

belangen naar haar oordeel niet onredelijk is (r.o. 4.13-4.14). Dat het ziekenhuis de voorstemmende radiologen onder druk zou hebben gezet, kan volgens de rechtbank pas gevolg hebben als die radiologen daardoor niet in vrijheid hadden kunnen stemmen en aldus sprake zou zijn van een wilsgebrek (r.o. 4.15).

10. Dit laatste is interessant. Kan de rechter een besluit vernietigen als daaraan stemmen ten grondslag liggen die onder ongeoorloofde druk zijn uitgeoefend? Vgl. reeds HR 4 maart 1960, *NJ 1962/6 (Stoomzuivelfabriek Salland)*. Vernietiging van die stemmen zelf is op grond van art. 2:13 lid 1 BW uitgesloten. Vernietiging van het besluit wegens bedrog of misbruik van omstandigheden kan wel, maar is gezien de hoge eisen van (art. 3:59 jo.) art. 3:44 BW alleen in extreme gevallen denkbaar. Bovendien moet, zou ik denken, de wil gebrekkig zijn van een beslissend deel van de algemene vergadering. Twijfelachtig is voorts of de tegenstemmende radiologen zich kunnen beroepen op de (beweerdelijke) gebrekkige wilsvorming bij de voorstemmende meerderheid, temeer als die meerderheid ook voor de rechtbank bij haar standpunt blijft. Zie over deze aloude twistvragen Asser/Maeijer & Kroeze 2-1* 2015/313 en vooral J.H.H. Hülsmann, *De ongeldigverklaring van meerderheidsbesluiten op grond van wilsgebreken en haar gezag van gewijsde* (diss. UvA), Amsterdam: Clausen 1935. Hoezeer ook dogmatisch interessant, praktisch ligt vernietiging van het besluit wegens strijd met de redelijkheid en billijkheid (art. 2:15 lid 1 onder b BW) in een geval als dit veel meer voor de hand. De rechtbank miskent dit, al spreekt vanzelf dat ook de redelijkheid en billijkheid niet te snel tot vernietiging mag nopen. Dat de meerderheid de minderheid bindt, geldt tenslotte onder radiologen evenzeer.

K.A.M. van Vught,
promovendus Van der Heijden Instituut, OO&R,
Radboud Universiteit

303

Gerechtshof Amsterdam

(Ondernemingskamer)

18 juli 2018, nr. 200.238.435/01 OK,

ECLI:NL:GHAMS:2018:2488

(mr. Makkink, mr. Broekhuijsen-Molenaar, mr.

Vink, dr. Verboom, drs. Tiemstra RA)

Noot mr. D.-J.F.F.M. Duynstee

Enquêteprocedure Eneco. Structuurvennootschap. Privatiseringstraject leidt tot ernstige conflicten tussen stakeholders. Aandeelhouders dreigen met opzegging vertrouwen in rvc. Verhouding bestuur en rvc. Verscherpt toezicht rvc. Adviesrecht OR bij ontslag bestuurder. Onderzoek bevolen naar beleid en gang van zaken. Toewijzing gevraagde onmiddellijke voorzieningen: schorsing voorzitter rvc en benoeming van tijdelijk voorzitter.

[BW art. 2:161a, 2:345, 2:349a lid 2, 2:350; WOR art. 30]

De omstandigheid dat de tussen partijen overeengekomen samenwerking niet tot stand is gekomen en dat de aandeelhouderscommissie (hierna: AHC) enerzijds en Eneco (zowel de rvb als de rvc) anderzijds in de loop van 2017 in toenemende mate tegenover elkaar zijn komen te staan, is op zichzelf reeds een gegronde reden om aan een juist beleid en juiste gang van zaken te twijfelen.

De eenzijdige stappen die de AHC heeft gezet doen vermoeden dat de aandeelhouders uit waren op het verwerven van een mate van zeggenschap over het privatiseringstraject die niet strookt met de bij aanvang daarvan gemaakte afspraken.

De aandeelhouders hebben betoogd dat de (aankondiging van de) opzegging door de aandeelhouders van het vertrouwen in de rvc een wettelijke bevoegdheid is die berust op de subjectieve opvatting van (een meerderheid van de) aandeelhouders en mede daarom door de rechter slechts met de grootste terughoudendheid kan worden getoetst. De OK volstaat in dit stadium van de procedure – nu het onderzoek nog niet heeft plaatsgevonden – met het oordeel dat de brief van 20 december 2017 het sluitstuk is van het gebrek aan samenwerking tussen de AHC en Eneco en dat deze stap van de AHC moet worden begrepen en beoordeeld in het licht van de daaraan voorafgaande gebeurtenissen. Voorts geldt ook voor de uitoefening van de in art. 2:161a BW aan de aandeel-

houders gegeven bevoegdheid – en de dreiging daarmee – dat de aandeelhouders zich dienen te gedragen naar hetgeen door redelijkheid en billijkheid wordt gevorderd en dat een krachtens de wet geldende regel niet van toepassing is voor zover dit in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn (art. 2:8 BW).

De OK oordeelt dat de omstandigheid dat de rvc, in het kader van de mediation en de totstandkoming van de Vaststellingsovereenkomst, buiten aanwezigheid van de rvb met de AHC heeft onderhandeld en afspraken gemaakt met betrekking tot onderwerpen die behoren tot het domein van het bestuur, een gegronde reden is voor twijfel aan een juist beleid.

Voorts moet ernstig worden betwijfeld of de rvc na de besluitvorming in zijn vergaderingen van 25 en 28 maart 2018 heeft gehandeld in overeenstemming met art. 30 WOR door na te laten advies te vragen aan de OR over een voorgenomen besluit tot ontslag van CEO De Haas.

Ook met inachtneming van het belang van Eneco bij een voortvarende benoeming van een nieuwe voorzitter van de rvb is niet goed in te zien waarom het advies van de OR over de voorgenomen benoeming van Sondag niet kon worden afgewacht alvorens de aanstaande benoeming van Sondag bij persbericht bekend te maken. De OK concludeert derhalve dat de gang van zaken met betrekking tot het vertrek van De Haas en de benoeming van Sondag gegronde redenen opleveren om aan een juist beleid te twijfelen.

De OK gelast een onderzoek naar het beleid en de gang van zaken van Eneco. Bij wijze van onmiddellijke voorziening schorst de OK Van den Assem als commissaris en benoemt zij een tijdelijke voorzitter van de rvc.

1. COR Eneco Groep NV en haar groepsmaatschappijen,

2. W. Hofman te Amsterdam,

verzoekers,

advocaten: mr. R.J.W. Analbers en mr. M.H.B.J. Harbers,

tegen

Eneco Groep NV te Rotterdam,

verweerster,

advocaat: mr. A.R.J. Croiset van Uchelen,

en tegen

1. E.H.M. van den Assem te Waarle,

2. M.E. van Lier Lels te Ouddorp, gemeente Goeree-Overflakkee,

3. M. Sijmons te Den Haag,

4. M.B.A. Keim te Overveen, gemeente Bloemendaal,

5. R. Zandbergen te Breda,

6. A. Nicolai te Amstelveen,

belanghebbenden,

advocaat: mr. S. Perrick,

en tegen

7. de publiekrechtelijke rechtspersoon

Gemeente Castricum te Castricum,

en nog 52 andere publiekrechtelijke rechtspersonen,

belanghebbenden,

advocaten: mr. J.L. van der Schrieck en mr. B.W. Roelvink.

1.1. In het vervolg zullen partijen en andere (rechts)personen (ook) als volgt worden aangeduid:

– verzoekers gezamenlijk: de ondernemingsraad;

– verweerster: Eneco;

– belanghebbende sub 1: Van den Assem;

– belanghebbende sub 2: Van Lier Lels;

– belanghebbende sub 3: Sijmons;

– belanghebbenden sub 1 tot en met 6 gezamenlijk: de raad van commissarissen;

– belanghebbenden sub 7 tot en met 59 gezamenlijk: de aandeelhouders;

– J.F.J.M. de Haas: De Haas;

– R. Sondag: Sondag;

– A.L.H. Visser Visser.

(...; red.)

2. De feiten

2.1. Op 31 januari 2017 is Eneco Holding N.V., als uitvloeisel van de Wet onafhankelijk netbeheer (de “Splitsingswet”), gesplitst in een netwerkbedrijf (Stedin Holding N.V.) en een productie- en

leveringsbedrijf (Eneco). Eneco heeft ruim 3.000 medewerkers (uitgedrukt in fte) en 5,8 miljoen klanten (zowel zakelijk als privé). In 2017 was de omzet ruim € 3,3 miljard en het nettoresultaat € 127 miljoen.

2.2. Op Eneco is het volledige structuurregime van toepassing, hetgeen onder meer inhoudt dat de raad van commissarissen de bestuurders benoemt en ontslaat (artikel 2:162 BW en artikel 14 statuten) en dat de commissarissen op voordracht van de raad van commissarissen worden benoemd door de algemene vergadering van aandeelhouders, met dien verstande dat de ondernemingsraad voor een derde van het aantal leden van de raad van commissarissen een bijzonder aanbevelingsrecht heeft (artikel 2:158 leden 4 en 6 BW en artikel 18 statuten). De algemene vergadering van aandeelhouders kan het vertrouwen in de raad van commissarissen opzeggen, welk besluit het onmiddellijk ontslag van de leden van de raad van commissarissen tot gevolg heeft, waarna de Ondernemingskamer op verzoek van het bestuur een of meer commissarissen aanstelt (artikel 2:161a BW).

2.3. Ten tijde van de indiening van het verzoek van de ondernemingsraad op 2 mei 2018 bestond de raad van bestuur van Eneco uit De Haas (voorzitter), G.A.J. Dubbeld, C.J. Rameau en F.C.W. van de Noort. Op 25 mei 2018 is De Haas teruggetreden als bestuurder en is Sondag benoemd als voorzitter van de raad van bestuur.

2.4. Belanghebbenden sub 1 tot en met 6 waren ten tijde van de mondelinge behandeling van het verzoek de leden van de raad van commissarissen van Eneco. Voorzitter van de raad van commissarissen is Van den Assem.

2.5. De aandelen in Eneco worden gehouden door 53 Nederlandse gemeenten (belanghebbenden 7 tot en met 59). De grootste aandeelhouders zijn de gemeente Rotterdam (31,69%), de gemeente Den Haag (16,55%) en de gemeente Dordrecht (9,05%). De overige aandeelhouders houden elk minder dan 4% van het geplaatste kapitaal. De aandeelhouders hebben een (informeel) overlegplatform ingesteld in de vorm van een aandeelhouderscommissie (hierna: AHC), bestaande uit vertegenwoordigers van de aandeelhouders. Voorzitter van de AHC is Visser, wethouder te Rotterdam. In artikel 16 lid 2 van de statuten van Eneco is bepaald dat indien en zolang de AHC is ingesteld, de AHC over bestuursbesluiten waarvoor de goedkeuring van de algemene vergadering

is vereist, voorafgaand aan de algemene vergadering van aandeelhouders, advies uitbrengt aan de aandeelhouders.

2.6. Op 13 oktober 2016 is tussen de AHC en (toen nog) Eneco Holding overeenstemming bereikt over de statuten van Eneco en over een aandeelhoudersconvenant (hierna: het Aandeelhoudersconvenant).

De bij de oprichting van Eneco op 12 december 2016 vastgestelde statuten van Eneco houden onder meer in dat iedere overdracht van aandelen aan een private aandeelhouder de goedkeuring van de raad van commissarissen behoeft en dat de goedkeuring wordt geacht te zijn verleend indien de raad van commissarissen zijn goedkeuring aan de voorgenomen overdracht onthoudt en niet gelijktijdig daarmee aan de verzoekende aandeelhouder opgaaf doet van een of meer gegadigden die bereid en in staat zijn alle aandelen waarop het verzoek om goedkeuring betrekking heeft, van de verzoeker te kopen tegen contante betaling van een prijs die, bij gebreke van overeenstemming tussen de aandeelhouder en de gegadigde, door een deskundige zal worden vastgesteld (artikel 13.22-26 statuten).

Het Aandeelhoudersconvenant houdt onder meer het volgende in:

“V. *Beloningsbeleid*
(...)”

Binnen een redelijke termijn na Splitsing zal de raad van commissarissen een voorstel formuleren voor het beloningsbeleid dat betrekking heeft op de beloning van bestuurders, dat ter vaststelling zal worden voorgelegd aan de AvA. Het voorstel zal worden vergezeld door een deugdelijke onderbouwing, waaronder een professionele peervergelijking.

(...)

VII. *Majeure investeringsbeslissingen*

(...) het bestuur [zal], onder toezicht van de raad van commissarissen, de AHC informeren over majeure investeringsbeslissingen zoals hierna omschreven (...) en deze aan de AHC toelichten met een zodanige interactie op bestuurlijk niveau dat de AHC in de gelegenheid zal worden gesteld zich hierover goed een mening te vormen. (...). Een Majeure Investeringsbeslissing omvat een besluit tot het doen van een investering (overnames en capex, zij het met uitzondering van vervangingsinvesteringen) door de vennootschap waar-

voor geldt dat die niet is voorzien in het Strategisch Plan en/of het Jaarplan en de desbetreffende investering:

(i) een bedrag van 100 miljoen EUR of meer betreft; of

(ii) er een is ter zake waarvan het bestuur of de raad van commissarissen duidelijke aanwijzingen heeft dat deze omgeven is met majeure politieke gevoeligheden; of

(iii) deze een significante inhoudelijke strategische wijziging zou behelzen ten opzichte van de in het laatste ter informatie voorgelegde Strategisch Plan geschetste kaders.

VIII. Verhouding met aandeelhouders

Het toezicht van de raad van commissarissen op het bestuur en de onderneming omvat mede het toezicht op de verhouding met de aandeelhouders.

(...)

Voor de aandeelhouders geldt dat zij zich ten opzichte van de vennootschap, haar organen en hun medeaandeelhouders naar de maatstaven van redelijkheid en billijkheid dienen te gedragen. In dit verband zullen ook aandeelhouders bereid zijn om de dialoog met het bestuur, de raad van commissarissen, de vennootschap en medeaandeelhouders aan te gaan.

(...)

X. Aandeelhoudersbestand

In de toekomst na Splitsing zullen zich wellicht mogelijkheden aandienen voor wijzigingen in het aandeelhoudersbestand, bijvoorbeeld door (gedeelte)lijke verkoop. Dit is een aangelegenheid die niet ter eenzijdige discretie is van de onderneming en evenmin een ter eenzijdige discretie van de aandeelhouders. Het bestuur, de raad van commissarissen en de AHC zullen derhalve samenwerking zoeken om te komen tot een georganiseerd proces van toetreding van nieuwe aandeelhouders (een Proces). Het oogmerk van een dergelijke samenwerking is te komen tot draagvlak voor een mogelijke transactie die met het Proces wordt beoogd, zodanig dat:

(i) de aandeelhouders op een georganiseerde en evenwichtige wijze in staat worden gesteld om te besluiten omtrent een eventuele (gedeelte)lijke verkoop van hun belang in het Energiebedrijf; en
(ii) de onderneming in staat blijft om haar duurzame strategie uit te voeren;

(iii) een marktconforme waarde voor aandeelhouders wordt gerealiseerd; en

(iv) continuïteit en stabiliteit voor de onderneming zal zijn gewaarborgd.”

2.7. Bij besluit van 14 februari 2017 heeft de gemeente Rotterdam vastgesteld dat publieke belangen voortdurend van de deelneming in Eneco niet verlangen en dat transactiemogelijkheden onderzocht zullen worden.

2.8. Eneco en de AHC hebben bij gezamenlijk bericht van 30 maart 2017 aangekondigd dat een informatiepakket (van Eneco) en een Consultatiedocument (van de AHC) in voorbereiding zijn die ertoe dienen de aandeelhouders in staat te stellen een inhoudelijke en onderbouwde afweging te kunnen maken over het aandeelhouderschap. “Eneco en de AHC zijn (...) in intensief overleg om te bezien welke volgende stappen het meest aangewezen zullen zijn en welk tijdsplan daarbij nu wenselijk en haalbaar is”, aldus het bericht.

2.9. In april en mei 2017 heeft een discussie plaatsgevonden tussen de raad van commissarissen en de AHC over het beleid met betrekking tot de beloning van de raad van bestuur. Op grond van een vergelijking met een referentiegroep bestaande uit tien publieke en vijf private ondernemingen, concludeerde de raad van commissarissen dat er geen aanleiding bestond tot verlaging van de beloning van de raad van bestuur. De AHC kon zich daarin niet vinden, waarna besloten is de discussie over het beloningsbeleid te parkeren tot overeenstemming over het privatiseringsproces zou zijn bereikt.

2.10. De AHC heeft bij brief van 25 april 2017 aan de aandeelhouders een “consultatieproces over het aandeelhouderschap van Eneco” aangekondigd. In de brief staat onder meer dat de AHC doende is een Consultatiedocument op te stellen waarin de aandeelhouders de vraag zal worden voorgelegd of zij hun belang in Eneco wensen “te houden of af te bouwen” en dat na deze inventarisatie en afhankelijk van de uitkomst daarvan de AHC en Eneco een verkooptransactie zullen voorbereiden, waarin “uiteraard ook rekening [wordt] gehouden met de legitieme belangen van zowel Eneco als haar betrokken stakeholders, als die van die aandeelhouders die hun aandelen in Eneco wensen te behouden.” De verwachting is dat de aandeelhouders na de gemeenteraadsverkiezingen van 21 maart 2018 voor de definitieve keuze staan tussen “houden of afbouwen”, aldus de brief.

2.11. Bij e-mail van 5 mei 2017 hebben Van den Assem en De Haas aan de AHC te kennen gegeven het te betreuren dat de AHC zich bij brief van 25 april 2017 eigenstandig tot de aandeelhouders

heeft gericht zonder tegemoet te komen aan de door Eneco voorafgaand aan de verzending van die brief geplaatste kanttekeningen bij de inhoud daarvan. De e-mail houdt onder meer in:

“Als gezegd, vormt de gang van zaken een breuk met de manier waarop AHC en onderneming gewoon waren met elkaar samen te werken. Dat laatste wordt nog eens versterkt doordat de AHC (...) ons [met de brief aan de aandeelhouders] in feite voor een fait accompli heeft geplaatst. Het lijkt er op dat daar waar de discussie over toekomstig aandeelhouderschap wordt gevoerd, onze inbreng wordt geweerd, wat ook een afwijking is van hoe dat tot recent verliep.
(...)”

De AHC lijkt de mening te zijn toegedaan dat zij over het onderwerp van toekomstig aandeelhouderschap een eigen communicatielijn kan hantieren zonder daarbij de visie van de onderneming in aanmerking te nemen, en dat de onderneming daarover vervolgens naar aandeelhouders niet mag communiceren. Dat is een misvatting. Het onderwerp van toekomstig aandeelhouderschap is van wezenlijk belang voor aandeelhouders en onderneming, en vergt de grootst mogelijke zorgvuldigheid en coördinatie. Bovendien zijn hierover afspraken gemaakt in het aandeelhoudersconvenant. Die staan in de weg aan het eenzijdig in gang zetten van stappen die zijn gericht op mogelijke verkoop van het belang van één of meerdere aandeelhouders.”

Bij brief van dezelfde datum hebben de raad van bestuur en de raad van commissarissen aan de aandeelhouders met betrekking tot de brief van de AHC van 25 april 2017 onder meer geschreven: “Eneco heeft serieuze aarzelingen en kanttekeningen bij de voorgestelde planning voor de consultatie en bij het nu gedane voorstel voor eventueel te nemen vervolgstappen. Wij zijn graag bereid om de dialoog met de AHC en haar adviseurs te voeren ten einde de verdere koers voor de consultatie in gezamenlijkheid uit te zetten. Wij zullen als onderdeel daarvan graag met de AHC en haar adviseurs vanaf het allereerste begin (dus reeds op ambtelijk niveau) de planning en inhoud van de consultatie bespreken teneinde een door allen gedragen consultatieproces te ontwikkelen.

Een gecoördineerd proces is verder gebaat bij zorgvuldige keuzes over welke informatie over de te doorlopen stappen openbaar is en welke informatie besloten zal blijven. Ook daarvoor zullen wij bij de AHC aandacht vragen.”

2.12. Eneco heeft bij brief van 19 mei 2017 aan de adviseur van de AHC (Aperghis & Co) bezwaren geuit tegen een concept consultatiedocument van de AHC van 7 mei 2017. In de brief staat onder meer, onder verwijzing naar het Aandeelhoudersconvenant, dat de inrichting, opzet en inhoud van het consultatieproces niet ter eenzijdige discretie van de AHC staan en dat belangrijke beslismomenten in het proces niet eenzijdig door de AHC kunnen worden bepaald, maar dat daarover consensus met Eneco zal moeten worden gezocht en bereikt. Eneco heeft in de brief voorts twijfels geuit over de voorgestelde planning. Voorts kan Eneco zich niet vinden in het voornemen van de AHC om alle contacten tussen Eneco en haar aandeelhouders via de AHC te laten verlopen. Eneco zal, in verband met het beginsel van dialoog tussen onderneming en aandeelhouders, ruimte willen houden om zelfstandig door aandeelhouders benaderd te worden of hen zelf te benaderen. Met betrekking tot de door Eneco en de aandeelhouders gezamenlijk te nemen beslissingen houdt de brief in:

“In het document zou dus duidelijk moeten worden aangegeven dat de belangrijke beslissingen die in de loop van een mogelijk proces moeten worden genomen, telkens tussen Eneco en de AHC gezamenlijk moeten worden genomen. Minst genomen betreffende die beslismomenten (i) een beoordeling van de uitkomst van de consultatie en wat deze voor betekenis heeft voor de aandeelhouders en de onderneming, (ii) welk van de mogelijke verkoopscenarië's (en dat zijn er meer dan in het consultatiedocument worden aangegeven) het beste past, rekening houdend met de criteria die in het convenant zijn vastgelegd, (iii) zodra een keuze voor een scenario is bepaald, welke toelatingscriteria gelden voor eventueel geïnteresseerde toekomstige aandeelhouders om in het gezamenlijk gekozen scenario te participeren en (iv) welke beoordelingscriteria gelden om uiteindelijk te komen tot een keuze bij uitvoering van een bepaald scenario, en ten slotte ook (v) de uiteindelijke keuze voor eventuele nieuwe aandeelhouders. Dit alles is volgens ons niet in het consultatiedocument gereflecteerd.”

2.13. De AHC heeft bij brief van 2 juni 2017 aan de raad van commissarissen verzocht om uitbreiding van de raad van commissarissen met een commissaris die ervaring heeft op het gebied van fusies en overnames.

