

LJN: BL6045, Gerechtshof Arnhem , 200.040.088

Datum uitspraak: 02-03-2010

Datum publicatie: 02-03-2010

Rechtsgebied: Handelszaak

Soort procedure: Hoger beroep kort geding

Inhoudsindicatie: Statutaire kwaliteitseis; aandeel van Essent in kerncentrale Borssele kan niet naar RWE omdat de aandelen van de joint venture met Delta waarin de eigendom van de kerncentrale is ondergebracht slechts gehouden kunnen worden door vennootschappen waarvan de aandelen uitsluitend (rechtstreeks of middellijk) door publiekrechtelijke lichamen worden gehouden.

Uitspraak

GERECHTSHOF ARNHEM

Sector civiel recht

zaaknummer gerechtshof 200.040.088

(zaaknummer rechtbank 185101 / KG ZA 09-319)

arrest in kort geding van de eerste civiele kamer van 2 maart 2010

inzake

1. de naamloze vennootschap

Essent N.V.,

gevestigd te Arnhem,

advocaat: mr. F.A.M. Knüppe,

2. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

Essent Nederland B.V.,

gevestigd te Arnhem,

advocaat: mr. F.A.M. Knüppe,

3. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

Energy Resources Holding B.V.

(voorheen genaamd: Essent Business Development B.V.),

gevestigd te 's-Hertogenbosch,

advocaat: mr. F.A.M. Knüppe,

4. de rechtspersoon naar Duits recht

RWE A.G.,

gevestigd te Essen, Duitsland,

appellanten,

advocaat: mr. J.M.W. Werker,

tegen:

1. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid
Delta Energy B.V.,
2. de naamloze vennootschap
Delta N.V.,
beide gevestigd te Middelburg,
geïntimeerden,
advocaat: mr. P.D. Olden.

1. Het geding in eerste aanleg

Voor het geding in eerste aanleg verwijst het hof naar de inhoud van het vonnis van 10 juli 2009 dat de voorzieningenrechter in de rechtbank Arnhem in kort geding tussen appellanten (hierna afzonderlijk ook te noemen: Essent N.V., Essent Nederland, ERH en RWE, en gezamenlijk: Essent c.s.) als gedaagden en geïntimeerden (hierna ook te noemen: Delta c.s.) als eisers heeft gewezen; van dat vonnis is een fotokopie aan dit arrest gehecht.

2. Het geding in hoger beroep

2.1 Essent c.s. hebben Delta c.s. bij exploit van 7 augustus 2009 aangezegd van voornoemd vonnis van 10 juli 2009 in hoger beroep te komen, met dagvaarding van Delta c.s. voor dit hof. In dit exploit hebben zij acht grieven tegen dit vonnis geformuleerd en aangekondigd te zullen vorderen dat het hof bij arrest, uitvoerbaar bij voorraad, het bestreden vonnis zal vernietigen en, opnieuw recht doende, de vorderingen van Delta c.s. zal afwijzen, onder veroordeling van Delta c.s. in de kosten van dit geding in beide instanties.

2.2. Op de rol van 18 augustus 2009 hebben Essent c.s. geconcludeerd voor eis overeenkomstig dit exploit.

2.3 Bij memorie van antwoord hebben Delta c.s. de grieven bestreden en een producties in het geding gebracht. Zij hebben geconcludeerd dat het hof het hoger beroep zal verwerpen en het bestreden vonnis zal bekrachtigen, met veroordeling van Essent c.s. in de kosten van beide instanties, een en ander uitvoerbaar bij voorraad.

2.4 Ter zitting van 18 januari 2010 hebben partijen de zaak doen bepleiten, Essent N.V. en Essent Nederland door mrs. J.W. van der Staay, A. Doorman en W. Knibbeler, advocaten te Amsterdam, ERH door mrs. J.W. Bitter en R.F. van den Heuvel, advocaten te Rotterdam, RWE door mr. A.F.J.A. Leijten, advocaat te Amsterdam, en Delta c.s. door mrs. Olden en F.E. Vermeulen, advocaten te Amsterdam, en J.J. Feenstra, advocaat te Rotterdam; partijen hebben pleitnotities in het geding gebracht.

Voorafgaand aan het pleidooi zijn de volgende stukken aan het hof en partijen verzonden:

- brief van mrs. Van der Staay en Doorman voornoemd van 4 januari 2010 met in bijlage hun schriftelijke inleiding op het pleidooi, met producties,
- brief van mr. Leijten voornoemd van 4 januari 2010 met in bijlage zijn schriftelijke inleiding op het pleidooi, met producties,
- brief van mr. Olden voornoemd van 12 januari 2010, met producties,

- brief van mrs. Van der Staay en Doorman voornoemd van 15 januari 2010, met productie. Gelet op de inhoud van deze stukken – in het licht ook van de brief van de griffier van dit hof van 1 december 2009, waarin partijen werd toegestaan op voorhand een schriftelijke inleiding op hun pleidooi in te sturen – en de instemming ter zitting van partijen over en weer, heeft het hof partijen akte verleend van het in het geding brengen van deze stukken, waarmee voorts de inhoud van de schriftelijke inleidingen op de pleidooien wordt beschouwd als ter zitting uitgesproken.

