

Vergaderjaar 2005–2006

**30 212**

## **Wijziging van de Elektriciteitswet 1998 en van de Gaswet in verband met nadere regels omtrent een onafhankelijk netbeheer**

**Nr. 47**

### **EXTERN JURIDISCH ADVIES**

Aan de Voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal

Utrecht, 15 mei 2006

#### **De opdracht**

De Universiteit Utrecht is als opdrachtnemer door de Tweede Kamer gevraagd om op korte termijn te adviseren over een kwestie in relatie tot het wetsvoorstel tot Wijziging van de Elektriciteitswet 1998 c.s. (Kamerstukken 30 212).

Conform de schriftelijke overeenkomst tussen partijen d.d. 8 mei 2006, dienen twee vragen te worden beantwoord<sup>1</sup>. Deze luiden als volgt:

Zal een wettelijke plicht tot uitoefening van de koopoptie door energiebedrijven leiden tot claims van Amerikaanse investeerders o.b.v. de CBL-contracten?

Als een dergelijke wettelijke plicht leidt tot claims, welke maatregelen zijn er dan wel mogelijk (die geen claims tot gevolg hebben) om zeker te stellen dat de energiebedrijven de koopopties bij de eerste gelegenheid feitelijk lichten?

De gedachte om in de wet een plicht voor de energiebedrijven op te nemen om de koopopties – zoals die zijn opgenomen in de CBL-contracten – in te roepen bij afloop van de lease-termijn, is opgekomen in een laat stadium van de behandeling van het wetsvoorstel in de Tweede Kamer<sup>2</sup>. In het navolgende zullen wij ons beperken tot het beantwoorden van de ons voorgelegde vragen<sup>3</sup>. Wij doen geen uitspraken over mogelijke andere (juridische of economische) gevolgen van de CBL-contracten in relatie tot de beoogde wijzigingen van de Elektriciteitswet 1998 en de Gaswet.

<sup>1</sup> In Kamerstukken II 2005–2006, 30 212, nr. 26, wordt gesproken over een «korte studie/quick scan (...) naar de mogelijkheden om zeker te stellen dat de energiebedrijven de koopopties op de netten op basis van de CBL-contracten bij de eerste gelegenheid benutten.» Wij richten ons in dit advies op de meer specifieke vragen zoals die ons gesteld zijn en zoals verwoord in de tekst hierna.

<sup>2</sup> Pregnant kwam de vraag op vanuit de CDA-fractie, zie Kamerstukken II 2005–2006, 30 212, nr. 19, p. 6. Zie eerder Kamerstukken II 2005–2006, 30 212, nr. 5, p. 45/46 en Kamerstukken II 2005–2006, 30 212, nr. 20, p. 16.

<sup>3</sup> Bij ons advies hebben wij in het bijzonder gebruik gemaakt van de volgende documentatie: de parlementaire stukken inzake de Wet tot wijziging van de Elektriciteitswet 1998 en de Gaswet in verband met de implementatie en aanscherping toezicht netbeheer (Stb. 2004, 328; de I&I-wet); de parlementaire stukken inzake de Wijziging van de Elektriciteitswet 1998 en van de Gaswet in verband met nadere regels omtrent een onafhankelijk netbeheer, onder nummer 30 212; het advies d.d. 11 april 2006 van NautaDutilh aan het Ministerie van Economische Zaken (verder: EZ); het advies d.d. 10 april 2006 van Chadbourne & Parke LLP aan EZ; drie stukken van mr. Thijssen (Freshfields), te weten een advies, met bijlage («Nadere uiteenzetting») en een nader advies, d.d. 18 januari en 20 januari 2002, aan de leden van de vaste commissie voor Economische Zaken verstrekt bij brief van 16 juni 2005; S. van Wijnbergen, Een zeepbel van twaalf miljard, ESB 24 maart 2005; FitchRatings, Dutch Energy: Unbundling on the doorstep, 23 January 2006.

