arrest

GERECHTSHOF AMSTERDAM

afdeling civiel recht en belastingrecht, team I

zaaknummer: 200.260.304/01

zaak-/rolnummer rechtbank Amsterdam: C/13/647233/HA ZA 18-447

arrest van de meervoudige burgerlijke kamer van 8 december 2020

inzake

1. **N.V. REMU HOUDSTERMAATSCHAPPIJ**,
   gevestigd te Utrecht,
2. **STICHTING BEHEER BELANGEN GCN**,
   gevestigd te Utrecht

appellanten,
advocaat: mr. H.A. de Savornin Lohman te Amsterdam,

tegen

N.V. ENECO BEHEER,
gevestigd te Rotterdam,
geïntimeerde,
advocaat: mr. J.B.R. Regouw te Amsterdam.

1. Het geding in hoger beroep

Appellanten worden hierna afzonderlijk Remu en GCN genoemd en gezamenlijk Remu c.s. Geïntimeerde wordt Eneco Beheer genoemd.

Remu c.s. zijn bij dagvaarding van 7 mei 2019 in hoger beroep gekomen van het vonnis van de rechtbank Amsterdam van 27 februari 2019, onder bovenvermeld zaak-/rolnummer gewezen tussen Remu c.s. als eiseressen en Eneco Beheer als gedaagde.

Partijen hebben daarna de volgende stukken ingediend:
- memorie van grieven, met producties;
- memorie van antwoord, met producties.

Partijen hebben hun zaak op 17 juni 2020 doen bepleiten, Remu c.s. door mr. De Savornin Lohman voornoemd alsmede door mr. P.W. van Verschuer, advocaat te Amsterdam, en Eneco Beheer door mr. Regouw voornoemd, ieder aan de hand van aan het hof overgelegde pleitnotities. Partijen hebben bij die gelegenheid nadere producties in het geding gebracht.

Vervolgens is arrest gevraagd.

Remu c.s. hebben geconcludeerd, samengevat, dat het hof het bestreden vonnis zal vernietigen en - uitvoerbaar bij voorraad - hun vorderingen, zoals in de memorie van grieven gewijzigd, alsnog zal toewijzen, met beslissing over de proceskosten.
Eneco Beheer heeft geconcludeerd tot bekrachtiging van het bestreden vonnis, met - uitvoerbaar bij voorraad - hoofdelijke veroordeling van Remu c.s. in de kosten van het geding in hoger beroep.

Partijen hebben in hoger beroep bewijs van hun stellingen aangeboden.

2. Feiten

De rechtbank heeft in het bestreden vonnis onder 2.1 tot en met 2.13 de vaststaande feiten vermeld die zij bij de beoordeling van het geschil van partijen tot uitgangspunt heeft genomen. Deze feiten zijn in hoger beroep niet in geschil en dienen ook het hof als uitgangspunt.
De feiten worden hierna onder 3.1 weergegeven.

3. Beoordeling

3.1. (i) Remu N.V. had een energiebedrijf in de Provincie Utrecht dat zowel het netbeheer als de levering van energie (commercieel bedrijf) bestreek. Remu N.V. was derhalve een zogenaamd geïntegreerd energiebedrijf. Remu hield 70% en GCN 30% van de aandelen in Remu N.V.

(ii) Eneco Beheer (voorheen N.V. Eneco) behoort tot het Eneco concern (hierna: Eneco). Eneco exploiteert een geïntegreerd energiebedrijf in hoofdzakelijk de provincie Zuid-Holland. De moedermaatschappij van Eneco was Eneco Holding N.V. (thans Stedin Holding N.V. genaamd, hierna: Eneco Holding).

(iii) Bij koopovereenkomst van 18 december 2002 verkochten Remu en GCN hun aandelen in Remu N.V. aan Eneco Beheer (hierna: de overeenkomst). De overeenkomst luidt, voor zover van belang, als volgt:

> "(...)
> **Artikel 2 Koop, Verkoop en Koopprijs**
> (...)
> 2.3. De Koper *[Eneco Beheer, hof]* zal als koopprijs voor de Aandelen betalen aan de Verkopers *[Remu c.s., hof]* (i) op de Leveringsdatum een bedrag van EUR 1.042.000.000 (...) en (ii) een overeenkomstig **Bijlage 2.3.a** vast te stellen Privatiseringsvergoeding (gezamenlijk de "**Koopprijs**").
> (...)
> **Artikel 16 Volledigheid Overeenkomst**
> 16.1. Deze Overeenkomst bevat de enige en volledige overeenkomst tussen Partijen met betrekking tot het onderwerp van deze Overeenkomst (...)