2.5 Vervolgens hebben partijen verklaard dat het hof kan uitgaan van de voorafgaand aan de pleidooien in viervoud door Essent c.s. overgelegde (kopie van de) processtukken en heeft het hof arrest bepaald.

3. De vaststaande feiten

3.1 Het hof gaat uit van de feiten die de voorzieningenrechter onder 2.1 tot en met 2.30 van het bestreden vonnis heeft vastgesteld, met dien verstande dat het hof met betrekking tot de vaststelling onder 2.12 nader vaststelt dat de datum waarop het onder 4.7 van het bestreden vonnis aangehaalde artikel 11 lid 6 uit de statuten van de N.V. Elektriciteits-Produktiemaatschappij Zuid-Nederland (hierna: EPZ) verdween, niet 23 juli 2001 is, maar 10 mei 2001.

3.2 In aanvulling hierop stelt het hof in hoger beroep de navolgende feiten vast.

3.3 De door RWE en (de voormalige publieke aandeelhouders van) Essent N.V. voorgenomen overdracht van de aandelen in Essent N.V. aan RWE is afgerond op 30 september 2009. Als gevolg van het door de voorzieningenrechter in het bestreden vonnis uitgesproken gebod hebben partijen aanvullende afspraken gemaakt die erin resulteren dat de voormalige publieke aandeelhouders van Essent N.V. na voornoemde overdracht gezamenlijk 100% aandeelhouder zijn in de vennootschap Publiek Belang Elektriciteitsproductie B.V. (hierna: PBE), welke vennootschap 100% aandeelhouder is in ERH. ERH is de vennootschap die ten tijde van de procedure in eerste aanleg nog Essent Business Development B.V. (in het bestreden vonnis aangeduid als: EBD) heette en die, net als Delta Energy B.V., 50% van de aandelen houdt in de eigenaar van (onder meer) de kerncentrale te Borssele, EPZ. Voorts hebben RWE en (de voormalige publieke aandeelhouders van) Essent N.V. aanvullende afspraken gemaakt met betrekking tot de (wijze van) overdracht van de aandelen in ERH zodra daaraan niet de beletselen in de weg staan die aan de orde zijn in het onderhavige kort geding en de bij de rechtbank Arnhem aanhangige bodemprocedure.

3.4 ERH en PBE hebben met de Staat een convenant gesloten waarin afspraken zijn gemaakt met betrekking tot het borgen van publieke belangen in het geval – kort gezegd – het thans door ERH gehouden aandelenbelang in EPZ (middellijk of onmiddellijk) in private handen komt. Daarbij is beoogd dat deze afspraken als kwalitatieve verbintenis en/of als kettingbeding de toekomstige eigenaar(s) van dit belang in EPZ binden.

4. De motivering van de beslissing in hoger beroep

4.1 Kort gezegd is in dit kort geding aan de orde de vraag of de in de statuten van EPZ

opgenomen kwaliteitseis eraan in de weg staat dat RWE – een beursgenoteerde Duitse vennootschap, waarvan ongeveer 30% van de aandelen in handen is van Duitse overheden en de resterende aandelen in handen van private partijen – (middellijk) eigenaar wordt van de thans door ERH gehouden aandelen in EPZ. Deze statutaire kwaliteitseis luidt als volgt (artikel 4.4 statuten EPZ, aangehaald in het bestreden vonnis onder 2.12):

Houders van aandelen kunnen slechts zijn naamloze en besloten vennootschappen die krachtens hun statutaire doelstellingen feitelijk werkzaam zijn op het gebied van de distributie en/of productie van energie en waarvan de aandelen ingevolge de statuten uitsluitend rechtstreeks of middellijk door publiekrechtelijke lichamen worden gehouden.

4.2 In eerste aanleg heeft de voorzieningenrechter Essent N.V., Essent Nederland en ERH – op straffe van verbeurte van een substantiële dwangsom – geboden zich voor de duur van de bodemprocedure te onthouden van (kort gezegd) handelingen die ertoe leiden dat de aandelen van EPZ in handen komen van een vennootschap waarvan de volle (economische en juridische) eigendom van de aandelen niet rechtstreeks of middellijk door publiekrechtelijke lichamen wordt gehouden. Als gevolg van dit gebod is ook de onder 2.22 van het bestreden vonnis weergegeven (aan productie 32 van Essent N.V., Essent Nederland en ERH in eerste aanleg ontleende) herstructurering van de voorgenomen transactie (hierna: de EPZ-structuur) – die voorzag in overdracht van de economische eigendom van de (te certificeren) aandelen in ERH aan RWE, gecombineerd met begeleidende afspraken – onmogelijk geworden. Daarop heeft de voorgenomen transactie op die hiervoor onder 3.3 kort weergegeven wijze plaatsgevonden.