## Inleiding

De koopopties waarover wij hierna adviseren, zijn als contractuele bedingen vastgelegd in zogenaamde Cross Boarder Leases (CBL) die Nederlandse energiebedrijven zijn aangegaan met Amerikaanse investeerders. CBL's zijn neergelegd in omvangrijke en uitvoerige schriftelijke contracten. Wij stellen dit voorop omdat dat het kader aangeeft waarbinnen wij de materie kunnen en moeten aanschouwen. Contracten zoals deze zijn neergelegd in geschriften en dus in woorden, en dat brengt bijna inherent en onvermijdelijk (juridische) onduidelijkheden met zich. Geparafraseerd zegt men in Nederland in deze de eminente jurist Paul Scholten na: «woorden zijn nooit duidelijk».<sup>1</sup> Daarmee bedoelde hij dat wat partijen precies beoogd hebben met een overeenkomst of met een specifieke bepaling in een overeenkomst, achteraf niet of nauwelijks te achterhalen is. Gevolg van een en ander is dat partijen in de praktijk geregeld strijden over de betekenis van een in het verleden gemaakte afspraak. Komen partijen er zelf niet uit, dan zal de rechter moeten bepalen wat partijen bij contractsluiting (redelijkerwijs) bedoeld (kunnen) hebben.<sup>2</sup> Men stelt over het algemeen dat zulks bij contracten naar «Amerikaans» recht<sup>3</sup> minder het geval is omdat die contracten uitvoeriger zijn, en daarin meer op schrift gesteld is (bij voorbaat) over wat partijen bedoeld hebben, etc.<sup>4</sup> Echter, ook daar blijven uiteindelijk onduidelijkheden bestaan, zodat ook naar «Amerikaans» recht de uitleg van contracten nodig blijft.

Wij schetsen deze algemene contractuele achtergrond en de problematiek van de uitleg van contracten omdat de kern van de problematiek waarover dit advies gaat, uiteindelijk hierin schuilt. Contractsuitleg, eventueel door de rechter, maar voordien door partijen zelf, door een Minister, advocaten of door juridische adviseurs, is geen (en nooit een) mechanisch proces ten aanzien waarvan de uitkomst eenvoudig en met zekerheid kan worden voorspeld. De zekerheid die de Tweede Kamer wenst over de inhoud en gevolgen van de CBL-contracten, is dus (inherent aan de materie) niet te geven. Het is enkel mogelijk om over waarschijnlijkheden en verwachtingen te spreken. Het voorgaande geldt naar Nederlands recht, maar in de kern gaat het evenzeer op voor «Amerikaans» contractenrecht, hoewel daar, als gezegd, traditioneel de bewoordingen van een contract meer invloed hebben op de uitleg ervan.

Gezien de termijn waarbinnen wij dienen te adviseren en de renumneratie die daarvoor beschikbaar is, hebben wij moeten afzien (van pogingen tot) bestudering van de concrete CBL-contracten. Als het al gelukt zou zijn die contracten in te zien, en als er dan al uit geciteerd zou mogen worden zodat ze daadwerkelijk in het navolgende advies hadden kunnen worden verwerkt (hetgeen niet bij voorbaat voor de hand lag), dan nog zou dat geen soelaas hebben kunnen bieden omdat er dan nog steeds het praktische probleem had bestaan dat die contracten te omvangrijk zijn om op korte termijn integraal te bestuderen (hetgeen dan nodig zou zijn geweest), zeker omdat dan al die contracten individueel bestudeerd hadden moeten worden omdat uiteraard elk contract weer anders is of kan zijn.

Dit alles betekent echter niet dat er geen antwoord kan worden gegeven op de vraag of een wettelijke plicht tot uitoefening van de koopoptie door de energiebedrijven zou kunnen leiden tot aansprakelijkheid van deze bedrijven jegens hun Amerikaanse wederpartijen.

<sup>1</sup> Die uitspraak moet overigens met de nodige nuance bekeken worden, het is niet zo dat een taalkundige uitleg van een woord of term niet zou kunnen of mogen. Zie ook de volgende noot.

<sup>2</sup> Daarbij gebruikt de rechter naar Nederlands recht de zogenaamde Haviltex-maatstaf uit het beroemde Haviltex-arrest (HR 13 maart 1981, NJ 1981, 635): uitleg (van contracten) moet geschieden aan de hand van de zin die partijen in de omstandigheden van het geval redelijkerwijs aan een contractuele bepaling hebben mogen toekennen en hetgeen zij redelijkerwijs te dien aanzien van elkaar mochten verwachten. Hierbij draait het uiteindelijk om de omstandigheden van het geval, gewaardeerd naar hetgeen de redelijkheid en billijkheid met zich brengen. Over dat laatste uitvoerig en principieel het arrest van de Hoge Raad inzake Pensioenfonds DSM/Fox (HR 20 februari 2004, NJ 2005, 493). In dit arrest is tevens helder gemaakt dat de taalkundige uitleg van een overeenkomst van groot praktisch belang kan en vaak zal zijn.

<sup>3</sup> Met Amerikaans recht doelen we op het privaatrecht van een van de Staten van de Verenigde Staten van Amerika, in het voorliggende geval van de CBL's het recht van de staat New York.