2.14. Op 7 juni 2017 heeft de advocaat van Eneco, in de vorm van een *mark up*, een groot aantal door Eneco gewenste wijzigingen in het Consultatiedocument van de AHC (concept van 26 mei 2017) kenbaar gemaakt.

2.15. Op 15 juni 2017 heeft de AHC een Consultatiedocument toegezonden aan de aandeelhouders ten aanzien van het aandeelhouderschap in Eneco. De AHC verzoekt iedere aandeelhouder vóór 31 oktober 2017 een besluit te nemen over het houden dan wel afbouwen van zijn belang in Eneco. Het Consultatiedocument houdt onder meer in:

“Als de consultatie uitwijst dat de aandeelhouders die wensen af te bouwen meer dan 50% van het geplaatste aandelenkapitaal vertegenwoordigen, zal de AHC een transactieproces voorbereiden. De eerste stap bij de voorbereiding van een transactieproces is het maken van afspraken met Eneco over onderwerpen zoals besluitvorming, governance, (werknemers)-medezeggenschap, informatieverstrekking, inrichting van een transactieproces, verantwoordelijkheden, projectteams, communicatie en omgaan met eventuele tegenstrijdige belangen. Deze afspraken met Eneco worden vastgelegd in een transactieprotocol (...). (...)

Als volgende stap bij de voorbereiding van een transactieproces bepaalt de AHC, in overleg met Eneco, welk type transactieproces zal worden geïnitieerd, namelijk een veilingverkoop, een beursgang of een “dual track” (...). Het transactieproces zal worden vormgegeven in overleg met Eneco. De AHC zal het uiteindelijke bod selecteren op basis van een vooraf vastgesteld toetsingskader en beoordelingscriteria (...), in overleg met Eneco en rekening houdend met de belangen van andere stakeholders. Als gekozen wordt voor een beursgang zal de AHC deze namens de aandeelhouders en in nauwe samenwerking met Eneco voorbereiden.”

Met betrekking tot de “beoordelingscriteria voor biedingen en voor nieuwe aandeelhouder(s)” houdt het Consultatiedocument onder meer in: “De meest gunstige bieding wordt geselecteerd op basis van de prijs voor de aandeelhouders (beoordelingscriterium (a)) en de kwaliteit van de bieding in relatie tot de gestelde voorwaarden (beoordelingscriteria (b)-(j)). Zoals gezegd, zullen de beoordelingscriteria in de loop van een transactieproces verder worden geconcretiseerd door de Verkopende Aandeelhouders.”

De genoemde beoordelingscriteria b tot en met j hebben onder meer betrekking op de stabiliteit van de bieder, de continuïteit van de onderneming en strategie van de bieder (waaronder de mate waarin de bieder zich conformeert aan de duurzame strategie van Eneco), werkgelegenheid, dealzerkerheid, aansprakelijkheidsrisico's voor verkopers en aandeelhouderschap voor de lange termijn (tenminste drie jaar).

De begeleidende brief van de AHC aan de aandeelhouders houdt onder meer in:

“De AHC heeft dit document opgesteld in samenwerking met haar adviseurs. Dit document is enkel afkomstig van de AHC.

In het Consultatiedocument staat het principebesluit centraal. In het principebesluit zal iedere aandeelhouder kenbaar maken of hij zijn aandelenbelang in Eneco wenst “te houden of af te bouwen”. In dit consultatiedocument reikt de AHC een afwegingskader aan voor de besluitvorming van iedere aandeelhouder en belicht de thema's die relevant zijn voor het nemen van een principebesluit.

Het Consultatiedocument belicht onder andere de volgende thema's:

1. de te maken afweging ('houden of afbouwen') in relatie tot de publieke en financiële belangen;
2. de mate van zeggenschap van de aandeelhouders bij het behouden of afbouwen van het aandelenbelang;
3. de te maken afspraken tussen de aandeelhouders onderling in het kader van een eventueel transactieproces (de aandeelhoudersovereenkomst);
4. de te maken afspraken tussen de aandeelhouders en de onderneming in het kader van een eventueel transactieproces (transactieprotocol); en
5. het toetsingskader en de beoordelingscriteria aan de hand waarvan de AHC een koper of groep van kopers kan selecteren of een beursgang kan voorbereiden.

(...)

De AHC heeft Eneco en haar financieel en juridisch adviseurs geraadpleegd over de inhoud van het Consultatiedocument en sinds begin mei meerdere conceptversies gedeeld. Ook hebben meerdere bijeenkomsten plaatsgevonden tussen de adviseurs van de AHC en Eneco waarbij het Consultatiedocument is besproken. Eneco heeft op onderdelen een andere visie dan de AHC en zal haar visie nog zelf toelichten.”

2.16. Op 23 juni 2017 hebben de raad van bestuur en de raad van commissarissen een document getiteld "Bericht aan de aandeelhouders" aan de aandeelhouders gezonden, met aanvullende informatie die Eneco van belang acht in verband met de door de AHC uitgeschreven consultatie. De begeleidende brief houdt onder meer het volgende in:

"1. In het Consultatiedocument wordt een te somber beeld van de onderneming geschetst. (...) De nadruk lijkt vooral te worden gelegd op risico's (...). In het bijgevoegde Bericht aan Aandeelhouders balanceert Eneco Groep dat beeld. Dat geldt in het bijzonder met betrekking tot het bedrijfsprofiel, de financiële positie, de bestaande zeggenschapsverhoudingen (...) en het aangereikte afwegingskader.

2. Het Consultatiedocument (...) bevat (...) een routekaart om te komen tot verkoop. In dit verband acht Eneco Groep het van belang om u (...) er op te wijzen dat de aan u voorgelegde vraag zwart/wit is geformuleerd, namelijk eenvoudigweg "houden of afbouwen". (...) Het zou (...) kunnen zijn dat u weliswaar zou willen afbouwen, maar (...) op een moment in de tijd dat u [dat] het beste convenieert. Het zou ook kunnen zijn dat u misschien slechts een deel van uw belang zou willen afbouwen. De consultatievraag en routekaart in het Consultatiedocument kent dergelijke nuances niet. Die nuances zijn wel degelijk van belang voor het vervolg op de consultatie. Wat dat betreft legt het Consultatiedocument in de ogen van Eneco Groep een te grote nadruk op slechts één van de mogelijke transactieprocessen (namelijk die van een onderhands verkooptraject waarbij het belang in één keer wordt verkocht), terwijl er verschillende alternatieven denkbaar zijn (zoals deels of gefaseerd afbouwen, of een beursgang), die in het Consultatiedocument weliswaar worden genoemd maar toch onderbelicht blijven. (...)

3. (...)

4. In het aandeelhoudersconvenant dat aandeelhouders en Eneco Groep begin van dit jaar zijn overeengekomen, is bepaald dat wij dit gezamenlijk zullen oppakken en beslissen. (...) Verder spraken wij daarin af om te zullen samenwerken, zodat wij komen tot een draagvlak dat recht doet aan vier overeengekomen principiële uitgangspunten. (...) Tijdens een op de uitkomst van de consultatie volgend transactieproces, inclusief de keuze welk proces het meest geschikt is en hoe

dat dan moet worden ingevuld, zal Eneco Groep deze uitgangspunten als de leidende principes blijven hanteren."

2.17. Op 30 juni 2017 heeft de AHC in het kader van het consultatieproces een informatiebijeenkomst voor de aandeelhouders gehouden. De AHC en Eneco hebben aldaar afzonderlijk en zonder onderlinge afstemming respectievelijk het Consultatiedocument en het Bericht aan de Aandeelhouders toegelicht.

2.18. Op 7 juli 2017 heeft een gesprek plaatsgevonden tussen de raad van commissarissen en de AHC. De AHC heeft daarin onder meer aan de orde gesteld (a) de vraag of de raad van commissarissen voldoende onafhankelijk is van de raad van bestuur, (b) dat de AHC het van belang acht dat de raad van commissarissen eigen externe adviseurs aanstelt, (c) dat de AHC meer zeggenschap wil over investeringen en overnames door Eneco, (d) dat de AHC zich niet kan vinden in de inhoud van het Bericht aan de Aandeelhouders, (e) het beloningsbeleid en (f) de samenstelling van de raad van commissarissen.

2.19. In een convenant van 14 juli 2017 heeft Eneco aan de ondernemingsraad en aan de voorzitter van de ondernemingsraad, handelend ten behoeve van en in opdracht van de ondernemingsraad, de bevoegdheid verleend tot het indienen van een verzoek als bedoeld in artikel 2:345 BW.

2.20. Bij brief van 22 september 2017, de dag dat ook een algemene vergadering van aandeelhouders plaatsvond, heeft de raad van bestuur van Eneco aan alle aandeelhouders onder meer geschreven dat voor de gemeenten die dat wensen een gefaseerde afbouw van aandelen mogelijk is, dat ook een afbouw door een deel van de gemeenten mogelijk is en dat dat geen impact hoeft te hebben op de totale opbrengst. De brief bevat een uiteenzetting over de zeggenschap van aandeelhouders bij een beursgang of een onderhandse verkoop. De brief houdt voorts in:

"Indien u kiest voor de optie afbouwen, dan vinden wij het belangrijk dat u aan de AHC meegeeft dat er duidelijke voorwaarden worden gesteld voorafgaand aan een proces tot verkoop.

Wij vragen dit, omdat de niet-financiële criteria in hoofdstuk 12 van het Consultatiedocument zeer ruim zijn omschreven terwijl het belangrijk is om daar concreet over te zijn. (...) In de door de AHC voorgestelde vorm is het de vraag of uit de niet-financiële criteria echte waarborgen kunnen ontstaan voor behoud van de duurzame

strategie alsmede de continuïteit en stabiliteit van de onderneming, zoals aandeelhouders en de onderneming hebben afgesproken in het convenant van eind 2016.”

Op 25 september 2017 heeft Visser aan Van den Assem laten weten dat de brief van 22 september 2017 van Eneco aan de aandeelhouders heeft gezorgd voor “*flink wat beroering*” binnen de AHC. Van den Assem heeft in reactie daarop aangedrongen op gezamenlijke communicatie door Eneco en de AHC met de aandeelhouders, ook waar Eneco en de AHC van opvatting verschillen.

2.21. De AHC heeft bij brief van 26 september 2017 aan de aandeelhouders kritisch gereageerd op de brief van Eneco van 22 september 2017 aan de aandeelhouders. Deze brief van de AHC houdt onder meer in dat de AHC er bij verkoop op zal toezien dat de continuïtering van de duurzaamheidsstrategie van Eneco door een toekomstige eigenaar geloofwaardig wordt gegarandeerd en dat potentiële kopers ook op dit onderdeel worden geselecteerd.

2.22. Op 9 oktober 2017 heeft een bespreking plaatsgevonden tussen Eneco en de AHC. Het verslag van die bespreking houdt onder meer het volgende in:

- de AHC heeft bezwaar tegen de pogingen van Eneco om gemeenteraadsleden en journalisten te beïnvloeden;
- de AHC is ongelukkig met (de *timing* van) de brief van Eneco van 22 september 2017 aan de aandeelhouders;
- de raad van bestuur en de raad van commissarissen achten de *timing* van de brief van 22 september 2017 ongelukkig maar staan beide achter de inhoud van die brief;
- de raad van bestuur en de raad van commissarissen zijn niet bereid om gedurende het proces om te komen tot een nieuwe aandeelhoudersconstellatie de bestaande afspraken met betrekking tot de zeggenschap van de aandeelhouders (over investeringen) aan te passen.

2.23. De AHC heeft bij brief van 1 november 2017 aan de aandeelhouders bekendgemaakt dat de consultatie heeft uitgewezen dat 41 aandeelhouders, gezamenlijk vertegenwoordigende 73,88% van het geplaatste aandelenkapitaal, een principebesluit tot afbouw heeft genomen en 11 aandeelhouders, gezamenlijk vertegenwoordigende 24,77% van het geplaatste kapitaal, een principebesluit tot houden. De brief houdt voorts in dat uit de consultatie is gebleken dat onder de aandeel-

houders een breed gedragen wens bestaat om de zeggenschap van de aandeelhouders, onder meer met betrekking tot investeringsbeslissingen en de beloning van de leden van de raad van bestuur op korte termijn te vergroten. De brief bevat tenslotte een uitnodiging voor een door de AHC georganiseerde bijeenkomst voor alle aandeelhouders op 1 december 2017. Een door de AHC uitgegeven persbericht, ook van 1 november 2017, houdt onder meer in:

“De aandeelhouders hebben met elkaar criteria gesteld bij verkoop van Eneco. Zo verkoopt de AHC alleen aan een partij die de duurzame strategie van het bedrijf wil voortzetten en oog heeft voor de werkgelegenheid bij de onderneming.”

2.24. Van den Assem en De Haas hebben bij brief van 7 november 2017 aan de AHC hun zorgen uitgesproken over inhoud en strekking van de brief van de AHC aan de aandeelhouders van 1 november 2017 en het persbericht van dezelfde datum. De brief van Eneco houdt onder meer in: “Uit het aandeelhoudersconvenant volgt dat overleg tussen Eneco en haar aandeelhouders over de precieze betekenis van het consultatieproces thans is aangewezen, net als het zoeken van samenwerking om te komen tot een georganiseerd proces van toetreding. Op basis van de gemaakte afspraken zullen wij in gezamenlijkheid de vervolgstappen moeten bepalen. Van onze kant houden we ons daarvoor graag bereid en beschikbaar.

Uw brief aan aandeelhouders van 1 november over de uitkomst van de consultatie en de vervolgstappen (en het daarbij gevoegde persbericht) roept in dit verband vragen bij ons op. Het lijkt er op dat de AHC eenzijdig een inventarisatierapport wil opstellen, met een eigen plan van aanpak. Hoe verhoudt zich dat tot de afspraken in het convenant die uitgaan van gezamenlijkheid? Bovendien lijkt de AHC met het inventarisatierapport ook nog andere doeleinden na te streven, die buiten het bestek van het onderwerp ‘wijziging van het aandeelhoudersbestand’ vallen. Wat is daarbij het oogmerk van de AHC?

Onduidelijk blijft bovendien hoe de AHC zich voorstelt om tijdens het vervolgproces om te gaan met de circa 25% aandeelhouders die hebben aangegeven hun aandeelhouderschap te willen continueren. Relevant in dit verband is bovendien dat er tijdens het consultatieproces moties zijn ingediend om voor de blijvende aandeelhouders

een eigen 'AHC' als overlegplatform in het leven te roepen. Bestuur en commissarissen zullen dit ook in aanmerking moeten nemen.

Eneco nodigt de AHC graag uit om op de gestelde vragen duidelijkheid te verschaffen door ons te bevestigen dat de vervolgstappen in volledige gezamenlijkheid tussen Eneco en AHC zullen worden bepaald. Wij zien dit graag in een schriftelijke reactie tegemoet. Graag verzoeken wij u om ons in dit kader specifiek te bevestigen dat een uitgangspunt is dat wij de uitkomst van de consultatie gezamenlijk zullen inventariseren, en daarover gezamenlijk naar aandeelhouders van Eneco zullen communiceren.

Verder vernemen wij graag uw bevestiging dat de vertegenwoordiging van Eneco de gehele bijeenkomst die de AHC voor 1 december in gedachten heeft, zal kunnen bijwonen en dat wij daar een gezamenlijke presentatie voor zullen voorbereiden.”

Ook op 7 november 2017 heeft Eneco een persbericht gepubliceerd, waarin zij het belang van een gezamenlijk en zorgvuldig georganiseerd verkoopproces heeft benadrukt, onder verwijzing naar de inhoud van het Aandeelhoudersconvenant. Bij het persbericht zijn als bijlagen gevoegd het Aandeelhoudersconvenant en een aantal gemeentelijke moties waarin voorwaarden bij verkoop gericht op het behoud van het duurzame karakter van Eneco aan de orde zijn.

2.25. De AHC heeft bij brief van 8 november 2017 een concept voor een Transactieprotocol aan de raad van commissarissen en de raad van bestuur gezonden en gereageerd op de brief van Eneco van 7 november 2017. Die reactie houdt onder meer het volgende in:

“De verhouding tussen de AHC enerzijds en de raad van bestuur en raad van commissarissen anderzijds staat door een reeks van incidenten onder druk. (...) Met name de raad van commissarissen moet zich aanrekenen dat de AHC steeds minder vertrouwen heeft dat de raad zijn eigen rol ten opzichte van het bestuur en de publieke aandeelhouders begrijpt en dat hij een oprechte poging doet om de verhoudingen te herstellen. Anders dan u suggereert, is de AHC al geruime tijd bezig om zich voor te bereiden op actieve interactie met Eneco om – inderdaad in gezamenlijkheid – de volgende fase in te gaan. Wij sluiten bij deze brief een concept voor een Transactieprotocol bij. (...)”

In de brief wordt voorts melding gemaakt van de uit de consultatie gebleken ontevredenheid onder de aandeelhouders over het gebrek aan zeggenschap van de aandeelhouders bij Eneco en over het beloningsbeleid. De AHC verlangt een bevestiging dat Eneco akkoord zal gaan met en zal meewerken aan een verkoop “waardoor een partij op termijn overwegende zeggenschap over Eneco verkrijgt” en een verkoop van 100% van de aandelen als deze voldoet aan de randvoorwaarden en de betrokken bidders voldoen aan de selectiecriteria die in het aandeelhoudersconvenant en het Consultatiedocument zijn beschreven. In de brief wordt voorts opnieuw bezwaar gemaakt tegen het benaderen van gemeenteraadsleden door medewerkers van Eneco, in de brief aangeduid als lobbyactiviteiten.

Het concept Transactieprotocol van de AHC voorziet onder meer in de instelling van een stuurgroep die verantwoordelijk is voor de algehele voorbereiding en uitwerking van het transactieproces en het contact met de potentiële bidders. De stuurgroep zal bestaan uit drie personen namens de Commissie van Verkopende Aandeelhouders (CvVA) en drie personen namens Eneco. De CvVA levert de voorzitter van de stuurgroep en bij staking van de stemmen heeft de voorzitter een dubbele stem.

2.26. Op 10 november 2017 heeft een overleg plaatsgevonden tussen de voorzitters van de raad van bestuur en van de raad van commissarissen en een delegatie van de AHC. Bij aanvang van dit overleg heeft de AHC een stuk overgelegd met (onder meer) de volgende inhoud:

“De AHC verzoekt een onvoorwaardelijk ja of nee op elk van onderstaande vragen (...). Bij voorkeur vanmiddag in dit gesprek en in ieder geval schriftelijk bevestigd uiterlijk op woensdag 15 november a.s. (12.00 uur):

1. Overnames in binnen- en buitenland/statuten Zijn de RvC en RvB bereid medewerking te verlenen aan een wijziging van de statuten of Aandeelhoudersconvenant die ziet op het introduceren van een goedkeuringsrecht voor de aandeelhouders van overnames en andere grote investeringen (...)? (...) Dat betekent dus een goedkeuringsrecht voor:

a. alle buitenlandse fusies en overnames, en alle fusies en overnames in Nederland boven een bedrag van € 50 mln; en

b. alle investeringen (...) binnen Nederland boven een bedrag van € 100 mln. en buiten Nederland boven een bedrag van € 50 mln.

(...)

2. Matiging van de beloningen leden RvB

Zal de RvC (...) uiterlijk op 15 december a.s. een passend voorstel doen aan de AHC tot matiging van de totale beloning – vast en variabel – van de leden van de RvB. Dit tot een niveau dat in lijn is bij wat bij overheidsdeelnemingen gebruikelijk is (...)?

3. Medewerking aan duaal verkoopproces

Zijn de RvC en RvB ook bereid volledige medewerking te verlenen aan een veilingverkoop van 100% van de aandelen, als dit de opbrengst voor de aandeelhouders optimaliseert en voldoet aan de randvoorwaarden en criteria?

(...)

De blokkeringsregeling in de statuten werkt hierbij belemmerend. Het daarin opgenomen goedkeuringsrecht van de RvC zal tot onzekerheid bij potentiële kopers leiden. Zijn de RvB en RvC bereid medewerking te verlenen aan het aanpassen van de blokkeringsregeling? (...)

4. Wijziging in de samenstelling van de RVC begeleidingscommissie

Gaat de RVC akkoord met:

(i) een wisseling in het voorzitterschap van de begeleidingscommissie toekomstig aandeelhouderschap van de RVC;

(ii) een verdere verandering in de samenstelling van deze commissie (...); en

(iii) (...) een zoekopdracht te starten voor een extra commissaris op basis van een tussen de AHC en RVC overeen te komen profiel?

5. Staken van lobbyactiviteiten

Gaan de RVC en RvB per direct zorgen dat de onderneming en haar medewerkers stoppen met de lobby voor het 'houden' van aandelen of voor het enkele kiezen voor een deelverkoop/beursgang?"

2.27. Bij brief van 15 november 2017 hebben Van den Assem en De Haas gereageerd op het hierboven genoemde stuk, in die brief aangeduid als Memorandum van Eisen. De brief houdt onder meer in dat de door de AHC gestelde eisen niet redelijk zijn mede gelet op de afspraken die zijn gemaakt ten tijde van de splitsing, dat eisen worden gesteld die niet nader zijn toegelicht en die voorbijgaan aan normale vennootschappelijke verhoudingen. In de brief doet Eneco een voorstel dat berust op de veronderstelling dat de AHC zal

bevestigen dat de vervolgstappen op de consultatie onder de aandeelhouders gericht zullen zijn op een georganiseerd proces in volledige en volwaardige samenwerking. Aan dat laatste voldoet het concept Transactieprotocol van de AHC naar het oordeel van Eneco niet. Eneco heeft in haar brief aangedrongen op het opstellen van een gezamenlijk inventarisatierapport naar aanleiding van de uitkomst van de consultatie. Het voorstel van Eneco in reactie op de door de AHC genoemde vijf punten houdt onder meer in:

“1. Overnames in binnen- en buitenland/statuten (...) Eneco is bereid om in overweging te nemen dat ten behoeve van en derhalve gedurende het Gezamenlijk Vervolgproces in het Evenwichtig Transactieprotocol een regeling wordt opgenomen dat nieuwe (en dus niet reeds ingezette en met de AHC al besproken) overnames en acquisities en investeringen in Nederland en daarbuiten, van een bepaalde orde grootte, gezamenlijk zullen worden beoordeeld in het licht van zowel het belang van de realisatie van de strategie als de eventuele impact op de mogelijke transactie. (...)