4.3 Voor zover de tegen dit vonnis naar voren gebrachte bezwaren neerkomen op de stelling dat een statutaire kwaliteitseis ten aanzien waarvan de statuten geen expliciete sancties formuleren voor het geval waarin de aandeelhouder de door de statuten vereiste kwaliteit niet (meer) bezit, geen ander rechtsgevolg kan hebben dan gevolgen die direct zien op de geldigheid van de overdracht van aandelen aan een (niet over de vereiste kwaliteit beschikkende) verkrijger, moet die stelling worden verworpen. Of en in hoeverre een statutaire kwaliteitseis leidt tot (andere) verplichtingen voor de desbetreffende aandeelhouder en/of andere bij die aandeelhouder betrokken (rechts)personen jegens de vennootschap en/of andere bij de vennootschap betrokken (rechts)personen is een vraag van uitleg, enerzijds van de statuten waarin de kwaliteitseis is opgenomen, en anderzijds, indien van toepassing, van de in aanvulling op het aandeelhouderschap bestaande rechtsverhouding tussen de betrokken partijen. Ook als in de statuten geen gebruik is gemaakt van de door artikel 2:87b BW geopende mogelijkheid tot het opschorten van bepaalde rechten van de aandeelhouder en/of de door artikel 2:87a BW geopende mogelijkheid een aanbiedingsplicht in de statuten op te nemen, kan een statutaire kwaliteitseis – afhankelijk van voornoemde uitleg en de concrete omstandigheden van het geval – verplichtingen jegens andere bij de vennootschap betrokken partijen in het leven roepen.

4.4 Ten aanzien van de uitleg van de statuten in het voorliggende geval stelt het hof – net als de voorzieningenrechter in r.o. 4.4 van het bestreden vonnis (in hoger beroep onbestreden) heeft gedaan – voorop dat de tekst van de kwaliteitseis op zichzelf voldoende duidelijk is en dat evenmin voor discussie vatbaar is dat de oorspronkelijk beoogde transactie (de overdracht van alle aandelen in Essent N.V. aan RWE, zonder toepassing van de EPZ-structuur) ertoe zou leiden dat ERH als aandeelhouder in EPZ niet (meer) aan de kwaliteitseis zou voldoen.

4.5 Of dit gegeven meebrengt dat de door Delta c.s. gevorderde voorzieningen jegens Essent N.V., Essent Nederland en/of ERH toewijsbaar zijn, vraagt echter om een nadere uitleg in de onder 4.3 bedoelde zin, gericht op beantwoording van de vraag of de kwaliteitseis er in de gegeven omstandigheden toe leidt dat deze partijen zich moeten onthouden van handelingen die leiden tot het verlies van de voorgeschreven kwaliteit door ERH, alsmede van de vraag of onder verlies van de voorgeschreven kwaliteit door ERH ook begrepen moet worden de eigendomsverhoudingen zoals die voorzien zijn na implementatie van de EPZ-structuur.

4.6 Daarbij is de zelfstandige relevantie van de (in de context van grief 4 opgeworpen) vraag aan de hand van welke uitlegnorm de voorliggende statutaire kwaliteitseis op zichzelf moet worden uitgelegd beperkt, nu uit de voorliggende omstandigheden (die in hoofdlijnen zijn weergegeven in het bestreden vonnis onder 2.11 tot en met 2.14) blijkt dat de beoogde inhoud van die statuten onderdeel was van de – in 2000/2001 substantieel gewijzigde – samenwerking van de destijds bij de eigendom van de kerncentrale betrokken partijen. De inhoud van deze samenwerking werd op hoofdlijnen bepaald door de tussen partijen op 24 november 2000 gesloten Master Agreement en de daarbij behorende bijlagen, waaronder de beoogde statuten en hoofdlijnen of concepten van nader tussen partijen te maken afspraken in de vorm van onder meer een tollingovereenkomst en een aandeelhoudersovereenkomst. Uit die contractuele – op het aangaan of voortzetten van een joint venture verhouding gerichte – inbedding van de beoogde statuten van EPZ volgt immers dat de uiteindelijk in de statuten opgenomen artikelen onderdeel zijn van een groter geheel van afspraken die tot doel hadden het kader weer te geven van de samenwerking tussen de partijen die – als aandeelhouders van EPZ – eigenaar waren van (onder meer) de kerncentrale te Borssele.

4.7 Het voorgaande neemt echter niet weg het uitgangspunt dat voor de statuten naar hun aard geldt dat zij zich op de schaal die de vloeiende overgang tussen de (meer subjectieve) Haviltexnorm en de (meer objectieve) CAO-norm weergeeft, bevinden in het gebied waarin de uitleg op basis van de CAO-norm prevaleert, zodat objectieve maatstaven bij de uitleg van de statuten in beginsel centraal dienen te staan. Als uitgangspunt geldt overigens (ook) voor de (andere) schriftelijk vastgelegde afspraken die partijen destijds – na inhoudelijk overleg, als professionele partijen, bijgestaan door juridische adviseurs – maakten dat groot gewicht toekomt aan de (meest voor de hand liggende) taalkundige betekenis van de bewoordingen die partijen hebben gekozen voor de vastlegging van hun afspraken.