<sup>4</sup> Zie R-J Tjittes, Uitleg van schriftelijke contracten, RM Themis 2005-1, p. 4-6, en de bronnen genoemd in noot 9-11.

## Aansprakelijkheid als gevolg van wettelijke plicht tot uitoefenen koopoptie?

De eerste te beantwoorden vraag luidt of een wettelijke plicht tot uitoefening van de in de CBL-contracten vastgelegde koopoptie door de Nederlandse energiebedrijven (tegen die tijd: de gesplitste netwerkbedrijven/netbeheerders) aan het einde van de overeengekomen leasetermijn (meestal 20–25 jaar) zal kunnen leiden tot claims (in de zin van: verhaal van schade) van Amerikaanse investeerders op basis van die CBL-contracten.

Over de structuur en de globale inhoud van de CBL-transacties is onzes inziens reeds voldoende gezegd in de stukken die eerder aan de Kamer zijn voorgelegd. Kort samengevat komt het hierop neer. Een Nederlands energiebedrijf (Ne) verkoopt zijn netwerk(en) aan een Amerikaanse investeringsmaatschappij, een trust, waarbij in beginsel de economische eigendom overgedragen wordt (in beginsel, want voor die economische eigendomsoverdracht is nog vereist dat de zgn. koopoptie niet gelicht wordt; we komen daarop terug). De trust betaalt daarvoor in lump sum een bedrag aan Ne. Dit noemt men gewoonlijk de headlease, die een looptijd van 50 jaar of meer heeft. Vervolgens wordt het netwerk via een (gewone) lease, geldig voor 20–25 jaar, teruggeleasd door het Ne. Daarmee heeft de juridisch eigenaar (Ne) weer de beschikking over het netwerk. Het Ne betaalt leasepenningen aan de trust (uit een deposito waarin de eerder aan Ne betaalde lump sum van de headlease is gestort). Wezenlijk onderdeel van de CBL's is dat het Ne een koopoptie heeft welke inhoudt dat hij de headlease kan afkopen na aflopen van de leasetermijn.<sup>1</sup> Wordt deze optie niet benut, dan wordt de Amerikaanse investeerder bij het einde van de leasetermijn de economische eigenaar van het object.

Op basis van de ons ter beschikking gestelde stukken – wij hebben op dit punt geen nader onderzoek gedaan – begrijpen wij het Amerikaanse fiscale recht zoals dat gold bij de totstandkoming van de CBL-contracten zo, dat het voor het (voort)bestaan van het fiscale afschrijvingsrecht naar Amerikaans recht (het is dat afschrijvingsrecht dat CBL's voor de Amerikaanse investeerders interessant maakte) een noodzakelijke voorwaarde is dat de economische eigendom van het object van de CBL-contracten (i.c. het energienetwerk) op enig moment bij de Amerikaanse investeerders terecht *kan* komen. Of dat daadwerkelijk gebeurt, bijvoorbeeld aan het einde van de leasetermijn terwijl de headlease nog doorloopt, is niet relevant, als en zolang de mogelijkheid maar bestaat. Bestaat die mogelijkheid echter niet, dan gaat (alsnog) het genoemde fiscale afschrijvingsrecht verloren. Wij noemen dat verder: fiscale schade voor de investeerders.

Wezenlijk voor het fiscale afschrijvingsrecht is derhalve of de economische eigendom bij de investeerders terecht *kan* komen en – in het verlengde daarvan – dat de optie ook echt een optie is. Uit de ons ter beschikking staande informatie blijkt in dit verband steeds dat het fiscale afschrijvingsrecht alleen toekomt aan de investeerders als deze op enig moment gedurende de looptijd van de transactie (in dit geval: de headlease) beschikken over de rechten en de plichten (en daarmee de risico's) die karakteristiek zijn voor de «eigenaar». Aan die eis is echter niet voldaan als de lessee (het Ne) juridisch of economisch genoodzaakt zou zijn tot uitoefening van de koopoptie. Het is evident dat die juridische noodzaak voor de Nederlandse energiebedrijven aanwezig is als een wettelijke plicht zou bestaan die precies daartoe strekt. Zo'n plicht zou dus tot fiscale schade bij de investeerders leiden.

<sup>1</sup> Voor de volledigheid wijzen wij erop dat – wanneer we ons strikt zouden houden aan de Nederlandse civielrechtelijke terminologie – eigenlijk niet kan worden gesproken van het verkopen van het netwerk of het uitoefenen van de koopoptie. Wij hanteren deze termen echter wel, omdat zulks in de andere stukken over deze materie ook steeds gebeurt.