2. Beloningsbeleid met betrekking tot bestuur (...)

In het aandeelhoudersconvenant is kort gezegd een afspraak gemaakt dat de raad van commissarissen na de splitsing een voorstel zou doen om aan de hand van een stappenplan tot herziening van het beloningsbeleid voor het bestuur van Eneco te komen op basis van een door een onafhankelijk deskundige uit te voeren peer group vergelijking. De raad van commissarissen heeft hieraan gevolg gegeven en heeft de AHC daar conform afspraak nauw bij betrokken. (...) Vervolgens hebben de raad van commissarissen en de AHC gezamenlijk besloten om het vigerende beloningsbeleid te handhaven. De algemene vergadering van aandeelhouders is over dit gezamenlijke besluit in september van dit jaar geïnformeerd. Concreet is de remuneratie-commissie van de raad van commissarissen beschikbaar om het gesprek met de AHC over het beloningsbeleid op korte termijn te heropenen en trachten toch verder te brengen.

3. Medewerking aan duaal verkoopproces

(...) [Wij sluiten] een duaal verkoopproces tijdens het Gezamenlijk Vervolgproces niet [uit] en [zijn] ook bereid om dit te onderzoeken, mits hierover goede afspraken worden gemaakt, die in het Evenwichtig Transactieprotocol kunnen en zullen worden vastgelegd. (...)

De statutaire blokkeringsregeling maakt deel uit van de nog geen jaar geleden in werking getreden afspraken en daarmee wordt de gezamenlijkheid die daarin centraal staat mede tot uitdrukking gebracht. Indien wij in volledige en volwaardige gezamenlijkheid het transactieproces vervolgen, en dus ook een gezamenlijk besluit nemen over de uiteindelijke uitkomst daarvan, zal de goedkeuringsregeling zich daarin vanzelf oplossen. Het is niet goed denkbaar dat de raad van commissarissen zou afwijken van een in volledige en volwaardige gezamenlijkheid gemaakte keuze over de uitkomst van een transactieproces.

4. Wijziging in de samenstelling van de RvC (begeleidingscommissie).

Uw eis van wijziging van voorzitterschap en samenstelling van de begeleidingscommissie van de raad van commissarissen is niet alleen nieuw, maar die is ook niet voorzien van een toelichting. De ratio van de eis is dan ook onduidelijk. (...) Het instellen van de begeleidingscommissie is een aangelegenheid die de interne organisatie van de raad van commissarissen betreft. (...)

(...) de raad van commissarissen [zal] het verzoek tot het inzetten van een search naar een nieuwe commissaris honoreren, onder toepassing van de afspraken die voor de benoeming van nieuwe commissarissen in het aandeelhoudersconvenant zijn opgenomen. De raad van commissarissen zal een profiel voor de nieuwe vacature opstellen, en daarover met de AHC overleg voeren. Vervolgens zal de raad van commissarissen conform de al geldende afspraken een professioneel executive search bureau inschakelen.

5. Vermeende lobbyactiviteiten

Eneco heeft geen campagne gevoerd die is gericht op een behoud van bestaand aandeelhouderschap. Evenmin heeft Eneco campagne gevoerd gericht op beursgang. Het aandeelhouderschap als zodanig is wel een aangelegenheid die Eneco rechtstreeks aangaat. Zij heeft een gerechtvaardigd en redelijk belang om de eenzijdige en tamelijk onge nuanceserde boodschap waarmee de AHC tijdens de consultatie naar aandeelhouders van Eneco en de media op pad is gegaan, in de juiste context te plaatsen. Eneco heeft ook in het verleden over onderwerpen die haar aangaan en voor haar van belang zijn niet alleen contacten met wethouders, maar ook met raadsleden onderhouden. Dat is dus niet nieuw of ongebruikelijk. Hoe dat ook zij, we hebben er vertrouwen in dat als wij gezamen-

lijk optrekken, media-aandacht en beeldvorming onder raadsleden in een rustiger vaarwater zal komen.”

2.28. Op 14 november 2017 heeft de AHC een concept Inventarisatierapport aan Eneco gezonden. Eneco heeft haar bezwaren tegen de inhoud daarvan op 17 november 2017 (in de vorm van een *mark-up*) aan de AHC gezonden. De AHC heeft daarop laten weten dat een gezamenlijk Inventarisatierapport, gelet op de verschillen van opvatting tussen de AHC en Eneco, “niet meer realistisch” is.

2.29. Op 22 november 2017 heeft de AHC aan de aandeelhouders haar Inventarisatierapport toegezonden alsmede een rapport getiteld “Bestuur en toezicht bij Eneco”. De AHC heeft haar Inventarisatierapport op 23 november 2017 aan Eneco toegezonden en het rapport “Bestuur en toezicht bij Eneco” op 28 november 2017.

Het Inventarisatierapport van de AHC houdt onder meer in dat de AHC twee deelcommissies heeft ingesteld: de commissie van verkopende aandeelhouders (de CvVA) en de commissie van blijvende aandeelhouders (de CvBA) en dat de CvVA belangrijke besluiten met betrekking tot het transactieproces neemt. Volgens het Inventarisatierapport zijn de in artikel X van het Aandeelhoudersconvenant (zie 2.6) opgenomen criteria inhoudelijk verwerkt in de beoordelingscriteria genoemd in het Consultatiedocument (zie 2.15) en is het belangrijk dat Eneco en de aandeelhouders het eens worden over de te hanteren criteria en proberen uit te werken hoe en wanneer deze precies worden gehanteerd en gewogen worden.

Het rapport “Bestuur en toezicht bij Eneco” bevat het standpunt van de AHC over de volgende onderwerpen:

1. de beperkte zeggenschap van aandeelhouders van Eneco;
 2. een matiging van de hoge beloningen van de RvB;
 3. het onderzoeken van alle verkoop scenario's en de opstelling van Eneco daarbij; en
 4. een wijziging in de samenstelling van de RvC”
- Met het oog op de bijeenkomst van 1 december 2017 houdt het rapport onder meer het volgende in:

“De AHC constateert dat er na maanden van overleg een volledige impasse is ontstaan tussen de AHC en de RvB en RvC van Eneco. De AHC heeft sinds januari 2017 vele pogingen gedaan,

maar een ruime meerderheid binnen de AHC heeft er inmiddels geen vertrouwen meer in dat zij hier met de RvB en RvC uit kan komen. Tijdens de bijeenkomst van 1 december a.s. legt de AHC hier graag volledig verantwoording over af en treedt de AHC in overleg met de aandeelhouders over de vraag of de aandeelhouders er vertrouwen in kunnen hebben dat de RvB en RvC aan de gerechtvaardigde verlangens van de aandeelhouders tegemoet zullen komen, en zo niet, welke maatregelen de aandeelhouders kunnen treffen en wenselijk achten om hun legitieme belangen te behartigen.”

2.30. Op 30 november 2017 heeft Eneco een aandeelhoudersvergadering belegd op 12 januari 2018, teneinde, in reactie op rapport “Bestuur en toezicht bij Eneco”, verantwoording af te leggen over het bestuur en toezicht.

2.31. Tijdens de bijeenkomst van de aandeelhouders op 1 december 2017 heeft de AHC, buiten aanwezigheid van het bestuur en de raad van commissarissen van Eneco, eerst haar Inventarisatie-rapport en haar rapport “Bestuur en toezicht bij Eneco” toegelicht. Eneco heeft tijdens het vervolg van de bijeenkomst aangedrongen op overleg met de AHC. Dat overleg heeft vervolgens plaatsgevonden tussen een delegatie van Eneco en een delegatie van de AHC, in de stukken gezamenlijk ook aangeduid als de Commissie Van de Stadt. Op 8 december 2017 heeft Eneco een concept Transactieprotocol aan (de delegatie van) de AHC gezonden.

2.32. De raad van bestuur van Eneco heeft bij brief van 15 december 2017 aan de AHC de verwachting uitgesproken dat voortzetting van de gesprekken binnen de Commissie Van de Stadt zal leiden tot algehele overeenstemming over de aanpak en inrichting van een verkoopproces. Bij de brief is een aangepast concept Transactieprotocol gevoegd. Ter toelichting daarop houdt de brief onder meer in:

“We hebben begrip voor de wens van de aandeelhouders om uiteindelijk het laatste woord te hebben in een gecontroleerd verkoopproces. Tegelijkertijd willen wij recht doen aan het uitgangspunt van de gezamenlijkheid. Wij denken dat die twee ook zijn te combineren, doordat de AHC de uiteindelijke keuze (zelfstandig) maakt uit de overgebleven ‘preferred’ bidders, aannemende dat in het proces dat daaraan vooraf gaat voldoende waarborgen zijn opgenomen dat die ‘preferred’ bidders gesteund kunnen worden door zowel AHC als

Eneco. Dat betekent dat in het proces dat daartoe zal leiden, belangrijke beslissingen worden genomen op basis van consensus en als dat niet lukt met meerderheid van stemmen in een stuurgroep met zes vertegenwoordigers (drie van de aandeelhouders en drie van Eneco). Mocht dat onverhoopt leiden tot een impasse, dan zou mediation uitkomst kunnen bieden.

We hebben in het transactieprotocol aangegeven geen principiële bezwaren te hebben tegen een ‘100% verkoop’, ervan uitgaande dat rekening wordt gehouden met de belangen van alle aandeelhouders.

Ook is in het transactieprotocol een bepaling opgenomen over het goedkeuringsrecht van de raad van commissarissen in het kader van de blokkeringsregeling. In de praktijk zal die betekenen dat, als partijen op de juiste wijze uitvoering geven aan het bepaalde in het transactieprotocol, de raad van commissarissen de aandelenoverdracht zal hebben goed te keuren. Nadat een transactie heeft plaatsgevonden waarbij de meerderheid van de aandelen worden verkocht, of bij een beursgang, kan het goedkeuringsrecht van de raad van commissarissen voor overdrachten komen te vervallen, en ook dat is in het transactieprotocol voorzien.” Het concept Transactieprotocol van Eneco voorziet in de instelling van een stuurgroep die de eindverantwoordelijkheid draagt voor het privatiseringsproces en zal bestaan uit twee personen namens de verkopende aandeelhouders, één persoon namens de blijvende aandeelhouders en drie personen namens Eneco. Indien geen overeenstemming op basis van consensus kan worden bereikt en de stemmen staken, zal een mediation-traject worden gevolgd. Indien dat laatste geen oplossing biedt, vervalt het Transactieprotocol, aldus het voorstel van Eneco.

De bijlagen 2, 3 en 4 bij het concept Transactieprotocol van Eneco bevatten respectievelijk (pre-)selectiecriteria voor bidders, beoordelingscriteria voor biedingen en “waarborgafspraken met de uiteindelijke koper(s)”. Deze houden onder meer het volgende in:

- dat de bieder een authentiek duurzame profiel heeft en een strategie vergelijkbaar met die van Eneco;
- de bieder een investeringstermijn hanteert die aansluit bij de duurzame strategie van Eneco;
- dat Eneco als zelfstandige onderneming kan blijven voortbestaan;

- dat het dividend per jaar niet de jaarlijkse nettowinst zal overschrijden;
- dat de belangrijkste merken van Eneco in stand zullen blijven;
- dat investeringen in onderzoek en ontwikkeling worden voortgezet op het huidige niveau.

Het concept Transactieprotocol van Eneco bevat voorts een voorstel met betrekking tot de zeggenschap van aandeelhouders gedurende het transactieproces over investeringen. Het voorstel houdt in dat met betrekking tot investeringen en overnames in Nederland de AHC een informatierecht heeft voor investeringen vanaf € 100 miljoen, een adviesrecht voor investeringen vanaf € 200 miljoen en een goedkeuringsrecht voor investeringen vanaf € 300 miljoen. Voor investeringen en overnames in het buitenland verkrijgt de AHC een informatierecht voor investeringen vanaf € 50 miljoen, een adviesrecht voor investeringen vanaf € 100 miljoen en een goedkeuringsrecht voor investeringen vanaf € 200 miljoen.

2.33. Bij brief van dezelfde datum (15 december 2017) heeft Van den Assem namens de hele raad van commissarissen aan de AHC

- een voorstel gedaan met betrekking tot het beloningsbeleid gedurende de transactieperiode;
- bevestigt dat, als partijen op de juiste wijze uitvoering geven aan het bepaalde in het door Eneco voorgestelde Transactieprotocol, de raad van commissarissen de aandelenoverdracht zal hebben goed te keuren;
- bevestigt dat de werving van een achtste commissaris is gestart en dat deze deel zal uitmaken van de commissie van de raad van commissarissen die zich bezig houdt met het privatiseringsproces;
- aangedrongen op het niet openbaar maken van het rapport “Bestuur en toezicht bij Eneco”.

2.34. Bij brief van 20 december 2017 heeft mr. Roelvink, namens 29 gemeenten die tezamen 80% van het geplaatste kapitaal vertegenwoordigen, de raad van commissarissen verzocht een buitengewone algemene vergadering van aandeelhouders bijeen te roepen met als agendapunt het opzeggen van het vertrouwen in de raad van commissarissen. De brief houdt onder meer in:

“De genoemde gemeentes (...) hebben na een reeks vergaderingen met u en onderling beraad geconstateerd dat zij in de loop van 2017 het vertrouwen in de raad van commissarissen hebben verloren. Naar het oordeel van de gemeentes heeft de raad van commissarissen er geen blijk van gegeven een van de raad van bestuur voldoende onafhankelijke

positie in te nemen. Hij trekt zich de sterk verstoorde verhoudingen onvoldoende aan en laat na daarop adequaat te acteren.

(...) Uit de gewisselde correspondentie en de discussies die hierover hebben plaatsgevonden, blijkt dat – ook – de raad van commissarissen van oordeel is dat de aandeelhouders de raad van bestuur en de raad van commissarissen een vetorecht moeten geven – of dat zij dit vetorecht al zouden hebben gekregen – ten aanzien van iedere stap in een verkoopproces van de aandelen Eneco.

De aandeelhouders hebben een dergelijk vetorecht niet gegeven en de Aandeelhouderscommissie heeft bij herhaling aangegeven (i) dat de Aandeelhouderscommissie een dergelijk recht niet namens de gemeentelijke aandeelhouders kan geven en (ii) dat in redelijkheid niet van de publieke aandeelhouders gevraagd kan worden het beschikkingsrecht over hun aandelen op deze wijze uit handen te geven. Dit standpunt is de raad van commissarissen bekend. Het is naar het oordeel van de aandeelhouders in strijd met de redelijkheid en billijkheid dat de raad van commissarissen op deze wijze een koppeling maakt tussen afspraken die met het doorlopende beleid ten aanzien van Eneco te maken hebben en een eventueel verkoopproces. Het stellen van de voorwaarde op de wijze waarop de raad van commissarissen dit met de raad van bestuur heeft gedaan, biedt dus geen opening voor een toenadering. Het onderstreept eens te meer hoe ver de aandeelhouders en de raad van commissarissen van elkaar zijn verwijderd.

De opmerking in de brief van de raad van bestuur van 15 december jl., dat er relatief weinig discussie zou bestaan over de inhoud van het transactieprotocol, onderschrijven de gemeentes niet. Zo ligt daarin nog steeds het vetorecht besloten. Tijdens de bijeenkomst op 1 december jl. hebben de voorzitters van de raad van bestuur en raad van commissarissen verder de indruk gewekt een concreet voorstel te zullen doen voor matiging van de beloningen. Een serieus voorstel op dit onderwerp is echter uitgebleven. De gedane voorstellen zijn in lijn met reeds bestendige praktijk (variabele beloning en matigingspercentage) of waren reeds mondeling aan de AHC toegezegd (inzicht in opbouw variabele beloning). Ook op het gebied van het beleid ten aanzien van overnames in binnen- en buitenland is het voorstel niet adequaat. De raad van commissarissen is bovendien onzichtbaar geweest bij het overleg,

dat alleen twee maal in persoon met een lid van de raad van bestuur en telefonisch met de voorzitter van de raad van bestuur heeft plaatsgevonden. Daarnaast blijkt niet dat de raad van commissarissen iets heeft gedaan met het commentaar dat de AHC gedurende de afgelopen twee weken op tussenvoorstellen van Eneco heeft gegeven. Dit strookt niet met de toezeggingen die de voorzitter van de raad van commissarissen 1 december jl. aan de aandeelhouders heeft gedaan en heeft het vertrouwen in de raad van commissarissen verder ondermijnd.”

2.35. Eveneens op 20 december 2017 heeft de AHC haar rapport “Bestuur en toezicht bij Eneco” geactualiseerd. Deze versie van het rapport houdt onder meer in:

“Het voorstel van Eneco ten aanzien van de regie over het transactieproces wijkt echter sterk af van wat de AHC voor publieke aandeelhouders redelijk en aanvaardbaar acht. (...) Daarbij merkt de AHC overigens nog op dat de aandeelhouders, gegeven de opstelling van de RvC in de afgelopen periode, er niet van kunnen uitgaan dat het RvC-lid dat zitting zou nemen in de stuurgroep adequaat tegenwicht zou bieden aan de RvB.

(...)

Het transactieprotocol [voorgesteld door Eneco, toevoeging OK] bevat ook een aantal voorwaarden waaraan eenieder zou moeten voldoen, om aan een biedingsproces te kunnen deelnemen (...). [Eneco] (...) suggereert (...) dat iedereieder al een authentiek duurzaam profiel zou moeten hebben. Dat is problematisch, want het zou onder meer partijen uitsluiten die de transitie naar een duurzame strategie nog niet hebben gemaakt, maar dit door de acquisitie van Eneco willen gaan vormgeven. Daarnaast suggereert Eneco dat eenieder een investeringstermijn zou moeten hanteren die aansluit bij de duurzame strategie van Eneco. Dit zou private equity partijen bij voorbaat van het proces kunnen uitsluiten.

Eneco stelt (...) dat Eneco als zelfstandige groep van ondernemingen moet blijven voortbestaan. Een koper die Eneco zou willen integreren in zijn concern zou daarmee worden uitgesloten. Blijvende zelfstandigheid is een aspect dat niet voorkomt in het aandeelhoudersconvenant (...). (...)

De AHC constateert dat de opstelling van Eneco op dit punt en andere punten onvoldoende vertrouwen geeft dat een proces kan worden georganiseerd waarin voldoende bidders worden toegelaten tot een open en competitief verkoopproces.”

2.36. Van den Assem en De Haas hebben zich bij brief van 22 december 2017 aan de aandeelhouders op het standpunt gesteld dat het opzegen van het vertrouwen in de voltallige raad van commissarissen niet verantwoord is en evenmin in het belang van Eneco en haar stakeholders. Bij de brief is gevoegd een reactie op het rapport “Bestuur en toezicht bij Eneco” in de vorm van een rapport getiteld “Toelichting Bestuur en Toezicht Eneco”. Daarin schrijft Eneco onder meer:

“Bestuur en raad van commissarissen van Eneco zijn van mening dat het AHC Rapport een eenzijdig, onvolledig en op verschillende onderdelen aantoonbaar onjuist beeld schetst. Hierdoor dreigt – niet alleen bij de wethouders van de 44 niet direct in de AHC vertegenwoordigde aandeelhouders, maar ook bij hun medebestuurders, raadsleden en ambtenaren – een verkeerd beeld te ontstaan van het sinds de splitsing gevoerde bestuur en toezicht, en van de rol van Eneco in het transactieproces. Daarmee worden volgens Eneco de verhoudingen onnodig op scherp gezet, hetgeen ook niet goed is voor een productief verder verloop van dat proces.”

2.37. Bij persbericht van 11 januari 2018 heeft de ondernemingsraad de aandeelhouders opgeroepen om de strijdbijl te begraven en partijen opgeroepen om door constructief overleg te komen tot een gezamenlijk verkoopproces waarbij een duurzame en bestendige toekomst van Eneco kan worden gegarandeerd.

2.38. Tijdens een buitengewone algemene vergadering van aandeelhouders van Eneco op 12 januari 2018 hebben de raad van bestuur en de raad van commissarissen gereageerd op het rapport “Bestuur en toezicht bij Eneco”. Op 15 januari 2018 heeft de AHC aan de raad van commissarissen laten weten dat de vergadering van 12 januari 2018 niet heeft bijgedragen aan een herstel van vertrouwen en voorgesteld tot open en constructief overleg onder leiding van een derde. Met dat laatste voorstel heeft de raad van commissarissen ingestemd zoals blijkt uit zijn brief van 17 januari 2018 aan de AHC.

2.39. Bij e-mail van 20 januari 2018 heeft G. Vels, programma directeur aandeelhouderschap van Eneco, aan de raad van commissarissen “enige wenken” met het oog op het bemiddelingsproces met de AHC gezonden. De e-mail bevat suggesties

met betrekking tot onderwerpen die behoren tot het domein van de raad van commissarissen en houdt daarnaast het volgende in:

“Lastige onderwerpen, die waarschijnlijk niet te vermijden zijn, maar die afstemming met RvB behoeven:

– Investeringsgrenzen
(...)

– Beloningsbeleid
(...)

– Zeggenschap over het transactieproces
(...)

Te vermijden onderwerpen:

– Transactieprotocol

Detailafspraken over de inrichting van het transactieproces vallen binnen het domein van de RvB”

2.40. Op 25 januari 2018 is een mediationovereenkomst gesloten tussen de AHC en de raad van commissarissen. Tijdens de mediation was de AHC vertegenwoordigd door Visser, Th.J.A.M de Bruijn (wethouder van de gemeente Den Haag) en J. Mos (wethouder van de gemeente Dordrecht). De raad van commissarissen was in de mediation vertegenwoordigd door Van den Assem, Van Lier Lels en Sijmons. Als resultaat van de mediation is op 13 februari 2018 een concept vaststellingsovereenkomst bereikt tussen de AHC en de raad van commissarissen. Deze is toen voorgelegd aan de raad van bestuur en aan de ondernemingsraad.

2.41. Aan de hand van een notitie van zijn advocaat van 14 februari 2018 heeft de ondernemingsraad zich jegens de raad van commissarissen op het standpunt gesteld dat de in de concept vaststellingsovereenkomst opgenomen afspraken over het Transactieproces en over toekomstige investeringen op de voet van artikel 25 WOR adviesplichtig zijn. Bij e-mail van 16 februari 2018 heeft de ondernemingsraad daaraan toegevoegd dat de raad van bestuur de vaststellingsovereenkomst slechts “voor akkoord” kan ondertekenen onder voorbehoud dat het adviesrecht van de ondernemingsraad zal worden gerespecteerd en de ondernemingsraad zelf niet gebonden is aan de inhoud van de vaststellingsovereenkomst.

