



JUSTION
ADVOCATEN

MEMO

Aan : Provincie Zeeland
Van : Justion Advocaten
Inzake : Ontvlechting Evides-PZEM
Dossiernr. : 00210354
Datum : 30 juni 2021

1. VRAAGSTELLING

In het kader van de uitvoering van fiche 1K van het Pakket Wind in de Zeilen is er een voorstel tot het ontvlechten van Evides en PZEM. Een nieuw op te richten BV, (hierna HoldCo (namelijk houdster van de aandelen), zal in dat voorstel de aandelen die PZEM op dit moment houdt in Evides van de PZEM kopen voor een bedrag van 367 miljoen Euro. Om de aankoop te kunnen financieren, zal een krediet moeten worden betrokken bij een bankinstelling.

Zoals uit de brief van Gedeputeerde Staten van 13 april 2021 aan de Voorzitter van Provinciale Staten volgt, stuitte een garantstelling door de Staat op problemen vanwege hoge kosten en spanning in verband met de bestaande beleidsregels van de Staat. Na intensief overleg met het Rijk is bezien of in de plaats daarvan een garantstelling door de Provincie Zeeland mogelijk is, met het aanbod van het Rijk aan de Provincie om het weerstandsvermogen van de Provincie te versterken met 10 miljoen Euro om de garantstelling (en daarmee ontvlechting van Evides) als zodanig mogelijk te maken.

In het kader van de voorbereiding van het voorstel is ons de vraag gesteld of en in hoeverre een garantstelling door de Provincie voor 100% van het door de HoldCo te lenen bedrag van 367 miljoen Euro zich verdraagt met het staatsteunrecht. In dit memo treft u, kort en bondig samengevat, onze conclusies en ons advies aan, zoals wij die bij wijze van momentopname ten behoeve van de verdere ambtelijke voorbereiding van het voorstel in mei/begin juni hebben opgesteld op basis van de ons toen bekende informatie.

NB. Wij hebben van u begrepen dat, mede naar aanleiding van onze advisering, voortschrijdend inzicht ertoe heeft geleid dat inmiddels nader onderzoek is uitgezet naar de onderbouwing van met name de marktconformiteit van de voorgestelde garantie. Gegeven de scope en de periode van de aan ons verstrekte adviesopdracht is met de uitkomsten daarvan in onderhavig memo geen rekening gehouden.



JUSTION
ADVOCATEN

2. CONCLUSIES EN ADVIES

2.1 Conclusies

Bij de toetsing of in het voorgestelde garantstellingsscenario sprake is van een kans op staatssteun zijn wij uitgegaan van de vier criteria van artikel 107 lid 1 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (hierna: VWEU). Een maatregel vormt alleen staatssteun als aan alle in die bepaling vervatte criteria is voldaan. Voor een 100% garantstelling vragen wij met name aandacht voor het tweede criterium, meer in het bijzonder de onderbouwing van de marktconformiteit van de garantstelling. Ten tijde van de door ons uitgevoerde toetsing hebben wij geconcludeerd dat die onderbouwing nog niet voldoende was. Om enige twijfel over het al dan niet bestaan van staatssteun in het voorgestelde scenario zoveel mogelijk weg te nemen, zal in ieder geval van belang zijn dat door een gedegen onderbouwing aannemelijk wordt gemaakt dat er een marktconforme prijs voor de garantie wordt betaald. Aan het slot van dit memo geven wij advies over de te nemen stappen voor de nadere onderbouwing van de marktconformiteit.

Ter toelichting merken wij in dit verband het volgende op:

Eerste criterium

Uit de toetsing blijkt dat aan het eerste criterium van art. 107 lid 1 VWEU is voldaan. De garantstelling door de Provincie ten behoeve van de lening van 367 miljoen Euro die HoldCo nodig heeft om 50 % van de aandelen van Evides te verwerven impliceert in termen van het staatssteunrecht een bekostiging met overheidsmiddelen die aan de Provincie kan worden toegerekend.

