

Concurrent en Rexwinkel c.s. gevoerde verweer nog eens extra wil 'bestrafen'. Het is mijns inziens de vraag of dat wel juist is. De Ondernemingskamer mag (en moet) zich wat mij betreft uiteraard kritisch tonen over de ten processe gehanteerde argumentatie van de bestuurder, maar om uit zijn proceshouding een zelfstandige grond te destilleren voor gereede twijfel aan een juist beleid en juiste gang van zaken bij Energie Concurrent gaat nog weer een stapje verder. "Die Gedanken sind frei."<sup>9</sup>

F. Oostlander  
Smeets Advocaten Haarlem

155
Hof Amsterdam (Ondernemingskamer) 9 juli 2014, nrs. 200.141.495/01 OK, 200.141.495/02 OK ECLI:NL:GHAMS:2014:2705 (mr. Makkinga, mr. Van der Ouderaa, mr. Broekhuijsen-Molenaar, drs. Baart, drs. Van den Belt) Noot R.A. Wolf
<b>Enquêteprocedure. Wanbeleid. Onmiddellijke voorzieningen. Corporate governance. Tegenstrijdig belang. Informatieverstrekking aan AV. Minderheidsaandeelhouder.</b>
<b>De Ondernemingskamer heeft wanbeleid bij Groene Energie Administratie BV (Greenchoice) vastgesteld en voorzieningen getroffen.</b>
[BW art. 2:350, 2:355]

822

De Ondernemingskamer heeft op basis van het verslag van het door haar op 27 april 2012 gelaste onderzoek, wanbeleid vastgesteld bij Greenchoice in de periode vanaf 24 juli 2007 tot en met 27 april 2012. De Ondernemingskamer heeft vastgesteld welke personen daarvoor hoofdelijk verantwoordelijk zijn en die personen veroordeeld tot betaling van de onderzoekskosten. De Ondernemingskamer heeft in de beschikking van 9 juli 2014 voorts:

- Energie Concurrent BV ontslagen als bestuurder van Greenchoice;
- de benoeming van F. van Westen tot bestuurder van Greenchoice met een periode van in beginsel drie jaar verlengd;
- bepaald dat de aandelen die Energie Concurrent BV houdt in Greenchoice ten titel van beheer overgedragen blijven voor de duur van drie jaar aan W.P.M. van der Schoot;
- voor een periode van drie jaar drie nader aan te wijzen commissarissen benoemd. De raad van commissarissen heeft onder meer tot taak een of meer kandidaat-bestuurders voor te dragen ter benoeming door de algemene vergadering van aandeelhouders, ter vervanging van Van Westen.

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid  
Eneco Retail BV, gevestigd te Rotterdam,  
Verzoekster,

advocaten: mr. R.B. Gerretsen en mr. B.F. Assink, kantoorhoudende te Rotterdam,  
tegen  
de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid  
Groene Energie Administratie BV, gevestigd te Rotterdam,  
Verweerster,  
advocaten: mr. A.N. Stoop en mr. C.J. Scholten, kantoorhoudende te Amsterdam,  
en tegen  
1. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid  
Energie Concurrent BV, gevestigd te Rotterdam,  
Belanghebbende,  
advocaten: mr. G. te Winkel en mr. J.D. Kleyn, kantoorhoudende te Amsterdam,  
en tegen  
2. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid  
Van Rees Management BV, gevestigd te Rotterdam,  
Belanghebbende,  
advocaat: mr. P.J. van der Korst, kantoorhoudende te Amsterdam,  
en tegen  
3. *Wilhelmus Petrus Maria van der Schoot*, wonende te Bussum,  
Belanghebbende,  
advocaat: mr. B. Verkerk, kantoorhoudende te Amsterdam,  
en tegen  
4. *Michiel Bernard Rexwinkel*, wonende te Rotterdam,  
Belanghebbende,  
niet verschenen,  
en tegen  
5. *Jan Adrianus Appeldoorn*, wonende te Strijen,  
Belanghebbende,  
niet verschenen,  
en tegen  
6. *Robert van Rees*, wonende te Ouddorp,  
Belanghebbende,  
niet verschenen.

#### Hof:

##### 1 Het verloop van het geding

1.1 Partijen en andere personen worden hierna als volgt aangeduid:

- verzoekster als Eneco,
- verweerster als Greenchoice,
- belanghebbende sub 1 als Energie Concurrent,
- belanghebbende sub 2 als Van Rees BV,
- belanghebbende sub 3 als Van der Schoot,
- belanghebbende sub 4 als Rexwinkel,
- belanghebbende sub 5 als Appeldoorn,
- belanghebbende sub 6 als Van Rees,
- E.J. Willekes als Willekes,
- Rexwinkel BV als Rexwinkel BV,
- Appeldoorn BV als Appeldoorn BV,
- F. van Westen als Van Westen,
- R.H.G. Klatten als Klatten,
- D.M. Slieker als Slieker.

1.2 Voor het verloop van het geding verwijst de Ondernemingskamer naar haar beschikkingen van 27 april 2012, 3 mei 2012, 27 juli 2012, 23 mei 2013, 21 juni 2013 (alle met zaaknummer 200.102.055/01), 18 oktober 2013 (zaaknummer 200.102.055/02), 10 december 2013, 9 januari 2014 (zaaknummer 200.102.055/01), en naar de beschikking van de voorzitter van de Ondernemingskamer van 19 februari 2014 (zaaknummer 200.102.055/03).

1.3 Bij de beschikkingen van 27 april 2012 en 3 mei 2012 heeft de

9 *Die Gedanken sind frei, wer kann sie erraten? Sie fliehen vorbei wie nächtliche Schatten. Kein Mensch kann sie wissen, kein Jäger erschließen mit Pulver und Blei: Die Gedanken sind frei!* Fragment uit een negentiende-eeuws Duits lied van een onbekende dichter/componist over de vrijheid van gedachte.

Ondernemingskamer een onderzoek bevolen over de periode vanaf 24 juli 2007 naar het beleid en de gang van zaken van Greenchoice, mr P. Cronheim benoemd tot onderzoeker en bij wijze van onmiddellijke voorzieningen voor de duur van het geding Energie Concurrent geschorst als bestuurder van Greenchoice, Van Westen benoemd tot bestuurder van Greenchoice en de door Energie Concurrent gehouden aandelen in Greenchoice ten titel van beheer overgedragen aan Van der Schoot.

1.4 Bij beschikking van 23 mei 2013 heeft de Ondernemingskamer afgewezen het verzoek van Energie Concurrent om de onderzoeker (kort gezegd) te gebieden (a) aan haar kopie te verstrekken van de opnames die zijn gemaakt van de interviews met Rexwinkel, J. Bokhove en Appeldoorn en (b) in de verslagen van de gesprekken met deze personen alle opmerkingen en voorstellen tot wijziging te verwerken die deze personen hebben kenbaar gemaakt en zullen kenbaar maken. Het door Energie Concurrent tegen deze beschikking ingestelde cassatieberoep is door de Hoge Raad bij beschikking van 13 juni 2014 (ECLI:NL:HR:2014:1403) verworpen.

1.5 Bij de beschikking van 18 oktober 2013 heeft de Ondernemingskamer onder andere het verzoek van Energie Concurrent om Van Westen uit zijn functie van tijdelijk bestuurder te ontheffen, afgewezen.

1.6 Op 10 december 2013 heeft de griffier het verslag van het onderzoek (hierna: het verslag) met bijlagen ter griffie van de Ondernemingskamer neergelegd. Bij beschikking van dezelfde datum heeft de Ondernemingskamer bepaald dat het verslag met bijlagen ter griffie van de Ondernemingskamer ter inzage ligt voor belanghebbenden.

1.7 Bij beschikking van 9 januari 2014 heeft de Ondernemingskamer de vergoeding van de onderzoeker bepaald op € 225.000,= exclusief BTW.

1.8 Eneco heeft bij op 7 februari 2014 ter griffie van de Ondernemingskamer ingekomen verzoekschrift met producties (dat is geregistreerd onder zaaknummer 200.141.495/01 OK), zakelijke weergegeven, de Ondernemingskamer op de voet van artikel 2:355 BW verzocht bij beschikking, voor zover mogelijk uitvoerbaar bij voorraad, vast te stellen dat zich in de periode vanaf 24 juli 2007 bij Greenchoice wanbeleid heeft voorgedaan en dat Energie Concurrent, Rexwinkel en Appeldoorn (althans één of meer van hen voor zover mogelijk) hiervoor verantwoordelijk zijn. Zij heeft tevens verzocht de volgende voorzieningen te treffen:

- a. ontslag van Energie Concurrent als bestuurder van Greenchoice,
- b. verlenging van de tijdelijke aanstelling van een bestuurder van Greenchoice in de persoon van Van Westen, althans een tijdelijke aanstelling van een nieuwe bestuurder van Greenchoice, een en ander vooralsnog voor de duur van drie jaren, en
- c. verlenging van de tijdelijke overdracht van de door Energie Concurrent gehouden aandelen in Greenchoice ten titel van beheer aan Van der Schoot, of aan een nieuw te benoemen beheerder, een en ander vooralsnog voor de duur van drie jaren, kosten rechtens.

1.9 Van Rees BV heeft bij op 25 maart 2014 (per fax) ter griffie van de Ondernemingskamer ingekomen verzoekschrift zich ten aanzien van de verzoeken van Eneco tot het vaststellen van wanbeleid van Greenchoice en tot het treffen van voorzieningen gerefereerd aan het oordeel van de Ondernemingskamer. Zij heeft het verzoek van Eneco om vast te stellen dat Rexwinkel en Appeldoorn hoofdeverantwoordelijk zijn voor het wanbeleid ondersteund. Zij heeft voorts verzocht te bepalen dat Greenchoice de kosten van het onderzoek op de voet van artikel 2:354 BW kan verhalen op Rexwinkel en Appeldoorn, althans zij ondersteunt op voorhand een daartoe strekkend verzoek van

Greenchoice, dit alles met veroordeling van Rexwinkel en Appeldoorn in de kosten van de procedure.

1.10 Bij brief van 25 februari 2014 heeft Willekes, opgeroepen om als belanghebbende aanwezig te zijn ter terechtzitting, bericht van verhindering gegeven.

1.11 Van der Schoot heeft bij op 27 maart 2014 ter griffie van de Ondernemingskamer ingekomen verzoekschrift zijn visie gegeven op de door Eneco gevraagde voorzieningen en de Ondernemingskamer verzocht met die visie en met hetgeen hij ter terechtzitting naar voren zal brengen, rekening te houden.