2.42. De Vaststellingsovereenkomst is op 16 februari 2018 ondertekend door de aandeelhouderscommissie en de raad van commissarissen en tevens “voor akkoord” door de raad van bestuur. De Vaststellingsovereenkomst houdt onder meer

het volgende in, met dien verstande dat “Partijen” zijn gedefinieerd als de AHC en de raad van commissarissen:

“3. Mochten er in andere gremia, zoals de stuurgroep, geschillen (dreigen te) ontstaan, dan zullen de AHC en de RvC trachten deze in goed overleg gezamenlijk op te lossen. (...)
(...)

8. Partijen zullen ervoor zorgdragen dat in een op te stellen transactieprotocol afspraken worden gemaakt over de samenstelling, bevoegdheden en besluitvorming van een gezamenlijke stuurgroep (hierna: “de Stuurgroep”). De helft van de leden van de Stuurgroep zal bestaan uit vertegenwoordigers van Eneco, de andere helft uit vertegenwoordigers van de verkopende aandeelhouders. (...)

9. De Stuurgroep streeft naar consensus. Indien consensus niet kan worden bereikt, wordt een besluit genomen met meerderheid van stemmen. Wordt ook in dat overleg geen overeenstemming over het te nemen besluit bereikt, dan zal in mediation worden getracht alsnog tot een oplossing te komen.

10. In afwijking van het bepaalde in artikel 9 zal, in geval geen consensus wordt bereikt met betrekking tot de keuze uit de laatst overgebleven gegadigden die een bindend bod hebben mogen uitbrengen, in het scenario van een veilingverkoop, de stem van de verkopende aandeelhouders de doorslag geven.
(...)

15. De bevestiging en de formulering van de opdracht van de in het kader van het Transactieproces door Eneco in te huren tweede (internationale) investmentbank, Citibank International PLC, zal in gezamenlijkheid tussen Eneco en de AHC plaatsvinden. De formele opdrachtverstreking zal uitgaan van Eneco. Citibank zal rapporteren aan – aangestuurd worden door de gezamenlijke projectgroep en de Stuurgroep, met day to day contact van de cfo. Eneco zal een kopie van de onderliggende documentatie met betrekking tot het selectieproces (RfP, pitch, fee-voorstel en overige stukken van alle kandidaten) zo snel mogelijk aan de AHC verstrekken. Over de geschiktheid van Citibank lijkt vooralsnog geen meningsverschil te bestaan.
(...)

16. De bijlage bij de Vaststellingsovereenkomst geeft het kader en de principes aan die tijdens het Transactie is zullen worden toegepast voor de beoordeling van potentiële kopers. (...)

17. Pas vanaf de eerste ronde in de executiefase, die in principe voor elke partij openstaat, wordt het kader, zoals volgt uit de bijlage bij de Vaststellingsovereenkomst, toegepast. (...) Voor het gehele Transactieproces geldt dat een mogelijke beursgang (IPO) onbevooroordeeld zal worden gelegd naast het verkoopalternatief van verkoop aan één koper of een consortium van kopers. (...)

(...)

18. Gedurende het Transactieproces wordt een 'standstill' afgesproken, dat wil zeggen een handhaving van de beloning en van de huidige afspraken met zittende bestuurders inclusief variabele beloning. Voor mogelijke nieuwe bestuurders geldt dat tijdens het Transactieproces het beloningspakket door de RvC in overleg met de AHC wordt vastgesteld, waarbij verdere matiging ten opzichte van de huidige beloning het uitgangspunt is.

(...)

19. Met het oog op door Eneco gedurende het Transactieproces beoogde (des)investeringen (...) stelt de AHC een (...) 'Investeringscommissie' in.

(...)

23. De RvC zal voorstellen betreffende acquisities en investeringen van meer dan € 50 miljoen in het buitenland, respectievelijk 100 miljoen in het binnenland (plus alle politiek gevoelige) die aan zijn goedkeuring zijn onderworpen, slechts kunnen accorderen mits de Investeringscommissie haar positieve oordeel daarop heeft ingebracht.

(...)

(...)

25. De RvB onderschrijft de afspraken die tussen de AHC en de RvC zijn gemaakt, en, zal in de geest hiervan (laten) handelen en tekent ten blijke hiervan de Vaststellingsovereenkomst voor akkoord mee. De RvB en RvC zien erop toe dat de medewerkers binnen Eneco zich eveneens aan de afspraken conformeren.

26. De RvC respectievelijk de RvB, zullen zorg dragen voor het inbouwen van duidelijke directieven en waarborgen, zodanig dat afwijking van de in deze Vaststellingsovereenkomst gemaakte afspraken binnen Eneco arbeidsrechtelijke consequenties zal hebben.

(...)

32. (...) Ondertekening door de RvB vindt plaats voor zover vereist met inachtneming van overleg- of adviesverplichtingen die voortvloeien uit de WOR.

(...)"

De in artikel 16 van de Vaststellingsovereenkomst genoemde bijlage met beoordelingscriteria is niet in het geding gebracht.

2.43. De raad van bestuur heeft zijn afwegingen die hebben geleid tot het besluit de Vaststellingsovereenkomst te ondertekenen vastgelegd in een schriftelijke besluit van 16 februari 2018. De afwegingen zijn daarin als volgt weergegeven:

"i. dat de vaststellingsovereenkomst op onderdelen afspraken bevat die verder gaan dan naar de opvatting van de Raad van Bestuur wenselijk is, maar ten aanzien waarvan de Raad van Bestuur, ondanks herhaald aandringen bij of via de raad van commissarissen als onderhandelende partij in de mediation, geen wezenlijke wijzigingen heeft kunnen bewerkstelligen, nu de raad van commissarissen de afspraken wel aanvaardbaar acht omdat verdere onderhandelingsruimte naar diens inzicht niet meer bestaat en het mislukken van de onderhandelingen de belangen van Eneco ernstig zou schaden;

ii. bij het niet aanvaarden van de vaststellingsovereenkomst, buiten twijfel staat dat de AHC aandeelhouders zal adviseren om de brief van 20 december 2018 een vervolg te geven, en haar agenderingsrecht uit te oefenen gericht op het opzeggen van het vertrouwen in de raad van commissarissen, waartoe aandeelhouders vervolgens ook in ruim voldoende meerderheid zullen overgaan;

iii. de negatieve consequenties van het opzeggen van het vertrouwen in de raad van commissarissen voor Eneco en de met haar verbonden onderneming aanzienlijk zijn, mede vanuit een oogpunt van reputatie, verhouding met klanten en leveranciers, en zal leiden tot grote onzekerheid;

iv. Eneco daarover weliswaar een procedure bij de Ondernemingskamer zou kunnen starten, maar de uitkomst daarvan niet op voorhand met zekerheid valt te voorspellen, en ook bij het via een dergelijke procedure voorkomen van een besluit door de algemene vergadering van aandeelhouders tot het opzeggen van het vertrouwen in de raad van commissarissen, de verhouding tussen Eneco en haar aandeelhouders op een ingrijpende en moeilijk te herstellen manier beschadigd zou kunnen raken;

v. de vaststellingsovereenkomst de inhoud en betekenis van het aandeelhoudersconvenant onverlet en onverminderd intact laat, en niet zal leiden tot

wijzigingen in de statuten van Eneco (en pogingen van aandeelhouders tot het afdwingen van een dergelijke wijziging juist voorkomt);

vi. de vaststellingsovereenkomst in artikel X van het aandeelhoudersconvenant vastgelegde uitgangspunten voor een transactieproces via werkafspraken verder verstevigen;

vii. de raad van commissarissen in overleg met (leden van de) Raad van Bestuur te kennen heeft gegeven dat de beoordelingscriteria waarvoor een kader aan de vaststellingsovereenkomst is gehecht, het behoud van de duurzame strategie van Eneco voorop stellen (en mogelijke kopers daarop zullen beoordelen), en naar zeggen van de raad van commissarissen de AHC zulks als het primaire criterium heeft aanvaard;

viii. ook overigens de toelichting van de raad van commissarissen op het verloop van de mediation en de betekenis van bepaalde onderdelen van de vaststellingsovereenkomst, de indruk heeft gegeven aan de Raad van Bestuur dat bij het privatiseringsproces op een volwaardige manier door de AHC gezamenlijkheid zal worden betracht;

(...)

xiii. dit besluit wordt genomen onder de voorwaarden van advies van de Centrale Ondernemingsraad;

xiv. (...)"

2.44. Op 4 maart 2018 heeft Vels (zie 2.39) aan Van den Assem en De Haas een e-mail gestuurd met zijn vragen, observaties en suggesties naar aanleiding van de Vaststellingsovereenkomst. Vels stelt onder meer het volgende aan de orde:

– het in de bijlage bij de Vaststellingsovereenkomst genoemde criterium met betrekking tot de duurzame strategie van Eneco biedt kennelijk ruimte voor het toelaten van partijen die (slechts) intenties uitspreken over groene ambities zoals grijze energiereuzen en veel oliemaatschappijen; – in het Aandeelhoudersconvenant wordt als een van de vier uitgangspunten genoemd dat bij verkoop de continuïteit en de stabiliteit van de onderneming moet zijn gewaarborgd, terwijl in bijlage 2 bij de Vaststellingsovereenkomst is bepaald dat de koper de ‘continuïteit van de samenstellende onderdelen van de onderneming’ moet onderschrijven; dit laatste biedt ruimte voor het opsplitsen van Eneco door de koper, terwijl het uitgangspunt in het Aandeelhoudersconvenant dat juist beoogde te voorkomen;

– gedurende de mediation heeft slechts in beperkte mate afstemming met de raad van bestuur plaatsgevonden en feitelijk is de raad van commissarissen tijdens de mediation op de stoel van de raad van bestuur gaan zitten; in de laatste week van de mediation werd de raad van bestuur in feite voor het blok gezet; als de raad van bestuur niet akkoord zou gaan zou de relatie tussen de raad van bestuur en raad van commissarissen immers mogelijk onherstelbaar beschadigd zijn;

– de bepaling in artikel 15 van de Vaststellingsovereenkomst dat alle informatie die door Eneco wordt gedeeld met haar adviserende banken ABN AMRO en Citi gelijktijdig moet worden gedeeld met alle leden van de AHC is niet werkbaar en niet wenselijk;

– de omstandigheid dat de adviesaanvraag aan de ondernemingsraad primair is gebaseerd op overwegingen van de raad van commissarissen en in mindere mate op die van de raad van bestuur, leidt mogelijk tot complicaties;

– de Vaststellingsovereenkomst roept de vraag op of Eneco beantwoording van vragen door de landelijke politiek moet afstemmen met de AHC;

– met het oog op het herstel van de normale corporate governance verhoudingen zou de raad van bestuur weer het voortouw moeten hebben in de besprekingen met de AHC en zou de raad van commissarissen zijn rol als toezichthouder weer moeten vervullen; zo zouden investeringsvoorstellen eerst door de raad van bestuur aan de raad van commissarissen moeten worden voorgelegd en pas daarna door de raad van commissarissen aan de Investeringscommissie;

– zolang de ondernemingsraad geen advies heeft gegeven over de nieuwe investeringsdrempels genoemd in artikel 23 van de Vaststellingsovereenkomst, hoeven investeringen niet te worden voorgelegd aan de Investeringscommissie van de AHC;

– anders dan Aperghis onlangs heeft voorgesteld, dient in het geval in de stuurgroep geen overeenstemming kan worden bereikt, mediation plaats te vinden tussen de leden van de stuurgroep, dus inclusief de CEO, en niet slechts tussen de drie leden van de AHC en de drie commissarissen die eerder aan de mediation hebben deelgenomen.

2.45. Op 5 maart 2018 heeft Eneco aan de ondernemingsraad advies gevraagd over het (voorgenomen) besluit tot het aangaan van de Vaststellingsovereenkomst. De adviesaanvraag houdt onder meer in dat het besluit tot het aangaan van de

Vaststellingsovereenkomst leidt tot een belangrijke wijziging in de organisatie dan wel verdeling van bevoegdheden binnen de organisatie van Eneco als bedoeld in artikel 25 lid 1 onder e van de WOR:

“De belangrijke wijziging in de organisatie van de onderneming, althans verdeling van de bevoegdheden binnen de onderneming is gelegen in het volgende:

A. In de artikelen 16 en 17 van de VSO in samenhang met het Beoordelingskader van Bijlage 1 bij de VSO is een aantal afspraken gemaakt over bij de privatisering van Eneco toe te passen beoordelingscriteria, die meer specifiek een aanvulling vormen op de criteria die ter zake zijn opgenomen in artikel X van het Aandeelhoudersconvenant van Eneco van 31 januari 2017 (‘Convenant’);

B. In de artikelen 19 tot en met 23 van de VSO zijn afspraken gemaakt over goedkeuringsrechten van de AHC (via een Investeringscommissie) in samenhang met de goedkeuring van acquisities en investeringen door de RvC, welke afspraken (tijdelijk) gelden in aanvulling op de huidige regelingen in artikel 16.1(a) van de statuten van Eneco en artikel VII van het Convenant.”

2.46. De ondernemingsraad heeft bij brief van 16 maart 2018 een aantal vragen gesteld over de Vaststellingsovereenkomst, mede omdat de ondernemingsraad na gesprekken met de AHC en de raad van commissarissen heeft geconstateerd dat de AHC en de raad van commissarissen de Vaststellingsovereenkomst verschillend interpreteren. De vragen hebben onder meer betrekking op de wijze waarop het continueren van de duurzame strategie van Eneco wordt gewaarborgd, de in artikel 26 van de Vaststellingsovereenkomst genoemde arbeidsrechtelijke consequenties, de verhouding tussen de Vaststellingsovereenkomst enerzijds en de statuten en het Aandeelhoudersconvenant anderzijds, de positie van de Investeringscommissie (artikel 23 Vaststellingsovereenkomst) en de ruimte die de “absolute beoordelingscriteria in het beoordelingskader” bieden voor het toelaten van verschillende kandidaat-kopers en de vraag of daarover eenstemmigheid bestaat tussen de raad van bestuur, de raad van commissarissen en de AHC.

2.47. De raad van bestuur en de raad van commissarissen hebben prof. dr. Erik van de Loo, hoogleraar leiderschap en gedrag (hierna: Van de Loo), ingeschakeld met het oog op spanningen tussen de raad van bestuur en raad van commissarissen,

voortgekomen uit het mediationtraject en de Vaststellingsovereenkomst (in het citaat hieronder aangeduid als VSO). De (concept) bevindingen van Van de Loo van 21 maart 2018 houden onder meer in:

“De RvC meent middels de mediation en de VSO een belangrijke stap in de goede richting te hebben gezet voor een herstart van een open communicatie met de AHC en daarmee een basis voor werkbare verhoudingen met de aandeelhouders te hebben gelegd. De RvC geeft aan dat het doorlopen traject een proces op gang heeft gebracht van herstel van vertrouwen met de aandeelhouders. (...) De RvC wil nu zo spoedig mogelijk toe naar herstel van de gewone governance verhoudingen, waarbij de RvB de leiding neemt in het uitvoering geven aan de VSO. De RvC meent echter dat Jeroen in deze onvoldoende leiderschap toont waardoor anderen deze rol op momenten overpakken. Het onvermogen om hierover goed in gesprek met elkaar te komen en dit patroon te keren, leidt bij de RvC tot olopemd onbegrip en ongerustheid.

De RvB geeft van haar kant aan dat ze moeite heeft gehad niet ten volle in de mediation te zijn betrokken. Dit heeft twee belangrijke gevolgen. Allereerst heeft de mediation wel geleid tot vertrouwensherstel tussen RvC en aandeelhouders, maar niet tot vertrouwensherstel tussen RvB en aandeelhouders. Dit proces moet nog op gang komen. Vervolgens is de VSO een vrucht van de mediation tussen RvC en aandeelhouders, zonder voldoende input van de RvB. Met het oog op het belang van de vennootschap heeft de RvB desondanks haar handtekening onder de VSO geplaatst. (...) De RvB evenals anderen die in Apollo [het privatiseringstraject, toev. OK] betrokken zijn, lopen in de praktijk aan tegen verschillende interpretaties die van onderdelen van de VSO gegeven worden. Een verschil in uitleg tussen aandeelhouders en RvC, soms ook verschillen tussen commissarissen en bestuurders onderling. (...) Het ter sprake brengen hiervan lijkt moeizaam te gaan en wordt, zo beleeft men dat, te snel negatief uitgelegd door leden van de RvC. (...) Door de mediation, zo menen leden van de RvB, is het conflict met de aandeelhouders nu onbedoeld en ten onrechte te veel verschoven naar een conflict tussen RvC en RvB.

Suggesties

Op basis van alle gesprekken heb ik input verzameld over wat men denkt dat randvoorwaarden zijn voor een verbetering van de relatie RvC – RvB.

1. Uitspreken en erkennen door RvC van de zeer lastige positie waarin mediation en VSO de RvB hebben gebracht.

2. Afspreken dat vanaf heden de normale governance verhoudingen worden hersteld:

de RvB bestuurt, de RvC houdt toezicht en ondersteunt waar nuttig en nodig. Indien er een verschil van inzicht of conflict tussen RvB en aandeelhouders zou ontstaan, dan zal de RvC dit niet los van of buiten de RvB om met de aandeelhouders adresseren. (...) In geen geval zal de RvC buiten de RvB om hierover met de aandeelhouders in gesprek of onderhandeling gaan.

(...)

7. Laat andere commissarissen een rol spelen in dit proces, een commissie van commissarissen? Te overwegen is om – mede gezien de forse werklust – bijvoorbeeld een nieuwe commissaris te belasten met Apollo. Hij/zij is dan ook voorzitter van de Begeleidingscommissie Apollo. Deze commissaris zou draagvlak moeten hebben bij RvC, RvB, COR en indien mogelijk bij aandeelhouders.”

2.48. Van den Assem heeft op 24 maart 2018 in een memo gericht aan de overige leden van de raad van commissarissen en aan de raad van bestuur aangekondigd op te stappen als (president) commissaris. In dit memo schrijft hij onder meer dat Eneco te weinig initiatief heeft getoond in het privatiseringsproces, dat hij het onbegrijpelijk acht dat diverse leden van de raad van bestuur de Vaststellingsovereenkomst als een blok aan het been beschouwen in plaats van een duidelijke stap vooruit, dat de toezegging van de raad van bestuur de Vaststellingsovereenkomst te zullen uitvoeren niet erg overtuigend overkomt en dat er door Eneco nog steeds geen vaart wordt gemaakt met het privatiseringstraject. Van den Assem concludeert dat hij ‘in de verkeerde film zit en het tijd wordt voor vernieuwing’ en dat hij niet de juiste persoon is om het privatiseringsproces verder te leiden. Dezelfde dag hebben ook de commissarissen Van Lier Lels en Sijmons laten weten zo spoedig mogelijk te willen aftreden.

2.49. De raad van commissarissen is in een telefonische vergadering van 25 maart 2018 tot de slotsom gekomen dat het beter is dat De Haas zal

vertrekken als bestuurder van Eneco dan dat Van den Assem, Van Lier Lels en Sijmons opstappen als commissarissen.

2.50. Tijdens een vergadering van de raad van commissarissen en de raad van bestuur op 28 maart 2018 heeft Van den Assem zijn ongenoegen geuit over de bevindingen van Van de Loo, de houding van de ondernemingsraad bij de advisering over de Vaststellingsovereenkomst en de houding van Rotterdamse ambtenaren bij de selectie van de tweede bank (Citi). Op verzoek van Van den Assem is besloten dat De Haas geen verdere actie zal ondernemen inzake het traject met Van de Loo.

2.51. Bij email van 28 maart 2018 heeft Van den Assem aan De Haas laten weten dat hij en commissaris Keim op korte termijn een vertrouwelijk gesprek met alleen De Haas willen voeren ‘gezien de problematiek van onze samenwerking’.

2.52. Op 30 maart 2018 hebben Van den Assem en Keim aan De Haas medegedeeld dat de raad van commissarissen er geen vertrouwen in heeft dat De Haas het privatiseringsproces kan leiden. In het gesprek is onder meer over een vertrekregeling voor De Haas gesproken en daarover is, conform zijn arbeidsovereenkomst, overeenstemming bereikt.

2.53. De overige leden van de raad van bestuur hebben op 9 april 2018 aan de raad van commissarissen laten weten dat het vertrek van De Haas voor hen “een complete verrassing” is en aanleiding geeft tot een aantal grote zorgen met betrekking tot de voortgang van het privatiseringstraject, de interne verhoudingen binnen Eneco en de haalbaarheid van een beursgang als een van de mogelijke alternatieven. Zij hebben voorts gezocht om hervatting van het traject met Van de Loo.

2.54. EgonZehnder, een executive search bureau, heeft op 10 april 2018 Sondag gepolst voor de functie van voorzitter van de raad van bestuur van Eneco.

2.55. De raad van commissarissen heeft op 11 april 2018, tijdens een bijeenkomst met de ondernemingsraad en leden van de raad van bestuur en anderen medegedeeld dat De Haas als gevolg van een unaniem besluit van de raad van commissarissen zal vertrekken per 1 september 2018. In de door de ondernemingsraad gemaakte aantekeningen van die bijeenkomst staat onder meer: “De RvC heeft dit in het belang van de onderneming moeten besluiten. Het is een unaniem besluit van

de RvC. De RvC heeft moeten afwegen wat er nodig is voor Eneco. Het vertrek van Jeroen is met wederzijds goedvinden.”

2.56. Bij brief van dezelfde dag heeft de ondernemingsraad een nadere toelichting gevraagd op de totstandkoming van het besluit van de raad van commissarissen, de beweegredenen en de consequenties daarvan, waartoe de ondernemingsraad dertien vragen heeft geformuleerd, die mede betrekking hebben op het voornemen op 24 maart 2018 van Van den Assem, van Lier Lels en Sijmons om op te stappen en op het traject met Van de Loo. De ondernemingsraad heeft zich in deze brief voorts op het standpunt gesteld dat kennelijk sprake is van een onvrijwillig ontslag van De Haas en dat de ondernemingsraad op de voet van artikel 30 WOR in de gelegenheid gesteld had moeten worden te adviseren over het voorgenomen besluit tot ontslag van De Haas.

2.57. De raad van commissarissen heeft zich bij brief van zijn advocaat van 12 april 2018 op het standpunt gesteld dat de beëindiging van de arbeidsovereenkomst met De Haas niet onder het bereik van artikel 30 WOR valt omdat er geen eenzijdig ontslagbesluit is genomen. De brief houdt voorts in dat de raad van commissarissen tot de conclusie is gekomen dat De Haas niet de geschikte persoon is om het proces van privatisering te leiden, omdat de wijze waarop hij dat proces heeft begeleid voorafgaand aan de mediation, Eneco in een ernstige crisis heeft gebracht en De Haas na de mediation niet bereid en in staat is gebleken om het in de mediation bereikte resultaat te omarmen en met overtuiging uit te voeren.