4.8 Die – meer objectieve, met name op de taalkundige betekenis van de bewoordingen in de gegeven context gerichte – uitleg van de statuten en de achterliggende contractuele verhouding waaruit die statuten zijn voortgekomen, impliceert echter niet dat de statutaire kwaliteitseis waaraan een aandeelhouder van EPZ moet voldoen, niet kan leiden tot verplichtingen aan welke andere bij de vennootschap betrokken partijen – waaronder andere aandeelhouders in ERH – deze aandeelhouder kunnen houden. Integendeel, nu (zoals onder 4.4 bleek) voor eenieder voldoende duidelijk was dat de oorspronkelijk voorgenomen transactie ertoe zou leiden dat ERH haar kwaliteit zou verliezen, mocht van ERH verwacht worden dat zij zich zou onthouden van handelingen die bijdragen aan dit voorzienbare en – gelet op de inhoud van het voorafgaande verzoek om tot statutenwijzigingen over te gaan zoals dat blijkt uit productie 28 van Delta c.s. in eerste aanleg – ook in concreto voorziene gevolg van de voorgenomen transactie. Dat geldt ook

voor Essent B.V. en Essent Nederland, nu dit de vennootschappen zijn door welke ERH in concernverhoudingen aan die kwaliteitseis voldeed. In dit verband is relevant de in hoger beroep niet bestreden vaststelling van de voorzieningenrechter dat het Essent-concern een instigerende en bepalende rol speelt in de totstandbrenging van de transactie en de vormgeving daarvan (r.o. 4.18 van het bestreden vonnis). Voorts is in dit verband relevant de achterliggende contractuele verhouding tussen partijen, die hun samenwerking als aandeelhouders in EPZ het karakter geeft van een joint venture op basis van de in de Master Agreement en de daarbij behorende bijlagen (die naderhand hun definitieve vorm hebben gekregen) neergelegde uitgangspunten waaraan (onder andere) Essent N.V. zich destijds heeft gebonden en die leidde tot een samenwerking waarbij verschillende tot het Essent-concern behorende vennootschappen zijn betrokken. Dat vervolgens voor zowel ERH als Essent N.V. en Essent Nederland gold dat zij (zowel afzonderlijk als tezamen) niet (volledig) in eigen hand hadden en hebben dat ERH in de toekomst aan de kwaliteitseis zou kunnen blijven voldoen, neemt niet weg dat in de voorliggende omstandigheden van ieder van hen verwacht mocht en mag worden dat zij geen handelingen zouden verrichten die het voorzienbare gevolg hebben dat ERH haar door haar statuten vereiste kwaliteit zou verliezen. Uit het voorgaande volgt derhalve dat op Essent NV, Essent Nederland en ERH in beginsel een verplichting rustte jegens Delta c.s. – zijnde de andere in de joint venture (en aldus ook: bij de vennootschap ERH) betrokken partijen – om zich van dergelijke handelingen te onthouden, bij gebreke waarvan zij zouden tekortschieten, althans onrechtmatig zouden handelen jegens Delta c.s. Afhankelijk van de – hierna nog te bespreken – vraag of Delta c.s. daarbij een voldoende belang hebben, kunnen Essent NV, Essent Nederland en ERH dan ook tot nakoming van die verplichting worden veroordeeld.

4.9 Deze conclusie wordt niet anders indien bij voornoemde objectieve uitleg mede betrokken wordt het gegeven dat de statuten (en ook de Master Agreement en alle verdere overeenkomsten die partijen in het kader van hun EPZ-samenwerking zijn aangegaan) geen expliciet geformuleerde sancties bevatten voor de situatie waarin een aandeelhouder in EPZ niet (meer) aan de kwaliteitseis voldoet. Dat in de statuten niet is voorzien in de mogelijkheid die artikel 2:87b BW biedt om de uitoefening van bepaalde aan het aandeelhouderschap verbonden rechten te schorsen is op zichzelf irrelevant, gelet op hetgeen het hof onder 4.3 heeft vooropgesteld en het gegeven dat de vorderingen van Delta c.s. er niet toe strekken een dergelijke schorsing te bewerkstelligen. Daarbij is van belang dat in de onderhavige zaak niet de situatie aan de orde is waarin ERH niet (meer) aan de kwaliteitseis voldoet, maar de situatie dat ERH en haar (middellijke) aandeelhouders voornemens zijn handelingen te verrichten die voorzienbaar tot gevolg hebben dat ERH niet meer aan die kwaliteitseis zal voldoen.