1.12 Greenchoice heeft bij op 28 maart 2014 ter griffie van de Ondernemingskamer ingekomen verzoekschrift met producties, de Ondernemingskamer verzocht – zakelijk weergegeven – het verzoek van Eneco tot het vaststellen van wanbeleid toe te wijzen en de volgende voorzieningen te treffen:

(i) instelling van een raad van commissarissen en benoeming van drie commissarissen voor de duur van drie jaren of totdat een structuurregime is ingevoerd, althans voor een duur die de Ondernemingskamer geboden acht, met de opdracht te zoeken naar kandidaten voor de benoeming tot (niet tijdelijke) bestuurder van Greenchoice;

(ii) in tijdelijke afwijking van artikel 16 van de statuten van Greenchoice de bevoegdheid van de algemene vergadering van aandeelhouders tot goedkeuring van bepaalde in het verzoekschrift nader aangeduide bestuursbesluiten aan de raad van commissarissen toe te kennen, althans in de statuten genoemde bevoegdheden waarvan de Ondernemingskamer vindt dat die daarvoor in aanmerking komen aan de raad van commissarissen toe te kennen, voor de periode van drie jaar, althans voor een duur die de Ondernemingskamer geboden acht;

(iii) met ingang van de datum van deze beschikking een bestuurder aan te stellen totdat de algemene vergadering van aandeelhouders één of meer bestuurders heeft benoemd.

Daarnaast heeft zij de Ondernemingskamer op de voet van artikel 2:354 BW verzocht te bepalen dat zij de door haar betaalde kosten van het onderzoek van € 225.000,= (exclusief BTW), vermeerderd met wettelijk rente, op de voor het onjuiste beleid verantwoordelijke personen in een door de Ondernemingskamer vast te stellen verhouding kan verhalen, kosten rechtens. Dit verzoek is geregistreerd onder zaaknummer 200.141.495/02 OK.

1.13 Energie Concurrent heeft bij op 7 april 2014 ter griffie van de Ondernemingskamer ingekomen verzoekschrift met producties de Ondernemingskamer verzocht, zakelijk weergegeven, primair de verzoeken van Eneco af te wijzen en subsidiair de beslissing aan te houden totdat door het College van Beroep voor het Bedrijfsleven (hierna: CBB) uitspraak is gedaan in de bestuursrechtelijke procedure met betrekking tot besluiten van de Nederlandse mededingingsautoriteit (hierna NMa), thans Autoriteit Consument en Markt, (hierna: ACM), tot oplegging van boetes aan Greenchoice, Rexwinkel en Appeldoorn, met veroordeling primair en subsidiair van Eneco in de kosten van de procedure.

1.14 Van Rees BV heeft bij op 15 april 2014 ter griffie van de Ondernemingskamer ingekomen aanvullend verzoekschrift de Ondernemingskamer verzocht het verzoek van Greenchoice om de kosten van het onderzoek vermeerderd met wettelijke rente geheel of gedeeltelijk te verhalen op Van Rees BV en Van Rees af te wijzen met veroordeling van Greenchoice in de kosten van deze procedure.

1.15 De verzoeken zijn behandeld ter openbare terechtzitting van de Ondernemingskamer van 17 april 2014. Bij die gelegenheid is het volgende aan de orde geweest.

– De Ondernemingskamer heeft een verzoek van Energie Concurrent om verlenging van spreektijd afgewezen. De Onderne-

mingskamer heeft in dat oordeel, mede naar aanleiding van hetgeen mr. Te Winkel ter terechtzitting nog naar voren heeft gebracht betrokken dat

(i) aan Energie Concurrent uitstel is verleend voor indiening van haar verweerschrift,

(ii) daarbij rekening is gehouden met de wisseling van de advocaat van Energie Concurrent, (iii) het verweerschrift van Energie Concurrent 46 pagina's en 45 producties omvat,

(iv) het verzoek tot verlenging van spreektijd de Ondernemingskamer pas de middag voorafgaand aan de zitting heeft bereikt waardoor het niet meer mogelijk was om overige betrokkenen de gelegenheid te bieden zich over dat verzoek uit te laten, en

(v) mr. Van der Korst namens Van Rees Management ter terechtzitting bezwaar heeft gemaakt tegen toewijzing van het verzoek op grond van de eisen van een goede procesorde.

– De Ondernemingskamer heeft medegegeeld ambtshalve kennis te hebben genomen van de uitspraak in beroep van de rechtbank Rotterdam van 28 november 2013 (ECLI:NL:RBROT:2013:9374) tegen besluiten op bezwaar van de NMa (ACM) met betrekking tot aan Greenchoice, Rexwinkel en Appeldoorn opgelegde boetes.

– De standpunten van de onderscheiden partijen zijn toegelicht door mrs. Gerretsen en Assink namens Eneco, mr. Stoop namens Greenchoice, mr. Van der Korst namens Van Rees BV, mrs. Te Winkel en Kleyn namens Energie Concurrent en mr. Verkerk namens Van der Schoot, allen aan de hand van – aan de Ondernemingskamer en de wederpartij overgelegde – aantekeningen en wat mrs. Gerretsen en Assink en mrs. Te Winkel en Kleyn betreft onder overlegging van op voorhand aan de Ondernemingskamer en de wederpartij gezonden nadere productie(s).

– Energie Concurrent heeft haar verweer in die zin gewijzigd dat zij, naar de Ondernemingskamer begrijpt, aan de Ondernemingskamer verzoekt primair het verzoek van Eneco tot het vaststellen van wanbeleid af te wijzen, subsidiair aan de onderzoeker op te dragen een nader onderzoek te verrichten, meer subsidiair de zaak aan te houden in afwachting van de uitkomst van een uitspraak in hoger beroep van het CBB en meest subsidiair de zaak aan te houden in afwachting van de uitkomst van mediation.

– Van Westen en Van der Schoot hebben zich bereid verklaard hun aanstellingen als bestuurder respectievelijk beheerder van de aandelen tijdelijk te continueren.

– Van der Schoot heeft het verzoek van Greenchoice tot het instellen van een raad van commissarissen en tot de overdracht van aandeelhoudersbevoegdheden aan deze raad van commissarissen ondersteund.

– Eneco heeft te kennen gegeven te kunnen instemmen met het tegenverzoek van Greenchoice tot instelling van een raad van commissarissen met dien verstande dat bij de verdeling van de bevoegdheden tussen een raad van commissarissen en de algemene vergadering van aandeelhouders wordt aangesloten bij een voorstel van Eneco van 28 maart 2014 (productie 5 bij verzoekschrift).

– Partijen hebben (overige) vragen van de Ondernemingskamer beantwoord en toelichtingen gegeven.

## 2 De feiten

De Ondernemingskamer blijft bij hetgeen zij in haar beschikking van 27 april 2012 onder 2.1 tot en met 2.40 ten aanzien van de feiten heeft overwogen. Deze houden – tezamen met enkele aanvullingen – het volgende in.

2.1 Greenchoice is opgericht op 26 november 2002 en drijft een onderneming gericht op de verkoop van groene energie aan

met name kleinverbruikers. Greenchoice had in 2010 een jaaromzet van ruim € 355 miljoen en meer dan 300.000 klanten.

2.2 Aanvankelijk werden alle aandelen in Greenchoice gehouden door Energie Concurrent. Op 24 juli 2007 heeft Eneco een belang van 30% in Greenchoice verworven. Eneco is onderdeel van het Eneco concern, waarvan Eneco Holding NV de moedermaatschappij is. Sinds 24 juli 2007 houdt Energie Concurrent 70% van de aandelen in Greenchoice en Eneco 30%. De aandelen in Energie Concurrent worden in de hierna te noemen verhouding gehouden door:

– Rexwinkel BV (49%), een vennootschap waarvan de aandelen (al dan niet indirect) voor 20% in handen zijn van Rexwinkel en voor 80% in handen van diens kinderen;

– Appeldoorn BV (22%), een vennootschap waarvan alle aandelen (al dan niet indirect) in handen zijn van Appeldoorn;

– Van Rees BV (22%), een vennootschap waarvan alle aandelen (al dan niet indirect) in handen zijn van Van Rees;

– een aantal (voormalige) medewerkers van Greenchoice (gezaamenlijk 7%).

2.3 De statuten van Greenchoice luiden voor zover hier van belang:

“Bestuur

Artikel 16

De volgende besluiten van de directie zijn onderworpen aan de goedkeuring van de algemene vergadering, die terzake besluit met een meerderheid van ten minste één en zeventig procent (71 %) van de uitgebrachte stemmen:

a. het aanbrengen van belangrijke wijzigingen in de organisatie van de vennootschap en haar onderneming;

b. het vaststellen van het door de directie jaarlijks op te stellen businessplan (waaronder in elk geval valt het beleid ten aanzien van bosaanplant of soortgelijke projecten) en budget of het vaststellen van een gewijzigd businessplan of budget;

c. het vaststellen of wijzigen van het beleid ten aanzien van inkoop van energie;

d. duurzame rechtstreekse of middellijke samenwerking met een andere onderneming en het verbreken van zodanige samenwerking, anders dan voorzien in het jaarlijks op te stellen budget en businessplan;

e. overdracht van alle of een substantieel deel van de activa en passiva van de vennootschap;

f. (des )investeringen die het vastgestelde budget te boven gaan met meer dan twee honderd vijftig duizend euro (€ 250.000,=);

g. het aangaan van overeenkomsten waarbij aan de vennootschap een bankkrediet wordt verleend;

h. het ter leen verstrekken van gelden, alsmede het ter leen opnemen van gelden van meer dan (i) vijftig duizend euro (€ 50.000,=) en/of (ii) als voorzien in het jaarlijks budget, waaronder niet is begrepen het gebruikmaken van een aan de vennootschap verleend bankkrediet;

i. het verkrijgen, vervreemden, bezwaren, huren, verhuren en op andere wijze in gebruik of genot verkrijgen en geven van registergoederen;

j. het bezwaren, vervreemden en verkrijgen van rechten van industriële en intellectuele eigendom, waaronder begrepen het verlenen en verkrijgen van licenties en sublicenties, met uitzondering van het verkrijgen van licenties in de normale bedrijfsuitoefening;

k. het verlenen van een pandrecht of het vestigen van een recht van vruchtgebruik op enig activum toebehorend aan de vennootschap;

l. het vestigen van een beperkt recht op vermogensrechten en roerende zaken;

m. het aangaan van overeenkomsten waarbij de vennootschap

zich als borg of hoofdelijk medeschuldenaar verbindt, zich voor een derde sterk maakt of zich tot zekerheidsstelling voor een schuld van een derde verbindt;

n. het aangaan van vaststellingsovereenkomsten;

o. het wijzigen van het beleid van de vennootschap ten aanzien van bosaanplant of soortgelijke projecten;

p. het verlenen van of wijzigen van winstrechten en/of dividendbeleid;

q. het aanstellen van functionarissen met vertegenwoordigingsbevoegdheid en het vaststellen van hun bevoegdheid en titulaatuur;