2.58. In antwoord daarop heeft de ondernemingsraad bij brief van dezelfde dag geconstateerd dat het merendeel van zijn vragen over het besluit van de raad van commissarissen niet is beantwoord en dat de wel verstrekte informatie duidt op het bestaan, vanaf 28 maart 2018, van een (voorgenomen) besluit tot ontslag van De Haas.

2.59. De raad van commissarissen heeft bij persbericht van 16 april 2018 bekendgemaakt dat hij met De Haas “in goed overleg overeenstemming heeft bereikt over diens vertrek als CEO met ingang van 1 september aanstaande”. Bij persbericht van dezelfde dag heeft de ondernemingsraad aangekondigd dat hij op korte termijn een enquêteverzoek zal indienen.

2.60. Bij e-mail van 18 april 2018 heeft de ondernemingsraad nogmaals aangedrongen op beantwoording door de raad van commissarissen van zijn opstaande vragen uit de brief van 12 april 2018.

2.61. Bij e-mail van 19 april 2018 heeft de raad van commissarissen zich onder meer op het standpunt gesteld dat hij niet gehouden is verantwoording af te leggen aan de ondernemingsraad, dat het concept rapport van Van de Loo “onvoldragen en onevenwichtig” is en dat de ondernemingsraad geen adviesrecht toekomt over de beëindiging van de arbeidsrechtelijke en vennootschapsrechtelijke relatie met De Haas.

2.62. De resterende leden van de raad van bestuur hebben bij e-mail van 24 april 2018 aan de raad van commissarissen hun zorgen uitgesproken over het geschil tussen de raad van commissarissen en de ondernemingsraad. In de e-mail staat voorts dat de mediation heeft geleid tot een versterking in de normale verhoudingen tussen de raad van commissarissen en de raad van bestuur en dat het nodig is de normale verhoudingen te herstellen. Met betrekking tot de Vaststellingsovereenkomst vragen de leden van de raad van bestuur om een reactie op een interpretatiedocument van 14 maart 2018 dat de raad van bestuur eerder aan de raad van commissarissen heeft toegezonden. Met het oog op het belang van het voorkomen van de door de ondernemingsraad aangekondigde enquêteprocedure wijzen de leden van de raad van bestuur erop dat indien Van den Assem en Van Lier Lels alsnog bereid zijn terug te treden op een afgesproken moment, overeenstemming met de ondernemingsraad bereikt kan worden.

2.63. Op 24 april 2018 heeft de ondernemingsraad de profielschets van een nieuw te benoemen CEO ontvangen.

2.64. Bij brief van 27 april 2018 heeft De Haas, na overleg tussen de raad van bestuur en de raad van commissarissen, de vragen van de ondernemingsraad van 16 maart 2018 (zie 2.46) over de Vaststellingsovereenkomst beantwoord.

2.65. De raad van commissarissen heeft op 4 mei 2018 aan de ondernemingsraad gevraagd diezelfde dag nog een gesprek te voeren met Sondag in zijn hoedanigheid van (enige) kandidaat-CEO. De ondernemingsraad is daarop niet ingegaan omdat hij zich eerst intern wilde beraden over de ontstane situatie. Een daaropvolgende uitnodiging om op 7 mei 2018 met Sondag te spreken, heeft de ondernemingsraad niet aanvaard omdat hij toen

nog geen adviesaanvraag met onderliggende stukken met betrekking tot de benoeming van Sondag had ontvangen.

2.66. Op 8 mei 2018 heeft de ondernemingsraad een adviesaanvraag ontvangen over de voorgenomen benoeming van Sondag, met het verzoek uiterlijk 21 mei 2018 advies uit te brengen en met de aankondiging van een overlegvergadering op 14 mei 2018.

2.67. In de avond van 8 mei 2018 heeft de ondernemingsraad een concept-persbericht ontvangen met als aanhef "Ruud Sondag voorgedragen als nieuwe voorzitter Raad van Bestuur Eneco Groep". Het persbericht citeert Van den Assem: "We zijn blij dat we een zeer geschikte nieuwe CEO hebben gevonden" en houdt voorts in dat de voorgenomen benoeming na de bijzondere aandeelhoudervergadering op 25 mei 2018 omgezet wordt in een formele benoeming en per direct zal ingaan.

2.68. Op 9 mei 2018 heeft de ondernemingsraad bezwaar gemaakt tegen publicatie van het persbericht en geconstateerd dat een advies van de ondernemingsraad (na verzending van het persbericht) geen wezenlijke invloed meer kan hebben op het de factor al genomen besluit tot benoeming van Sondag en dat daarom in strijd wordt gehandeld met artikel 30 WOR.

2.69. Op 9 mei 2018 heeft Eneco het persbericht gepubliceerd en de aandeelhouders opgeroepen voor een bijzondere aandeelhoudersvergadering op 25 mei 2018 met als agendapunt kennisgeving van de door de raad van commissarissen voorgenomen benoeming van Sondag.

2.70. De ondernemingsraad heeft de overlegvergadering van 14 mei 2018 afgezegd met het argument dat zijn advies over de benoeming van Sondag niet meer van wezenlijke invloed kan zijn. Op 16 mei 2018 heeft wel een informeel gesprek plaatsgevonden tussen de ondernemingsraad en Sondag.

2.71. Op 14 mei 2018 heeft een bespreking plaatsgevonden tussen de raad van bestuur en de raad van commissarissen aan de hand van een door de raad van bestuur opgesteld visiedocument waarin als doelstellingen voor het vervolgtraject zijn vermeld:

- 1) constructieve uitvoering van VSO op basis van een voor de RvB werkbare interpretatie;
- 2) succesvolle privatisering, met behoud van het authentiek duurzame karakter van Eneco;

3) aantrekken van een nieuwe CEO als duurzaam "boegbeeld" van het RvB/SB team;

4) terugkeer naar de goede relaties tussen de corporate gremia en de normale governance."

2.72. Op 18 mei 2018 is tussen de raad van bestuur en de raad van commissarissen overeenstemming bereikt over de uitleg van de Vaststellingsovereenkomst.

2.73. Op 19 mei 2018 heeft Sijmons aan de voorzitter van de ondernemingsraad laten weten het onbegrijpelijk te vinden dat de ondernemingsraad meent dat zijn adviesrecht met betrekking tot de benoeming van Sondag is geschonden en het te betreuren dat de ondernemingsraad geen gebruik maakt van zijn adviesrecht.

2.74. Op 25 mei 2018 is Sondag benoemd tot voorzitter van de raad van bestuur van Eneco en diezelfde dag is De Haas teruggetreden als bestuurder van Eneco.

3. De gronden van de beslissing *De standpunten van partijen*

3.1. De ondernemingsraad heeft aan zijn verzoek kort gezegd het volgende ten grondslag gelegd:

a. Gezien de gang van zaken uitmondend in de aankondiging van het opzeggen van het vertrouwen in de raad van commissarissen door een meerderheid van de aandeelhouders bij brief van 20 december 2017, heeft de AHC zich niet willen neerleggen bij het statutaire goedkeuringsrecht van de raad van commissarissen. De aangekondigde opzegging van het vertrouwen in de raad van commissarissen was oneigenlijk. De AHC was niet bereid uitvoering te geven aan de met het Aandeelhoudersconvenant overeengekomen samenwerking tussen Eneco en de aandeelhouders. De AHC heeft met haar rapport "Bestuur en toezicht bij Eneco" en het Memorandum van Eisen van 10 november 2017 een wijziging van de governance willen forceren. De AHC heeft welbewust de verhoudingen binnen Eneco op scherp gezet om haar doel – absolute zeggenschap over het verkoopproces – te bereiken. De raad van commissarissen heeft te weinig weerstand geboden tegen de AHC.

De mediation heeft ten onrechte uitsluitend tussen de AHC en de raad van commissarissen plaatsgevonden en de raad van bestuur is pas op een zeer laat moment bij de mediation betrokken. De raad van commissarissen heeft zich laten verleiden tot onderhandelingen en het maken van afspraken over onderwerpen ten aanzien waarvan niet hij,

maar de raad van bestuur bevoegd is. Vervolgens is de raad van bestuur onder grote druk gezet om de Vaststellingsovereenkomst “voor akkoord” te ondertekenen. De Vaststellingsovereenkomst bevat onduidelijke bepalingen en er bestaat tussen de raad van bestuur en de raad van commissarissen en tussen de raad van commissarissen en de AHC verschil over de interpretatie van de Vaststellingsovereenkomst.

Het is niet duidelijk op welke gronden de raad van commissarissen heeft besloten dat De Haas niet de juiste persoon zou zijn om het privatiseringsproces te leiden. Evenmin is duidelijk hoe dit besluit van de raad van commissarissen zich verhoudt tot het feit dat een paar dagen eerder, op 24 maart 2018, Van den Assem, Van Lier Lels en Sijmons hadden besloten zelf op te stappen. Kennelijk heeft de raad van commissarissen de volgende dag, op 25 maart 2018, besloten dat alle commissarissen toch zullen aanblijven en dat de positie van De Haas onhoudbaar is. Dit laatste strookt niet met de mededeling van de raad van commissarissen op 11 april 2018 aan de ondernemingsraad dat de raad van commissarissen na een “langdurig en zorgvuldig proces” unaniem tot die conclusie zou zijn gekomen. Het ontslag van De Haas heeft ingrijpende consequenties voor het privatiseringsproces in het bijzonder voor de mogelijkheid van een beursgang. De raad van commissarissen heeft het adviesrecht van de ondernemingsraad op de voet van artikel 30 WOR veronachtzaamd; nu De Haas geen andere keus had dan in te stemmen met het ontslag, moet het ontslag worden beschouwd als een onvrijwillig ontslag en had de ondernemingsraad in de gelegenheid gesteld moeten worden om advies uit te brengen over het voorgenomen besluit van de raad van commissarissen tot ontslag.

Met betrekking tot de benoeming van Sondag is de ondernemingsraad, door toedoen van de raad van commissarissen, niet in de gelegenheid gesteld advies uit te brengen op een zodanig tijdstip dat dit nog van wezenlijke invloed kon zijn.

De ondernemingsraad acht schorsing van Van den Assem, Van Lier Lels en Sijmons als commissarissen en benoeming door de Ondernemingskamer van twee tijdelijke commissarissen met een doorslaggevende stem, nodig om te komen tot een herstel van de normale governance verhoudingen bij Eneco.

3.2. Het verweerschrift van Eneco is opgesteld onder verantwoordelijkheid van de bestuurders Dubbeld, Rameau en Van de Noort. Eneco heeft geen standpunt ingenomen over de vraag of het wenselijk is (al dan niet door een onmiddellijke voorziening) wijziging aan te brengen in de samenstelling van de raad van commissarissen. Eneco heeft zich ook niet uitgelaten over de vraag of de gang van zaken met betrekking tot de door de ondernemingsraad aan de orde gestelde onderwerpen blijk geeft van gegronde redenen om aan een juist beleid of een juiste gang van zaken te twijfelen. Eneco meent dat een belangenafweging moet leiden tot afwijzing van het enquêteverzoek, ook omdat, mede door de inhoud van het verweerschrift van Eneco, inmiddels voldoende openheid van zaken is verschaft en de verhoudingen tussen de raad van bestuur en de raad van commissarissen inmiddels zijn hersteld. Eneco meent dat voor zover sprake is van schending van de medezeggenschapsrechten van de ondernemingsraad, een oordeel daarover van de Ondernemingskamer op basis van de thans bekende feiten volstaat.

Volgens Eneco bleek de AHC in de consultatiefase en zelfs in de daaropvolgende inventarisatiefase niet bereid daadwerkelijk gezamenlijkheid te betrachten. De AHC heeft in haar Consultatiedocument een te negatief beeld van Eneco geschetst en leek daarmee aan te sturen op besluitvorming tot afbouw door de gemeenten.

De keuze voor mediation tussen (slechts) de raad van commissarissen en de AHC kwam voor de raad van bestuur enigszins als een verrassing en de raad van bestuur is pas in een laat stadium inhoudelijk betrokken bij de mediation en kon daarom het eindresultaat, dat deels betrekking had op onderwerpen die tot het domein van de raad van bestuur behoren, nog maar beperkt beïnvloeden. Het besluit van de raad van bestuur om in te stemmen met de Vaststellingsovereenkomst was voor hem een zeer moeilijk besluit. De Vaststellingsovereenkomst is bovendien op een aantal punten niet precies geformuleerd en een aantal onderwerpen moet, ook volgens de Vaststellingsovereenkomst, nog worden uitgewerkt. Met betrekking tot de benoeming van Sondag heeft de raad van bestuur er begrip voor dat de raad van commissarissen zo snel mogelijk een nieuwe CEO wenste te benoemen. Enerzijds had de ondernemingsraad zijn adviesrol beter kunnen vervullen als hij de mogelijkheden daartoe zou hebben gebruikt, anderzijds had het de voorkeur

van de raad van bestuur dat het medezeggenschapstraject was doorlopen voordat de voorgenomen benoeming van Sondag wereldkundig werd gemaakt. De raad van bestuur heeft niettemin besloten tot het bijeenroepen van de bijzondere aandeelhoudersvergadering van 25 mei 2018, omdat een voor Eneco schadelijk signaal zou zijn afgegeven indien die aandeelhoudersvergadering niet door de raad van bestuur maar door de raad van commissarissen bijeen zou zijn geroepen.

3.3. De raad van commissarissen is naar eigen zeggen inmiddels teruggekeerd naar zijn toezicht houdende en adviserende rol. Volgens de raad van commissarissen dient een enquête geen redelijk doel. De verhoudingen tussen de raad van commissarissen en de raad van bestuur en met de AHC zijn inmiddels hersteld. Het vertrek van De Haas berust op wederzijdse instemming en valt dus niet binnen het bereik van artikel 30 WOR. De ondernemingsraad is tekortgeschoten in het tijdig uitoefenen van zijn bevoegdheden met betrekking tot de benoeming van Sondag.

De Vaststellingsovereenkomst biedt een goed uitgangspunt voor een verkoopproces, waarbij een beursgang een gelijkwaardig alternatief is naast een veilingverkoop. Door het sluiten van die overeenkomst is het vertrouwen tussen de raad van commissarissen en de AHC hersteld. De raad van commissarissen is daarbij zijn bevoegdheden niet te buiten gegaan.

Tussen de raad van bestuur en de raad van commissarissen bestaat inmiddels volledige overeenstemming over de uitleg van de Vaststellingsovereenkomst. De raad van commissarissen heeft geen afstand gedaan van zijn statutaire goedkeuringsrecht.

De raad van commissarissen heeft zich tot het uiterste ingespannen om een enquête te voorkomen. De ondernemingsraad misbruikt zijn enquêtebevoegdheid door een minnelijke regeling waarover kort voor de indiening van het enquêteverzoek werd gesproken, te laten afstuiten op de formulering van een persbericht.

De ondernemingsraad heeft er zelf voor gekozen geen advies uit te brengen over de voorgenomen benoeming van Sondag, nadat al op 27 april 2018 aan de ondernemingsraad was gemeld dat Sondag de enig overgebleven kandidaat was. De omstandigheid dat de aandeelhoudersvergadering bijeen is geroepen en het persbericht over benoeming

van Sondag is uitgebracht, voordat de ondernemingsraad had geadviseerd, is niet in strijd met enige regel.

3.4. Ook de aandeelhouders menen dat het verzoek moet worden afgewezen. De aandeelhouders hebben niet op oneigenlijke gronden bedreigd met opzeggen van het vertrouwen in de raad van commissarissen. Na voortdurende discussies met Eneco over het privatiseringsproces en het belonings- en investeringsbeleid, was een impasse ontstaan en gaf de raad van commissarissen geen blijk van een voldoende onafhankelijke positie ten opzichte van de raad van bestuur. Daarbij speelde een rol dat Eneco lobbyactiviteiten ondernam gericht op voortzetting van het aandeelhouderschap. Met die lobbyactiviteiten werd gepoogd de politieke besluitvorming in de gemeenten te beïnvloeden door niet alleen de wethouders maar ook gemeenteraadsleden te benaderen. Dat heeft de onderlinge verhoudingen verstoord. De AHC verschilde van mening met de raad van bestuur en de raad van commissarissen over de uitleg van artikel X van het Aandeelhoudersconvenant. Volgens de aandeelhouders stond het hen vrij om eerst zelf een besluit te nemen over het continueren van hun aandeelhouderschap. Over de invulling van het Consultatiedocument konden de AHC en Eneco geen overeenstemming bereiken. Het door Eneco bij brief van 15 december 2017 voorgestelde Transactieprotocol was niet aanvaardbaar omdat dit de facto een vetorecht van Eneco behelsde en voorwaarden aan bidders en biedingen stelde die niet aanvaardbaar waren. De raad van commissarissen heeft zich voorts onvoldoende rekenschap gegeven van de publieke dimensie van het aandeelhouderschap. Ook de wijze waarop Eneco heeft gereageerd op door de aandeelhouders opgeworpen punten met betrekking tot het beloningsbeleid en de zeggenschap van de aandeelhouders over investeringen heeft bijgedragen aan de vertrouwensbreuk. Het voornemen tot het opzeggen van het vertrouwen in de raad van commissarissen kan door de rechter slechts beperkt en met uiterste terughoudendheid worden getoetst.

In de mediation heeft de raad van commissarissen naar het oordeel van de aandeelhouders juist gehandeld door het conflict binnen de vennootschap te de-escaleren en gebruik te maken van zijn bevoegdheid te bemiddelen tussen de aandeel-

houders en de raad van bestuur. Ook in het terugtreden van De Haas zien de aandeelhouders geen aanleiding aan een juist beleid te twijfelen.

Ook de aandeelhouders hebben zich op het standpunt gesteld dat de gang van zaken met betrekking tot de benoeming van Sondag niet in strijd is met artikel 30 WOR.

Een belangenafweging moet leiden tot afwijzing van het enquêteverzoek. Een enquête schaadt de belangen van Eneco en de wijze waarop de ondernemingsraad gebruik maakt van de aan hem toegekende enquêtebevoegdheid is oneigenlijk en ongepast. Bij de belangenafweging dient ook te worden betrokken dat het verzoek in de kern betrekking heeft op een medezeggenschapsrechtelijk geschil.

Tenslotte is er volgens de aandeelhouders geen reden voor het treffen van onmiddellijke voorzieningen.

Inleiding

3.5. De Ondernemingskamer zal hieronder de vier hoofdthema's van het verzoek van de ondernemingsraad bespreken, te weten:

- de aanloop naar het voornemen van aandeelhouders in december 2017 om het vertrouwen in de raad van commissarissen op te zeggen;
- de mediation tussen de raad van commissarissen en de AHC in januari en februari 2018, uitmondend in de Vaststellingsovereenkomst;
- het handelen van de raad van commissarissen met betrekking tot het vertrek van De Haas, eind maart 2018;
- het handelen van de raad van commissarissen met betrekking tot de benoeming van Sondag op 25 mei 2018.

Vervolgens zal de Ondernemingskamer ingaan op de belangenafweging en de toewijsbaarheid van de verzochte onmiddellijke voorzieningen.

De gang van zaken in de periode tussen de splitsing van Eneco Holding en het verzoek van een meerderheid van de aandeelhouders om het opzeggen van het vertrouwen in de raad van commissarissen te agenderen

3.6. Zoals de aandeelhouders hebben aangevoerd ligt het, gelet op artikel 160 lid 2 Gemeentewet en artikel 2 lid 1 Wet financiering decentrale overheden – waarin een koppeling wordt gelegd tussen overheidsdeelnemingen en de behartiging van het openbaar belang respectievelijk de uitoefening van de publieke taak – voor de hand dat de ge-

meenten, na de splitsing van Eneco Holding in een netwerkbedrijf en een commercieel energiebedrijf, hun aandeelhouderschap in het energiebedrijf (Eneco) heroverwegen.

3.7. Tegen die achtergrond zijn bij de voorbereiding van de splitsing van Eneco Holding per 31 januari 2017 door Eneco en de aandeelhouders afspraken gemaakt die van toepassing zijn op het traject van heroverweging door de gemeentelijke aandeelhouders en de eventuele verkoop van aandelen door de gemeenten. Die afspraken (zie 2.6) omvatten, in aanvulling op de wettelijke verdeling van taken en bevoegdheden, kort gezegd het volgende:

- a. een overdracht van aandelen aan een private aandeelhouder behoeft geclausuleerd goedkeuring van de raad van commissarissen (artikel 13.22-26 statuten);
- b. de AHC zal voorafgaand worden geïnformeerd over “majeure investeringsbeslissingen” (artikel VII Aandeelhoudersconvenant);
- c. de aandeelhouders zullen zich ten opzichte van Eneco en de andere aandeelhouders naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid gedragen en zijn bereid in dialoog te treden met het bestuur, de raad van commissarissen en de overige aandeelhouders (artikel VIII Aandeelhoudersconvenant);
- d. verkoop van de aandelen is een aangelegenheid die niet ter eenzijdige discretie van Eneco staat en evenmin ter eenzijdige discretie van de aandeelhouders; het bestuur, de raad van commissarissen en de AHC zullen samenwerken om te komen tot een georganiseerd proces van toetreding van nieuwe aandeelhouders;
- e. die samenwerking zal zijn gericht op een proces en een mogelijke transactie die voldoen aan de volgende voorwaarden:
 - i. de aandeelhouders worden op een georganiseerde en evenwichtige wijze in staat gesteld te besluiten over een eventuele verkoop van hun belang;
 - ii. Eneco blijft in staat om haar duurzame strategie uit te voeren;
 - iii. de verkopende aandeelhouders ontvangen een marktconforme prijs;
 - iv. de continuïteit en stabiliteit van Eneco wordt gewaarborgd.