De volgende vraag die rijst, is of die fiscale schade gedragen zal moeten worden door de Nederlandse energiebedrijven doordat deze bedrijven tot vergoeding van die schade gedwongen kunnen worden door de Amerikaanse investeerders op basis van de CBL-contracten.

Op basis van de parlementaire stukken, de in eerdere stadia van het wetgevingstraject verstrekte adviezen en onze eigen kennis inzake CBL-contracten en het Nederlandse verbintenissenrecht, menen wij in antwoord op die vraag drie scenario's te kunnen ontwaren.

### **Voor wiens risico komt een wijziging van Nederlands recht?**

Het antwoord op deze vraag hangt af van de exacte bewoordingen en betekenis van elk concreet CBL-contract. Elke situatie zal moeten worden gezien tegen de achtergrond van de tussen partijen gesloten contracten. Het is denkbaar dat in deze contracten afspraken zijn gemaakt over de gevolgen van wetswijzigingen. Deze afspraken bepalen dan – vanzelfsprekend – voor wiens risico de desbetreffende wetswijzigingen komen.

Drie scenario's zijn hierbij denkbaar. Ten eerste: partijen spreken af dat het bedoelde risico voor rekening komt van de Amerikaanse investeerders. Ten tweede: partijen spreken af dat het risico voor rekening komt van de Nederlandse energiebedrijven. Ten derde: er zijn geen concrete afspraken gemaakt over de betreffende specifieke risico's (van wetswijziging).

In zijn advies d.d. 18 januari 2002 stelt mr. Thijssen van Freshfields Deringer in het algemeen – wij zien dat als het eerste scenario – dat er doorgaans geen fiscale schade voor de Amerikaanse investeerders zal optreden als gevolg van een wijziging in Nederlandse wetgeving. Wij citeren nr. 8.3 op p. 12 van de bijlage, doch zie ook p. 6 van het advies zelf:

«CBL transacties gaan in het algemeen uit van het beginsel dat wijzigingen in de Nederlandse regelgeving na afsluiting van de transactie geen invloed hebben voor het fiscale afschrijvingsrecht van de investeerder.»

Dat zou van belang kunnen zijn voor een eventueel in te voeren plicht tot uitoefening van de koopoptie, maar mr. Thijssen erkent echter vrijwel meteen ook dat er CBL's zijn die anders bepalen. Hij stelt:

«In sommige gevallen zullen de contractvoorwaarden evenwel bepalen dat de neteigenaar aansprakelijk is, indien de belangen van de investeerder materieel geschaad worden door een wijziging in de Nederlandse regelgeving die van kracht wordt na de afsluiting van de transactie.»

Met andere woorden: als er al een beginsel in de hierboven bedoelde zin zou bestaan, is een uitzondering op een dergelijke hoofdregel mogelijk. Ofwel: elke specifieke CBL-overeenkomst kan de contractuele risico's op een andere wijze verdelen dan uit voornoemd beginsel zou volgen.

Deze zienswijze past bij het beeld van de CBL-transacties zoals dat naar voren komt, als het tweede scenario, uit de adviezen van NautaDutilh en Chadbourne & Parke LLP. In het advies van NautaDutilh lezen we dat het bekend is dat er «verschillende transacties» zijn waarin expliciet geregeld is dat de in deze bedoelde risico's voor rekening van de Nederlandse energiebedrijven komen op grond van een zogenaamde «regulatory event of loss» bepaling. Het Chadbourne-advies stelt dat «at least some and possible many CBLs place the risk of legislation of the type in question on the Dutch energy company.» Onder «some, and possibly many» van de contracten zal er zich dan een «event of loss» voordoen als er een wette-

lijke plicht zou worden ingevoerd die erin bestaat dat de koopoptie moet worden uitgeoefend. Dit bevestigt het standpunt uit het NautaDutilh-advies.

Vorstelbaar daarbij is dat er weliswaar geen *specifieke* bepalingen in een CBL-contract staan over de gevolgen van heel specifieke wijzigingen in (Nederlandse) wetgeving, zoals bijvoorbeeld de introductie van een wettelijke plicht de koopoptie uit te oefenen, maar dat er wel *algemene* «regulatory event of loss»-bepalingen opgenomen zijn voor (diverse typen) wijzigingen in de Nederlandse wetgeving. Ook op basis van dergelijke clausules komt de voorgestelde wetswijziging uiteindelijk voor rekening van de Nederlandse energiebedrijven.

