvermogen raakt. Het Besluit leveringszekerheid Gaswet garandeert in dat geval de voortzetting van de gaslevering. De DTe beoordeelt dan of een financieel vangnet noodzakelijk is. Het besluit bepaalt duidelijk op wie de kosten van de verplicht voortgezette levering in dat geval zullen worden verhaald. Wanneer de DTe tot toepassing van het vangnet zal beslissen blijkt echter niet duidelijk uit het besluit. Dat leidt tot financiële onzekerheid bij toeleverancier Gas-Terra, die daarom zekerheden van de gasleveranciers bedingt. De auteur beargumenteert dat uit het besluit en de bijbehorende nota van toelichting volgt dat het financiële risico en dus ook de noodzaak om zekerheid te verlangen beperkt moeten worden geacht. Aanpassing van de tekst van het besluit zou dat risico in lijn met vigerend beleid nog verder kunnen beperken.

1. Voortzetting gaslevering bij financieel onvermogen vergunninghouder

De continuïteit van de levering van gas aan kleinverbruikers¹ wordt gewaarborgd op grond van het Besluit leveringszekerheid Gaswet² ('BLG')³. Wanneer een gasleverancier ('vergunninghouder' in de terminologie van het BLG) in financiële problemen komt regelt artikel 3 BLG dat de gemankeerde gaslevering wordt overgenomen door derden. Het eerste artikellid legt een meldingsplicht op aan de vergunninghouder die zijn leveringsplicht niet langer kan nakomen. Deze moet melden bij de DTe (als gemandateerde van de Minister van Economische Zaken) en bij de netbeheerder van het landelijk gastransportnet (GTS). Als specifieke meldingsplichtige gevallen worden genoemd de aanvraag van surseance van betaling en van faillissement van de vergunninghouder. Het tweede lid bepaalt dat de vergunninghouder (in geval van surseance tezamen met zijn bewindvoerder of in geval van faillissement de curator) overleg pleegt met de DTe 'met het oog op zijn leveringsplicht en de toepassing van dit artikel'.

2. Beleidsvrijheid DTe

De kern van artikel 3 BLG wordt gevormd door de in leden 3 en 4 enigszins omfloerst opgenomen verwijzing naar de beleidsvrijheid van de DTe om al dan niet tot intrekking van de leveringsvergunning van de vergunninghouder over te gaan. Als de maatregel van intrekking van de vergunning wordt getroffen brengt dat ingevolge artikel 3 lid 5, onderdeel c, BLG mee dat, vanaf het moment waarop DTe de intrekkingbeschikking heeft genomen⁴, GTS de

betalingsverplichting ter zake de toelevering van gas aan kleinverbruikers voor zover noodzakelijk overneemt. Deze bepaling, die financiële zekerheid biedt, luidt als volgt.

'5. Na het tijdstip, waarop een beschikking tot intrekking van een leveringsvergunning is genomen, (...) c. neemt de netbeheerder van het landelijk gastransportnet, voor zover dat redelijkerwijs noodzakelijk is om te waarborgen dat gedurende de periode vanaf het tijdstip waarop de intrekkingbeschikking is genomen tot aan het tijdstip waarop zij in werking treedt de levering van gas aan de kleinverbruikers kan worden voortgezet, op verzoek van de vergunninghouder dan wel de bewindvoerder en vergunninghouder tezamen onderscheidenlijk de curator de betalingsverplichting over met betrekking tot toelevering van gas ten behoeve van kleinverbruikers in die periode.'

De wijze waarop het BLG de betalingszekerheid vervolgens regelt wordt ook wel het 'socialiseren' van de leveringszekerheid genoemd, omdat de kosten die voortvloeien uit de overgenomen betalingsverplichting uiteindelijk worden doorbelast aan alle kleinverbruikers (art. 3 lid 7, BLG). De ratio daarvan is dat degenen die als collectief geacht worden te profiteren van het systeem ter voorkoming van leveringsonderbrekingen, ook collectief de risico's behoren te dragen⁵.

3. DTe trekt vergunning niet automatisch in bij financieel onvermogen

Uit de tekst van het BLG blijkt niet duidelijk of, en zo ja: wanneer, de DTe tot intrekking van de vergunning moet of zal overgaan. De DTe heeft ter zake discretionaire bevoegdheid en is in geval van financieel onvermogen, zelfs in geval van faillissement van een vergunninghouder, niet gehouden om de vergunning in te trekken.

* Marius Kraamwinkel is advocaat bij Kraamwinkel Overman advocaten te Rotterdam.