3.8. Omdat deze afspraken zijn gemaakt kort vóór en juist met het oog op het proces van besluitvorming door de aandeelhouders over het al dan niet verkopen van hun belang en het eventueel daaropvolgende transactieproces – hierna ook aangeduid als het privatiseringstraject – zijn de aandeel-

houders, de raad van bestuur en de raad van commissarissen aan deze afspraken gebonden. Voor de aandeelhouders geldt bovendien dat, naar zij hebben gesteld, juist op hun aandrag de genoemde afspraken en de daarin belichaamde gezamenlijkheid tot stand zijn gekomen. Vanzelfsprekend kan elk van partijen de gemaakte afspraken ter discussie stellen indien bij de uitvoering van het privatiseringstraject blijkt dat de regels bezwaarlijk zijn, maar dat doet niet af aan de gebondenheid aan de afspraken zolang deze bestaan. 3.9. Uit de gang van zaken met betrekking tot het privatiseringstraject blijkt dat in het bijzonder de beoogde samenwerking tussen de AHC en Eneco gericht op een “georganiseerd proces” niet daadwerkelijk van de grond is gekomen. De Ondernemingskamer constateert het volgende.

a. De brief van de AHC aan de aandeelhouders van 25 april 2017 met de aankondiging van het consultatieproces (zie 2.10) was geen vrucht van samenwerking tussen de AHC en Eneco; Eneco kon zich niet vinden in de inhoud van die brief, beschouwde de verzending van de brief als een breuk met de tot dan bestaande samenwerking en als een *fait accompli*; Eneco voelde zich noodzaak zich op 5 mei 2017 rechtstreeks (zonder tussenkomst van de AHC) tot de aandeelhouders te wenden en het belang van gezamenlijkheid te benadrukken (zie 2.11). De AHC daarentegen meende dat het haar vrij stond om zelfstandig de door haar vertegenwoordigde aandeelhouders te consulteren over het al dan niet behouden van hun aandelenbelang.

Ook de totstandkoming van het consultatiedocument van de AHC kenmerkt zich niet door samenwerking tussen de AHC en Eneco. De pogingen van Eneco om de inhoud van het consultatiedocument te beïnvloeden, in het bijzonder door het uitgangspunt van gezamenlijkheid daarin tot uitdrukking te laten brengen (zie 2.12 en 2.14), hebben geen, althans weinig resultaat gehad. In het op 15 juni 2017 door de AHC aan de aandeelhouders verzonden Consultatiedocument (zie 2.15) plaatst de AHC zichzelf in de *driver's seat*: als voldoende aandeelhouders willen verkopen “zal de AHC een transactieproces voorbereiden”, vervolgens “bepaalt de AHC” (zij het in overleg met Eneco) “welk type transactieproces zal worden geïnitieerd”, “de AHC zal het uiteindelijke bod selecteren” en als gekozen wordt voor een beursgang zal “de AHC deze voorbereiden” (zij het in nauwe samenwerking met Eneco). In de

begeleidende brief aan de aandeelhouders staat dat de AHC aan de hand van het toetsingskader en de beoordelingscriteria een koper of groep van kopers kan selecteren of een beursgang kan voorbereiden. De in het Consultatiedocument opgenomen criteria ter beoordeling van biedingen en nieuwe aandeelhouders (zie 2.15), berusten niet op overeenstemming met Eneco en beantwoorden volgens Eneco onvoldoende aan de in artikel X van het Aandeelhoudersconvenant overeengekomen voorwaarden.

Omdat Eneco zich niet kon vinden in het Consultatiedocument van de AHC heeft zij op 22 juni 2017 met haar “Bericht aan alle aandeelhouders” (zie 2.16) gereageerd op het Consultatiedocument. Daarin heeft Eneco aandacht gevraagd voor de in het Aandeelhoudersconvenant afgesproken samenwerking en de daarin genoemde vier “princiële uitgangspunten”. Eneco heeft daarnaast wethouders en gemeenteraadsleden benaderd en gesproken op bijeenkomsten met gemeenteraadsleden. De AHC heeft dit ervaren als ongewenste lobbyactiviteiten.

Tijdens de informatiebijeenkomst voor de aandeelhouders op 30 juni 2017 (zie 2.17) hebben de AHC en Eneco ieder voor zich en zonder onderlinge afstemming een toelichting gegeven aan de aandeelhouders.

Op 7 juli 2017 heeft de AHC kritiek geuit op de werkwijze en samenstelling van de raad van commissarissen en te kennen gegeven meer zeggenschap te willen over investeringen en overnames door Eneco.

Op 22 september 2017 heeft de raad van bestuur van Eneco zich eenzijdig tot de aandeelhouders gewend, met een oproep aan verkopende aandeelhouders om bij verkoop voldoende waarborgen te bedingen voor behoud van de duurzame strategie alsmede de continuïteit en stabiliteit van Eneco (zie 2.20). De AHC heeft haar ongenoegen hierover geuit tegenover Van den Assem en deze laatste heeft aangedrongen op gezamenlijke communicatie met de aandeelhouders door de AHC en Eneco. Niettemin heeft de AHC op 26 september 2017 zelfstandig gereageerd op de brief van Eneco van 22 september 2017 (zie 2.21).

De bespreking van 9 oktober 2017 tussen de AHC en Eneco (zie 2.22) heeft niet geleid tot een alsnog gezamenlijke aanpak van het privatiseringstraject. In dat gesprek bleek dat de raad van bestuur en de raad van commissarissen het in overwegende mate onderling eens zijn over de door Eneco inge-

nomen standpunten en geen reden zien om de (in 3.7 genoemde) afspraken te wijzigen ten gunste van meer zeggenschap van de AHC.

Vervolgens heeft de AHC zich op 1 november 2017 tot de aandeelhouders gewend met een uitnodiging voor een door haar op 1 december 2017 georganiseerde aandeelhoudersbijeenkomst en een persbericht uitgegeven, waarin onder meer staat dat “de aandeelhouders met elkaar criteria gesteld hebben bij verkoop van Eneco” (zie 2.23). Bij brief van 7 november 2017 heeft Eneco bezwaar gemaakt tegen inhoud en strekking van die brief en het persbericht en opnieuw aangedrongen, ook in een persbericht van dezelfde datum, op samenwerking gericht op een georganiseerd proces van toetreding van nieuwe aandeelhouders (zie 2.24). In reactie daarop heeft de AHC bij brief van 8 november 2017 vooral verwijten gemaakt aan de raad van commissarissen (zie 2.25).

i. Het door de AHC opgestelde concept Transactieprotocol van 8 november 2017 geeft met betrekking tot de algehele voorbereiding en uitwerking van het transactieproces doorslaggevende zeggenschap aan de Commissie van Verkopende Aandeelhouders (CvVA) – een onderdeel van de AHC –, doordat deze de voorzitter levert van de stuurgroep waarin de CvVA de helft van de stemmen heeft en bij staking van de stemmen de voorzitter een dubbele stem heeft (2.25).

Op 10 november 2017 heeft de AHC van Eneco op korte termijn een onvoorwaardelijk ja of nee verlangd op dwingend geformuleerde vragen die deels – voor wat betreft de zeggenschap van de aandeelhouders over investeringen en het statutaire goedkeuringsrecht van de raad van commissarissen – afwijken van de in 3.7 genoemde afspraken (zie 2.26). Eneco heeft bij brief van 15 november 2017 (zie 2.27) geantwoord dat de eisen van de AHC niet redelijk zijn en zich bereid verklaard tot inhoudelijk overleg over de genoemde onderwerpen en voorstellen gedaan tot wijziging van de gemaakte afspraken op de genoemde punten. Ook in deze brief roept Eneco de AHC op tot een “volledige en volwaardige samenwerking” en gezamenlijke communicatie.

Het Inventarisatierapport dat de AHC op 22 november 2017 aan de aandeelhouders zond, is evenmin in samenwerking met Eneco tot stand gekomen. Nadat Eneco haar bezwaren tegen het door de AHC opgestelde concept had kenbaar

gemaakt, concludeerde de AHC dat een gezamenlijk Inventarisatierapport niet haalbaar was (zie 2.28).

De verhoudingen tussen de AHC en Eneco zijn verder verslechterd door het rapport “Bestuur en toezicht bij Eneco” van de AHC, waarin de AHC, in aanloop naar de door haar georganiseerde aandeelhoudersbijeenkomst op 1 december 2017 harde kritiek uit op de raad van bestuur en de raad van commissarissen van Eneco en stelt dat het overleg met Eneco zich in “een volledige impasse” bevindt (zie 2.29). De aandeelhouders hebben, ook naar aanleiding van daarop gerichte vragen ter zitting, niet uitgelegd waarom de AHC dit rapport pas op 28 november 2017 aan Eneco heeft toegezonden, terwijl het reeds op 22 november 2017 aan de aandeelhouders was verzonden. Dit verschil in *timing* kan niet verklaard worden uit een streven naar constructieve verhoudingen tussen de AHC en Eneco; er resteerde voor Eneco een onredelijk korte termijn tussen de ontvangst van dit rapport en de bijeenkomst op 1 december 2017 waar het rapport aan de orde zou zijn. Ook de keuze van de AHC om tijdens de bijeenkomst van 1 december 2017 haar Inventarisatierapport en haar rapport “Bestuur en toezicht bij Eneco” aan de aandeelhouders toe te lichten buiten aanwezigheid van het bestuur en de raad van commissarissen van Eneco (zie 2.31), is niet gericht op de-escalatie.

Niettemin heeft vervolgens in de eerste helft van december 2017 alsnog inhoudelijk overleg plaatsgevonden tussen de AHC en Eneco over het transactieproces, binnen de Commissie Van de Stadt, welk overleg in ieder geval door Eneco als constructief is ervaren (zie 2.31 en 2.32).

De afzonderlijke brieven van de raad van bestuur en raad van commissarissen van 15 december 2017 aan de AHC (zie 2.32 en 2.33) bevatten voorstellen die onder meer inhouden (i) dat aan de AHC de uiteindelijke keuze wordt gelaten uit de (te zijner tijd) overgebleven “preferred bidders”, (ii) dat in het transactieprotocol een nadere regeling wordt getroffen over het statutaire goedkeuringsrecht van de raad van commissarissen, (iii) dat de AHC een informatie-, advies- en goedkeuringsrecht krijgt voor investeringen (afhankelijk van de omvang daarvan) en (iv) dat een nieuwe (achtste) commissaris zal worden aange trokken die zich met het privatiseringsproces zal bezighouden. In zoverre deed Eneco een stap in de richting van de AHC. Anderzijds bevatte het

concept Transactieprotocol van Eneco (zie 2.32) elementen waarvan te voorzien was dat deze voor de AHC niet aanvaardbaar zouden zijn, in het bijzonder (a) de bepaling dat het Transactieprotocol vervalt indien zich in de stuurgroep een patstelling voordoet die niet door mediation opgelost kan worden en (b) een aantal verstreckende criteria ter beoordeling van bidders en biedingen.

Aandeelhouders die een ruime meerderheid van het geplaatste kapitaal vertegenwoordigen, hebben in reactie daarop bij brief van 20 december 2017 kenbaar gemaakt het vertrouwen in de raad van commissarissen te hebben verloren en aangekondigd de raad van commissarissen te willen heen-zenden met toepassing van artikel 2:161a BW.

3.10. De Ondernemingskamer oordeelt dat de omstandigheid dat – kort gezegd – de tussen partijen voorafgaand aan de start van het privatiseringstraject overeengekomen samenwerking niet tot stand is gekomen en dat de AHC enerzijds en Eneco (zowel de raad van bestuur als de raad van commissarissen) anderzijds in de loop van 2017 in toenemende mate tegenover elkaar zijn komen te staan, op zich zelf reeds een gegronde reden is om aan een juist beleid en juiste gang van zaken te twijfelen. Partijen hebben voorafgaand aan het privatiseringstraject, in oktober 2016, kennelijk onder ogen gezien dat een privatiseringstraject waarin recht wordt gedaan aan zowel de belangen van de aandeelhouders als aan die van Eneco, vergt dat de verschillende stappen in dat traject zoveel mogelijk in samenwerking tussen de aandeelhouders en Eneco worden gezet. Uit de hierboven weergegeven gang van zaken volgt dat het bij de verschillende in gezamenlijkheid te zetten stappen heeft ontbroken aan de daadwerkelijke wil om tot overeenstemming te komen. In plaats van constructieve samenwerking is bij verschil van opvatting telkens gekozen voor escalatie en eenzijdige stappen, welk proces uiteindelijk is uitgemond in de aankondiging van een meerderheid van de aandeelhouders om de raad van commissarissen heen te zenden.

3.11. De eenzijdige stappen die de AHC heeft gezet doen vermoeden dat de aandeelhouders uit waren op het verwerven van een mate van zeggenschap over het privatiseringstraject die niet strookt met de bij aanvang daarvan gemaakte afspraken. Het verwijt van de AHC dat Eneco een “vetorecht” wilde, is niet goed begrijpelijk omdat de bij aanvang gemaakte afspraken – het privatiseringstraject staat noch ter discretie van Eneco, noch ter

discretie van de aandeelhouders – impliceren dat samenwerking vereist is. De aandeelhouders hebben onvoldoende toegelicht waarom zij enerzijds op 13 oktober 2016 hebben ingestemd met de afspraken vervat in de statuten en het Aandeelhoudersconvenant, maar anderzijds verlangden dat die afspraken, in het bijzonder met betrekking tot de zeggenschap over investeringen en het statutaire goedkeuringsrecht van de raad van commissarissen werden gewijzigd.

3.12. Eneco heeft herhaalde malen aangedrongen bij de AHC op onderlinge samenwerking, maar niet steeds gekozen voor een constructieve opstelling. Zo is het begrijpelijk dat het benaderen van gemeenteraadsleden door Eneco en de brief van Eneco van 22 september 2017 aan alle aandeelhouders (zie 2.20) bij de AHC niet in goede aarde zijn gevallen. Daarnaast bevatte het concept Transactieprotocol van Eneco – opgesteld toen de verstandhouding tussen Eneco en de AHC reeds verslechterd was – elementen waarvan Eneco kon begrijpen dat deze voor de aandeelhouders niet aanvaardbaar waren.

3.13. De aandeelhouders hebben betoogd dat de (aankondiging van) de opzegging door de aandeelhouders van het vertrouwen in de raad van commissarissen een wettelijke bevoegdheid is die berust op de subjectieve opvatting van (een meerderheid van) de aandeelhouders en mede daarom door de rechter slechts met de grootste terughoudendheid kan worden getoetst. De Ondernemingskamer volstaat in dit stadium van de procedure – nu het onderzoek nog niet heeft plaatsgevonden – met het oordeel dat de brief van 20 december 2017 het sluitstuk is van het gebrek aan samenwerking tussen de AHC en Eneco in de periode vanaf 25 april 2017 en dat deze stap van de AHC moet worden begrepen en beoordeeld in het licht van de daaraan voorafgaande gebeurtenissen. Voorts geldt ook voor de uitoefening van de in artikel 2:161a BW aan de aandeelhouders gegeven bevoegdheid – en de dreiging daarmee – dat de aandeelhouders zich dienen te gedragen naar hetgeen door redelijkheid en billijkheid wordt gevorderd en dat een krachtens de wet geldende regel niet van toepassing is voor zover dit in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn (artikel 2:8 BW). Zoals gezegd is een nadere beoordeling daarvan pas aan de orde na afloop van het te gelasten onderzoek.

De mediation en de totstandkoming van de Vaststellingsovereenkomst

3.14. Bij de beoordeling van de gang van zaken met betrekking tot de mediation stelt de Ondernemingskamer voorop dat het, zoals hierboven beschreven, heeft ontbroken aan een daadwerkelijke samenwerking tussen de AHC en Eneco met betrekking tot de consultatiefase en de inventarisatiefase van het privatiseringstraject. In 2017 stonden de AHC en Eneco in toenemende mate tegenover elkaar en, gezien vanuit het perspectief van de AHC, bestond er geen wezenlijk verschil van opvatting of inzicht tussen de raad van bestuur en de raad van commissarissen.

3.15. Een kenmerk van het op Eneco toepasselijke structuurregime is dat niet de algemene vergadering van aandeelhouders maar de raad van commissarissen de bestuurders benoemt en ontslaat. De aandeelhouders hebben wel een machtsmiddel tegenover de raad van commissarissen; indien zij op de voet van artikel 2:161a BW het vertrouwen in de raad van commissarissen opzeggen, heeft dat het onmiddellijke ontslag van de commissarissen tot gevolg (waarna de Ondernemingskamer op verzoek van het bestuur een of meer tijdelijke commissarissen aanstelt).

3.16. Tegen deze wettelijke achtergrond is verklaarbaar dat de onvrede onder een meerderheid van de aandeelhouders over de opstelling van Eneco (raad van bestuur en raad van commissarissen) zich heeft gericht tegen de raad van commissarissen in de vorm van een dreigende opzegging van het vertrouwen in de raad van commissarissen. Inhoudelijk hadden de bezwaren van de aandeelhouders veeleer betrekking op de raad van bestuur. Het bestuur bepaalt immers – zij het onder toezicht van de raad van commissarissen – de strategie van Eneco, waartoe behoort de vormgeving, in samenwerking met de AHC, van het privatiseringstraject. Weliswaar heeft de AHC zich in de loop van 2017 in toenemende mate op het standpunt gesteld dat de raad van commissarissen zich onvoldoende onafhankelijk betoonde ten opzichte van de raad van bestuur, maar aannemelijk is dat de AHC in wezen verlangde dat de raad van commissarissen de raad van bestuur zou dwingen tegemoet te komen aan de wensen van de AHC, terwijl de raad van commissarissen het kennelijk op inhoudelijke gronden eens was, althans in overwegende mate, met het door de raad van bestuur gevoerde beleid. Het bovenstaande strookt met het standpunt van de raad van com-

missarissen dat aan het opzeggen van het vertrouwen in de commissarissen voor een belangrijk gedeelte ten grondslag lag dat de raad van commissarissen niet bereid was mee te werken aan het afstand doen van rechten van Eneco in het transactieproces.

3.17. Omdat, zoals uit het bovenstaande volgt, het dreigen met het heenzenden van de commissarissen, vooral verband hield met onvrede onder de aandeelhouders over het (in hoofdzaak) door de raad van bestuur bepaalde beleid van Eneco, lag het naar het oordeel van de Ondernemingskamer bepaald niet voor de hand om slechts de raad van commissarissen en de AHC te laten deelnemen aan de mediation. Het lijkt erop dat bij de keuze om slechts de raad van commissarissen en de AHC aan de mediation te laten deelnemen het symptoom – het dreigement de raad van commissarissen heen te zenden – en het achterliggende geschil – hebben de aandeelhouders of heeft Eneco de uiteindelijke zeggenschap over het privatiseringstraject? – niet voldoende uiteen zijn gehouden.

3.18. Gelet op de hierboven in 3.9 geschetste gebeurtenissen, was bovendien voorzienbaar dat in de mediation onderwerpen aan de orde zouden komen die behoren tot het domein van de raad van bestuur en niet tot dat van de raad van commissarissen. Dat was niet alleen voorzienbaar, het is ook voorzien; voorafgaand aan de start van de mediation heeft Vels in zijn e-mail van 20 januari 2018 aan de raad van commissarissen (zie 2.39) gewezen op onderwerpen die volgens hem behoren tot het domein van de raad van bestuur – waaronder zeggenschap over investeringen en over het transactieproces – en die daarom afstemming vergen met de raad van bestuur. Vels heeft daarnaast geadviseerd tijdens de mediation geen afspraken te maken over de inrichting van het transactieproces in de vorm van een Transactieprotocol.

3.19. Het bovenstaande en het standpunt van de raad van bestuur dat een mediationstraject tussen (slechts) de raad van commissarissen en de AHC voor hem “enigszins als een verrassing” kwam, roepen de vraag op of en in welke mate de raad van commissarissen zich bij aanvang van en gedurende het mediationstraject heeft gerealiseerd dat hij daarmee mede het domein van de raad van bestuur betrad en op welke wijze dit de opstelling van de drie in de mediation betrokken commissarissen heeft beïnvloed. De raad van commissaris-

sen heeft het standpunt van de raad van bestuur dat de raad van bestuur pas in een laat stadium inhoudelijk is betrokken bij de mediation en daarom het eindresultaat – de inhoud van de Vaststellingsovereenkomst – niet of nauwelijks heeft kunnen beïnvloeden, niet bestreden.

3.20. Ook de inhoud van de Vaststellingsovereenkomst (zie 2.42) roept vragen op over de verhouding tussen de normale – wettelijke en statutaire – taak- en rolverdeling tussen de raad van bestuur en de raad van commissarissen en de positie van de raad van commissarissen bij de totstandkoming en uitvoering van de Vaststellingsovereenkomst. De Ondernemingskamer wijst in het bijzonder op de volgende onderdelen van de Vaststellingsovereenkomst:

a. de AHC en *de raad van commissarissen* zullen eens per maand bijeen komen om de voortgang van het Transactieproces te bespreken (artikel 2);

b. de AHC en *de raad van commissarissen* zullen geschillen in andere gremia, waaronder de stuurgroep trachten op te lossen (artikel 3);

c. *de raad van commissarissen* treft zo nodig (arbeidsrechtelijke) maatregelen indien binnen Eneco wordt gehandeld in strijd met de afspraak dat geen politieke beïnvloeding zal plaatsvinden (artikel 14) en zal er (evenals de raad van bestuur) op toezien dat de medewerkers van Eneco zich aan de afspraken conformeren (artikel 25);

d. e (niet overgelegde) bijlage bij de Vaststellingsovereenkomst bevat de door *e raad van commissarissen* met de AHC overeengekomen kaders en principes voor de beoordeling van potentiële kopers die tot de executiefase worden toegelaten (artikel 16 en 17);

e. *de raad van commissarissen* heeft de uitoefening van zijn goedkeuringsrecht met betrekking tot acquisities en investeringen onderworpen aan het oordeel van een door de AHC in te stellen Investeringscommissie (artikel 23);

f. bij geschillen over de uitwerking van de Vaststellingsovereenkomst zullen de AHC en *de raad van commissarissen* met elkaar in overleg treden en, zo nodig de mediation tussen hen voortzetten (artikel 27);

De omstandigheid dat de raad van commissarissen de uitoefening van zijn goedkeuringsrecht met betrekking tot overnames en investeringen afhankelijk heeft gemaakt van het standpunt daarover van de Investeringscommissie van de AHC roept vragen op, in het bijzonder omdat de raad van commissarissen zich bij de uitoefening

van dat goedkeuringsrecht moet laten leiden door het belang van Eneco, terwijl de Investeringscommissie zijn standpunt kan laten bepalen door het belang van de aandeelhouders. De rol die de Vaststellingsovereenkomst aan de raad van commissarissen toebedeelt bij de uitvoering van die overeenkomst, strookt niet met het standpunt van de raad van commissarissen dat hij inmiddels is teruggekeerd naar zijn toezichthoudende en adviserende rol.