Tweede criterium

Vooralsnog valt ook aan te nemen dat aan het tweede criterium van art. 107 lid 1 VWEU is voldaan. Dat wil zeggen dat de voorgestelde maatregel, in samenhang bezien, een selectief voordeel kan opleveren voor een onderneming (de HoldCo, al dan niet beschouwd als een met Evides verbonden onderneming).

Om de marktconformiteit van maatregelen aan te kunnen nemen, zal moeten blijken dat de gedragingen die in de voorgestelde maatregelen besloten liggen vergelijkbaar zijn met de gedragingen die een particuliere economische speler van vergelijkbare omvang in vergelijkbare omstandigheden zou verrichten. Hierbij kan relevant zijn welke compensatie (in de vorm van een marktconforme premie) een marktpartij zou verlangen voor "de hulp". Om te bepalen of bepaalde transacties marktconform zijn, dienen alle betrokken omstandigheden van een specifieke zaak c.q. set aan maatregelen in aanmerking te worden genomen.

Voor de voorgestelde garantstelling hebben wij op basis van vier nadere criteria uit de Mededeling van de Commissie over staatssteun in de vorm van garanties getoetst of die marktconformiteit op voorhand kan worden aangenomen en staatssteun daarmee kan worden uitgesloten.



JUSTION ADVOCATEN

Het is gelet op voornoemde Mededeling van de Commissie zaak om rekening te houden met een passende vergoeding voor de voorgestelde garantie. Wij hebben op basis van de ons beschikbaar gestelde stukken ten tijde van de door ons uitgevoerde toetsing (nog) niet kunnen concluderen dat al aan dat vereiste wordt voldaan.

Daarnaast moet rekening worden gehouden met het in de Mededeling gestelde garantieplafond van 80% van de lening waarvoor de garantie kan worden gegeven als voorwaarde om de aanwezigheid van staatssteun uit te kunnen sluiten. Bij een garantstelling van boven de 80% is sprake van een weerlegbaar vermoeden.

In de Mededeling wordt op dit punt een expliciete uitzondering gemaakt voor een onderneming die zich uitsluitend en voor 100% bezighoudt met diensten van algemeen economisch belang (hierna: DAEB). Daar is in het geval van HoldCo geen sprake van (zij is immers alleen maar houdster van de aandelen en als zodanig niet met een DAEB belast). Echter, ook als deze toets zou worden uitgevoerd voor Evides als met de HoldCo (gesteld) verbonden onderneming, is de in de Mededeling van de Commissie genoemde uitzondering in relatie tot DAEB activiteiten ons inziens niet aan de orde. De drinkwatervoorziening wordt in Nederland niet beschouwd als DAEB, maar als dienst van algemeen belang (DAB)¹. Los daarvan verricht Evides ook commerciële activiteiten. Dat maakt reeds dat niet aan de voorwaarden voor de door de Commissie expliciet aangenomen uitzondering op de 80% norm zou kunnen worden voldaan.

In het licht van de constatering op grond van het over de ontvlechting uitgebrachte PWC rapport dat de gereguleerde drinkwateractiviteiten van Evides – die door de staat als zodanig zijn opgedragen en zijn te beschouwen als DAB/NEDAB – 70% van de waarde van Evides vertegenwoordigen, zou de vraag gesteld kunnen worden of voor het deel van de garantie dat naar rato correspondeert met het deel van de lening dat dan naar rato betrekking zou hebben op aankoop van aandelen in relatie tot die DAB/NEDAB activiteiten, geen premie betaald hoeft te worden.

Wij hebben echter twijfels bij een dergelijke benadering en kunnen derhalve niet bevestigen of deze benadering volstaat om staatssteun op basis hiervan uit te kunnen sluiten.