4.10 Ook de van de kant van Essent c.s. aangedragen meer subjectieve uitlegfactoren kunnen niet tot een andere uitkomst leiden, in wezen reeds omdat uit hetgeen onder 4.7 is overwogen volgt dat aan die subjectieve uitlegfactoren ook in een geval als dit, waarin de statuten gezien moeten worden tegen de achtergrond van een intensieve samenwerking in de vorm van een joint venture, slechts een beperkte betekenis kan worden toegekend. Dat, zoals Essent c.s. stellen, een kwaliteitseis als deze niet meer zou zijn dan een – min of meer onbewust gehandhaafde – standaardbepaling, wordt voorts gelogenstrafd door het gegeven dat deze kwaliteitseis blijkbaar wel uitdrukkelijk tussen partijen aan de orde is gesteld ten tijde van het opstellen van de Master Agreement (vgl. productie 28 van Essent c.s. in eerste aanleg), waarna zij dus kennelijk bewust in haar huidige vorm is gehandhaafd. Dat slechts fiscale en/of pensioentechnische overwegingen

redengevend waren voor het opnemen van de kwaliteitseis in de statuten, maakt haar inhoud niet tot een andere en impliceert met name niet dat de joint venture partners beoogd hebben elkaar en/of andere bij de rechtspersoon betrokken partijen iedere aanspraak uit hoofde van die kwaliteitseis te ontnemen. Ook indien sprake zou zijn geweest van (slechts) fiscale of pensioentechnische overwegingen, ligt immers voor de hand dat die aanspraak wel zou bestaan, bijvoorbeeld in het geval dat (beoogd) verlies van de vereiste kwaliteit aan de kant van een aandeelhouder zou meebrengen dat EPZ – en daarmee indirect ook de andere aandeelhouder in EPZ – schade zou lijden door een ongunstiger fiscale behandeling. Ten slotte leidt ook het gegeven dat de onder 4.7 in het bestreden vonnis aangehaalde aanbiedingsplicht (gecombineerd met een schorsing van de uitoefening van het vergader- en stemrecht en van het recht op uitkeringen) naar aanleiding van het sluiten van de Master Agreement uit de statuten van EPZ is geschrapt, niet tot een ander oordeel, reeds omdat Essent c.s. geen voldoende concrete feitelijke stellingen hebben betrokken die kunnen meebrengen dat partijen met dit schrappen beoogd hebben elkaar en/of andere bij de rechtspersoon betrokken partijen iedere aanspraak uit hoofde van de – immers bewust wel gehandhaafde – kwaliteitseis te ontnemen.

4.11 Het hof komt ook niet tot een ander oordeel naar aanleiding van het beroep dat Essent c.s. hebben gedaan op de in artikel 49 en 63 (artikel 43 en 56 oud) EG-Verdrag vervatte vrijheden van vestiging en van kapitaalverkeer. Hun betoog dat sprake is van een schending van deze vrijheden hebben Essent c.s. slechts onderbouwd met de stelling dat de kwaliteitseis iedere private investering in de aandelen van EPZ onmogelijk maakt, waardoor voor private partijen geen mogelijkheid bestaat te investeren in ‘de Nederlandse kernenergiesector’ (pleitaantekeningen Essent NV, Essent Nederland en ERH in eerste aanleg, onder 131). Die enkele stelling kan echter het oordeel dat sprake is van een schending niet dragen, nu uit de ingeroepen vrijheden en hetgeen Essent c.s. in dat verband hebben aangedragen niet zonder meer voortvloeit dat een 100% overheidsactiviteit waarin een private partij wenst te investeren daarvoor moet openstaan, noch in het algemeen, noch indien de desbetreffende overheidsactiviteit betrekking heeft op de kernenergiesector. In dat verband is nog van belang dat de kwaliteitseis niet meebrengt dat het een private partij onmogelijk gemaakt wordt zelf activiteiten in deze sector te ondernemen, hij staat er slechts aan in de weg dat een private partij kan gaan deelnemen in de bestaande activiteit in de vorm van de kerncentrale te Borssele die altijd (middellijk) in handen van de overheid is geweest en dat nog steeds is. Terzijde merkt het hof op dat ook als over dit alles anders gedacht zou moeten worden het beroep op schending van voornoemde verdragsbepalingen moet worden verworpen, nu daarvoor een rechtvaardiging kan worden gevonden. Deze rechtvaardiging hangt met name samen met de sector waarin RWE wenst te investeren, welke bij uitstek een sector is waarin (bepalende) overheidsinvloed – vanuit een oogpunt van veiligheid en continuïteit, maar ook vanuit een oogpunt van maatschappelijk draagvlak – noodzakelijk kan zijn, zodat de door de kwaliteitseis in het leven geroepen beperking van de mogelijkheid tot deelname in het kapitaal van in die sector actieve ondernemingen, daardoor gerechtvaardigd kan worden. Daarbij komt dat de formulering van de kwaliteitseis niet discriminatoir is in die zin dat deelname door private ondernemingen uit bepaalde andere (lid)staten wel mogelijk zou zijn. Teneinde de (bepalende) overheidsinvloed te handhaven, is de gestelde kwaliteitseis geschikt, terwijl – gelet ook op het ontbreken van voldoende concrete daarop toegesneden stellingen – voorshands niet kan worden aangenomen dat diezelfde invloed met andere, minder ver strekkende middelen zou kunnen worden bereikt.