1. In artikel 43 lid 1 Gaswet bedoelde afnemer (i.e. jaarverbruik $\leq 170\ 000\ m^3$).
2. Besluit van 13 april 2004, houdende regels inzake voorzieningen in verband met de leveringszekerheid (Besluit leveringszekerheid Gaswet), *Stb.* 2004, 170.
3. Zie ook: H.P.A. Knops en F. Wenting: 'Levering verzekerd: een noodleverancier voor elektriciteit en gas' in *NTE* 2004, p. 145 e.v. en S. Simonetti, 'De supplier of last resort in het Verenigd Koninkrijk en Nederland' in *NTE* 2006, p. 4 e.v.
4. De intrekkingbeschikking treedt ten hoogste tien dagen nadat zij is genomen, in werking: art. 3 lid 4 BLG.
5. Vgl. nota van toelichting, artikelsgewijs bij artikel 3 lid 7 BLG, p. 18.

Volgens de nota van toelichting bij het BLG plegen namelijk in geval van faillissement van een vergunninghouder diens curator en de DTe overleg over de doorlevering van gas gedurende het faillissement en leidt een faillissement juist niet automatisch ertoe dat de vergunning wordt ingetrokken. Op deze wijze wordt aan de curator de nodige ruimte gegeven om de klantenportefeuille van de vergunninghouder in de markt aan te bieden en te verkopen⁶. Indien de opbrengst van portefeuilleverkoop gunstig is, kan de curator mogelijk een integraal akkoord aan de crediteuren aanbieden. Overnameprijzen worden in de energiemarkt mede gebaseerd op aantallen aansluitingen. Per kleinverbruikersaansluiting wordt thans (buiten faillissement) gerekend met een bedrag van ten minste € 250 (een aansluiting betreft gas of elektriciteit, zodat een zgn. 'dual fuel'-klant grofweg het dubbele waard is)⁷.

De gehoorde vrees dat het financiële risico voor toeleveranciers enorm zou zijn, lijkt overdreven. Niet alleen vertegenwoordigen de klantencontracten in de markt een aanzienlijke waarde, bovendien zijn en blijven de kleinverbruikers debiteur van de vergunninghouder voor het door hen afgenomen gas. Zelfs indien een deel van de debiteuren uiteindelijk niet zou betalen, zullen de verkoopopbrengst van de klantenportefeuille en de gerealiseerde incasso-opbrengsten samen naar verwachting een toereikende dekking geven tegen het gevreesde risico. Het zou in een vrije markt overigens ook denkbaar zijn dat toeleveranciers hun debiteurenrisico desgewenst afdekken door middel van een kredietverzekering en de premie in hun tarieven verdisconteren.

Van belang is dat de curator gedurende zijn verkoopspanningen wel ervoor instaat dat de doorlopende kosten wegens inkoop en doorlevering van gas aan de kleinverbruikers worden voldaan. Ingevolge art. 37 Fw dient de curator de tegenprestatie voor de verkoop en levering van gas te waarborgen. Het intrekken van de vergunning zal dus alleen dan dienen te worden toegepast indien er voor de verkoop van de klantenportefeuille wegens het (verder) uitblijven van een waarborg van de curator geen plaats (meer) is.

4. GasTerra bedingt zekerheden wegens onzekerheid beleid DTe

De toeleverancier van de vergunninghouders die op hun beurt aan de kleinverbruikers verkopen is hoofdzakelijk GasTerra⁸. Als gevolg van de praktische werking van het beschreven systeem vreest GasTerra een financieel risico te lopen vanaf het moment dat een vergunninghouder in financieel onvermogen komt te verkeren tot aan het moment waarop de DTe een beschikking afgeeft tot intrekking van de vergunning. Omdat in geval van financieel onvermogen de vergunning niet automatisch wordt ingetrokken en de DTe ter handhaving van zijn beleidsvrijheid niet op voorhand aan GasTerra lijkt te willen (of kunnen) specificeren in welke gevallen hij de vergunning wel of niet zal intrekken, heeft GasTerra zich genoodzaakt gezien haar risico ter zake in te schatten en verlangt zij betalingsgaranties van de vergunninghouders. Ongemotiveerd heeft GasTerra de lengte van de genoemde risicoperiode bepaald

op één maand en verlangt zij van de vergunninghouder – voor zover deze geen bruikbare *credit rating* heeft; in de praktijk gaat het om toetreders op de geliberaliseerde markt – een met die periode corresponderende financiële zekerheid⁹. De Tweede Kamer heeft recent een amendement op de Veegwet EZ 2005 (zie de rubriek Wet- en regelgeving elders in dit nummer) aangenomen, waarbij de DTe de bevoegdheid krijgt om met name ook de bankgaranties voor de levering van gas te reguleren.