In de eerste plaats is het immers zo dat HoldCo als zodanig niet de onderneming is die de DAB uitvoert. Nu zou hiertegenover gesteld kunnen worden dat HoldCo en Evides juist samen als een economische eenheid en onderneming kunnen worden gezien. Echter, als gezegd gaat het hier niet om de financiering van die DAB/NEDAB activiteiten als zodanig, en ook niet iets dat daar rechtstreeks verband mee houdt. Het gaat enkel om het garantstaan voor het aantrekken van een krediet dat een op te richten entiteit in staat stelt om de aandelen te verwerven van de onderneming Evides. De waarde van de aandelen van Evides wordt naar wij van u hebben begrepen weliswaar mede bepaald (voor 70%) door de drinkwateractiviteiten die Evides uitvoert, maar voor een substantieel deel ook door de commerciële activiteiten. Deze commerciële activiteiten voert zij zowel in als buiten de regio uit waar zij ook de DAB activiteiten uitvoert. Deze context maakt dat wij een rechtstreekse koppeling tussen de DAB activiteiten en de

¹ Zie EK 2008-2009, 30985, nr. D en ook *Kamerstukken II* 2006/07, 30 895, nr. 3, p. 25-26. Zie ook <https://europadecentraal.nl/wp-content/uploads/2014/07/Handreiking-DAEB-2014.pdf>.



JUSTION
ADVOCATEN

garantiepremie (ter onderbouwing van een beslissing om een deel van het krediet (pro rata aan de activiteiten) buiten de berekening van de premie voor de garantstelling te houden) lastig te verdedigen vinden, in het bijzonder om dan mede op basis van die redenering staatssteun uit te kunnen sluiten.

In de tweede plaats is het ook zo dat het hier een niet expliciet besproken uitzondering op de Mededeling van de Commissie over garanties betreft. Dit alles maakt dat wij het zeer aannemelijk achten dat de Commissie van oordeel is dat zij hier eerst een oordeel over zou moeten kunnen vormen alvorens deze constructie in de gegeven omstandigheden staatssteun proof kan worden geacht.

Er kunnen argumenten zijn om desalniettemin te opteren voor een garantstelling van 100%, maar als gezegd levert dat een weerlegbaar vermoeden van staatssteun op waar veel aandacht besteed moet worden aan het 'dichtschrijven' daarvan. Het deugdelijk 'dicht schrijven' van het weerlegbare vermoeden moet niet onderschat worden, zoals ook uit de besluiten van de Commissie en de jurisprudentie duidelijk blijkt.

Als dan in aanmerking moet worden genomen dat de Commissie in haar Mededeling nadrukkelijk stelt dat "bij enige twijfel" de maatregel gemeld moet worden bij de Commissie dan zijn wij van mening dat daar, gelet op voornoemde bevindingen, in de gegeven omstandigheden en op basis van de voorliggende stukken die aan ons ter beschikking zijn gesteld in het kader van ons advies, aanleiding voor is. Daarbij is ons inziens relevant dat wij vermoeden dat voor zover wij dat hebben kunnen zien in de aan ons ter beschikking gestelde stukken, nu (nog) niet indringend genoeg getoetst is aan de trapsgewijze benadering die wordt voorgestaan ter bepaling van wat in een concreet geval een marktconforme premie is voor een garantie (met inbegrip van de eerste stap namelijk de benchmark of er op de private markt een garantsteller bereid is en welke garantiepremie die partij zou vragen). Het zal dan in de eerste plaats aankomen op het bepalen van het verschil tussen wat de HoldCo aan een private garantsteller en aan de Provincie zou moeten betalen.

Derde en vierde criterium

Als de marktconformiteit van het geheel aan maatregelen niet aannemelijk gemaakt kan worden, zullen de maatregelen als staatssteun moeten worden aangemerkt. Daarbij kan ons inziens worden aangenomen dat ook aan het derde en vierde criterium van art. 107 lid 1 VWEU is voldaan, d.w.z. dat de voorgestelde maatregelen de mededinging kunnen vervalsen en een ongunstig effect kunnen hebben op het handelsverkeer tussen de Europese lidstaten.