3.21. De raad van commissarissen heeft niet toegelicht op grond van welke overwegingen hij heeft besloten tot mediation met de AHC zonder de raad van bestuur en wat zijn overwegingen zijn geweest bij het betreden van het domein van de raad van bestuur bij het maken van de hierboven genoemde afspraken. Anders dan de aandeelhouders hebben aangevoerd kan het optreden van de raad van commissarissen in de mediation niet worden aangemerkt als bemiddeling tussen de aandeelhouders en de raad van bestuur, maar veeleer als het voeren van onderhandelingen namens Eneco met de aandeelhouders.

3.22. Duidelijk is dat de wijze waarop de mediation heeft plaatsgevonden en de Vaststellingsovereenkomst tot stand is gekomen de verhoudingen tussen de raad van commissarissen en de raad van bestuur ernstig heeft belast. De overwegingen van het bestuur ter motivering van zijn besluit om de Vaststellingsovereenkomst (toch) “voor akkoord” te ondertekenen (zie 2.43), maken duidelijk dat en waarom de raad van bestuur dat besluit met tegenzin heeft genomen. In de e-mail van Vels van 4 maart 2018 (zie 2.44) wordt gewezen op een aantal vragen en complicaties bij de uitvoering van de Vaststellingsovereenkomst en het interpretatiedocument van 14 maart 2018 (zie 2.62) bevat artikelsgewijs commentaar op de inhoud van de Vaststellingsovereenkomst waarin aarzelingen die ook leven bij de raad van bestuur tot uitdrukking worden gebracht. Vanwege de spanningen die tussen de raad van bestuur en de raad van commissarissen waren ontstaan als gevolg van de mediation, hebben zij medio maart 2018 Van de Loo ingeschakeld. Ook na afloop van dat traject en na de aankondiging van het vertrek van De Haas hebben de resterende leden van de raad van bestuur, bij e-mail van 24 april 2018 (zie 2.62) aan de raad van commissarissen te kennen gegeven dat de mediation heeft geleid tot een verstoring in de normale verhoudingen tussen de raad commissarissen en de raad van bestuur.

3.23. De Ondernemingskamer begrijpt niet waarom de raad van commissarissen de bevindingen van Van de Loo (zie 2.47) kenschetst als “onvoldragen en onevenwichtig” (zie 2.61). De raad van commissarissen heeft dit standpunt niet nader toegelicht, anders dan met de bewering dat Van de Loo onvoldoende tijd aan zijn opdracht zou hebben besteed. De bevindingen van Van de Loo leggen naar de indruk van de Ondernemingskamer de vinger op de zere plek, met de constatering dat de mediation wel heeft geleid tot herstel van vertrouwen tussen de raad van commissarissen en de AHC, maar niet tot herstel van vertrouwen tussen de raad van bestuur en de AHC, terwijl de mediation de verstandhouding tussen de raad van commissarissen en de raad van bestuur heeft belast. Van de Loo heeft ter verbetering van de verstandhouding tussen de raad van commissarissen en de raad van bestuur de suggestie gedaan dat de raad van commissarissen erkent dat de raad van bestuur door de mediation en de uitkomst daarvan in een lastige positie is gebracht. Kennelijk heeft in het bijzonder Van den Assem die suggestie niet willen aanvaarden, gezien zijn aankondiging op 24 maart 2018 op te stappen als president-commissaris. Uit de toelichting die Van den Assem ter terechtzitting heeft gegeven op die aankondiging begrijpt de Ondernemingskamer dat hij vond dat hij tezamen met Van Lier Lels en Sijmons door het tot stand brengen van de Vaststellingsovereenkomst voor de raad van bestuur de kastanjes uit het vuur had gehaald en dat de raad van bestuur daar onvoldoende waardering voor toonde.

3.24. De Ondernemingskamer oordeelt op bovenstaande gronden dat de omstandigheid dat de raad van commissarissen, in het kader van de mediation en de totstandkoming van de Vaststellingsovereenkomst, buiten aanwezigheid van de raad van bestuur met de AHC heeft onderhandeld en afspraken gemaakt met betrekking tot onderwerpen die behoren tot het domein van het bestuur, een gegronde reden is voor twijfel aan een juist beleid. Denkbaar is dat voor deze keuze valide redenen bestonden, maar de raad van commissarissen heeft onvoldoende inzicht gegeven in zijn beweegredenen en niet toegelicht waarom het noodzakelijk was in de onderhandelingen met de AHC op de stoel van de raad van bestuur te gaan zitten. Voorts blijkt uit de feiten dat de gang van zaken rondom de mediation de normale verhoudingen tussen de raad van commissarissen en de

raad van bestuur heeft verstoord en dat die verstoorde verhoudingen in ieder geval gedurende geruime tijd na de totstandkoming van de Vaststellingsovereenkomst hebben voortgeduurd, zoals ook blijkt uit het visiedocument van de raad van bestuur van 14 mei 2018 (zie 2.71).

3.25. De omstandigheid dat op 18 mei 2018 tussen de raad van bestuur en de raad van commissarissen kennelijk alsnog overeenstemming is bereikt over de uitleg van de Vaststellingsovereenkomst (zie 2.72) neemt de twijfel over het beleid en de gang van zaken in de periode voordien niet weg. Dat geldt ook voor de omstandigheid dat, zoals ter zitting naar voren kwam, de gezamenlijke interpretatie van de raad van bestuur en de raad van commissarissen van de Vaststellingsovereenkomst inmiddels ook wordt gedeeld door de AHC. Geen van deze partijen heeft overigens toegelicht wat die bereikte overeenstemming inhoudt en in hoeverre die overeenstemming een wijziging of uitwerking van de Vaststellingsovereenkomst omvat, terwijl evenmin is gebleken dat en, zo ja, hoe en in hoeverre daarmee ook de verstandhouding tussen de raad van commissarissen en de raad van bestuur is hersteld.

3.26. Het is bovendien niet aannemelijk dat sinds 18 mei 2018 tussen de raad van bestuur en de raad van commissarissen alles koek en ei is. De ondernemingsraad heeft aan de hand van stukken aannemelijk gemaakt dat nadien tussen de leden van de raad van bestuur die verantwoordelijk zijn voor de inhoud van het verweerschrift van Eneco enerzijds en de raad van commissarissen anderzijds strubbelingen hebben plaatsgevonden over de inhoud van het namens Eneco in te dienen verweerschrift. Die strubbelingen zijn kennelijk terug te voeren op een wezenlijk verschil van inzicht over de vraag hoe het optreden van alle betrokkenen gewaardeerd moeten worden.

3.27. Volledigheidshalve merkt de Ondernemingskamer op dat het in de rede ligt dat Eneco haar adviesaanvraag van 5 maart 2018 met betrekking tot de Vaststellingsovereenkomst aanvult door aan de ondernemingsraad toe te lichten wat de thans bereikte overeenstemming over de uitleg van de Vaststellingsovereenkomst inhoudt, zodat de ondernemingsraad die informatie kan betrekken in zijn advies over de Vaststellingsovereenkomst.

Het vertrek van De Haas

3.28. Ter zitting hebben De Haas en Van den Assem verschillende lezingen gegeven van het gesprek tussen hen, in aanwezigheid van commissaris Keim, op 30 maart 2018 (zie 2.52). Van den Assem heeft verklaard dat het gesprek beoogde de reactie van De Haas te vernemen op het gebrek aan vertrouwen van de raad van commissarissen in de rol van De Haas bij de uitvoering van de Vaststellingsovereenkomst en de uitvoering van het privatiseringstraject. De Haas heeft verklaard dat hij het gesprek heeft ervaren als een mededeling dat de raad van commissarissen het vertrouwen in hem had verloren en dat zijn positie dienengevolge onhoudbaar was. Keim heeft verklaard dat hij het goed mogelijk acht dat Van den Assem en De Haas een verschillende perceptie hebben van de strekking van het gesprek.

3.29. De Ondernemingskamer constateert dat de wijze waarop De Haas het gesprek heeft ervaren, strookt met het standpunt van de raad van commissarissen dat de raad van commissarissen voorafgaand aan het gesprek van 30 maart 2018 tot het unanieme oordeel was gekomen dat De Haas niet de geschikte persoon was om het proces van privatisering verder te leiden. Het is niet precies duidelijk op welk moment de raad van commissarissen tot die slotsom was gekomen. In het verweerschrift van de raad van commissarissen staat dat na het telefonisch overleg tussen alle commissarissen op 25 maart 2018 de unanieme conclusie was dat het veel meer in het belang van Eneco zou zijn dat “de onwillige De Haas zou opstappen” (dan dat Van den Assem, Van Lier Lels en Sijmons zouden aftreden), terwijl de advocaat van de raad van commissarissen bij brief van 12 april 2018 (zie 2.57) aan de advocaat van de ondernemingsraad verwees naar de vergadering van de raad van commissarissen van 28 maart 2018.

3.30. Gegeven het unanieme oordeel dat De Haas niet de geschikte persoon was om het proces van privatisering verder te leiden en de daaraan voorafgegaane gebeurtenissen, waaronder de verstoorde verhoudingen tussen de raad van bestuur en de raad van commissarissen als gevolg van de mediation en het op 24 maart 2018 geuite voorneemen van Van den Assem om zelf op te stappen, acht de Ondernemingskamer aannemelijk dat de raad van commissarissen op 25 of 28 maart 2018 tot de slotsom is gekomen dat de positie van De Haas onhoudbaar was geworden, hetgeen betekent dat zijn vertrek onontkoombaar was en niet afhan-

kelijk was van een eventuele bereidheid van De Haas om, in de ogen van de raad van commissarissen, zijn leven te beteren.

3.31. Een meer nauwkeurige analyse van de besluitvorming door de raad van commissarissen over de positie van De Haas, kan thans niet worden gemaakt, omdat de raad van commissarissen de notulen van zijn vergaderingen van 25 en 28 maart 2018 niet in het geding heeft gebracht en omdat in het bijzonder de ondernemingsraad en de raad van commissarissen van mening verschillen over hetgeen in de bijeenkomst van 11 april 2018, waar ook de overige leden van de raad van bestuur en een aantal anderen aanwezig waren, is gezegd over het ontslag van De Haas. Het is gelet op het tijdsverloop tussen 11 april 2018 en de datum van de mondelinge behandeling opmerkelijk dat ook de notulen van deze bijeenkomst niet zijn overgelegd en evenmin ter beschikking zijn gesteld aan de ondernemingsraad. Het te gelasten onderzoek kan daar nadere duidelijkheid over verschaffen.

3.32. Op basis van wat thans bekend is, acht de Ondernemingskamer aannemelijk dat de raad van commissarissen op 25 of 28 maart 2018 het voorgenomen besluit heeft genomen om De Haas te ontslaan. Gegeven het feit dat de raad van commissarissen naar eigen zeggen unaniem tot de conclusie was gekomen dat hij geen vertrouwen meer had in De Haas en besloten had die boodschap aan hem op 30 maart 2018 over te brengen, ligt het voor de hand dat De Haas vervolgens geen andere keus had, dan afspraken te maken over een vertrekregeling conform zijn arbeidsovereenkomst.

3.33. Die gang van zaken vertoont een zo grote gelijkenis met een voorgenomen besluit tot ontslag als bedoeld in artikel 30 WOR dat het daarmee op één lijn moet worden gesteld. Een andere opvatting zou er toe leiden dat het adviesrecht van de ondernemingsraad in wezenlijke mate wordt uitgehold. De realiteit is immers dat indien de raad van commissarissen van een structuurvenootschap tot het oordeel komt dat de positie van een bestuurder onhoudbaar is omdat deze niet langer het vertrouwen heeft van de raad van commissarissen, dit onherroepelijk leidt tot het vertrek van de betrokken bestuurder, ook zonder dat de raad van commissarissen een formeel ontslagbesluit neemt.

3.34. De enkele stelling van mr. Perrick dat hij, als deelnemer aan de vergaderingen van de raad van commissarissen van 25 en 28 maart 2018, kan bevestigen dat de raad van commissarissen toen niet het stadium heeft bereikt van een voorgenomen besluit tot ontslag, legt onvoldoende gewicht in de schaal nu die stelling slechts een juridische opvatting behelst die de Ondernemingskamer niet deelt en niet is gestaafd met concrete feiten.

3.35. De slotsom uit het voorafgaande is dat ernstig moet worden betwijfeld of de raad van commissarissen na de besluitvorming in zijn vergaderingen van 25 en 28 maart 2018 heeft gehandeld in overeenstemming met artikel 30 WOR door na te laten advies te vragen aan de ondernemingsraad over een voorgenomen besluit tot ontslag van De Haas. Ook de weigering van de raad van commissarissen om aan de ondernemingsraad openheid van zaken te verschaffen over de besluitvorming door de raad van commissarissen over de positie van De Haas, staat op gespannen voet met artikel 30 WOR.

3.36. De in 3.29 en 3.31 gesignaleerde onduidelijkheden roepen ook vragen op over de *timing* en de zorgvuldigheid van de besluitvorming door de raad van commissarissen ten aanzien van de positie van De Haas. Dat de uitvoering van de Vaststellingsovereenkomst problematisch was is op zichzelf niet aan De Haas te wijten. De vragen en complicaties, zoals die zijn verwoord in de e-mail van Vels van 4 maart 2018, in de brief van de ondernemingsraad op 16 maart 2018 en in het interpretatiedocument van 14 maart 2018, houden verband met de inhoud van de Vaststellingsovereenkomst en het feit dat de raad van bestuur bij de totstandkoming daarvan niet of nauwelijks betrokken is geweest. In een e-mail van 24 maart 2018 heeft De Haas aan commissaris Keim verslag gedaan van een gesprek tussen De Haas en Van den Assem, in welk gesprek beiden geconcludeerd zouden hebben dat de Vaststellingsovereenkomst op drie onderdelen (“criteria voor koper, beursgang en gezamenlijkheid”) nadere uitwerking vergt. Het is, gelet op het bovenstaande, de vraag of het door de raad van commissarissen aan De Haas verweten gebrek aan overtuiging bij de uitvoering van de Vaststellingsovereenkomst, een valide grond is voor het verliezen van het vertrouwen in De Haas. De raad van commissarissen heeft voorts gesteld dat de commissarissen die aan de mediation deelnamen, tijdens de mediation bekend zijn geworden met “handelingen van De

Haas” die in belangrijke mate hebben bijgedragen aan het verlies van vertrouwen van de aandeelhouders in De Haas. Op welke handelingen van De Haas de raad van commissarissen hier doet is niet duidelijk en de raad van commissarissen heeft ook niet toegelicht welke rol die “handelingen van De Haas” hebben gespeeld in het verlies van het vertrouwen van de raad van commissarissen in De Haas (zes weken na het einde van de mediation). Ook deze vragen kunnen in het te gelasten onderzoek worden betrokken.

De benoeming van Sondag

3.37. Tussen partijen is niet in geschil dat de ondernemingsraad op de voet van artikel 30 WOR in de gelegenheid moest worden gesteld advies uit te brengen over een voorgenomen besluit tot benoeming van Sondag. Die bepaling houdt voorts in dat het advies op een zodanig tijdstip moet worden gevraagd dat het van wezenlijke invloed kan zijn op het te nemen besluit en dat de ondernemer de ondernemingsraad in kennis stelt van de beweegredenen voor het besluit en gegevens verstrekt waaruit de ondernemingsraad zich een oordeel kan vormen over de betrokkene in verband met de beoogde functie.

3.38. De Ondernemingskamer acht het begrijpelijk dat de raad van commissarissen het in het belang van Eneco nodig achtte om op korte termijn na de bekendmaking van het vertrek van De Haas en ruimschoots voor het moment dat De Haas per 1 september 2018 formeel zou terugtreden, een nieuwe voorzitter van de raad van bestuur aan te trekken.

3.39. In het licht daarvan had de ondernemingsraad wellicht voortvarender kunnen handelen toen aan hem de mogelijkheid werd geboden op 4 en 7 mei 2018 met Sondag te spreken (zie 2.65). Van veel meer gewicht is echter dat het belang van Eneco vergde dat een zorgvuldig medezeggenschapstraject gevolgd zou worden met betrekking tot de benoeming van een nieuwe voorzitter van de raad van bestuur. Dat geldt in het bijzonder omdat de verstandhouding tussen de raad van commissarissen en de ondernemingsraad was verslechterd als gevolg van de gang van zaken rondom het vertrek van De Haas.

3.40. Een zorgvuldig medezeggenschapstraject is echter niet gevolgd. Ter zitting is naar voren gekomen dat eind april de raad van commissarissen aan de ondernemingsraad *input* heeft gevraagd voor de profielschets voor het aantrekken van de

nieuwe CEO, terwijl op datzelfde moment Sondag al de status van “voorkeurskandidaat” had. De profielschets is wel aan de ondernemingsraad ter hand gesteld, maar niet met de ondernemingsraad besproken. Vervolgens heeft de ondernemingsraad pas op 8 mei 2018 de adviesaanvraag met betrekking tot de voorgenomen benoeming van Sondag ontvangen (zie 2.66). Diezelfde avond ontving de ondernemingsraad het concept persbericht waarin de benoeming van Sondag als voorzitter van de raad van bestuur werd aangekondigd (zie 2.67). Aan het verzoek van de ondernemingsraad om hangende het adviestraject het persbericht niet te publiceren, heeft Eneco geen gehoor gegeven; het persbericht is op 9 mei 2018 gepubliceerd (zie 2.68 en 2.69). De Ondernemingskamer acht relevant dat de raad van bestuur te kennen heeft gegeven dat hij het niet eens was met deze gang van zaken en de voorkeur gaf aan het doorlopen van het medezeggenschapstraject voorafgaand aan de publicatie van het persbericht en de oproep voor de aandeelhoudersvergadering, maar ter vermijding van negatieve beeldvorming aan de wens van de raad van commissarissen is tegemoet gekomen.

3.41. Gelet op de tekst van het persbericht en de weigering publicatie daarvan uit te stellen heeft de ondernemingsraad kunnen concluderen dat zijn advies niet meer van wezenlijke invloed kon zijn op het te nemen benoemingsbesluit en is begrijpelijk dat hij er niet voor voelde om voor spek en bonen advies uit te brengen.

3.42. Ook met inachtneming van het belang van Eneco bij een voortvarende benoeming van een nieuwe voorzitter van de raad van bestuur, gegeven het op 16 april 2018 gepubliceerde vertrek van de Haas (zie 2.59), is niet goed in te zien waarom het advies van de ondernemingsraad over de voorgenomen benoeming van Sondag niet kon worden afgewacht alvorens de aanstaande benoeming van Sondag bij persbericht bekend te maken. Dat geldt in het bijzonder indien juist is de stelling van de raad van commissarissen dat de *timing* van de benoeming van Sondag (25 mei 2018) geen verband houdt met de datum van indiening van de verweerschrift in de onderhavige procedure (28 mei 2018).

Conclusie met betrekking tot het vertrek van De Haas en de benoeming van Sondag

3.43. De Ondernemingskamer concludeert dat de gang van zaken met betrekking tot het vertrek van De Haas en de benoeming van Sondag gegronde redenen opleveren om aan een juist beleid te twijfelen.

Misbruik van enquêterecht?

3.44. Zoals uit het bovenstaande volgt is er met betrekking tot de door de ondernemingsraad in zijn verzoek aan de orde gestelde onderwerpen gegronde reden om aan een juist beleid en juiste gang van zaken te twijfelen. De Ondernemingskamer verwerpt het standpunt van de raad van commissarissen dat (niettemin) de indiening van het enquêteverzoek misbruik van recht zou zijn. De Ondernemingskamer stelt daarbij voorop dat de aan de ondernemingsraad (onbetwist) toegekende enquêtebevoegdheid geen beperking bevat ten aanzien van de reikwijdte van die bevoegdheid. In het bijzonder is die bevoegdheid niet beperkt tot medezeggenschapsrechtelijke kwesties; de ondernemingsraad kon in zijn verzoek ook andere redenen om te twijfelen aan een juist beleid en een juiste gang van zaken aan de orde stellen en heeft dat ook gedaan.

3.45. De omstandigheid dat de raad van bestuur, de raad van commissarissen en de ondernemingsraad kort voor indiening van het enquêteverzoek dicht bij een regeling waren die de onderhavige procedure had kunnen voorkomen betekent niet dat het enquêteverzoek als misbruik van recht kan worden gekwalificeerd, ook niet indien de regeling is afgestuit omdat de raad van commissarissen in de ogen van de ondernemingsraad niet bereid was te onderkennen dat “herstel van normale governance verhoudingen” nodig was.

Belangenafweging

3.46. Anders dan Eneco, de raad van commissarissen en de aandeelhouders hebben bepleit, leidt een belangenafweging niet tot afwijzing van het enquêteverzoek. Anders dan deze partijen hebben aangevoerd is een enquête naar het oordeel van de Ondernemingskamer in het belang van Eneco omdat openheid van zaken met betrekking tot de hierboven besproken onderwerpen in wezenlijke mate kan bijdragen aan het herstel van gezonde verhoudingen binnen Eneco.

3.47. Weliswaar hebben partijen (met uitzondering van de raad van commissarissen) in hun verweerschriften een aanzienlijke hoeveelheid informatie verschaft over de gang van zaken, maar

desondanks bestaat thans niet een zodanige openheid van zaken dat een onderzoek overbodig zou zijn.

Onmiddellijke voorzieningen

3.48. Gelet op de prominente rol die Van den Assem als voorzitter van de raad van commissarissen heeft gespeeld bij de vier hierboven besproken onderwerpen en gelet op zijn toelichting op zijn voornemen op 24 maart 2018 om terug te treden als commissaris, vergt het belang van Eneco in dit stadium dat Van den Assem niet aanblijft als commissaris en dat de raad van commissarissen zal worden versterkt met een door de Ondernemingskamer bij wijze van onmiddellijke voorziening te benoemen voorzitter die niet is belast met de gebeurtenissen in 2017 en het eerste halfjaar van 2018. De Ondernemingskamer verwacht dat met het treffen van deze onmiddellijke voorzieningen het herstel van de onderlinge verhoudingen binnen Eneco, ook die met de ondernemingsraad, wordt bevorderd. De Ondernemingskamer ziet onvoldoende aanleiding om de door haar te benoemen voorzitter van de raad van commissarissen meer of andere taken en bevoegdheden te geven dan die voortvloeien uit de wet en de statuten (zie in het bijzonder artikel 19.8 van de statuten).

3.49. De Ondernemingskamer heeft in zijn oordeel betrokken dat Van den Assem er geen blijk van heeft gegeven oog te hebben voor de gevolgen van zijn optreden voor de verhoudingen tussen de raad van bestuur en de raad van commissarissen, de relatie tussen Eneco en de AHC en de verhoudingen tussen Eneco en de ondernemingsraad. De Ondernemingskamer is er overigens van overtuigd dat Van den Assem steeds beoogd heeft het belang van Eneco te dienen.