r. het verlenen van bonussen of het toekennen van een variabele beloning aan (één van) de leden van het management, welke een bedrag als nader door de algemene vergadering te bepalen, te boven gaan of gaat;

s. het sluiten en wijzigen van arbeidsovereenkomsten waarbij een beloning wordt toegekend die een bedrag van vijf en zeventig duizend euro (€ 75.000,-) per jaar te boven gaat;

t. het treffen van pensioenregelingen en het toekennen van pensioenrechten, welke uit bestaande regelingen voortvloeien en/of welke een gekapitaliseerde waarde van vijftig duizend euro (€ 50.000,-), of zulk ander bedrag als nader door de algemene vergadering te bepalen, te boven gaan;

u. uitkering van (interim-)dividend door de vennootschap;

v. aanvraag van surséance van betaling of faillissement;

w. het doen van een voorstel en het nemen van een besluit tot juridische fusie, juridische splitsing of omzetting in een andere rechtsvorm;

x. ontbinding van de vennootschap;

y. (het doen van een voorstel tot) wijziging van de statuten;

z. een besluit tot uitgifte van aandelen (alsmede daarmee verband houdende besluiten als bepaald in deze statuten, waaronder begrepen een besluit tot overdracht van de bevoegdheid tot het uitgeven van aandelen en een besluit tot het uitsluiten of beperken van het voorkeursrecht bij uitgifte van aandelen);

aa. een besluit tot verwerving of vervreemding van aandelen door de vennootschap zelf of door een dochtermaatschappij;

bb. rechtstreekse of middellijke deelneming in het kapitaal van een andere onderneming en het wijzigen van de omvang van zodanige deelneming;

cc. het optreden in rechte, waaronder begrepen het voeren van arbitrale procedures, doch met uitzondering van het nemen van die rechtsmaatregelen (i) die geen uitstel kunnen lijden en/of (ii) met een financieel belang van minder dan twintig duizend euro (€ 20.000,-) per geval; en

dd. ieder besluit waarbij de directie een tegenstrijdig belang heeft met de vennootschap, waarbij in geval van tegenstrijdig belang van de gehele directie de algemene vergadering bevoegd is een persoon aan te wijzen die bevoegd is de vennootschap te vertegenwoordigen.

(...)

Bijzondere besluiten

artikel 27

De algemene vergadering kan de navolgende besluiten slechts nemen met een meerderheid van tenminste (...) (71%) van de uitgebrachte stemmen; deze meerderheid dient evenzo groot deel van het geplaatste kapitaal te vertegenwoordigen:

(...)

e. een besluit tot vaststelling van de jaarrekening en het reserveren van winst;

(...).”

2.4 Op 24 juli 2007 is tussen onder meer Energie Concurrent, Eneco en Greenchoice een aandeelhoudersovereenkomst tot stand gekomen. Deze bevat onder andere bepalingen over het door het management van Greenchoice:

– op redelijk verzoek van een meer dan 25% aandeelhouder (zoals Eneco) verstrekken van informatie over het beheer en bestuur van Greenchoice;

– jaarlijks verstrekken aan de AvA van een beleidsplan en een marketingplan;

– opstellen van de jaarrekening binnen drie maanden na jaareinde;

– wegnemen van belemmeringen voor het verkrijgen van goedkeurende accountantsverklaringen.

2.5 Energie Concurrent is enig bestuurder van Greenchoice. Aanvankelijk waren Rexwinkel BV, Appeldoorn BV en Van Rees BV de bestuurders van Energie Concurrent en aldus indirect de bestuurders van Greenchoice. Daarnaast is Willekes per 1 oktober 2007 aangetreden als gemachtigd financieel directeur (geen statutair bestuurder) van Greenchoice.

2.6 Eneco en Greenchoice werken samen op het gebied van groene energie, welke samenwerking is vastgelegd in een aantal overeenkomsten waaronder een dienstenovereenkomst (op grond waarvan Eneco elektriciteit inkoopt ten behoeve van Greenchoice) en een garantieovereenkomst (op grond waarvan Eneco zich garant stelt voor de inkoop van gas door Greenchoice bij derden). Tussen Eneco en Greenchoice zijn daarover geschillen ontstaan, welke (deels) zijn beslecht door een vonnis in kort geding van 29 oktober 2009. Bij brief van 19 januari 2010 heeft Greenchoice haar standpunt over de verslechterde verstandhouding tussen partijen uiteengezet.

2.7 Per 1 januari 2011 is Van Rees BV feitelijk teruggetreden als bestuurder van Energie Concurrent en indirect bestuurder van Greenchoice.

2.8 Bij besluit van 8 maart 2011 heeft de NMa aan Greenchoice een boete opgelegd van in totaal ruim € 2 miljoen wegens overtreding van de colportagevoorschriften vervat in artikel 95m lid 3 Elektriciteitswet 1998 en artikel 52b lid 3 Gaswet. In een beslissing op bezwaar van 2 oktober 2012 heeft de NMa de hoogte van deze boeten verlaagd tot een bedrag van € 1.862.000,-.

2.9 Op 10 en 11 maart 2011 heeft de NMa een onaangekondigd bedrijfsbezoek afgelegd aan Greenchoice in het kader van een onderzoek naar de naleving door Greenchoice van de wettelijke voorschriften over het tijdig verzenden van eindafrekeningen aan klanten (artikel 95b lid 1 Elektriciteitswet 1998 en artikel 44 lid 1 Gaswet).

2.10 Volgens het woordelijk verslag van de aandeelhoudersvergadering van Greenchoice van 28 maart 2011 heeft Rexwinkel over het onaangekondigde bedrijfsbezoek van de NMa op 10 en 11 maart 2011 het volgende gezegd: “Vorige week zijn ze langs geweest voor een onderzoek in verband met switches (...) We zijn benieuwd wat daar uitkomt.”

2.11 Bij besluit van 27 mei 2011 heeft de Consumentenautoriteit aan Greenchoice boetes opgelegd van in totaal € 525.000,- wegens handelen in strijd met de Colportagewet. Deze boetes zijn na bezwaar van Greenchoice verlaagd met € 100.000,-. Het door Greenchoice hiertegen ingestelde beroep is door de rechtbank Rotterdam bij uitspraak van 25 april 2013 ongegrond verklaard. Tegen deze uitspraak heeft Greenchoice hoger beroep ingesteld bij het CBB.

2.12 In een e-mail van mr. Wladimiroff (destijds advocaat van Greenchoice) aan de directie van Greenchoice van 12 augustus 2011 is onder meer het volgende vermeld (als aangehaald onder E.6.2.5 van het verslag): “Ik (...) heb duidelijk gemaakt dat het aftreden van de bestuurders ook een punitief gegeven is en dat ik geen mandaat heb en naar alle verwachting ook niet zal krijgen voor én het aftreden van de bestuurders én daarbij ook persoonlijke beboeting. Dit is een brug te ver, zo heb ik hen voorgoed gehouden. Plug en Breen (medewerkers van de NMa) begrepen dit. (...) Aangezien het voor Plug/de NMa kennelijk erg moeilijk

ligt om van persoonlijke beboeting af te zien, lijkt mij dat we moeten verkennen of het voorgenomen boetebedrag voor Greenchoice acceptabel is. Is dat het niet, dan gaan we uit elkaar. Is dat het wel, dan kan Plug proberen de raad van bestuur te overtuigen van de totale deal (inclusief geen persoonlijke beboeting). Plug heeft (...) wel gezegd dat het bedrag sans prejudice is (...). Dit bedrag zal zijn gebaseerd op de gedachte dat er geen persoonlijke beboeting komt (en om die reden naar ik inschat hoger [zal] uitvallen dan wanneer die er wel zou komen).”

2.13 Volgens het woordelijk verslag van de aandeelhoudersvergadering van Greenchoice op 19 september 2011 heeft Rexwinkel over het onderzoek van de NMa het volgende gezegd:

“[wij] verwachten (...) volgende maand een besluit (...). Ik vind dat wel spannend wat er uit gaat komen. (...) Maar wat het gaat worden, weet ik niet precies. (...) We zullen jullie in ieder geval volledig informeren op het moment dat wij een besluit hebben en er is nog geen pers over zullen we het direct doorsturen ook, zodat je een tipje hebt. (...) Dit onderzoek gaat natuurlijk ook van zoiets ‘zijn de nota’s allemaal binnen twee maanden verstuurd’. Uiteindelijk gaat het daarom en dat is niet bij allemaal.”

2.14 Op 20 september 2011 hebben de NMa en Greenchoice overeenstemming bereikt in het zogenaamde Beginselakkoord over de voorwaarden van de boete voor Greenchoice (verslag onder E.7.2.3.). Het beginselakkoord houdt onder andere in dat Greenchoice € 7.200.000,= boete zal betalen en de mogelijkheid zal behouden om in bezwaar en beroep te gaan tegen de Colportageboetes, dat het bestuur van Greenchoice vertrekt in ruil voor het niet opleggen van persoonlijke boetes, en dat een reparatietraject zal worden uitgevoerd.

2.15 Bij brief van 4 november 2011 heeft de NMa aan Greenchoice een rapport (verder het NMa-rapport) gezonden en Greenchoice in de gelegenheid gesteld haar zienswijze kenbaar te maken. In het NMa-rapport wordt geconstateerd dat Greenchoice artikel 95b lid 1 Elektriciteitswet 1998 en artikel 44 lid 1 Gaswet heeft overtreden. Op grond van deze bepalingen, gelezen in samenhang met de ‘Beleidsregel factureringstermijnen energie’ dient een energieleverancier uiterlijk twee maanden na de acceptatie van de verhuizing van een kleinverbruiker of na effectuering van de overstap van een kleinverbruiker naar een andere leverancier, een juiste en volledige (eind)afrekening aan de kleinverbruiker te zenden. Het NMa-rapport houdt ten aanzien van Greenchoice onder meer in: “Uit onderzoek is gebleken dat, nadat de eindafrekeningen van afnemers in PDF-formaat zijn opgemaakt, een werkwijze wordt gehanteerd als gevolg waarvan een deel van de opgemaakte eindafrekeningen wordt geselecteerd. Deze geselecteerde eindafrekeningen worden uiteindelijk handmatig uit het PDF-bestand met de eindafrekeningen verwijderd (...). De selectie van deze individuele eindafrekening gebeurt op basis van een ‘query’ (...). De query selecteert afnemers die in de afgelopen 90 dagen geen contact hebben opgenomen met Greenchoice. Uit die groep afnemers selecteert de query een drietal te onderscheiden groepen, te weten

- a. afnemers die op basis van hun eindafrekening geld tegoed hebben van Greenchoice en waarvan de leveringsovereenkomst is beëindigd wegens wanbetaling; of
- b. afnemers die op basis van hun eindafrekening tussen de € 50,= en € 100,= tegoed hebben van Greenchoice en die blijken hun meterafstanden meer dan 40% minder verbruikt hebben dan te verwachten was op basis van hun standaardjaarverbruik; of
- c. afnemers die op basis van hun eindafrekening meer dan € 100,= tegoed hebben, waarbij geen rol meer speelt hoe groot

de afwijking van het verbruik is ten opzichte van het standaardjaarverbruik.