16.2. Iedere Partij verklaart dat hij niet heeft vertrouwd op enige bewering gedaan of garantie gegeven door enige andere Partij anders dan die welke expliciet in deze Overeenkomst zijn opgenomen en dat hij in verband hiermee geen rechten of rechtsmiddelen zal hebben anders dan op basis van deze Overeenkomst behalve indien sprake zou zijn van opzettelijke misleiding van enige Partij. (...)"

(iv) De genoemde Bijlage 2.3.a (hierna: de Term Sheet) luidt, voor zover van belang, als volgt:

"**Bijlage 2.3.a**
VASTSTELLING PRIVATISERINGSVERGOEDING
TERM SHEET PRIVATISERINGSVERGOEDING TEN BEHOEVE VAN AANDEELHOUDERS REMU
(...)
2. Privatiseringsvergoeding
- De Aandeelhouders ontvangen van ENECO een vergoeding bij Privatisering ("**Privatiseringsvergoeding**") van ENECO Holding N.V. of een van haar dochtermaatschappijen of bedrijfsonderdelen voorzover deze meer dan 50% van de balanswaarde van de ENECO groep vertegenwoordigen ("**ENECO Holding**");
- De Privatiseringsvergoeding is gebaseerd op de waarde van (de aandelen) ENECO Holding op het moment van Privatisering;
- De Privatiseringsvergoeding is betaalbaar bij Privatisering, zoals beschreven onder 7.
3. Hoogte Privatiseringsvergoeding
De Privatiseringsvergoeding bedraagt 4 2/3 % (...) van de waarde van (de aandelen van) ENECO Holding (...) op het moment van Privatisering;
4. Privatisering
Onder Privatisering van de aandelen van ENECO Holding wordt verstaan: de voltooide levering van meer dan 50% van (de aandelen) ENECO Holding aan een derde partij (...)
5. Fusie (...)
6. Juridische splitsing
Een juridische splitsing van ENECO Holding geldt niet als een Privatisering. Vindt na splitsing alsnog Privatisering plaats van een entiteit die het resultaat is van de splitsing, dan zal de Privatiseringsvergoeding uitsluitend betrekking hebben op de geprivatiseerde entiteit. Het recht op de Privatiseringsvergoeding voor de overige, nog niet geprivatiseerde entiteiten blijft hierbij in stand.
(...)
11. Toekomstige wetgeving
Indien toekomstige wetgeving een situatie creëert waarin deze Bijlage 2.3.a niet voorziet, zullen ENECO en de Aandeelhouders te goeder trouw onderhandelen over aanpassingen die een situatie bewerkstelligen die zo veel als mogelijk recht doet aan de intentie van Partijen als hierin neergelegd.
12. Looptijd
Het recht op een Privatiseringsvergoeding vervalt per 31 december 2010."

(v) Op 1 juli 2008 is de in november 2006 aangenomen Wet Onafhankelijk Netbeheer (hierna: ook de Won) in werking getreden. De Won verplicht geïntegreerde energiebedrijven om het netbeheer uiterlijk op 31 december 2010 volledig af te splitsen van de overige activiteiten (het zogenoemde groepsverbod). Verder mag het onderdeel netbeheer niet worden geprivatiseerd. Bedoeling van deze regelgeving is - kort gezegd - de betrouwbaarheid van het Nederlandse energienetwerk veilig te stellen. Geïntegreerde energiebedrijven dienden derhalve uiterlijk op 31 december 2010 aan hun splitsingsverplichting te voldoen.

(vi) Het groepsverbod gold ook voor Eneco, waarvan de onderneming immers een netbeheer- en een commercieel bedrijf omvatte. Eneco Holding kon zich echter niet vinden in de verplichting tot splitsing en spande een rechtszaak aan tegen de Staat, stellende - kort gezegd - dat sprake was van schending van een aantal bepalingen van het EG-verdrag en van het (Europees) grondrecht op bescherming van eigendom.