4.12 Nu uit het voorgaande voortvloeit dat Delta c.s. in beginsel – los van hun hierna nog te bespreken belang – jegens Essent NV, Essent Nederland en ERH aanspraak kunnen maken op nakoming van hun verplichting zich te onthouden van handelingen die het voorzienbare gevolg hebben dat ERH niet (meer) aan de kwaliteitseis voldoet, dient de vraag te worden beantwoord of het meewerken aan de ten tijde van de beoordeling van het geding in eerste aanleg voorliggende opzet van de transactie – de EPZ-structuur – als een dergelijke handeling dient te worden beschouwd. Gelet op de inhoud van de EPZ-structuur beantwoordt het hof die vraag bevestigend. Daarbij is doorslaggevend dat een wezenlijk onderdeel van die structuur is een (eenzijdig door RWE uit te oefenen) optierecht met welk recht RWE – naast de economische eigendom van de aandelen en de contractueel reeds gedeeltelijk aan haar overgedragen zeggenschap in de vennootschap – op ieder door haar gewenst moment de volledige eigendom van de aandelen naar zich toe kan trekken, waarna ERH evident niet meer aan de kwaliteitseis zal voldoen. Aldus zou het meewerken aan implementatie van de EPZ-structuur ertoe leiden dat Essent NV, Essent Nederland en ERH de aan hen toekomende mogelijkheden om ERH te behoeden voor voorzienbaar kwaliteitverlies op voorhand prijsgeven ten gunste van een derde op wie in dit verband – zoals de voorzieningenrechter in eerste aanleg heeft geoordeeld – geen verplichtingen jegens de bij de vennootschap betrokken partijen rusten. Reeds dit – voorzienbare – fait accompli van kwaliteitverlies brengt mee dat het meewerken aan implementatie van de EPZ-structuur op een lijn gesteld moet worden met handelingen die het voorzienbare gevolg hebben dat ERH niet (meer) aan de kwaliteitseis voldoet.

4.13 Voor zover Essent c.s. in hoger beroep hebben willen betogen dat zij thans een andere dan de in eerste aanleg voorliggende EPZ-structuur zijn overeengekomen, en dat het Essent NV, Essent Nederland en/of ERH vrij staat aan de implementatie van die nieuwe EPZ-structuur wel hun medewerking te geven, had het op hun weg gelegen hun stellingen omtrent die nieuwe structuur voldoende duidelijk – bijvoorbeeld aan de hand van de contractstukken waarin die structuur is vastgelegd – te onderbouwen. Een dergelijke onderbouwing ontbreekt echter: de inleiding op het pleidooi die zijdens Essent op voorhand is toegezonden bevat slechts een zeer summiere beschrijving van hetgeen partijen – kennelijk in afwachting van het oordeel van de bodemrechter – zijn overeengekomen (zie met name onder nr. 15-17 van die inleiding), waarbij de precieze inhoud van de daarbij als ‘EPZ Structuur II’ aangeduide transactie niet volledig zichtbaar wordt, mede omdat Essent c.s. ervoor gekozen hebben de door hen als ‘EPZ overeenkomst’ aangeduide overeenkomst waarin die structuur zou zijn vastgelegd, niet over te leggen. Aldus is niet te beoordelen of – in afwijking van hetgeen hiervoor ten aanzien van de in eerste aanleg voorliggende EPZ-structuur is overwogen – ten aanzien van die nieuwe ‘EPZ Structuur II’ geldt dat het meewerken aan implementatie daarvan niet op een lijn gesteld zou moeten worden met handelingen die het voorzienbare gevolg hebben dat ERH niet (meer) aan de kwaliteitseis voldoet. Voor de in de inleiding op het pleidooi als ‘EPZ Structuur I’ aangeduide opzet heeft in ieder geval te gelden dat zij uitgaat van een volledige overdracht van de aandelen in ERH aan een aan RWE gelieerde vennootschap, zodat voor die structuur zonder meer kan worden aangenomen dat het meewerken aan implementatie daarvan op een lijn gesteld moet worden met handelingen die het voorzienbare gevolg hebben dat ERH niet (meer) aan de kwaliteitseis voldoet.

4.14 In aansluiting op het voorgaande – en op de door Delta c.s. in eerste aanleg geformuleerde eis, die naar de kern genomen (primair) ziet op een verbod tot implementatie van de destijds

voorliggende EPZ-structuur – komt de door de voorzieningenrechter uitgesproken veroordeling echter wel voor een herformulering in aanmerking in die zin dat Essent N.V., Essent Nederland en ERH (slechts) geboden kan worden zich te onthouden van handelingen die strekken tot implementatie van de concreet voorliggende EPZ-structuur alsmede van andere handelingen die het voorzienbare gevolg hebben dat ERH niet (meer) aan de kwaliteitseis voldoet. Of en in hoeverre bepaalde handelingen – bijvoorbeeld: (een samenstel van) afspraken over zeggenschap, economische eigendom en/of toekomstige overdracht – moeten worden aangemerkt als handelingen die vallen onder dit gebod, kan – gelet ook op de beperkingen die gelden in een procedure als deze die strekt tot het geven van een voorlopige voorziening – niet los van een voldoende concreet beeld van die voorgenomen handelingen worden beoordeeld.