(...)

De tweede stored procedure voert vervolgens twee acties uit (...). Ten eerste wordt bij de betreffende afnemers in het contactpunt van de klantendatabase de tekst ‘Eind nota aangehouden. Als klant belt, graag vragen of hij klant wil blijven (of worden op nieuw adres). Anders reden opzegging verwerken en alsnog eindnota sturen.’ opgenomen.

Ten tweede zorgt de stored procedure ervoor dat die eerder in het proces geïnitieerde betaling niet zal worden verricht (...)

Nadat door de bovenstaande handelwijze de klantendatabase is aangepast voor de geselecteerde afnemers, wordt er een actie verricht die ervoor zorgt dat de eindafrekeningen van deze afnemers niet naar de drukker worden verzonden. (...)

Greenchoice heeft naar aanleiding van het onderzoek van de (...) NMa het proces van het controleren en verzenden van eindafrekeningen aangepast. Dit blijkt onder meer uit de Procesbeschrijving eindafrekening, gedateerd op 2 april 2011 (...), die Greenchoice op 30 mei 2011 aan de NMa heeft verstrekt. (...)

(...) Greenchoice [had] een strategie gekozen waarbij opzettelijk eindafrekeningen niet werden verstuurd om daarmee afnemers in het ongewisse te houden over hun openstaande vordering op Greenchoice. Veel klanten hebben als gevolg hiervan nooit bemerkt dat zij nog geld tegoed hadden van Greenchoice en geen contact opgenomen om, toen Greenchoice dit geld niet uit eigen beweging overmaakte, het hun toekomende geld op te eisen. Greenchoice heeft deze door de consument te veel betaalde voorschotten daarmee onder zich kunnen houden.

(...) de handelwijze van Greenchoice (...) [is] al eerder ontstaan dan de aanvankelijke startdatum van de onderzoeksperiode, 1 januari 2006. Twee directieleden hebben verklaard dat er vanaf 2002/2003, respectievelijk 2003/2004 al werd gewerkt met handmatige schoning van eindafrekeningen. Ook uit de klantendatabase blijkt dat de handelwijze waarbij eindafrekeningen werden aangehouden in ieder geval al vanaf 2003 bestond.

De handelingen die de overtreding veroorzaakten, te weten het aanhouden van eindafrekeningen, werden uitgevoerd door medewerkers en directieleden van Greenchoice.(...)”

2.16 De NMa heeft bij brief van 28 november 2011 Greenchoice op de hoogte gesteld van haar bevindingen naar aanleiding van de controle op het ‘reparatietraject’ van Greenchoice dat gericht is op het in kaart brengen en compenseren van afnemers van Greenchoice die geen eindafrekening hebben ontvangen en nog geld tegoed hebben van Greenchoice. Uit de brief blijkt dat Greenchoice naar aanleiding van het reparatietraject alsnog 29.165 eindafrekeningen heeft verzonden en in totaal ruim € 9,3 miljoen heeft uitgekeerd aan (voormalige) klanten die eerder ten onrechte geen eindafrekening ontvingen.

2.17 Bij brief van 29 november 2011 heeft mr. R. de Bree als advocaat van Greenchoice aan de NMa laten weten dat Greenchoice de feiten zoals omschreven in het rapport van 4 november 2011 niet zal betwisten. De brief houdt voorts in: “De directieleden de heer Van Rees, de heer Rexwinkel en de heer Appeldoorn zeggen naar aanleiding van het rapport toe om per 1 januari 2012 hun functie als directeur van Greenchoice neer te leggen. De heer Willekes zal tijdelijk aanblijven om de continuïteit van de onderneming te waarborgen en zal per 1 juli 2012 zijn functie als directeur neerleggen.”

2.18 Bij afzonderlijke brief van 29 november 2011 heeft Greenchoice de NMa toegezegd dat zij vóór 31 oktober 2012 een aantal verbeteringen zal aanbrengen in haar administratieve organisatie, met bijbehorende maatregelen van interne controle daarop, waaronder het (met onmiddellijke ingang) aanstellen van een compliance officer en het wisselen van accountant voor het con-

trolejaar 2011. De te treffen maatregelen worden hierna ook aangeduid als het verbetertraject.

2.19 Eneco heeft in een discussienota van 30 november 2011, gericht aan Energie Concurrent en Greenchoice gesignaleerd dat de relatie tussen Greenchoice en Eneco stapsgewijs moeizamer is geworden en een aantal voorstellen gedaan om te komen tot een “nieuwe start”, waaronder uitbreiding van het aandelenbelang van Eneco in Greenchoice. Eneco was toen nog niet op de hoogte van het NMa-rapport en de inhoud daarvan.

2.20 Volgens het woordelijk verslag van de aandeelhoudersvergadering van Greenchoice op 2 december 2011 hebben Willekes en Rexwinkel aldaar gezegd in afwachting te zijn van de uitkomsten van het onderzoek van de NMa, in december een besluit van de NMa te verwachten en toegezegd het te ontvangen besluit “linea recta” aan Eneco te zenden. Willekes heeft ontkenkend geantwoord op de vraag van Eneco of er al indicaties zijn en Rexwinkel heeft daaraan toegevoegd “er niet gerust op te zijn”.

2.21 Bij besluit van 9 december 2011 heeft de NMa aan Greenchoice een boete opgelegd van € 7.202.000,= wegens overtreding van artikel 95b lid 1 Elektriciteitswet 1998 en artikel 44 lid 1 Gaswet (hierna ook wel: Switchboete Greenchoice). Uit het besluit blijkt dat de boete onder meer berust op de volgende feiten en overwegingen:

– Greenchoice heeft in de periode 1 januari 2006 tot 31 december 2010 per jaar gemiddeld 20,1% van de eindafrekeningen niet tijdig verstuurd, in iets meer dan de helft van die gevallen als gevolg van het doelbewuste beleid eindafrekeningen aan te houden en niet te verzenden;

– Greenchoice heeft naar aanleiding van het onderzoek van de NMa in kaart gebracht welke afnemers geen afrekening hadden ontvangen, met het doel deze afnemers alsnog een afrekening te sturen (het reparatietraject); het gaat hierbij om in totaal 29.165 afnemers, waarmee een totaalbedrag is gemoeid van € 9.331.185,76;

– de directieleden Van Rees, Rexwinkel en Appeldoorn hebben toegezegd per 1 januari 2012 hun functies neer te leggen en Willekes zal per 1 juli 2012 zijn functie neerleggen;

– de overtreding heeft meer dan zes jaar voortgeduurd en is pas beëindigd op het moment dat de NMa haar onderzoek begon;

– het ‘schonen’ van de eindafrekeningen was een geautomatiseerd proces en dus structureel beleid van Greenchoice, gericht op commercieel gewin.

2.22 Op 14 december 2011 heeft mr. De Bree namens Greenchoice de NMa verzocht bepaalde gegevens uit het besluit niet openbaar te maken in het door de NMa uit te geven persbericht over de opgelegde boete.

2.23 Op 14 december 2011 te 23:16 uur heeft Rexwinkel aan G.A.J. Dubbeld (vanaf januari 2011 CFO en lid van de raad van bestuur van Eneco Holding NV) per e-mail bericht: “Zou jij nog onze afspraak kunnen bevestigen dat Richard Klatten als algemeen directeur aan de slag kan met een ruime volmacht? (...)

De twee voorwaarden die je stelde waren dat:

1) (...)

2) Er binnen afzienbare tijd door Richard ook een goede specialist aangesteld wordt die ook borging geeft op financial control vlak en jullie daar vertrouwen in geeft. Naar die persoon gaan we actief op zoek over enkele maanden, als Richard enigszins ingewerkt is.”

Op 15 december 2011 te 8:39 uur heeft Dubbeld daarop geantwoord: “Goed beschreven, waarbij de financieel specialist zoals je die noemt wel de financiële eindverantwoordelijkheid heeft en in de directie / MT zit (al dan niet statutair).”

2.24 Op 15 december 2011 te 22:11 uur heeft Rexwinkel aan Dubbeld per e-mail bericht:

“We hebben het besluit nog niet ontvangen, maar we hebben wel vernomen dat er morgen een persartikel vanuit de NMa verstuurd gaat worden over hun bevindingen. Daarin staat ook dat we een enorm hoge boete gaan ontvangen voor de te laat verstuurd eindnota’s. Boetebedrag is, schrik niet, 7 mln.”

2.25 Op 16 december 2011 heeft de NMa een persbericht uitgegeven over de aan Greenchoice opgelegde boete.

2.26 Op 16 december 2011 hebben Rexwinkel en Appeldoorn namens Greenchoice en Klatten namens zijn vennootschap Imprevison BV een managementovereenkomst ondertekend die ertoe strekt dat Klatten met ingang van 1 januari 2012 als titulair algemeen directeur leiding zal geven aan de onderneming van Greenchoice.

2.27 Eneco heeft bij e-mails van 23 en 28 december 2011 Greenchoice verzocht om toezending van het (concept)besluit van de NMa. Bij e-mail van 29 december 2011 heeft Greenchoice het (concept) NMa-besluit aan Eneco toegezonden.

2.28 Bij brieven van 9 januari 2012 heeft Eneco aan Energie Concurrent en aan Greenchoice geschreven er vanuit te gaan dat Energie Concurrent als statutair bestuurder van Greenchoice minimaal het bedrag van de door de NMa opgelegde boete zal vergoeden aan Greenchoice. Voorts behelzen de brieven een dringend verzoek om toezending van alle op het NMa-besluit betrekking hebbende documenten en de constatering dat Energie Concurrent Eneco niet heeft geïnformeerd over de werkelijke achtergronden van het voornemen van Energie Concurrent om als statutair bestuurder van Greenchoice terug te treden. Eneco heeft zich in deze brieven daarnaast op het standpunt gesteld slechts te kunnen instemmen met de aanstelling van Klatten als voorzitter van het bestuur van Greenchoice indien Greenchoice onder meer (a) mee zal werken aan een onderzoek door Deloitte, de groepsaccountant van Eneco, waarbij Deloitte toegang zal krijgen tot de controledossiers van de accountant van Greenchoice, (b) opdracht zal geven aan een forensisch onderzoeker om de bedrijfsvoering van Greenchoice over de afgelopen jaren te onderzoeken, (c) opdracht zal geven tot een onderzoek naar de mogelijkheden om de huidige statutair bestuurder aansprakelijk te stellen voor alle door Greenchoice geleden en te lijden schade als gevolg van de handelwijze zoals omschreven in het besluit van de NMa en (d) de werkzaamheden van Rexwinkel, Appeldoorn, Van Rees en Willekes als (indirect) bestuurders van Greenchoice zal (doen) afbouwen per 16 januari 2012.