Nu Evides – waarvan de HoldCo door middel van de voorgestelde constructie voor 50% aandeelhouder zal worden – met de commerciële activiteiten zich ook beweegt buiten de regio waar zij de DAB activiteiten uitvoert, zal naar onze verwachting het interstatelijk effect en een dreigende vervalsing van de concurrentie snel aannemelijk worden geacht. Door een lagere garantiepremie c.q. het niet hoeven te betalen van een garantiepremie, is het ons inziens aannemelijk dat de concurrentiepositie van Evides en in het verlengde daarvan de HoldCo versterkt kan worden als het gaat om de commerciële activiteiten en het plegen van investeringen ten behoeve van die activiteiten c.q. het aantrekken voor financiering daarvan. Het is immers aannemelijk dat Evides/HoldCo hierdoor bevrijd



JUSTION
ADVOCATEN

worden van kosten die zij normaliter in het kader van het lopend beheer of van haar normale activiteiten hadden moeten dragen.

2.2 Advies

Gelet op het voorgaande is ons advies het volgende:

Om uit te kunnen gaan van een garantstelling van 100% is de meest veilige route om de maatregel te melden. Een dergelijke constructie wijkt immers af van de voorwaarden uit de Mededeling van de Commissie om staatssteun uit te kunnen sluiten. Een melding dient gepaard te gaan met een volledige onderbouwing van de marktconformiteit van de garantstelling op de wijze waarop is voorzien op basis van de thans bekende jurisprudentie/besluiten van de Commissie, teneinde het vermoeden van ongeoorloofde staatssteun adequaat te kunnen weerleggen. Van belang is te onderkennen dat bij deze route het oordeel van de Commissie dient te worden afgewacht, alvorens tot de uitvoering van de maatregel over te gaan.

Als gezegd, kunnen er argumenten zijn om desalniettemin te opteren voor een garantstelling van 100% zonder te melden. Dat betekent volgens de Mededeling niet automatisch dat de garantie dan als staatssteun wordt aangemerkt, maar is er sprake van een weerlegbaar vermoeden. Het besluit om al dan niet te melden vergt een bestuurlijke afweging. Dit, omdat de bandbreedte die door de Commissie wordt gegeven (garantstelling tussen 80% - 100%) gezien kan worden als een grijs gebied.

Indien er 'enige twijfel' over bestaat of een voorgenomen garantie staatssteun vormt, moet deze volgens de Mededeling bij de Commissie worden aangemeld. Als gekozen wordt voor een 100% garantstelling zonder aanmelding vooraf zal die keuze in ieder geval omstandig moeten worden gemotiveerd teneinde de hiervoor bedoelde 'enige twijfel' zoveel mogelijk op geobjectiverde wijze weg te nemen. Absolute zekerheid dat staatssteun in een dergelijk scenario kan worden uitgesloten valt niet te geven. In ieder geval zal bij het geven van een onderbouwing van deze keuze ook van belang zijn dat voor de garantie een marktconforme prijs wordt betaald en dat dit door een gedegen onderbouwing aannemelijk kan worden gemaakt.

Als het niet wenselijk is een meldingsprocedure te doorlopen en u wilt staatssteunrisico's (zoveel als mogelijk) uitsluiten, adviseren wij u zekerheidshalve om niet hoger te gaan dan een garantstelling van 80%. Ook hierbij blijft het van belang om de marktconformiteit van de garantie(premie) sowieso nader te verkennen en gedegen te onderbouwen, eveneens op basis van de thans bekende jurisprudentie/besluiten van de Commissie.

Ter nadere onderbouwing van de marktconformiteit van de garantstelling door de Provincie adviseren wij u in ieder geval en hoe dan ook de volgende stappen te doorlopen:

1. Nader verkennen of de voor de garantie te betalen prijs ten minste even hoog is als de overeenkomstige benchmark voor de garantiepremie die op de financiële markten is te vinden;
2. Indien er op de financiële markten geen overeenkomstige benchmark voor de garantiepremie te vinden is, dient de totale financiële kostprijs van de



JUSTION
ADVOCATEN

- gegarandeerde lening, met inbegrip van het rentepercentage van de lening en de garantiepremie, te worden vergeleken met de marktprijs van een vergelijkbare, niet-gegarandeerde lening;
3. Ten slotte dient, bij gebreke van een marktprijs van een vergelijkbare niet-gegarandeerde lening, te worden uitgegaan van de methodiek overeenkomstig de Mededeling van de Commissie over de herziening van de methode waarmee de referentie- en disconteringspercentages worden vastgesteld.