(vii) Tegelijkertijd bracht Eneco in 2008 een nieuwe groepsstructuur tot stand waarbij de commerciële activiteiten, het netbeheer en de infrastructuur in aparte onderdelen (maar nog niet volledig los van elkaar) in de onderneming werden ondergebracht.

(viii) Bij vonnis van 11 maart 2009 wees de rechtbank de vordering van Eneco Holding tegen de Staat af, tegen welk vonnis Eneco Holding vervolgens hoger beroep heeft ingesteld.

(ix) Hangende deze beroepsprocedure diende Eneco in juli 2009 haar splitsingsplan in bij de Minister van Economische Zaken, die het plan in december 2009 goedkeurde.

(x) Bij arrest van 22 juni 2010 oordeelde het hof Den Haag het groepsverbod en daarmee de verplichting tot splitsing onverbindend wegens strijd met Europees recht. Naar aanleiding hiervan stopte Eneco het splitsingsproces. Tegen het arrest van het hof stelde de Staat vervolgens cassatieberoep in. Na beantwoording van enkele prejudiciële vragen door het Hof van Justitie van de Europese Unie oordeelde de Hoge Raad op 26 juni 2015 bij eindarrest - samengevat - dat de Won niet in strijd is met Europees recht en dat deze ten onrechte door het hof Den Haag onverbindend was verklaard. Na verwijzing bekrachtigde het hof Amsterdam tot slot bij arrest van 1 november 2016 alsnog het vonnis van de rechtbank.

(xi) Op 31 januari 2017 voerde Eneco de aan haar bij wet opgelegde splitsing alsnog uit. Sedertdien waren het netwerkbedrijf en het commerciële bedrijf van Eneco ondergebracht in volledig aparte ondernemingen, zij het met dezelfde aandeelhouders. Dat waren 53 gemeenten uit de Provincie Zuid-Holland. De grootste aandeelhouders waren de gemeenten Rotterdam (31,7%) en Den Haag (16,5%).

(xii) Eneco Holding heeft het (commerciële) energiebedrijf in maart 2020 aan een derde verkocht en geleverd.

(xiii) Remu c.s. hebben aanspraak gemaakt op betaling door Eneco Beheer van de privatiseringsvergoeding. Eneco Beheer is niet tot betaling overgegaan.

3.2. Inzet van het onderhavige geding is de betaling door Eneco Beheer aan Remu c.s. van de hierboven onder 3.1 sub iii en iv bedoelde Privatiseringsvergoeding, die volgens Remu c.s. per 1 juli 2009 verschuldigd is en op 10 september 2019 inclusief rente € 295.440.194,- bedroeg. De rechtbank heeft de vordering van Remu c.s. afgewezen. Tegen deze beslissing en de motivering daarvan komen Remu c.s. met vijf grieven op. Deze lenen zich voor gezamenlijke behandeling.

3.3. Eneco Beheer voert als belangrijkste verweer dat haar verplichting tot betaling van de Privatiseringsvergoeding blijkens onderdeel 12 van de Term Sheet per 31 december 2010 verviel, dat er toen geen privatisering als gedefinieerd in de Term Sheet had plaatsgevonden en dat – voor zover al relevant – er toen ook geen concrete plannen bestonden om tot een dergelijke privatisering over te gaan.
Blijkens de hierboven vermelde feiten heeft Eneco Holding, nadat eind januari 2017 het netwerkbedrijf en het commerciële bedrijf waren gesplitst door deze onder te brengen in volledig aparte ondernemingen met dezelfde publieke aandeelhouders, haar commerciële bedrijf (eerst) in 2020 aan een derde verkocht en geleverd.