2.29 In reactie op de hierboven genoemde brieven van 9 januari 2012 heeft Rexwinkel namens Energie Concurrent en Greenchoice bij brief van 13 januari 2012 aan Eneco onder meer gesteld dat dat Eneco al heeft ingestemd met de benoeming van Klatten en daaraan niet alsnog voorwaarden kan verbinden en dat Greenchoice zal bezien welke stukken betrekking hebbende op het NMa-besluit aan Eneco verstrekt kunnen worden “gelet op de geheimhouding jegens de NMa”.

2.30 In een aandeelhoudersvergadering van Greenchoice van 16 januari 2012, voortgezet op 19 januari 2012, is vanwege de tegenstem van Eneco de jaarrekening over 2010 van Greenchoice niet vastgesteld.

2.31 Op 19 januari 2012 heeft Greenchoice 34 stukken behorende tot de correspondentie tussen de NMa en (de advocaat van) Greenchoice daterend uit de periode tussen 10 maart 2011 en 6 januari 2012 aan Eneco verstrekt. Tussen Greenchoice en Eneco is daarover een geheimhoudingsovereenkomst gesloten.

2.32 Bij brief van 20 januari 2012 van mr. Gerretsen voornoemd heeft Eneco zich jegens Greenchoice op het standpunt gesteld dat de enige redelijke uitleg van de hierboven onder 2.17 ge-

noemde toezegging en de desbetreffende overweging in het besluit van de NMa is dat Energie Concurrent opstapt als bestuurder van Greenchoice en dat het onaanvaardbaar is dat dit niet is gebeurd per 1 januari 2012. Eneco heeft verlangd dat Energie Concurrent alsnog uiterlijk op 26 januari 2012 ontslag neemt als bestuurder van Greenchoice, waarna in de dagelijkse leiding van Greenchoice dient worden voorzien door Willekes (tot uiterlijk 1 juli 2012) en Klatten. In deze brief heeft Eneco voorts aan de orde gesteld dat Greenchoice niet heeft voldaan aan haar toezegging om Eneco de beschikking te geven over het volledige NMa-dossier, dat de jaarrekening 2010 nog steeds niet is vastgesteld als gevolg van een groot aantal fouten en onduidelijkheden in het concept en dat de belangen van Greenchoice rechtvaardigen dat Energie Concurrent de uitoefening van het stemrecht op haar aandelen overdraagt aan een onafhankelijke derde. Eneco heeft aangekondigd een enquêteprocedure aanhangig te maken indien aan de in de brief opgenomen verzoeken niet wordt voldaan.

2.33 Bij brief van 24 januari 2012 heeft Rexwinkel namens Energie Concurrent onder meer het volgende geschreven aan Dubbeld: “We kunnen niet anders concluderen dan dat jullie erop uit zijn om de ‘control’ over te nemen van Greenchoice met het doel om ofwel de door jullie gekoesterde wens van 100% aandeelhouderschap te realiseren, dan wel om een concurrent uit te schakelen. (...)

(...)

De vaststelling van de jaarrekening 2010 wordt al sinds september door Eneco geblokkeerd. (...)

Er is misschien wel sprake van een verstoorde relatie, maar de oorzaak daarvan ligt volgens ons primair bij Eneco – met name in haar blokkerende opstelling in de AvA waardoor allerlei besluiten die ontegenzeggelijk in het belang van Greenchoice zijn, niet kunnen worden genomen. (...) Daar moet een einde aan komen. Om die situatie te doorbreken lijkt het ons voor de hand te liggen dat Eneco als minderheidsaandeelhouder en tevens structureel nalatige partij, een keuze gaat maken tussen de volgende twee opties:

– Ofwel het overdragen van de aandelen aan een derde aandeelhouder, waar we gezamenlijk naar op zoek gaan (of dat Energie Concurrent en Eneco meewerken aan een oplossing dat een onafhankelijke derde 2% van de aandelen krijgt te beheren, Energie Concurrent 69% en Eneco 29% om zo eventuele impasses te voorkomen).

– Ofwel het overdragen van het stemrecht van het 30% aandeelbelang aan een onafhankelijke partij die denkt vanuit het belang van de vennootschap Greenchoice.”

2.34 Bij brief van 25 januari 2012 heeft Appeldoorn namens Greenchoice aan mr. Gerretsen onder meer geschreven: “U stelt dat uit het NMa besluit (...) zou volgen dat Energie Concurrent per 1 januari 2012 als statutair bestuurder zou aftreden. Dat is onjuist. In het besluit staat dat de heren Rexwinkel, Van Rees en Appeldoorn hun functie als directeur van Greenchoice per 1 januari 2012 zullen neerleggen. (En de heer Willekes per 1 juli 2012). Met Eneco is gesproken over de benoeming van nieuwe directieleden (...) Dit heeft uiteindelijk geresulteerd in de benoemingen van de heren Klatten en Sliker. Eneco heeft ingestemd met deze benoemingen. (...) Eneco wil echter aan de benoeming van de heer Klatten als statutair bestuurder (ineens) allerlei voorwaarden verbinden. (...) Hierdoor dreigt nu juist een impasse te ontstaan die Greenchoice schaadt. De heren Rexwinkel, Van Rees en Appeldoorn willen wel terugtreden, maar de blokkerende houding van Eneco verhindert dat. (...)

Greenchoice onderschrijft het beeld dat Energie Concurrent schetst over de blokkerende houding van Eneco in de AvA. (...)

Greenchoice sluit zich ook aan bij de aan het slot van de brief van Energie Concurrent van 24 januari jl. genoemde opties (...) Greenchoice kan zich – evenmin als Energie Concurrent – aan de indruk onttrekken dat Eneco de huidige situatie wil aangrijpen om (...) definitief de macht te grijpen bij Greenchoice.”

2.35 Op 25 januari 2012 heeft Eneco aan Greenchoice, Energie Concurrent, Appeldoorn, Van Rees en Rexwinkel een concept vaststellingsovereenkomst voorgelegd onder meer inhoudende:

– dat Energie Concurrent met onmiddellijke ingang aftreedt als bestuurder van Greenchoice;

– dat met onmiddellijke ingang Klatten en Sliker worden benoemd tot bestuurder van Greenchoice;

– dat op voordracht van Eneco zo spoedig mogelijk een bestuurder met de portefeuille financiën zal worden benoemd;

– dat Energie Concurrent, Appeldoorn, Van Rees en Rexwinkel erkennen het bedrag van de door de NMa opgelegde boete aan Greenchoice verschuldigd te zijn, alsmede jegens Greenchoice volledig aansprakelijk te zijn voor de schade die Greenchoice heeft geleden en zal lijden doordat zij haar klanten schadeloos moet stellen voor het nadeel dat die klanten hebben geleden ten gevolge van de door de NMa gewraakte gedragingen;

– Deloitte zal in opdracht van Greenchoice een onderzoek instellen naar de juistheid van de concept-jaarrekening 2010 van Greenchoice.

Daarover is geen overeenstemming bereikt.

2.36 Bij brief van 27 januari 2012 heeft KPMG, sinds 1 januari 2012 de externe accountant van Greenchoice, een management letter aan Greenchoice gezonden, waarin onder meer wordt geconstateerd:

– heldere, eenduidige en organisatiebrede autorisatieschema's zijn niet beschikbaar;

– een eenduidig en consistent normenkader en hiervan afgeleide indicatoren ten behoeve van monitoring, rapportage en eventuele bijsturing van de processen is niet aanwezig;

– er is geen ‘harde’ koppeling tussen jaar- of eindnota's en op deze nota's ontvangen betalingen;

– Greenchoice kan onvoldoende aantonen dat de huidige werkwijze met betrekking tot de incasso- en afsluitprocedure voldoet aan de actuele wet- en regelgeving, omdat dit beleid niet eenduidig is vastgelegd;

– er vindt geen actieve monitoring plaats van de looptijd van inkoopcontracten;

– het inkoop management laat te wensen over, er is geen ‘trading policy’;

– Greenchoice maakt geen periodieke aansluiting van inkoop en verkoop van energie;

– er vindt geen maandelijks goede inschatting plaats van de omzet per klant;

– er is geen interface tussen het klantenbeheerssysteem (KBS) en het boekhoudprogramma;

– het is voor medewerkers mogelijk om in het systeem opgevoerde jaar- of eindnota's te verwijderen voordat deze betaalbaar worden gesteld, waardoor het risico aanwezig is dat consumenten niet of te laat hun jaar- of eindnota ontvangen.

2.37 Rexwinkel heeft namens Greenchoice op 30 januari 2012 onder meer het volgende geschreven aan de NMa: “Betreft: klacht over verstoring marktwerking

(...)

Bijgaand treft u een fors deel van de correspondentie aan tussen Eneco en Greenchoice. De brieven spreken voor zich. Eneco probeert na bekendmaking van de switch-boete om de controle bij Greenchoice over te nemen. (...)

U weet welke verbeteracties door ons zijn toegezegd en van uw controle daarop. Dat traject willen wij kunnen uitvoeren (...),

maar het lijkt alsof Eneco Greenchoice die kans niet gunt en van de situatie gebruik (misbruik) wil maken om voor zichzelf allerlei toezeggingen af te dwingen (...). Kunt u in deze een (in-)formele rol spelen?”

2.38 Op 30 januari 2012 heeft Greenchoice een niet door de algemene vergadering van aandeelhouders vastgestelde jaarrekening over 2010 gepubliceerd.

2.39 Bij e-mail van 30 januari 2012 heeft Appeldoorn namens Greenchoice aan mr. Gerresten medegedeeld dat Energie Concurrent bereid is terug te treden als statutair bestuurder van Greenchoice, mits Klatten en Slieker gelijktijdig en onvoorwaardelijk worden benoemd tot statutair bestuurders van Greenchoice.

2.40 In reactie daarop heeft mr. Gerresten bij brief van 2 februari 2012 aan Appeldoorn onder meer geschreven: “Eneco is bij het terugtreden van Energie Concurrent als bestuurder van Greenchoice wel degelijk bereid tot een gelijktijdig en onvoorwaardelijke benoeming van de heren Klatten en Slieker (...). Ontslag en benoeming staan evenwel niet op zichzelf. (...) met ontslag en benoeming [dienen] een aantal andere maatregelen gepaard te gaan. Deze zijn verwoord in de vaststellingsovereenkomst die ik u op 25 januari jl. heb toegestuurd.”