Ten derde is het denkbaar dat er geen afspraken zijn gemaakt over de gevolgen van wetswijzigingen in Nederland. Niettemin zal men in zo'n geval terugvallen op een generieke «event of loss»-bepaling, die vrijwel zeker in alle contracten staat. Immers, zoals hiervoor omschreven is duidelijk geworden dat de koopoptie raakt aan het hart van de onderhavige transacties. Zonder de onzekerheid omtrent de uitoefening van de koopoptie kan de hele constructie niet functioneren. De CBL-contracten zouden zonder deze onzekerheid niet gesloten zijn, zo blijkt expliciet uit de NautaDutilh en Chadbourne-adviezen, doch ook uit de andere omschrijvingen van de CBL's, omdat dan voor de investeerders geen fiscaal voordeel te behalen zou zijn.

De aanwezigheid van specifieke, algemene of generieke «(regulatory) event of loss»-bepalingen (zoals voorzien in het tweede en derde scenario), strookt met hetgeen in zijn algemeenheid een belangrijk kenmerk van Amerikaans contractenrecht lijkt te zijn, te weten de neiging om in de overeenkomst zoveel mogelijk vast te leggen (d.w.z. om alles in een schriftelijk contract te regelen<sup>1</sup>, tot in de kleinste details<sup>2</sup>, en om vervolgens te bepalen dat alleen hetgeen in het schriftelijke contract staat, bindend is) en om vervolgens bij de contractsuitleg daarbij aan te sluiten.<sup>3</sup> In dat kader wijzen wij bijvoorbeeld op de zgn. «Restatement (second) of Contracts» die bepaalt dat «specific terms and exact terms are given greater weight than general language», terwijl «separately negotiated or added terms are given greater weight than standardized terms or other terms not separately negotiated, zie § 203 sub c) en sub d).

In dit licht, en gezien hun belangen, is de kans reëel te noemen dat de investeerders zich zullen beroepen op de genoemde contractuele bedingen indien de Nederlandse wetgever besluit een wettelijke plicht in het leven te roepen om de koopoptie uit te oefenen. Als de investeerders inderdaad een beroep op bedeelde bedingen doen, valt zeker niet uit te sluiten, gezien de daarin vervatte contractuele risicoverdeling tussen de partijen bij de CBL-transactie, dat zij hiermee succes zullen hebben.<sup>4</sup>

## Conclusie

De hoofdlijn uit het voorgaande, neergelegd in drie scenario's, is dat de CBL-contracten – in elk geval een aantal van deze contracten – een of meerdere clausules kennen op grond waarvan een wijziging van regelgeving in Nederland voor risico van de energiebedrijven komt.

Een en ander betekent dat als niet onwaarschijnlijk moet worden beschouwd dat een wettelijke plicht voor de Nederlandse energiebedrijven tot het uitoefenen van de koopoptie zal leiden tot claims van de Amerikaanse investeerders. Een dwingende koopoptie leidt immers naar verwachting tot fiscale schade voor de Amerikaanse investeerders. Die schade zal op grond van een «(regulatory) event of loss» bepaling of

<sup>1</sup> Voor een «contract of sale» bepaalt de Uniform Commercial Code (UCC) bijvoorbeeld in 2-201 dat dit «in writing» dient te zijn. In de zgn. Restatement (second) of Contracts bepaalt 131 iets vergelijkbaars (een schriftelijk contract is «enforceable»). De zgn. «parol evidence rule» (te kort gezegd: een latere mondeling afspraak doet geen afbreuk aan een eerdere geschreven afspraak, zie bijv. R-J Tjittes, Uitleg van schriftelijke contracten, RM Themis 2005-1, p. 5-6) versterkt dit. Zie 2-202 UCC en 213 van de Restatement (second) of Contracts voor deze «parol evidence rule». Deze regel maakt dat partijen die hun overeenkomst op schrift gesteld hebben, in principe daaraan en alleen daaraan gebonden zijn, zie K. Zweigert & H. Kötz, An introduction to comparative law, 3rd ed, Oxford 1998, p. 407.

<sup>2</sup> E.A. Farnsworth, An introduction to the legal system of the United States, zegt dit beeldend in een oude druk van zijn standaardwerk (uit 1994), p. 111: «All these (causes for attention to detail, SB/G) add to the general disposition of the case-oriented American lawyer to provide expressly for specific disputes that have arisen in the past or which might be foreseen in the future.»