5. Leveringszekerheid leidt niet tot onaanvaardbaar financieel risico

De vraag dringt zich op of de open formulering van het BLG werkelijk onvoldoende houvast biedt en of het met die kwantitatief niet-onderbouwde eis tot zekerheidstelling misschien niet wat minder kan¹⁰. De tekst van het BLG en de nota van toelichting geven de vereiste duidelijkheid en houvast wel. Allereerst blijkt dat uit de volgende frasen uit artikel 3 lid 5, aanhef en sub c, BLG.

'(...) [D]e netbeheerder van het landelijk gastransportnet [neemt], voor zover dat redelijkerwijs noodzakelijk is om te waarborgen dat (...) de levering van gas aan de kleinverbruikers kan worden voortgezet, (...) de betalingsverplichting over met betrekking tot toelevering van gas ten behoeve van kleinverbruikers (...).'

Waarborgen dat de gaslevering wordt voortgezet komt dus erop neer dat de toeleverancier van het gas (i.e. GasTerra) wordt betaald. Uit meerdere passages van de nota van toelichting bij het BLG blijkt voorts dat de vergunning zeer spoedig zal worden ingetrokken indien van leveringszekerheid (lees: betalingszekerheid) niet blijkt. Enkele voorbeelden:

'(...) worden door de DTe en (...) de netbeheerder van het landelijk gastransportnet samen met de vergunninghouder, dan wel diens bewindvoerder of curator, de bedreigin-

6. Ingevolge het bepaalde in artikel 4 lid 3 BLG kan aan de kleinverbruikers een nieuwe leverancier worden toegewezen, vergelijk NvT, p. 18 i.f.
7. Zie bijvoorbeeld de berichtgeving in *De Financiële Telegraaf* d.d. 7 juni 2005 over de overname van Oxxio (>500 000 aansluitingen en een koopprijs van € 137 miljoen) en *Het Financieele Dagblad* d.d. 4 juni 2005 over de overname van NRE door Eon (275 000 aansluitingen en een koopprijs van € 80 miljoen).
8. GasTerra B.V., de voormalige handelsorganisatie van het Gasunie-concern, dominante speler op de kleinverbruikersmarkt.
9. Dat blijkt onder andere uit de standaardovereenkomst tussen GasTerra en vergunninghouders voor gaslevering aan kleinverbruikers, uit de door GasTerra aan de DTe voorgestelde '*modus operandi* wanbetaling vergunninghouder/Beschikking tot intrekking leveringsvergunning', ongedateerd, maar uit het eerste kwartaal van 2006 en het door PricewaterhouseCoopers Advisory N.V. ten behoeve van de DTe opgestelde rapport 'Onderzoek inzake de redelijkheid van de door Gasunie Trade & Supply gevraagde financiële zekerheden' d.d. 22 maart 2006.
10. PwC heeft op basis van interviews met marktpartijen in opdracht van de DTe geoordeeld over de redelijkheid van de kwantitatief niet-onderbouwde eis tot zekerheidstelling van GasTerra en heeft de verkregen informatie niet gecontroleerd op juistheid, vgl. de samenvatting van het in de vorige voetnoot genoemde rapport, passage over de onderzoeksopzet.

gen besproken voor de leveringszekerheid en de mogelijkheden om die bedreiging af te wenden. *Als niet direct (binnen enkele dagen) blijkt dat een doorstart mogelijk is, is de aankondiging tot intrekking van de vergunning een feit.*¹¹ (cursief toegevoegd);

'(...) Deze overname van de betalingsverplichting wordt alleen toegepast, indien de vergunninghouder, bewindvoerder of curator kan aantonen zelf niet in staat te zijn aan de betalingsverplichting te voldoen. De mogelijkheid tot het overnemen van de betalingsverplichting dient uitdrukkelijk alleen aangewend te worden als de leveringszekerheid aan kleinverbruikers in gevaar komt.'¹²

Met andere woorden: leveringszekerheid is betalingszekerheid. De vergunninghouder of diens bewindvoerder/curator zal aan de DTe binnen enkele dagen moeten laten blijken dat de betalingsverplichting zal kunnen worden nagekomen, bij gebreke waarvan de intrekkingbeschikking volgt.

Ten aanzien van het eerstgenoemde citaat blijkt uit de nota van toelichting niet of de genoemde aankondiging van het intrekkingbesluit voor belanghebbenden nog ruimte laat om zienswijzen naar voren te brengen (art. 4:8 Awb). Gezien de tekst van en toelichting bij artikel 3 lid 3 BLG wordt de vergunninghouder (bij surseance met zijn bewindvoerder) of de curator op voorhand in de gelegenheid gesteld zijn zienswijze naar voren te brengen, zodat het aannemelijk is dat met de frase 'aankondiging tot intrekking' bedoeld wordt dat de intrekkingbeschikking genomen wordt¹³. Wellicht is in dat opzicht sprake van onzorgvuldige formulering van de nota van toelichting.