2.41 Bij brief van 16 februari 2012 heeft Klatten namens Greenchoice de NMa op de hoogte gesteld van de voortgang van de door Greenchoice te treffen maatregelen ter verbetering van de administratieve organisatie en interne controle, het zogenaamde verbetertraject, dat onder verantwoordelijkheid van Klatten en Slieker zal worden uitgevoerd.

2.42 Op 9 februari 2012 is Van Rees BV (na haar feitelijke terugtreden in januari 2011) bij het handelsregister als bestuurder van Energie Concurrent uitgeschreven. Op 28 februari 2012 is Appeldoorn BV teruggetreden als bestuurder van Energie Concurrent. Op dezelfde datum is Rexwinkel teruggetreden als bestuurder van Rexwinkel BV en is J. Bokhove, de levenspartner van Rexwinkel, benoemd tot enig bestuurder van Rexwinkel BV, de enige resterende bestuurder van Energie Concurrent. Als gevolg van een en ander was J. Bokhove vanaf 28 februari 2012 de enige (indirecte) statutair bestuurder van Energie Concurrent en Greenchoice.

2.43 Willekes is per 1 juli 2012 afgetreden als gevolmachtigd financieel directeur van Greenchoice. Hij is in die hoedanigheid opgevolgd door G.J. Zijlmans.

2.44 Bij besluiten van 4 juli 2012 zijn aan zowel Rexwinkel als Appeldoorn door de NMa bestuurlijke boeten opgelegd terzake van feitelijke leiding geven aan overtreding van artikel 95b, eerste lid, Elektriciteitswet 1998 en van artikel 44, eerste lid, Gaswet, van in totaal € 450.000,=. Bij uitspraken op bezwaar van 6 december 2012 zijn de boeten voor zowel Rexwinkel als Appeldoorn verminderd tot in totaal € 404.000,=.

2.45 Op 17 april 2013 hebben Klatten en Slieker hun vertrek aangekondigd als niet statutair bestuurder van Greenchoice. Zij zijn respectievelijk per 1 mei 2013 en per 15 mei 2013 uitgeschreven als gevolmachtigden van Greenchoice.

2.46 Bij brief van 18 juni 2013 heeft de ACM aan Greenchoice geschreven, zakelijk weergegeven, dat Greenchoice aan de voorschriften voldoet zoals die zijn opgenomen in de leveringsvergunningen voor elektriciteit en gas van Greenchoice. Daarmee is voor de ACM komen vast te staan dat Greenchoice haar administratieve organisatie, met inbegrip van de financiële administratie op orde heeft en dat zij beschikt over de organisatorische kwaliteit om op betrouwbare wijze te leveren aan kleinverbruikers, aldus de brief.

2.47 Per 18 juli 2013 is Bokhove als enig bestuurder van Rexwinkel BV vervangen door Rexwinkel.

2.48 Zijlmans heeft zijn werkzaamheden als (niet statutair) fi-

nancieel directeur van Greenchoice per 1 augustus 2013 beëindigd.

2.49 De rechtbank Rotterdam heeft bij uitspraak van 28 november 2013 (ECLI:NL:RBROT: 2013:9374) de beroepen van Rexwinkel en Appeldoorn tegen besluiten op bezwaar van de ACM met betrekking tot aan Rexwinkel en Appeldoorn opgelegde NMA Switch Boetes Feitelijk Leidinggevers ongegrond verklaard. Het beroep van Greenchoice is eveneens ongegrond verklaard, met uitzondering van een beroepsgrond die zag op de hoogte van de door de NMA opgelegde boete. De rechtbank heeft de NMA Switch Boete Greenchoice verlaagd van € 7.202.000,= tot € 6.136.000,=. Rexwinkel, Appeldoorn en Greenchoice zijn tegen deze uitspraak in hoger beroep gegaan bij het CBB. Deze procedure loopt thans nog.

2.50 Op 21 februari 2014 is de jaarrekening 2010 van Greenchoice vastgesteld.

### 3 Aanmerkingen op het onderzoek

3.1 Energie Concurrent heeft de volgende bezwaren aangevoerd tegen het verslag. Zij heeft gesteld dat de onderzoeker niet of nauwelijks aandacht heeft besteed aan de informatie die Rexwinkel in reactie op het concept-onderzoeksverslag aan de onderzoeker heeft gestuurd, waaronder het beroepschrift in de bestuursrechtelijke procedure tegen het boetebesluit van de NMa. De onderzoeker heeft ten onrechte het NMa rapport van 4 november 2011 tot uitgangspunt genomen en ten onrechte nagelaten om de (on)juistheid van de bevindingen in dit rapport bij zijn onderzoek te betrekken. Hij had zelf de gang van zaken met betrekking tot de eindafrekeningen moeten onderzoeken, hetgeen hij niet dan wel niet deugdelijk heeft gedaan. Energie Concurrent meent dat het onderzoeksverslag onbetrouwbaar is omdat de conclusies in dat verslag zijn gebaseerd op nog niet onherroepelijk geworden besluiten, welke hoogstwaarschijnlijk zullen worden vernietigd door het CBB. Volgens Energie Concurrent zijn de feiten in het onderzoeksverslag betreffende de eindafrekeningen onjuist en suggestief weergegeven, waardoor een eenzijdig beeld is ontstaan van de daadwerkelijke situatie binnen Greenchoice in de onderzoeksperiode. Aansluitend aan deze stellingen heeft zij verzocht om de zaak aan te houden totdat het CBB onherroepelijk uitspraak heeft gedaan, dan wel om een nader onderzoek te laten verrichten naar de gang van zaken rond de eindafrekeningen.

3.2 De Ondernemingskamer overweegt over deze bezwaren tegen het verslag en de werkwijze van de onderzoeker als volgt. Met betrekking tot de reikwijdte van het onderzoek heeft de Ondernemingskamer in haar beschikking van 27 april 2012 onder 3.29 overwogen dat er geen aanleiding bestaat om de (door partijen niet betwiste) bevindingen in het NMa-rapport opnieuw te onderzoeken. Nog daargelaten welke betekenis moet worden toegekend aan het feit dat Energie Concurrent in haar verweer tegen het enquêteverzoek van Eneco te kennen heeft gegeven de bevindingen van de NMa niet te bestrijden (beschikking 27 april 2012 onder 3.5 en 3.29) en zij zich er thans op beroept dat deze bevindingen onjuist zouden zijn, heeft de onderzoeker, anders dan Energie Concurrent stelt, de gang van zaken rond de eindafrekeningen wel degelijk in zijn onderzoek betrokken en kan niet worden gezegd dat hij slechts op het onderzoeksrapport van de NMa heeft voortgeborduurd. De Ondernemingskamer wijst in dit verband op de volgende passages in het onderzoeksverslag (onder E.2.2.4 en E.2.2.5) waarin de onderzoeker schrijft: “Mede met het oog op de in acht te nemen zorgvuldigheid, kosten- en efficiëntieoverwegingen en de in de Beschikking opgenomen expliciete beperking van de reikwijdte van het Onderzoek, is ervoor gekozen alleen bezwaren die in potentie een ander licht werpen op de aard of de ernst (of het



gebrek daaraan) van de onderhavige onderdelen van het eindafrekeningsproces bij het Onderzoek te betrekken. Dit betreft de bezwaren van Greenchoice, Appeldoorn en Rexwinkel die erop neerkomen dat het aanhouden van eindafrekeningen gerechtvaardigd was wegens de te late of onjuiste aanlevering van meterstanden door netbeheerders en, in mindere mate, de bezwaren die erop neerkomen dat tevens eindafrekeningen met een debetsaldo werden aangehouden. Behoudens het betrekken van deze bezwaren bij het Onderzoek, was aanpassing van de reikwijdte en aanpak van het Onderzoek niet nodig. Hierbij is mede van belang dat de Onderzoeker omvangrijke Documentatie heeft ontvangen over het eindafrekeningsproces, waaronder Documentatie verstrekt door Rexwinkel. Bovendien is tijdens diverse interviews uitvoerig ingegaan op de feiten en omstandigheden waarop de hiervoor genoemde bezwaren zijn gesteld. Deze Documentatie en interviews zijn bij het Onderzoek betrokken. Naar de mening van de Onderzoeker kan worden uitgesloten dat nader onderzoek tot wezenlijk andere uitkomsten zou hebben geleid.”

De uitwerking van dit een en ander staat onder andere in de volgende paragrafen:

paragraaf E.2.3: Hoe werkte het proces van het aanhouden van eindafrekeningen?

paragraaf E.2.4: Wat was het doel of waren de doelen van het aanhouden van eindafrekeningen?

paragraaf E.2.5: Heeft iemand (anders dan de aandeelhouder) geprofiteerd van door de NMa geconstateerde overtredingen?

paragraaf E.2.6: Is er kritiek geleverd op het eindafrekeningsproces en wat is hiermee gedaan?

paragraaf E.2.7: Bij wie lag het initiatief ten aanzien van de inrichting en uitvoering van het eindafrekeningsproces en wie was bij de besluitvorming hierover betrokken?

paragraaf E.2.8: Is de NMa door Greenchoice op de hoogte gesteld van de inrichting van het eindafrekeningsproces?

Deze paragrafen hebben betrekking op onderzoek van de onderzoeker zelf door middel van interviews en het bestuderen van documentatie. Hij heeft dit alles, en dus niet slechts de bevindingen van de NMa, bij zijn onderzoek betrokken. Energie Concurrent heeft gelet op het voorgaande haar stelling dat de onderzoeker geen of geen deugdelijk onderzoek heeft verricht naar het proces van eindafrekeningen, onvoldoende toegelicht. Zij heeft niet geconcretiseerd welk onderwerp de onderzoeker ten onrechte buiten beschouwing heeft gelaten of op welke onderdelen het onderzoek onvolledig, suggestief of eenzijdig zou zijn. Daarnaast heeft zij de feitelijke gang van zaken in het afrekeningsproces niet betwist, zij heeft slechts argumenten aangedragen die die feitelijke gang van zaken in haar ogen rechtvaardigen. De door Energie Concurrent naar voren gebrachte bezwaren lossen zich derhalve op in inhoudelijke bezwaren tegen de bevindingen van de onderzoeker en deze zullen – voor zover relevant – hierna bij de gronden van de beslissing aan de orde komen.