<sup>3</sup> K. Zweigert & H. Kötz, An introduction to comparative law, 3rd ed, Oxford 1998, p. 406: De basishouding dat uitleg gericht is op de «external expression» en niet op de subjectieve bedoeling van partijen verklaart waarom de rechter zo lang mogelijk bij de woorden van het contract blijft.

<sup>4</sup> En voor zover dat succes niet behaald zou worden, leiden dergelijke claims in elk geval tot proces- en advocaatkosten die aanzienlijk zullen zijn.

gerepareerd moeten worden (extra zekerheden, garanties, kredietwaardigheid op peil houden) of tot het einde van de CBL-transactie leiden, maar dat laatste dan wel tegen «termination value» (een beëindiging-vergoeding).<sup>1</sup>

### Bestaan er alternatieve oplossingen?

De tweede vraag die ons gesteld is, luidt: als een dergelijke wettelijke plicht (zoals bedoeld in de eerste vraag, *SB/IG*) leidt tot claims, welke maatregelen zijn er dan wel mogelijk (die geen claims tot gevolg hebben) om zeker te stellen dat de energiebedrijven de koopopties bij de eerste gelegenheid feitelijk lichten?

Gegeven het hiervoor toegelichte antwoord op de eerste vraag en de risico's die wij daarbij onderkennen, wordt deze tweede vraag – die ons in essentie vraagt te verkennen of er andere wegen zijn te bewandelen die tot een gelijk resultaat (het feitelijk lichten van de koopopties) zouden kunnen leiden – uitermate relevant. De achtergrond van die vraag is in de kern dat het wenselijk wordt geacht dat de Nederlandse energiebedrijven, en niet de Amerikaanse investeerders als netbeheerder zullen gaan en blijven opereren. Diezelfde doelstelling wordt in het kader van het onderhavige wetsvoorstel ook nagestreefd door de verplichting dat een netbeheerder in overheidshanden moet blijven.<sup>2</sup>

Bij de gevraagde verkenning van mogelijke andere wegen staat, in aansluiting bij wat hiervoor al beschreven is, (opnieuw) voorop dat in beginsel *elke vorm van dwang* op de energiebedrijven om de koopoptie te lichten (in die zin dat deze bedrijven tot «terugkoop»<sup>3</sup> van het netwerk overgaan), tot fiscale schade zal leiden bij de investeerders. Uit het voorgaande blijkt immers dat het fiscale afschrijvingsrecht alleen toekomt aan de investeerders als deze beschikken over de rechten en plichten die karakteristiek zijn voor de «eigenaar». Aan die eis is niet voldaan als de lessee – het Ne – juridisch of economisch genoodzaakt is tot uitoefening van de koopoptie. Een dergelijke juridische noodzaak zou aanwezig zijn bij introductie van een *wettelijke* plicht (zie vraag 1), maar deze is evenzeer aanwezig als er een *contractuele* plicht tot het lichten van de koopoptie zou bestaan of ontstaan. Daarnaast kan er dan nog sprake zijn van een economische noodzaak om de koopoptie te lichten, met als gevolg dat de investeerder nooit de eigenaarspositie zal kunnen bekleden, hetgeen evenzeer als dwang gezien wordt en dus tot fiscale schade zal leiden. Elke vorm van juridische dwang of economische noodzaak lijkt dus funest voor de fiscale afschrijvingsrechten van de investeerders, leidend tot fiscale schade en tot een meer dan denkbeeldige kans om aanleiding te geven tot het invoeren van een «event of loss». Dat doet dus weer het risico ontstaan van schade die potentieel door de Nederlandse energiebedrijven gedragen moet worden.

Als elke vorm van «dwang» vermeden moet worden, wat resteert er dan nog aan opties om toch te geraken tot het gewenste resultaat? Onzes inziens bestaan deze niet. Wij schetsen in het hiernavolgende de mogelijkheden die wij hebben overwogen, en concluderen telkens dat sprake zal zijn van een «dwingende» koopoptie.

- 1) Een wettelijke boete. Zou een wettelijke boete als de koopoptie niet gelicht wordt, tot het gewenste resultaat kunnen leiden? Wij menen van niet, omdat de boete zal moeten staan op het overtreden van een norm. De «overtreden» norm zal zijn: het uitoefenen van de koopoptie. Per saldo is het opleggen van een boete in geval van niet uitoefening van de koopoptie dus niets anders dan het opleggen van een wettelijke plicht de optie te lichten. Er zal dan in elk geval sprake zijn van econo-

<sup>1</sup> Ter zijde merken wij nog op dat naar onze mening de kans dat de overheid eventueel civielrechtelijke aansprakelijk zou kunnen zijn ten opzichte van een Nederlands energiebedrijf in verband met het invoeren van een wettelijke plicht als in dit advies bedoeld, zeer gering zal zijn.