4.15 Of en zo ja in hoeverre Delta c.s. een voldoende belang hebben bij het uitspreken van een dergelijk gebod, dient in de eerste plaats te worden beoordeeld in het licht van de regel dat voor het instellen van een vordering in rechte een belang bij die vordering vereist is. Gelet op het gegeven dat Delta c.s. kunnen worden aangemerkt als bij de vennootschap betrokken partijen, die bovendien uit hoofde van de contractuele afspraken rond de EPZ-joint venture in een (contractuele) verhouding staan met verschillende tot het Essent-concern behorende vennootschappen, onder welke ERH en (ten tijde van het geding in eerste aanleg althans) ook Essent NV en Essent Nederland, moet dit belang aanwezig worden geacht, waarbij meespeelt dat in dit geding moet worden aangenomen dat Delta c.s. zelf wel aan die kwaliteitseis voldoen en zij (en hun aandeelhouders) er prijs op stellen dat ook de andere in de joint venture betrokken partij(en) aan die eis blijven voldoen. In deze context kan nog worden opgemerkt dat zich – in de loop van de samenwerking tussen partijen in EPZ – een belangrijke ontwikkeling heeft voorgedaan in die zin dat, in afwijking van de oorspronkelijk voorziene vroegtijdige sluiting van de kerncentrale, met de totstandkoming van het Convenant Kerncentrale Borssele in 2006 is te voorzien dat de kerncentrale nog tot 2033 open zal blijven, terwijl eveneens in 2006 uitgangspunten zijn geformuleerd met het oog op de mogelijke ontwikkeling van een tweede kerncentrale ter plaatse. Dat Delta c.s. ten aanzien van hun wederpartij in de EPZ-joint venture (nog steeds, of zelfs in toenemende mate) hechten aan de uit de kwaliteitseis voortvloeiende publieke hoedanigheid van de medeaandeelhouder in EPZ, kan aan hen tegen die achtergrond dan ook niet zonder meer als ‘sluw en opportunistisch’ – en daarmee als misbruik van recht of in strijd met de tussen partijen in acht te nemen eisen van redelijkheid en billijkheid – worden tegengeworpen.

4.16 In het verlengde daarvan is het hof van oordeel dat Delta c.s. ook een voldoende spoedeisend belang hebben bij hun vordering in dit kort geding. In dat verband is naast het voorgaande van belang dat de samenwerking van partijen betrekking heeft op de eigendom en exploitatie van een kerncentrale, hetgeen – gezien ook de maatschappelijke en politieke discussie die naar aanleiding van de voorgenomen transactie is ontstaan – meebrengt dat Delta c.s. er belang bij hebben dat het maatschappelijk en politiek draagvlak voor die exploitatie (en de voorziene mogelijke uitbreiding daarvan) optimaal blijft. Het in stand houden van dit draagvlak is – gelet ook op de inhoud van voornoemde discussie – mede afhankelijk van de vraag in hoeverre (lokale) overheden zeggenschap hebben en houden over de eigendom en de (toekomstige) exploitatie van die kerncentrale en de – eventueel zonder Delta c.s. te realiseren – ontwikkeling van een tweede kerncentrale. Het hier tegenover gestelde belang van Essent c.s. bij afwijzing van de gevorderde voorlopige voorziening – die in wezen strekt tot handhaving van de

status quo totdat de bodemrechter zal hebben beslist – biedt onvoldoende tegenwicht, mede gelet op het feit dat (naar blijkt uit productie 28 van Delta c.s. in eerste aanleg) Essent c.s. zich kennelijk reeds in een vroeg stadium hebben gerealiseerd dat de voorgenomen transactie mogelijk problematisch kon zijn in verband met de statutaire kwaliteitseis en zij er, wetende ook dat Delta c.s. niet met het schrappen van die eis akkoord was, desondanks voor gekozen hebben de transactie door te zetten en daarbij (zoveel mogelijk) te bewerkstelligen dat ook de (economische) eigendom van de kerncentrale in de overdracht zou worden begrepen. De stelling dat de gehele verkoop van Essent N.V. aan RWE – waarbij zeer grote financiële belangen gemoeid zijn – zonder het aandeel van het Essent-concern in de kerncentrale geen doorgang zal kunnen vinden, is bovendien achterhaald door de feiten, nu die transactie inmiddels is uitgevoerd op de hiervoor onder 3.3 kort weergegeven wijze. Dat Essent c.s. (en de voormalige aandeelhouders in Essent N.V.) er ook voordat de bodemrechter heeft gesproken belang bij hebben de oorspronkelijk gewenste transactie alsnog door overdracht van de aandelen in ERH te voltooien, weegt niet op tegen voornoemd belang van Delta c.s., terwijl – bij gebreke van een voldoende concretisering van een andersluidende stelling – uit hetgeen zijdens Essent N.V. en Essent Nederland is aangevoerd omtrent de nieuwe ‘EPZ Structuur I’ en ‘EPZ Structuur II’ moet worden opgemaakt dat de implementatie daarvan afhankelijk is gemaakt van het oordeel van de bodemrechter (zie met name onder nr. 22 van hun inleiding op het pleidooi). Essent N.V. en Essent Nederland hebben zich er ten slotte niet op beroepen dat de inmiddels ingetreden situatie – waarin de aandelen van Essent N.V. zijn overgedragen aan RWE, terwijl de aandelen ERH eigendom zijn van PBE – met zich zou brengen dat Delta c.s. geen voortgezet belang hebben bij het gevorderde gebod zoals hierna uit te spreken.