Het lijkt dus nogal mee te vallen met de betalingsonzekerheid bij leveringszekerheid. In feite is de als gevolg van de regelgeving ontstane financieel onzekere periode gereduceerd tot de periode die is gelegen tussen het moment waarop de toeleverancier constateert dat hij niet (tijdig) werd voldaan voor het geleverde gas en het moment waarop mogelijk de DTe constateert dat de vergunninghouder niet in staat moet worden geacht zijn betalingsverplichtingen aan zijn toeleverancier na te komen – ook niet naderhand. Indien deze constatering niet wordt gedaan is er immers geen sprake van betalingsonzekerheid. In het andere geval zal de periode hooguit enkele dagen duren.

6. Socialiseren restrisico?

Ook al lijkt het risico dus beperkt, toch kan men zich afvragen in hoeverre de korte periode van betalingsonzekerheid in het beschreven geval niet eveneens 'gesocialiseerd' zou kunnen of behoren te worden, gelijk al het geval is voor de periode ná het intrekkingbesluit. In soortgelijke gevallen heeft de DTe een dergelijke vangnetregeling ook al op een voorperiode toegepast¹⁴. Het BLG is als AMvB betrekkelijk eenvoudig te wijzigen. Zou de betalingsonzekerheid die voortvloeit uit het BLG kunnen worden weggenomen? De termijn gedurende welke die onzekerheid zou kunnen bestaan is blijkens de nota van toelichting beperkt, zodat ook de extra financiële last die in voorkomend geval op de kleinverbruikers wordt afgewenteld, overzienbaar is.

Bovendien past het dat de overheid, die ten behoeve van de leveringszekerheid een verplichting tot doorlevering aan de toeleverancier oplegt, deze laatste vrijwaart voor eventuele schade die uit die publieke taak voortvloeit. Wellicht kan dit restrisico door een tekstwijziging van het BLG verder worden beperkt, door bij een intrekkingbeschikking de verplichting op te leggen eventuele restschulden van de vergunninghouder over de desbetreffende voorperiode eveneens te socialiseren. Daarmee zou tevens een nadere impuls worden gegeven aan voortvarende besluitvorming door de DTe in het beschreven geval.

7. Slot

Het BLG biedt aldus gezien in bestaande vorm al voldoende financiële zekerheid voor de toeleveranciers van gas, ook in het geval een vergunninghouder failliet. De betalingsonzekerheid voor de toeleverancier is tot vrijwel nihil gereduceerd en deze zou derhalve van vergunninghouders geen zekerheden behoeven of behoren te bedingen. Met een tekstwijziging van het BLG zou de gevreesde onzekerheid nog verder kunnen worden weggenomen. Wat resteert is het risico als gevolg van het door de toeleveranciers verstrekte leverancierskrediet, maar over het secureren daarvan gaat deze bijdrage niet.

8. Summary

To ensure the continuity of consumer gas supplies in The Netherlands, the government regulator (DTe) can withdraw the supply license of a failing gas retail business on the basis of a governmental decree. In such event, the customers of the failing business will be distributed among the other retailers on the market *pro rata parte* – if the customer base cannot be sold and transferred to a market party. A guarantee mechanism for payment of suppliers of the retailer will be in force from the withdrawal decision until the consumers have been distributed. The decree is believed to be unclear in its expression as to when the regulator will withdraw a retail supply license. Hence, it seems unclear from what moment the guarantee mechanism will commence. The resulting financial insecurity has led the national main gas wholesale supplier GasTerra to demand bank guarantees from the various gas retailers on the market. The author attempts to argue that the financial risk involved can be deemed limited on the basis of close reading of the wording of the decree and the official explanatory notes thereto. Consequently, the author considers the demand for bank guarantees unnecessary. Whatever risk may still result from the discretionary power of the regulator can be diminished by amending the governmental decree slightly.

11. NvT, algemeen, 3.2 i.f., p. 11.

12. NvT, artikelsgewijs bij artikel 3, vijfde lid.

13. In het faillissement van EnergyXS heeft de DTe daags na de faillietverklaring de leveringsvergunning voor elektriciteit aan kleinverbruikers ingetrokken. Zie de site: <energyxs.com/verslagen>.

14. Besluit tot wijziging van de TarievenCode Gas inzake de garantiestelling onder het leveranciersmodel (*Stcr.* 2006, nr. 110, p. 22); vgl. *NTE* 2006 vol. 4, p. 134.