3.50. Voor zover het verzoek van de ondernemingsraad strekt tot schorsing van Van Lier Lels als commissaris, heeft de ondernemingsraad onvoldoende toegelicht waarom, naast de schorsing van Van den Assem, het belang van Eneco het treffen van deze onmiddellijke voorziening vergt. De Ondernemingskamer ziet in de inhoud van het dossier en hetgeen partijen naar voren hebben gebracht evenmin voldoende aanleiding om Van Lier Lels thans, bij wijze van onmiddellijke voorziening, als commissaris te schorsen.

3.51. Met betrekking tot Sijmons blijkt uit de stukken dat zij als gevolg van het einde van haar benoemingstermijn per 1 juli 2018 zal terugtreden

als commissaris. De Ondernemingskamer begrijpt uit informatie op de website van Eneco dat Sijmons inmiddels daadwerkelijk is teruggetreden. Reeds om die reden is het verzoek tot schorsing van Sijmons als commissaris niet toewijsbaar.

3.52. De Ondernemingskamer merkt voor de goede orde op dat zij kennis heeft genomen van het bericht op de website van Eneco Groep dat E. Enthoven op 29 juni 2018 is benoemd tot lid van de raad van commissarissen.

Slotsom

3.53. De slotsom is dat de Ondernemingskamer een onderzoek zal gelasten naar het beleid en de gang van zaken van Eneco, in het bijzonder met betrekking tot:

- a. het optreden van de aandeelhouders (vertegenwoordigd door de AHC), de raad van bestuur en de raad van commissarissen met betrekking tot het privatiseringstraject in de periode vanaf 1 januari 2017 tot de mediation tussen de AHC en de raad van commissarissen;
- b. de mediation in januari en februari 2018, uitmondend in de Vaststellingsovereenkomst, in het bijzonder de omstandigheid dat de raad van commissarissen buiten aanwezigheid van de raad van bestuur met de AHC heeft onderhandeld en afspraken heeft gemaakt met betrekking tot onderwerpen die behoren tot het domein van het bestuur;
- c. de gang van zaken met betrekking tot het vertrek van De Haas;
- d. e gang van zaken met betrekking tot de benoeming van Sondag.

3.54. De Ondernemingskamer zal het bedrag dat het onderzoek ten hoogste mag kosten niet aantonsd vaststellen. De Ondernemingskamer zal de onderzoekers vragen om binnen twee maanden na de datum van de beschikking waarin de onderzoeker(s) worden aangewezen een plan van aanpak en een begroting van de kosten van het onderzoek te maken en deze aan de Ondernemingskamer toe te zenden. De Ondernemingskamer zal partijen in de gelegenheid stellen zich uit te laten over die begroting en vervolgens het bedrag vaststellen dat het onderzoek ten hoogste mag kosten.

3.55. Voorts zal de Ondernemingskamer bij wijze van onmiddellijke voorziening Van den Assem schorsen als commissaris en een tijdelijke voorzitter van de raad van commissarissen benoemen.

3.56. De door de ondernemingsraad in verband met het onderhavige verzoek gemaakte (daadwerkelijke) kosten komen op de voet van artikel 22 WOR voor rekening van Eneco, zoals Eneco ook zelf heeft opgemerkt. De Ondernemingskamer ziet daarom geen aanleiding voor toewijzing van de door de ondernemingsraad verzochte veroordeling van Eneco in de proceskosten. De Ondernemingskamer ziet evenmin aanleiding voor enige andere kostenveroordeling.

4. De beslissing

De Ondernemingskamer:

beveelt een onderzoek naar het beleid en de gang van zaken van Eneco Groep N.V. zoals omschreven in rechtsoverweging 3.53 van deze beschikking;

benoemt een of meer nader aan te wijzen en aan partijen bekend te maken personen teneinde het onderzoek te verrichten;

houdt in verband met het bepaalde in rechtsoverweging 3.54 de vaststelling van het bedrag dat het onderzoek ten hoogste mag kosten aan;

bepaalt dat de kosten van het onderzoek ten laste komen van Eneco en dat zij voor de betaling daarvan ten genoegen van de onderzoekers voor de aanvang van diens werkzaamheden zekerheid dient te stellen;

benoemt mr. G.C. Makkink tot raadsheer-commissaris, zoals bedoeld in artikel 2:350 lid 4 BW; schorst, bij wijze van onmiddellijke voorziening en vooralsnog voor de duur van het geding, met ingang van heden E.H.M. van den Assem als commissaris van Eneco;

benoemt bij wijze van onmiddellijke voorziening met onmiddellijke ingang en vooralsnog voor de duur van het geding een nader aan te wijzen en aan partijen bekend te maken persoon tot voorzitter van de raad van commissarissen van Eneco;

bepaalt dat het salaris en de kosten van deze commissaris ten laste komen van Eneco en bepaalt dat Eneco voor de betaling daarvan ten genoegen van de commissaris zekerheid dient te stellen vóór de aanvang van diens werkzaamheden;

wijst af hetgeen meer of anders is verzocht; verklaart deze beschikking uitvoerbaar bij voorraad.

NOOT

1. *Inleiding.* Een ongekende zaak bij een onderneming van deze omvang. Nagenoeg alle *stakeholders* binnen de structuurvennootschap Eneco Groep NV krijgen het aan de stok met elkaar.

Het startschot is de wens van bepaalde aandeelhouders hun belang in Eneco te verkopen. Van meet af aan loopt dat verkoopproces stroef en leidt het in eerste instantie tot frictie tussen de aandeelhouders enerzijds en de rvb en rvc anderzijds. Na een mediationtraject lijkt de lucht geklaard tussen de rvc en de aandeelhouders, maar ontardt een nieuwe strijd, ditmaal tussen de rvc en rvb. Dit leidt uiteindelijk tot het vertrek van de CEO, De Haas, die eerder met de rvb contractueel het recht van enquête had verleend aan de centrale ondernemingsraad (de COR). Ook de verhouding tussen de rvc en de COR is gespannen, onder meer vanwege het vertrek van De Haas, maar ook vanwege het benoemingsproces rondom de nieuwe CEO, Sondag. Daarbij werd de COR de facto voor een voldongen feit geplaatst omdat het persbericht waarin deze benoeming werd aangekondigd al verstuurd was. Met een nieuwe CEO aan het roer en ongetwijfeld met het zicht op een publieke zitting bij de OK hebben de aandeelhouders, rvc en rvb de strijdbijl begraven. De neuzen stonden – naar eigen zeggen – weer dezelfde kant op. De COR zet echter door en verzoekt met succes om een enquête en bij wijze van onmiddellijke voorziening onder andere om het vertrek van de voorzitter van de rvc, Van den Assem.

2. *Redenen om aan een juist beleid te twifelen.* De OK overweegt dat alle vier aangevoerde omstandigheden (afzonderlijk) het oordeel dragen dat sprake is van gegronde redenen om aan een juist beleid te twifelen, namelijk: (i) het gebrek aan samenwerking tussen de aandeelhouders en de rvb/rvc in het verkoopproces, culminerend in een voorgenomen (maar niet doorgezette) opzegging van het vertrouwen door de aandeelhouders in de rvc (ex art. 2:161a BW) (r.o. 3.13), (ii) de omstandigheid dat de rvc met aandeelhouders in de daarop volgende mediation buiten de aanwezigheid van de rvb afspraken heeft gemaakt over onderwerpen die tot het domein van het bestuur horen (r.o. 3.24) en (iii)-(iv) de miskennis van adviesrechten van de

COR (ex art. 30 WOR), zowel bij het vertrek van De Haas als bij de benoeming van de nieuwe CEO, Sondag (r.o. 3.43). Ik zal mij in deze noot beperken tot de eerste twee punten. Het oordeel van de OK over het adviesrecht van de COR (punten (iii) en (iv)) gaan het bestek van deze noot te buiten. Ik verwijs wat betreft het adviesrecht bij een al dan niet vrijwillig vertrek van een bestuurder naar de noot van Sterk onder deze beschikking in «JAR» 2018/217.

Een van de meest opvallende elementen is de schorsing van de voorzitter van de rvc en het harde oordeel dat de OK velt over zijn functieneren, te weten dat hij *“er geen blijk van heeft gegeven oog te hebben voor de gevolgen van zijn optreden voor de verhoudingen tussen de raad van bestuur en de raad van commissarissen, de relatie tussen Eneco en de AHC en de verhoudingen tussen Eneco en de ondernemingsraad”* (r.o. 3.49). Daar is wat mij betreft het nodige op af te dingen, zeker gezien zijn pogingen om het initiële geschil met de aandeelhouders te de-escaleren via een mediationtraject en een tussen alle strijdende partijen (aandeelhouders, rvc en rvb) getekende vaststellingsovereenkomst. Alvoers daarop in te gaan, maak ik eerst een korte opmerking over de samenwerking tussen de aandeelhouders en Eneco en de toetsing door de OK van de bevoegdheid van de aandeelhouders om bij een structuurvennootschap het vertrouwen in de gehele rvc op te zeggen (art. 2:161a BW).

3. *Wie samenwerking afsprekt, moet ook samenwerken.* Het oorspronkelijke geschil tussen de aandeelhouders (althans de aandeelhouderscommissie die was ingesteld (AHC)) en de rvb/rvc lijkt in de kern te draaien om de meer principiële vraag wie eigenlijk de baas is over het proces van verkoop van een onderneming: de aandeelhouders, of de rvb, als beleids- en strategiebepaler van de onderneming, onder toezicht van de rvc. In deze zaak hebben partijen zelf in een eerder stadium afspraken gemaakt over de onderlinge (machts)verhoudingen in geval van een verkoopproces (zie r.o. 2.6). Die afspraken, die de OK begrijpelijkerwijs als toetsingskader gebruikt, maken het oordeel in deze zaak extra casuïstisch. Daarom volsta ik met de conclusie van de OK dat *“de eenzijdige stappen die de AHC heeft gezet doen vermoeden dat de aandeelhouders uit waren op het verwerven van een mate van zeggenschap over het privatise-*

ringstraject die niet strookt met de bij aanvang daarvan gemaakte afspraken” (r.o. 3.11). Het is de OK ook niet duidelijk (want onvoldoende toegelicht) waarom de aandeelhouders eerst hebben ingestemd met de afspraken vervat in de statuten en het Aandeelhoudersconvenant, om kort daarna te verlangen dat die afspraken gewijzigd zouden worden. De OK kon vervolgens niet anders dan oordelen dat *“voorafgaand aan de start van het privatiseringsproces overeengekomen samenwerking niet tot stand is gekomen”*, dat partijen in de loop van 2017 juist *“in toenemende mate tegenover elkaar zijn komen te staan”* en dat zulks *“op zichzelf reeds een gegronde reden is om aan een juist beleid te twijfelen”* (r.o. 3.10). Op dat oordeel valt weinig af te dingen.

4. *Toetsing van bevoegdheid tot opzegging vertrouwen in rvc.* Het sluitstuk van het gebrek aan samenwerking tussen de AHC en de rvb en rvc betreft de aankondiging van de opzegging van het vertrouwen in de rvc door de aandeelhouders eind 2017, aldus de OK (r.o. 3.13). De OK velt over de bevoegdheidsuitoefening verder geen waardeoordeel. Zij wijdt nog wel uit over een door de aandeelhouders gevoerd verweer, namelijk dat de uitoefening van de bevoegdheid ex art. 2:161a BW door de rechter slechts *“met de grootste terughoudendheid”* mag worden getoetst. Dit verweer van de aandeelhouders zal geïnspireerd zijn op de Stork-beschikking («JOR» 2007/42, m.nt. Blanco Fernández). Daarin oordeelde de OK dat, *“ook bij een uiterst terughoudende toetsing”* van de uitoefening van de bevoegdheid ex art. 2:161a BW aan art. 2:8 BW, niet kon worden aanvaard dat de onderneming gedwongen zou worden haar strategie te verlaten, waarna de OK beperkingen oplegde aan het uitoefenen van die bevoegdheid door de ava (zie r.o. 3.19 in de Stork-beschikking). De OK volstaat dan ook – terecht – met de constatering dat ook de uitoefening van de bevoegdheid ex art. 2:161a BW beheerst wordt door art. 2:8 BW en dat dus daaraan getoetst kan worden.

5. *Intensivering van rol van de rvc.* Wat er ook in juridische zin zij van de aankondiging dat het vertrouwen in de rvc opgezegd zou worden, het heeft feitelijk wel effect gesorteerd. Nadien zijn de aandeelhouders en de rvc namelijk een mediationproces met elkaar gestart in een poging de samenwerking tussen de AHC enerzijds en de rvc anderzijds te normaliseren. De in dat

proces gemaakte afspraken over onder meer het privatiseringstraject zijn vastgelegd in een vaststellingsovereenkomst, die uiteindelijk ook door de rvb is ondertekend. Ook deze gang van zaken kan de goedkeuring van de OK niet wegdragen (zie r.o. 3.14-3.27 en punt 2 hiervoor).

De OK lijkt veel waarde te hechten aan de omstandigheden dat (i) het voorzienbaar was voor de rvc dat in de mediation onderwerpen aan de orde zouden komen die behoren tot het domein van de rvb en niet tot dat van de rvc en (ii) dat daar afspraken over gemaakt zijn buiten de aanwezigheid van de rvb.

Dat is op zich niet onbegrijpelijk maar het is echter ook heel goed denkbaar dat de stap van de rvc om een mediationstraject te starten een wijs besluit is geweest en een eerste noodzakelijke stap was om het conflict te de-escaleren, de verstoorde communicatie weer te normaliseren, en om in het belang van Eneco verdere afspraken te maken over het privatiseringstraject. De rvc lijkt hier een bemiddelingspoging te doen om de communicatie met in ieder geval de AHC te herstellen (mogelijk met uitzicht op een breder herstel van verhoudingen ook met de rvb). Op zich bestaat er geen verplichting tot actieve bemiddeling door de rvc (HR 9 juli 2010, «JOR» 2010/228, m.nt. Van Ginneken (ASMI)), maar in bijzondere gevallen kan ik mij goed voorstellen dat de rvc zich niet afzijdig kan houden. Een voorbeeld daarvan is de Akzo-beschikking (OK 29 mei 2017, «JOR» 2017/261, m.nt. Bulten (AkzoNobel) waarin de OK overweegt dat het op de weg ligt van "het bestuur en de raad van commissarissen van AkzoNobel om zich te beraden op de wijze waarop AkzoNobel de verstandhouding met dit deel van haar aandeelhouders kan normaliseren". Dat lijkt me precies wat de rvc van Eneco hier heeft proberen te doen. De OK ziet dat duidelijk anders en overweegt dat het optreden van de rvc in de mediation niet kan worden aangemerkt als bemiddeling (tussen aandeelhouders en de rvb) en kwalificeert het optreden als "het voeren van onderhandelingen namens Eneco met de aandeelhouders" (r.o. 3.21)

Over het buiten de rvb om afspraken maken door de rvc merk ik nog op dat bij nadere bestudering blijkt dat de rvb niet geheel buiten de mediation is gehouden. De rvb is wel pas in een laat stadium inhoudelijk betrokken (r.o 3.19), maar de OK zegt niet dat de rvb in het geheel

niet is betrokken. Ook vind ik opvallend dat er weinig aandacht is voor de eigen verantwoordelijkheid en autonomie van de rvb. De rvb had er ook voor kunnen kiezen om meer betrokken te geraken of de vaststellingsovereenkomst uiteindelijk niet te tekenen als daar goede redenen voor waren. Het is mij niet aanstonds helder waarom primair de rvc wordt verweten dat de rvb een overeenkomst ondertekent met daarin afspraken waarin de rvb zich niet kan vinden. Het roept ook de vraag op hoe het was gelopen als de rvb inderdaad had geweigerd de vaststellingsovereenkomst te ondertekenen. In dat geval had de rvc de rvb bijvoorbeeld kunnen schorsen en via de statutaire ontstentenis- en beletregeling ervoor kunnen kiezen de vaststellingsovereenkomst zelf te ondertekenen. Hoe had de OK die handelwijze van de rvc beoordeeld?

Eenzelfde handelwijze stond centraal in de TMG-beschikking («JOR» 2017/229, m.nt. Sinnighe Damsté (TMG)). Daar betrof het een biedingsstrijd tussen enerzijds een Consortium (Mediahuis en grootaandeelhouder) en Talpa anderzijds. In dat geval was de rvc van mening dat het tekenen van het *merger protocol* met het Consortium (nadat de voorzitter van de rvc Talpa had laten weten niet door te gaan met Talpa) essentieel was voor TMG. De rvb weigerde dit omdat die kort gezegd van mening was dat ook Talpa nog een goede optie was. Net als bij Eneco grijpt de rvc fors in door de rvb te schorsen en tekent diezelfde dag nog zelf het *merger protocol* met TMG (op basis van de statutaire ontstentenis- en beletregeling). Deze handelwijze van de rvc kan op begrip rekenen van de OK. "De Ondernemingskamer acht het in het licht van de hierboven geschetste gang van zaken begrijpelijk dat het geduld van de raad van commissarissen uitgeput was en dat de raad van commissarissen zich genoodzaakt zag om in het belang van TMG en met gebruikmaking van zijn bevoegdheid tot schorsing van de leden van de raad van bestuur, zeker te stellen dat het fusieprotocol met het Consortium ondertekend werd" (r.o. 3.40 in de TMG-beschikking). (Zie verder over onvereenbaarheid van visies tussen rvb en rvc en de rol van de rvc in overnamesituaties, C.J.C. de Brauw, *Ondernemingsrecht* 2018/11, par. 3.3.2). Het is de vraag hoe de verschillen in waardering door de OK van de handelwijzen van de twee rvc's verklaard moet worden. De rvc van TMG

trekt de bestuursrol meer naar zich toe dan de rvc in de Eneco. Toch wordt alleen de rvc van Eneco teruggefloten.

Dat de rvc van Eneco zijn toezicht intensieerde, lijkt me overigens juist. De steeds verslechterende verhoudingen en de negatieve berichtgeving noopten tot actie in het belang van Eneco en haar stakeholders. Het zal een bittere pil zijn voor de rvc dat die keuze voor een intensievere rol hem nu juist nagedragen wordt, zeker in het licht van de TMG-beschikking. Het maakt de lastige positie van een rvc ook goed tastbaar: als de rvc zich te intensief met het bestuur bemoeit en op de stoel van de rvb gaat zitten, kan dat gegronde redenen opleveren om aan een juist beleid te twijfelen, maar als de rvc niet of te laat ingrijpt, kan dat eveneens tot het oordeel wanbeleid (bijv. 8 december 2017 «JOR» 2018/9, m.nt. Josephus Jitta (ZED+)) of aansprakelijkheid leiden (bijv. 30 september 2015, «JOR» 2016/182, m.nt. Van Bekkum (Fairstar)). *Damned if you do, damned if you don't.*

6. *Procedurele aspecten.* Het moet gezegd dat de uitkomst van deze procedure mede beïnvloed lijkt te zijn door een aantal procedurele ontwikkelingen. Het kernverweer van de rvc, de rvb en de aandeelhouders hield in dat alle conflicten uit het verleden inmiddels opgelost waren, zodat ingrijpen door de OK niet meer nodig was. De COR heeft in de procedure echter kunnen hardmaken dat de rvb en rvc het niet eens konden worden over de inhoud van het verweerschrift van Eneco. Deze onenigheid is, aldus de OK, *"kennelijk terug te voeren op een wezenlijk verschil van inzicht over de vraag hoe het optreden van alle betrokkenen gewaardeerd moeten worden"* (r.o. 3.26).

Naar mijn mening zal aan de vaststelling van de OK dat niet alles *"koek en ei"* (r.o.3.26) was tussen de rvb en rvc, hebben bijgedragen dat in het verweerschrift van Eneco (opgesteld door de rvb) geen standpunt is ingenomen over de wenselijkheid om wijziging(en) aan te brengen in de samenstelling van de rvc (r.o. 3.2). Dat draagt niet bij aan het beeld van eensgezindheid. Ook lijkt er een processtrategische keuze te zijn gemaakt door alle partijen, en in het bijzonder de rvc, om over bepaalde zaken niet volledige openheid van zaken te geven of bepaalde zaken niet verder toe te lichten (zie r.o. 3.31, r.o. 3.36). De OK overweegt bijvoorbeeld dat het denkbaar is dat er voor de rvc valide redenen waren om

– kort gezegd – op de stoel van de rvb te gaan zitten maar dat de rvc "onvoldoende inzicht [had] gegeven in zijn beweegredenen" waarom dat noodzakelijk was in dit geval (r.o. 3.24). Er kunnen voor die keuzes goede redenen zijn geweest, zoals bijvoorbeeld; het niet buiten willen hangen van de vuile was, geheimhoudingsbepalingen die mogelijk zijn overeengekomen met bijvoorbeeld De Haas of in het kader van de mediation, en/of de strategie van eensgezindheid die was overeengekomen tussen rvb, rvc en AHC. De vraag die dan rijst, is of er bij meer openheid ook meer begrip en coulance was geweest bij de OK, zoals die er wel was in de TMG-beschikking.

D.-J.F.F.M. Duynstee,
advocaat bij Clifford Chance te Amsterdam

304

Gerechtshof Amsterdam
(Ondernemingskamer)
28 juni 2018, nr. 200.230.795/01 OK,
ECLI:NL:GHAMS:2018:2313
(mr. Broekhuijsen-Molenaar, mr. Den Boer, mr. Wolfs, prof. dr. Hoogendoorn RA, drs. Tiemstra RA)
Noot prof. mr. J.B.S. Hijink

Jaarekeningprocedure GGN Brabant. Inrichtingsvoorschriften. Ontvankelijkheid verzoeker als juridisch eigenaar van aandelen. Obligatoire werking van partijafspraken is doorslaggevend bij classificatie als eigen vermogen of als vreemd vermogen. Vereiste inzicht in jaarrekening schiet tekort. Bevel tot herinrichting en vernietiging besluit ava tot vaststelling van jaarrekening.

[BW art. 2:362, 2:447]

Vaststaat dat Eneri juridisch eigenaar is van aandelen in GGN Brabant. Reeds uit hoofde van dat aandeelhouderschap is hij ontvankelijk in zijn verzoek. Onderscheid dient te worden gemaakt tussen de posities van Eneri als aandeelhouder enerzijds en van Koreman en Koreman Beheer als indirect aandeelhouders anderzijds. Dat de feitelijke en juridische positie van Eneri ten opzichte van GGN Brabant niet verandert indien haar bezwaren tegen de Jaarrekening worden gehonoreerd, doet niet