3.4. Partijen zijn het er op zichzelf over eens dat hun overeenkomst uit 2002 inhield dat de nabetalingsverplichting van Eneco zou ontstaan indien een substantieel deel van de onderneming van Eneco zou worden geprivatiseerd voor 31 december 2010. Volgens Remu c.s. is dit echter anders komen te liggen doordat op 1 juli 2008 de (in november 2006 aangenomen) Wet Onafhankelijk Netbeheer (Won) in werking is getreden die geïntegreerde energiebedrijven verplichtte om het netbeheer uiterlijk 31 december 2010 volledig af te splitsen van de commerciële activiteiten. Tegen de achtergrond van de Won en het (aanvankelijk) verzet van Eneco tegen de daaruit voortvloeiende verplichtingen en gelet op het bepaalde in de onderdelen 2 en 11 van de Term Sheet, brengt in de visie van Remu c.s. een redelijke uitleg van de overeenkomst, althans de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid, mee dat de privatisering geacht moet worden te hebben plaatsgevonden op 1 juli 2009 (of in ieder geval uiterlijk op 31 december 2010). Voorts brengt de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid mee dat Eneco Beheer Remu c.s. niet kan houden aan de vervaldatum van 31 december 2010.

Uitleg
3.5.1. Bij de uitleg van contractsbepalingen als hier aan de orde dient te worden nagegaan welke zin partijen ten tijde van het sluiten van de overeenkomst, mede gelet op de toen geldende omstandigheden, over en weer redelijkerwijs aan de betrokken bepalingen mochten toekennen en wat zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten. Nu het om professionele partijen gaat die voorzien waren van rechtskundige bijstand komt daarbij relatief groot gewicht toe aan de bewoordingen van de betrokken bepalingen; voorts is van belang dat uit artikel 16 van de overeenkomst valt op te maken dat partijen beoogd hebben de tussen geldende afspraken uitputtend te regelen.

3.5.2. Partijen zijn het er op zichzelf over eens dat hetgeen zij in 2002 zijn overeengekomen niet inhield dat op Eneco een (inspannings)verplichting rustte om

voor 31 december 2010 tot verkoop van een substantieel onderdeel van haar bedrijf over te gaan en dat het (in beginsel) ter discretie van Eneco stond om daartoe al dan niet te beslissen. Het hof constateert dat tegen rechtsoverweging 4.3 van het bestreden vonnis waarin dit tot uitgangspunt is genomen door Remu c.s. geen grief is gericht.

3.5.3. In het licht van dit een en ander valt niet in te zien dat de invoering in 2008 van een - naar tussen partijen vaststaat in 2002 niet voorziene - wet die aan geïntegreerde energiebedrijven als Eneco een verplichting tot splitsing oplegde waaraan uiterlijk 31 december 2010 moest zijn voldaan, in de contractuele relatie van partijen het door Remu c.s. bepleite rechtsgevolg meebracht, te weten dat Eneco Beheer ook zonder dat Eneco voor de vervaldatum tot verkoop van een substantieel deel van haar onderneming is overgegaan een Privatiseringsvergoeding verschuldigd is geworden. Het hof wijst er in dit verband op dat in onderdeel 6 van de Term Sheet uitdrukkelijk is bepaald dat een juridische splitsing niet geldt als privatisering.
De Won hield ook geen verplichting in voor Eneco om de splitsing gepaard te laten gaan met de verkoop van een deel van haar bedrijf aan een derde (private) partij, hetgeen door de splitsing zoals die in 2017 tot stand kwam wordt geïllustreerd.
Ter zijde merkt het hof op dat het betoog van Remu c.s. ter gelegenheid van de mondelinge behandeling in hoger beroep dat Eneco Beheer door wetschending ongerechtvaardigd is verrijkt, voor zover al niet in strijd met de twee-conclusieregel, derhalve niet opgaat.

3.5.4. Verder vindt in het feitenmateriaal onvoldoende steun dat - zoals Remu c.s. betogen - in de periode 2009/2010 de door de Won voorgeschreven splitsing noodwendig tot de privatisering van het commerciële bedrijf van Eneco zou hebben geleid. Eneco Beheer heeft in dit verband gewezen op diverse mogelijkheden die Eneco en haar aandeelhouders ten dienste stonden om de vereiste versterking van de financiële positie van het netwerkbedrijf te verwezenlijken, terwijl ook in de stellingen van Remu c.s. niet besloten ligt dat de splitsing noodzakelijkerwijs een (onverwijlde) extra investering in het commerciële bedrijf zou vergen.