3.3 De Ondernemingskamer overweegt voorts het volgende ten aanzien van het bezwaar van Energie Concurrent dat de door Rexwinkel aan de onderzoeker verschafte informatie over de bestuursrechtelijke procedure niet of nauwelijks in het onderzoek is betrokken. De onderzoeker heeft met betrekking tot de door Rexwinkel verstrekte documentatie over die procedure (hierboven genoemd in het citaat van de paragrafen E.2.2.4 en E.2.2.5) onder andere verwezen naar paragraaf C.2.16 van het verslag. Hierin staat dat Rexwinkel op 20 februari 2013 een brief met aanvullende gronden van zijn beroep tegen de aan hem opgelegde NMa boete aan de onderzoeker heeft verstrekt. Een zelfde brief heeft Appeldoorn op 25 februari 2013 aan de onderzoeker verstrekt. De bijlagen bij beide brieven waren niet

bijgevoegd, zo vermeldt de onderzoeker in paragraaf C.2.16. De Ondernemingskamer kan het bezwaar van Energie Concurrent dat de onderzoeker onvoldoende aandacht heeft gegeven aan de informatie die Rexwinkel aan de onderzoeker heeft gegeven over de beroepsprocedure bij het CBB – nog daargelaten de betekenis van die procedure voor de onderhavige procedure, hetgeen hierna aan de orde zal komen – gelet op het feit dat hij en Appeldoorn slechts gronden van beroep zonder nadere documentatie aan de onderzoeker ter beschikking hebben gesteld, niet goed plaatsen. Het bezwaar wordt verworpen. Ook overigens acht de Ondernemingskamer de kritiek van Energie Concurrent op de werkwijze van de onderzoeker onvoldoende geconcretiseerd. Niet gezegd kan worden dat de onderzoeker onvoldoende met het standpunt van Energie Concurrent (of Rexwinkel BV of Rexwinkel) heeft rekening gehouden of anderszins in zijn taak is te kort geschoten. Van een toereikende grond om de onderzoeker nader onderzoek te laten verrichten is de Ondernemingskamer niet gebleken. Het daartoe strekkend verzoek van Energie Concurrent wordt afgewezen.

#### 4 De inhoud van het verslag

Hieronder volgt een weergave en een samenvatting van de conclusies van het verslag van het onderzoek. De onderzoeker heeft de onderzoeksperiode als volgt omschreven: de periode vanaf 24 juli 2007 tot en met 27 april 2012, met dien verstande dat, voor zover het belang van het onderzoek dit heeft gevergd, het onderzoek zich op bepaalde punten heeft uitgestrekt over een langere periode.

4.1 Ten aanzien van de wijze waarop het eindafrekeningsproces bij Greenchoice van klanten die switchten was ingericht staat in het verslag onder D.9 – D.10 onder andere het volgende:

“Het eindafrekeningsproces betreft, voor zover relevant, het verplicht sturen van een eindafrekening naar zogenaamde switchers, klanten van Greenchoice die hun contract opzegden en naar een andere energieleverancier overgingen. Ten tijde van het NMa-bedrijfsbezoek, op 10 en 11 maart 2011, bestond het eindafrekeningsproces uit een voorproces en een eindcontrole. Tijdens het voorproces werden zowel eindafrekeningen met een creditsaldo (waarbij de klant geld tegoed heeft van Greenchoice) als met een debetsaldo (waarbij Greenchoice geld tegoed heeft van de klant) gecontroleerd op onregelmatigheden. De insteek van het voorproces was het oplossen van eventuele onregelmatigheden zodat alle eindafrekeningen konden worden afgehandeld en voor verzending konden worden klaargezet.

In de eindcontrole werden eindafrekeningen met een creditsaldo aangehouden op basis van het geenklantcontactcriterium. Dit criterium hield in dat eindafrekeningen werden aangehouden als i) klanten gedurende de afgelopen 90 dagen niet zelf contact hadden opgenomen met Greenchoice, en ii) aan een van de volgende drie criteria werd voldaan: (a) klant heeft geld tegoed en is afgesloten wegens wanbetaling, (b) klant heeft meer dan € 50,= maar minder dan € 100,= tegoed en heeft 40% minder energie verbruikt dan verwacht, of (c) klant heeft meer dan € 100,= tegoed. Eindafrekeningen die aan deze criteria voldeden werden handmatig uit het bestand met te verzenden eindafrekeningen geknipt, en de terugbetalingsopdrachten werden uit het systeem verwijderd, met als gevolg dat de betreffende eindafrekeningen niet werden verstuurd en de bijbehorende creditsaldi niet werden terugbetaald. In tegenstelling tot eindafrekeningen die werden aangehouden in het voorproces, kwamen eindafrekeningen die werden aangehouden tijdens de eindcontrole niet automatisch terug in een volgende facturatieperiode: deze eindafrekeningen werden voor toepassing van de facturatieprocessen – ten onrechte – als verzonden geadmi-

nistreerd. Ook ontbrak een algemeen opvolgingsproces om dergelijke geknipte eindafrekeningen alsnog af te handelen (bijvoorbeeld door het nabellen of aanschrijven van de betreffende klanten). De betreffende klant kreeg in beginsel alleen alsnog een eindafrekening als hij zelf contact opnam met Greenchoice. Deed hij dat niet dan volgde geen eindafrekening en bleef een eventuele terugbetaling achterwege. Hoewel het aanvankelijke doel van het aanhouden van eindafrekeningen was om verzending van onjuiste eindafrekeningen te voorkomen, kwam daar na verloop van tijd onder meer bij (i) marketingdoeleinden (poging om de vertrekkende klant alsnog te behouden door het creëren van een contactmoment) en (ii) onwil om geld te betalen aan vertrekkende klanten die niet zelf contact met Greenchoice opnamen.”

4.2 Ten aanzien van de vraag wie welke rol had bij de inrichting van het eindproces, zoals hier boven weergegeven, staat in het verslag onder D11- D15 onder andere dat Appeldoorn en Rexwinkel beiden een actieve en bepalende rol hadden bij de inrichting en uitvoering van het eindafrekeningsproces. Beiden waren zich terdege bewust van het feit dat de eindcontrole ertoe leidde dat de betreffende klanten geen eindafrekening meer zouden krijgen (noch betaling van een eventueel tegoed), tenzij zij zelf contact opnamen.

4.3 Over de rol van Rexwinkel merkt de onderzoeker onder D.12 het volgende op. Rexwinkel was met name nauw betrokken bij de inrichting en de automatiseringskant van het proces. Daarbij werd onder andere gebruik gemaakt van zogenaamde queries en stored procedures die door de onderzoeker als volgt worden gedefinieerd: Een query is een opdracht die aan een database wordt gegeven om een bepaalde actie automatisch uit te voeren. Een stored procedure is een programma dat draait binnen een database en daarin (automatisch) wijzigingen kan aanbrengen. De onderzoeker schrijft hierover voorts: “Rexwinkel [was] degene die het geenklantcontactcriterium aan de relevante query heeft toegevoegd. Bovendien verdedigde Rexwinkel binnen de organisatie herhaaldelijk de inrichting van het eindafrekeningsproces. Door zijn positie en (overheersende) invloed was hij in staat om de inrichting van het eindafrekeningsproces naar zijn hand te zetten. Dit wordt onderstreept door zijn afwijzende reacties op kritiek die door werknemers en later ook door Appeldoorn op de eindcontrole werd geuit, welke kritiek niet heeft geleid tot aanpassing van het proces (bijvoorbeeld door het invoeren van een algemeen opvolgingsproces of het schrappen of in ieder geval aanpassen van het geenklantcontactcriterium). Daarbij was Rexwinkel op de hoogte van de uitvoering van het eindafrekeningsproces – waaronder het knippen van eindafrekeningen, het verwijderen van de relevante betalingsopdrachten uit het systeem en het ontbreken van een opvolgingsproces met de klant – en werd hij regelmatig door Appeldoorn op de hoogte gehouden van de ‘score’, in Euro, van aangehouden eindafrekeningen (...). Rexwinkel – een van de Oprichters, tot 28 februari 2012 indirect statutair bestuurder, en zeer invloedrijk binnen Greenchoice – moet derhalve als een hoofdverantwoordelijke voor de door de NMa geconstateerde overtredingen in verband met de eindafrekeningen worden beschouwd.”

4.4 Over de rol van Appeldoorn schrijft de onderzoeker (D.13): “Appeldoorn was in het bijzonder nauw betrokken bij de uitvoering van het eindafrekeningsproces, waaronder het knippen van eindafrekeningen die tijdens de eindcontrole werden aangehouden. Zo heeft hij persoonlijk talloze eindafrekeningen geknipt en de resultaten (‘scores’) gerapporteerd aan Rexwinkel (...). Appeldoorn speelde in de praktijk niet zo’n grote rol als Rexwinkel bij de inrichting van het eindafrekeningsproces. Ook heeft Appeldoorn het eindafrekeningsproces niet in de-

zelfde mate verdedigd toen daar kritiek op werd geuit. Integendeel, Appeldoorn heeft na verloop van tijd zelf voorgesteld om een opvolgingsproces voor aangehouden eindafrekeningen in te voeren. Dit werd echter door Rexwinkel van de hand gewezen. Niettemin moet Appeldoorn – eveneens een van de Oprichters en gedurende de gehele Onderzoeksperiode indirect statutair bestuurder van Greenchoice – als een hoofdverantwoordelijke voor de door de NMa geconstateerde overtredingen in verband met de eindafrekeningen worden aangemerkt, echter in mindere mate dan Rexwinkel.”

4.5 Over de rol van Van Rees staat in het verslag onder andere het volgende (D.14 en D.15): “Er is geen eenduidig beeld naar voren gekomen over de mate waarin Van Rees gedurende de Onderzoeksperiode op de hoogte was van of betrokken was bij het eindafrekeningsproces. Niet is gebleken dat Van Rees een actieve of bepalende rol had bij de inrichting van het eindafrekeningsproces zoals dat bestond ten tijde van het NMa-bedrijfsbezoek. Wel is duidelijk geworden dat Van Rees in de begintijd van Greenchoice betrokken was bij de inrichting van het eindafrekeningsproces, en dat toen al eindafrekeningen, al dan niet tijdelijk, werden aangehouden. Daarbij moet worden opgemerkt dat het eindafrekeningsproces geleidelijk is aangepast, onder meer door aanscherping van de criteria voor het aanhouden van eindafrekeningen, en dat niet vast is komen te staan dat Van Rees hierbij betrokken was. Tevens is van belang dat niet is gebleken dat een algemeen opvolgingsproces in de hiervoor genoemde begintijd ontbrak, zoals wel is vastgesteld ten aanzien van de daaropvolgende periode.