4.17 Terzijde merkt het hof nog op dat ter zitting is besproken dat RWE – indien uit het gegeven dat de vorderingen jegens haar in eerste aanleg zijn afgewezen zou moeten worden afgeleid dat zij niet als appellante tegen dit vonnis kan worden aangemerkt, althans dat zij geen (zelfstandig eigen) belang heeft bij de in dit appel gevorderde vernietiging van de veroordelingen van Essent N.V., Essent Nederland en ERH – als een aan de zijde van Essent N.V., Essent Nederland en ERH gevoegde partij dient te worden aangemerkt, waartegen van de zijde van Delta c.s. geen bezwaar is gemaakt. Gelet op de uitkomst van dit geding kan de vraag naar de processuele hoedanigheid van RWE echter verder in het midden blijven. Nu het oordeel van de voorzieningenrechter over de toewijsbaarheid van de vorderingen jegens RWE in dit hoger beroep niet aan de orde is, behoeft ook de vraag naar de bevoegdheid van de Nederlandse rechter en het op de relatie tussen RWE en Delta c.s. toepasselijke recht geen bespreking.

Slotsom

4.18 Uit het voorgaande volgt dat het hoger beroep vergeefs is ingesteld, zodat het bestreden vonnis – zij het onder vernietiging en met herformulering van het uitgesproken gebod en onder vernietiging van de door de voorzieningenrechter aan het door hem uitgesproken gebod verbonden dwangsommen – moet worden bekrachtigd.

4.19 Als de overwegend in het ongelijk gestelde partijen zullen Essent c.s. in de kosten van de procedure in hoger beroep worden veroordeeld. Ten aanzien van de kosten van de procedure in eerste aanleg geldt dat Essent N.V., Essent Nederland en ERH reeds in de kosten zijn veroordeeld, terwijl Delta c.s. geen incidenteel beroep hebben gericht tegen de afwijzing van hun

vorderingen jegens RWE en de daaruit volgende veroordeling van Delta c.s. in de proceskosten van RWE.

5. De beslissing

Het hof, recht doende in kort geding in hoger beroep:

bekrachtigt het vonnis van de voorzieningenrechter in de rechtbank Arnhem van 10 juli 2009, behoudens de formulering van het daarin onder 5.1 uitgesproken gebod en de aan dat verbod onder 5.2 verbonden dwangsom, vernietigt dit vonnis op deze punten en doet in zoverre opnieuw recht:

gebiedt Essent N.V., Essent Nederland en ERH – totdat bij gewijsde in de bodemprocedure zal zijn beslist – zich met onmiddellijke ingang te onthouden

- van (medewerking aan) handelingen waarvan het gevolg is de implementatie van de partijen bekende EPZ-structuur (zoals vastgelegd in productie 32 van Essent N.V., Essent Nederland en ERH in eerste aanleg), alsmede

- van (medewerking aan) andere handelingen die het voorzienbare gevolg hebben dat ERH, althans de aandeelhouder die de thans door ERH gehouden aandelen in EPZ houdt, niet (meer) aan de in artikel 4.4 van haar statuten verwoorde kwaliteitseis voldoet;

bepaalt dat Essent N.V., Essent Nederland en ERH, na betekening van dit arrest, bij overtreding van het hiervoor bedoelde gebod een dwangsom zullen verbeuren van € 500.000.000,--;

veroordeelt Essent c.s. in de kosten van het hoger beroep, tot aan deze uitspraak aan de zijde van Delta c.s. begroot op € 2.682,-- voor salaris van de advocaat overeenkomstig het liquidatietarief en op € 313,-- voor griffierecht;

verklaart dit arrest uitvoerbaar bij voorraad.

Dit arrest is gewezen door mrs. V. van den Brink, A. Smeeïng-van Hees en S.B. Boorsma en is in tegenwoordigheid van de griffier uitgesproken ter openbare terechtzitting van 2 maart 2010.