<sup>2</sup> Zie het voorstel voor art. 93 lid 3 Elektriciteitswet 1998, ingevoerd naar aanleiding van het amendement van het lid Hessel c.s., zie Kamerstukken II 2005–2006, 30 212, nr. 22.

<sup>3</sup> In essentie behelst deze terugkoop geen werkelijke koop van het netwerk. Immers, nu bij overeenkomst een headlease werd aangegaan die bewerkstelligde dat de economische eigendom op enig moment bij de Amerikaanse investeerders zou (kunnen) komen en de juridische eigendom niet overgedragen werd en dat ook nooit bedoeld is, kan in Nederlandse terminologie niet gezegd worden dat door het uitoefenen van de koopoptie het netwerk «teruggekocht» wordt. Eigenlijk wordt de overeenkomst waarbij bepaald is dat de economische eigendom zal overgaan, afgekocht.

mische dwang, in verband met de financiële gevolgen die voortvloeien uit het niet lichten van de optie.

- 2) Een beloning. Denkbaar zou wellicht zijn om een systeem op te zetten waarin de energiebedrijven die de optie lichten een voordeel toekomt, bijvoorbeeld in de vorm van een belastingvoordeel, een korting op andere transacties met de overheid, o.i.d. Los van de vraag echter of een dergelijk systeem wel in overeenstemming is (te brengen) met Europese regelgeving, waarover wij ons verder niet uitlaten, zal ook in dit geval sprake zijn van economische dwang. Een onderneming zal immers, economisch rationeel handelend, niet anders kunnen handelen dan een dergelijk voordeel binnen halen, aangenomen dat het voordeel groot genoeg is om eventuele nadelen op te vangen. Omdat de overheid dat ook weet, zal het in het vooruitzicht gestelde voordeel groter moeten zijn dan het te verwachten nadeel dat een eventuele claim van de investeerders met zich brengt. Als de kosten voor de energiebedrijven hoger zijn dan de baten, is de kans immers groot dat de optie alsnog niet gelicht zal worden. Bij de te maken afweging speelt de omvang van de claim een rol, maar ook de kans op succes van die claim en de kans op het instellen ervan in combinatie met de kosten van de juridische afwikkeling van de procedures te dien aanzien. De facto zal in een dergelijk geval de overheid dus alsnog (een deel van de eventuele) boete (de «termination value») uit de CBL-contracten betalen, en dat is iets waartoe de Minister tot op heden niet bereid lijkt te zijn. Tot de gewenste zekerheid dat de netwerken inderdaad «terugkomen» bij de Nederlandse energiebedrijven (c.q. tegen die tijd de netbeheerders), leidt deze optie echter in geen geval.
- 3) Een overeenkomst met een derde. Een (nieuwe) contractuele plicht tussen partijen bij de CBL-contracten, verplichtend tot het lichten van de koopoptie, zou niet kunnen worden gerealiseerd zonder het fiscale voordeel van de CBL-transactie aan te tasten. Maar wat nu als het energiebedrijf zich contractueel jegens *een ander* zou verbinden om de koopoptie te lichten, bijvoorbeeld jegens de Staat. Geldt dat dan ook als een (contractuele) plicht die het fiscale voordeel van de Amerikaanse investeerder aantast? Men zou kunnen stellen dat de CBL-overeenkomst niets van doen heeft met eventuele latere overeenkomsten tussen een van de CBL-contractspartijen en een derde. Aan de andere kant zou evenzeer betoogd kunnen worden dat een dergelijk handelen voor de CBL-contractspartij (het energiebedrijf in kwestie) wel een juridische gebondenheid oplevert (weliswaar t.o.v. een derde, maar niettemin) om de koopoptie feitelijk te lichten, en precies dat mag nu juist niet bij voorbaat (als plicht) vaststaan. De kans is onzes inziens aanmerkelijk dat ook hier sprake zal zijn van een situatie die naar Amerikaans fiscaal recht moet worden gezien als een economisch dwingende koopoptie, in elk geval daar waar aan het niet nakomen van deze overeenkomst met de overheid een contractuele boete (of ander nadeel) verbonden is.
- 4) Betaling door een derde. De prijs voor de uit te oefenen koopoptie moet reëel zijn, zo blijkt uit de beschikbare informatie. Het mag geen «bargain» betreffen, vandaar ook dat de CBL-contracten daaromtrent afspraken bevatten. Stel dat (maar nadere informatie daaromtrent hebben wij niet) niet in de contracten is vastgelegd *wie* de afkoopsom zou moeten betalen. Naar Nederlands recht zou betaling door een derde dan toegestaan zijn (art. 6:30 BW). De gedachte zou dus kunnen opkomen om de overheid te laten (mee)betalen voor het uitoefenen van de optie. Dit is overigens een kostbaar alternatief, maar het is niet aan ons om te oordelen over de wenselijkheid hiervan. De «incentive» voor de energiebedrijven om de optie uit te oefenen zal groot zijn als de overheid (een deel van) hun netwerk betaalt. Maar daarmee is meteen gegeven dat ook hier vermoedelijk sprake zal zijn van econo-