3.5.5. Dat het mogelijk, om financieel economische redenen en mede gelet op het geldend wettelijk kader, voor de hand lag dat tot privatisering van het commerciële bedrijf zou worden overgegaan, doet er niet aan af dat het Eneco (ook in relatie tot Remu c.s.) vrijstond om haar strategische opties te verkennen en naar mogelijke alternatieven te zoeken, zoals, naar uit overgelegde producties blijkt, zij in de periode voor 31 december 2010 en ook nadien heeft gedaan. Dat in de periode na invoering van de Won een aantal (grote) aandeelhouders zich voor privatisering hebben uitgesproken en in juni 2008 de zakenbank Kempen & Co is ingeschakeld met het oog op een mogelijke verkoop, doet er niet aan af dat Eneco toen klaarblijkelijk niet tot privatisering van haar commerciële bedrijf heeft besloten, noch wettigt zulks de gevolgtrekking dat Eneco jegens Remu c.s. tot een dergelijke privatisering was gehouden.

3.5.6. Dit laatste is niet anders indien het bepaalde in onderdeel 11 van de Term Sheet in de beschouwing wordt betrokken. Aan de mogelijkheid om recht te doen aan de intentie van partijen - namelijk dat Remu c.s. zouden (mee)profiteren van de

meerwaarde van het nieuwe, grotere bedrijf in geval van verkoop aan een derde van een substantieel onderdeel daarvan voor 31 december 2010 - deed de Won immers geen afbreuk. Privatisering van het commerciële bedrijf was voor én na de Won mogelijk. Van een situatie waarin Bijlage 2.3a niet voorzag was in zoverre geen sprake. Hoogstens bracht de invoering van deze wet de kans dat Eneco Beheer een privatiseringsvergoeding verschuldigd zou worden dichterbij, maar dat betekent nog niet dat daarmee op Eneco Beheer jegens Remu c.s. een verplichting kwam te rusten om (onderhandelingen te voeren om) deze kans in zekerheid om te zetten, zoals Remu c.s. in feite bepleiten.

3.5.7. Dat Remu c.s. aan de contractuele regeling redelijkerwijs de betekenis mochten toekennen dat als gevolg van de invoering van de Won op Eneco een verplichting kwam te rusten om uiterlijk op 31 januari 2010 tot privatisering van het commerciële bedrijf over te gaan (en ook bij gebreke daarvan een Privatiseringsvergoeding verschuldigd zou zijn) vindt derhalve noch in de bewoordingen van de overeenkomst noch in het verdere feitenmateriaal voldoende steun.

(Verdere) aanvullende en/of beperkende werking redelijkheid en billijkheid
3.6.1. Niet valt in te zien dat de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid verder tot een andere uitkomst leidt. In dit verband is van belang dat de contractuele regeling op zichzelf duidelijk is en blijkens het bepaalde in artikel 16 van de overeenkomst kennelijk uitputtend is bedoeld. Niet in geschil is dat de termijn van 31 december 2010 het resultaat was van onderhandelingen van partijen en dat de strekking daarvan was dat Remu c.s. zouden meedelen in de opbrengst van de verkoop van een substantieel deel van het energiebedrijf voor 31 december 2010.
Hetgeen Remu c.s. in dit geding voorstaan komt er in feite op neer dat Eneco Beheer een vergoeding verschuldigd is geworden ook zonder dat Eneco (uiterlijk op het relevante moment) inkomsten genoot uit de verkoop van een deel van het bedrijf aan een private partij. Dat de redelijkheid en billijkheid dit in de gegeven omstandigheden eisen valt niet in te zien, reeds omdat de Won (ook in combinatie met het geldend wettelijk kader) geen verplichting inhield om te privatiseren, laat staan dat deze diende plaats te vinden onder de in de Term Sheet voor een ontstaan van een betalingsverplichting gestelde voorwaarden.