mische dwang. Overigens dreigt hier weer strijd met Europese regelgeving.

- 5) Nieuwe CBL-contracten (laten) afsluiten. De overheid kan wellicht faciliterend optreden waar het gaat om de hernieuwing en herziening van de samenwerking tussen de investeerders en de energiebedrijven, teneinde die partijen zo te bewegen en te stimuleren om tot nieuwe/aangepaste overeenkomsten te komen, overeenkomsten waarin de huidige en toekomstige problemen contractueel anders geregeld zouden kunnen worden. Of dit realistisch is, valt niet te zeggen (zie ook optie 6 hierna) omdat het beleidsbeslissingen op diverse niveaus en van diverse personen betreft. Waarschijnlijk is dit scenario echter op zichzelf niet, want de nieuwe overeenstemming, als al bereikbaar, zal naar alle waarschijnlijkheid een nieuwe CBL zijn en zo'n CBL kan heden ten dage niet meer aangegaan worden tegen fiscaal voordeel, als gevolg van de wijziging van het belastingrecht in de VS. De vraag is eventueel nog of verzet tegen het sluiten van een nieuwe overeenkomst, althans tegen het heronderhandelen daarover, juridisch wel mag en/of kan<sup>1</sup>, maar te dien aanzien lijkt in zijn algemeenheid te gelden dat een contractspartij niet gehouden is zichzelf economisch te verzwakken door een bestaand voordeel op te geven voor een alternatief dat geen of minder voordeel oplevert. Ergo, men zal niet snel hoeven mee te werken aan een nieuwe onderhandelingsfase. Ook speelt hier nog mee dat voor de investeerders het verkrijgen van de «termination value» weleens de hoofdprijs kan zijn in die zin dat zij tevreden zullen zijn om van de (in Amerika inmiddels in de ban gedane) CBL-contracten af te kunnen komen tegen een gunstige vergoeding.
- 6) Diplomatie. Buiten onze macht en ons beoordelingsvermogen ligt de optie van het bewandelen van de diplomatieke weg. Wellicht is het mogelijk dat (via de Minister) afspraken gemaakt kunnen worden met betrekking tot de CBL-contracten. Indien mogelijk zou dit de vijfde optie zoals hiervoor geschetst, kunnen versterken.

Het moge duidelijk zijn dat wij geen reële opties zien die direct het gewenste resultaat opleveren. De beste – althans juridisch veiligste – optie is naar het ons wil voorkomen, het aan de marktpartijen over te laten hoe met deze situatie wordt omgegaan. Onze inschatting is dat het in de wet opnemen van een verplichting de koopopties te lichten een geducht risico met zich brengt dat de Amerikaanse investeerders de Nederlandse energiebedrijven zullen aanspreken tot vergoeding van hun fiscale schade. Of dit zal gebeuren, hangt voor een belangrijk deel af van de exacte betekenis van de contractbedingen die partijen zijn overeengekomen. Alle door ons overwogen alternatieven voor het verplicht uitoefenen van de koopoptie leiden schipbreuk omdat zij steeds leiden tot een economisch dwingende koopoptie, hetgeen – zo leiden wij af uit de ons beschikbare stukken – naar Amerikaans fiscaal recht tot gevolg zal hebben dat het belastingvoordeel in rook opgaat.

Gaarne bereid tot een nadere toelichting, verblijven wij, met de meeste hoogachting,

Prof.mr. S.E. Bartels  
Hoogleraar notarieel recht en goederenrecht

Prof.mr. I. Giesen  
Hoogleraar burgerlijk (proces)recht

---

<sup>1</sup> § 205 van de Restatement (Second) of Contracts legt de «duty of good faith and fair dealing» vast. Zie ook 1–203 UCC.