3.6.2. Remu c.s. hebben betoogd dat van Eneco mocht worden verlangd dat zij loyaal en tijdig aan de door de Won voorgeschreven splitsing uitvoering zou geven en dat het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is dat Eneco Beheer van het toenmalige verzet van Eneco tegen de splitsing en de daaraan volgens Remu c.s. gekoppelde noodzaak tot privatisering, profiteert door het verval van haar verplichting tot betaling van de overeengekomen Privatiseringsvergoeding. Volgens Remu c.s. staat de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid er dan ook aan in de weg dat op het verval van de betalingsverplichting een beroep wordt gedaan.

3.6.3. In dit verband is in de eerste plaats van belang dat Remu c.s. niet betogen (zij hebben dit ter zitting van het hof ook bevestigd) dat sprake was van kwade trouw van de zijde van Eneco Beheer in die zin dat zij c.q. Eneco zich heeft verzet tegen de door

de Won voorgeschreven splitsing teneinde aan een verplichting tot betaling van de Privatiseringsvergoeding te ontkomen.

3.6.4. Van verdere omstandigheden die nopen tot de gevolgtrekking dat Eneco Beheer zich niet mocht beroepen op het bepaalde in onderdeel 12 van de Term Sheet is niet gebleken. Dat Eneco zich door middel van gerechtelijke procedures met een beroep op Europees recht heeft verzet tegen de door de Won voorgeschreven splitsing is niet als laakbaar aan te merken laat staan als onrechtmatig in de verhouding tot Remu c.s. Ook het feit dat het, zoals reeds overwogen, mede gelet op het geldend wettelijk kader (met name Gemeentewet en Wet financiering decentrale overheden) voor de hand lag dat Eneco in navolging van Essent en Nuon haar commerciële bedrijf zou afstoten brengt niet mee dat het Eneco jegens Remu c.s. niet vrijstond om alle strategische opties te onderzoeken en mede als gevolg daarvan niet uiterlijk 31 december 2010 (of korte tijd nadien) tot privatisering over te gaan. Het hof laat daarbij in het midden of de privatisering uiterlijk 31 december 2010 mogelijk was geweest, hetgeen de rechtbank in de gegeven omstandigheden uitgesloten achtte en waarover partijen van mening verschillen, en voorts of in dat geval de drempel van 50% van de balanswaarde van de Eneco groep zou zijn behaald.
Het betoog van Remu c.s. dat in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is dat Eneco Beheer zich op de contractuele vervaltermijn beroept wordt derhalve verworpen.

Verzoek ex 22 Rv, bewijsaanbod
3.7. Gelet op het voorgaande zijn er onvoldoende termen om Eneco Beheer op de voet van 22 Rv te bevelen om de in de memorie van grieven genoemde bescheiden over te leggen (betreffende, kort gezegd, de in 2009 voorbereide splitsing en het besluitvormingsproces binnen Eneco aangaande de splitsing en een eventuele privatisering in de periode 1 januari 2006 tot en met 31 december 2011).
Remu c.s. hebben geen stellingen ingenomen die indien bewezen tot een andere uitkomst van het geding kunnen leiden, haar bewijsaanbod zal derhalve (evenals dat van Eneco Beheer) worden gepasseerd.

Slotsom
3.9. Uit het voorgaande volgt dat geen van de door Remu c.s. daartoe aangevoerde gronden haar vordering kan dragen en deze derhalve niet toewijsbaar is.
De grieven van Remu c.s. treffen reeds daarom geen doel en behoeven geen verdere bespreking.
Het vonnis waarvan beroep zal worden bekrachtigd. Remu c.s. zullen als de in het ongelijk gestelde partij worden veroordeeld in de kosten van het geding. Voor hun hoofdelijke veroordeling daarin is geen deugdelijke grondslag aangevoerd.

4. Beslissing

het hof:

bekrachtigt het vonnis waarvan beroep;

veroordeelt Remu c.s. in de kosten van het hoger beroep tot op heden aan de zijde van Eneco Beheer begroot op € 5.382,- aan verschotten en op € 16.503,- voor salaris;

verklaart deze kostenveroordeling uitvoerbaar bij voorraad;

wijst af het anders of meer gevorderde.

Dit arrest is gewezen door mrs. W.A.H. Melissen, E.E. van Tuyll van Serooskerken-Röell en C.M. Stokkermans en door de rolraadsheer in het openbaar uitgesproken op 8 december 2020.

mr. J.C.W. Rang