Van Rees was in ieder geval wel vanaf oktober 2008 op de hoogte van kritiek op de eindcontrole, en van het systematisch aanhouden van eindafrekeningen met een creditsaldo. Naar aanleiding hiervan heeft hij echter geen adequate maatregelen getroffen die tot wijziging van het eindafrekeningsproces hebben geleid, getuige het feit dat dit proces nog steeds bestond ten tijde van het NMa-bedrijfsbezoek tweeënhalf jaar later. Van Rees verklaart dat de reden hiervan is dat Rexwinkel naar aanleiding van de hiervoor genoemde kritiek het proces toelichtte en hem overtuigde van de juistheid daarvan. Bovendien verklaart Van Rees dat hij eind 2010 wel heeft aangedrongen op wijziging van het proces, onder meer tijdens een door hem bijeengeroepen directievergadering in november 2010, nadat hij in de loop van 2010 door Appeldoorn op de hoogte was gesteld van onvolkomenheden in verband met dit proces. Hij verklaart er van uit te zijn gegaan dat het proces daarna zou worden aangepast en dat onvolkomenheden uit het verleden zouden worden hersteld. De onenigheid over aanpassing van het eindafrekeningsproces was volgens hem één van de werkelijke redenen voor het besluit dat hij kennelijk in september of oktober 2010 nam om feitelijk terug te treden per 1 januari 2011. Rexwinkel, Bokhove en Appeldoorn verklaren echter dat Van Rees deze reden voor zijn feitelijk terugtreden pas voor het eerst noemde tijdens de onderhavige procedure bij de Ondernemingskamer. Van Rees heeft de thans door hem genoemde reden van zijn feitelijk terugtreden destijds in elk geval niet gedeeld met de andere betrokkenen, waaronder Eneco, (...). Van Rees gaf steeds aan dat de reden voor zijn feitelijk terugtreden een sabbatical was. Dit is temeer relevant omdat Van Rees verklaart dat hij ten tijde van zijn feitelijk terugtreden van mening was dat het eindafrekeningsproces laakbaar was en mogelijk zware consequenties voor Greenchoice zou hebben. Uit het Onderzoek is verder niet naar voren gekomen dat Van Rees – meer in zijn algemeenheid – heeft aangedrongen op professionalisering van processen binnen Greenchoice, waaronder naleving van wet- en regelgeving en van corporate governance regelingen. Van Rees – een van de Oprichters – draagt derhalve medeverantwoordelijkheid

voor de door de NMA geconstateerde overtredingen in verband met de eindafrekeningen gedurende de periode dat hij via Van Rees Management BV en Energie Concurrent indirect statutair bestuurder van Greenchoice was, maar is niet in vergelijkbare mate (hoofd)verantwoordelijk als Rexwinkel en Appeldoorn. Immers, niet is gebleken dat hij de cruciale onderdelen van het eindafrekeningsproces zelf heeft ingericht, of daar (nauw) bij betrokken was, noch dat hij aan de uitvoering daarvan heeft meegewerkt (hij knipte niet).”

4.6 Over hetgeen Greenchoice, Appeldoorn en Rexwinkel aan de onderzoeker kenbaar hebben gemaakt over hun bezwaren tegen de besluiten van de NMA met betrekking tot de NMA Switch Boete Greenchoice en de NMA Switch Boete Feitelijk Leidinggevend, staat onder D.19 van het verslag onder andere het volgende. “Het argument dat het aanhouden van eindafrekeningen gerechtvaardigd was omdat netbeheerders de meterstanden vaak te laat, of onjuist, zouden aanleveren, zou voor de beginperiode wellicht valide kunnen zijn. Uit het Onderzoek is echter gebleken (i) dat het niet willen uitbetalen van creditsaldi aan vertrekkende klanten die geen contact hadden opgenomen met Greenchoice een zelfstandige reden vormde voor het aanhouden van de betreffende eindafrekeningen en het niet-betalen van de betreffende creditsaldi, en (ii) dat alhoewel de kwaliteit van de door de netbeheerders aangeleverde meterstanden over de jaren verbeterde, het eindafrekeningsproces hier niet op werd aangepast. Bovendien is duidelijk geworden dat een algemeen opvolgingsproces ontbrak, waardoor het aanhouden van eindafrekeningen in ieder geval niet kan worden gerechtvaardigd. Het argument dat zowel eindafrekeningen met een debet- als met een creditsaldo werden aangehouden is niet valide. Tijdens de eindcontrole werden juist bepaalde eindafrekeningen met een creditsaldo aangehouden terwijl deze desalniettemin als verzonden werden geregistreerd voor toepassing van de facturatieprocessen. Juist eindafrekeningen met een creditsaldo, die voldeden aan de criteria genoemd in par. D.10, (Ondernemingskamer: zie hierboven onder 4.1) werden aldus niet verzonden en uitbetaald.”

4.7 Onder de kopjes Algemeen beeld van de organisatie van Greenchoice tijdens de Onderzoekperiode (D.7-8) en AO/IC en financiële verslaglegging tijdens de onderzoeksperiode (D. 20 e.v.) staat in het verslag onder andere het volgende. “In aanmerking nemende dat het inrichten van een adequate interne organisatie met bijbehorende processen bij een startende en snelgroeijende onderneming tijd kost, en zeker in de beginfase vaak niet de hoogste prioriteit heeft, bleef de benodigde professionalisering bij Greenchoice ook na de eerste paar jaar achterwege. Het opzetten, inrichten en bijhouden van passende administratieve, compliance en andere relevante processen kreeg bepaald onvoldoende aandacht, en het belang daarvan werd op zijn minst ernstig onderschat. Zo kende de administratieve organisatie en interne controle (AO / IC) zwakke punten, vooral wat betreft de aansluiting tussen de financiële administratie en klantenbeheer. Bovendien waren er weinig formele checks and balances in de inrichting en uitvoering van processen. Een klokkenluidersregeling ontbrak. Hoewel Greenchoice in een sterk gereguleerde markt actief was, bestond er weinig aandacht voor naleving van wet- en regelgeving, getuige het ontbreken van een compliance officer en een compliance manual. De kwaliteit van de financiële verslaggeving en de administratie was eveneens voor verbetering vatbaar. Illustratief is dat de eerste goedkeurende accountantsverklaring over de jaarrekening pas meer dan vier jaar na oprichting werd afgegeven. Een ander voorbeeld is de voortdurende onduidelijkheid over (diverse materiële posten in) de concept jaarrekening over 2010. De toetreding van Eneco als minderheidsaandeelhouder

maakte professionalisering van de organisatie en het opzetten dan wel versterken van de benodigde interne processen des te meer noodzakelijk. Greenchoice kreeg er immers een belangrijke stakeholder bij wiens belangen niet vanzelfsprekend parallel zouden lopen met die van de Oprichters die, gezamenlijk via Energie Concurrent, indirect zowel grootaandeelhouder als de enige statutaire bestuurders van Greenchoice waren. Dit vond echter niet of in (te) beperkte mate plaats. Zo hebben de hiervoor genoemde voorbeelden mede betrekking op de periode na de toetreding van Eneco. Daarnaast kreeg toepassing van de met Eneco overeengekomen corporate governance regelingen, waaronder afspraken ter zake van (potentiële) tegenstrijdige belangen, onvoldoende aandacht (...).

(...)

Het algemene beeld is dat de administratieve organisatie en interne controle (AO / IC) en de financiële administratie van Greenchoice onvoldoende waren, vooral met betrekking tot de inrichting en beschrijving van interne processen en controles en het ontbreken van (voldoende) aansluiting tussen het KBS (klantenbeheersysteem) en de financiële administratie. Borrie, de toenmalige accountant van Greenchoice, maakte hier in verband met zijn jaarlijkse accountantscontroles, herhaald opmerkingen over. Dit beeld komt ook naar voren uit de aanbevelingen van opvolgend accountant KPMG, met ingang van de controle over het boekjaar 2011, in zijn management letter van januari 2012 (...).” Deze managementletter is hierboven weer gegeven onder 2.36.

En voorts onder D.21: “De belangrijkste zwakke punten in de AO / IC en de financiële administratie, voor zover relevant voor de onderhavige onderdelen van het eindafrekeningsproces, waren de volgende:

- (i) de mogelijkheid om in het KBS opgemaakte eindafrekeningen te verwijderen voordat deze betaalbaar waren gesteld;
- (ii) het ontbreken van een automatische koppeling tussen het KBS en de financiële administratie, waardoor het aanhouden van betalingen van als verzonden geregistreerde eindafrekeningen niet zichtbaar werd in de financiële administratie;
- (iii) het ontbreken van een periodieke omzetberekening per individuele klant, waardoor de overlopende positie per klant niet inzichtelijk en slecht beheersbaar was;
- (iv) het ontbreken van een compliance officer en een compliance manual.”

En voorts onder D.22 en D23: “Tenzij handmatige controles zouden zijn gedaan op het eindafrekeningsproces en de als verzonden geregistreerde – maar in werkelijkheid aangehouden en niet-uitbetaalde – eindafrekeningen, kon niet uit de financiële verslaggeving en administratie van Greenchoice worden afgeleid hoe het eindafrekeningsproces was ingericht, dat systematisch en op aanzienlijke schaal eindafrekeningen werden aangehouden, en wat de omvang was van de aangehouden eindafrekeningen. Een betere inrichting van de AO / IC en van de financiële administratie zou de kans dat het een en ander eerder aan het licht zou zijn gekomen, aanmerkelijk hebben vergroot. Bijvoorbeeld doordat beter inzichtelijk zou zijn geworden dat als verzonden geregistreerde eindafrekeningen met een creditsaldo niet werden uitbetaald, of dat diverse overlopende posities met individuele klanten ook na verloop van tijd niet werden afgewikkeld.(...) Aldus moet worden geconcludeerd dat de wijze waarop de AO / IC en de financiële administratie van Greenchoice was ingericht het ongewijzigd voortduren van het onderhavige eindafrekeningsproces heeft gefaciliteerd.”

4.8 Onder het kopje Corporate Governance tijdens de Onderzoekperiode vermeldt het verslag onder D.25 e.v. onder andere dat de corporate governance structuur de directie – zowel for-

meel als informeel – veel autonomie gaf, dat de oprichters als grootaandeelhouders en tevens (indirecte) directieleden het voor het zeggen hadden en dat er slechts in zeer beperkte mate toezicht was op de directie. Er was geen Raad van Commissarissen en geen compliance officer. Wel was er een Raad van Advies, welke slechts een adviserende rol had. Deze Raad gaf de directie op basis van beperkte informatie sporadisch adviezen, waarvan de belangrijkste overigens niet werden opgevolgd. Toezicht oefende de Raad van Advies dus niet uit. Eneco had slechts beperkte mogelijkheden om invloed en toezicht uit te oefenen in de algemene vergadering van aandeelhouders door middel van de in (artikel 16 van) de statuten opgenomen goedkeuringsregeling, waardoor een aantal belangrijke bestuursbesluiten aan de goedkeuring van Eneco waren onderworpen. Greenchoice en Energie Concurrent probeerden Eneco voor de uitoefening van toezicht op afstand te houden. Als voorbeeld noemt de onderzoeker dat de goedkeuringsregeling herhaaldelijk niet werd nageleefd. Hij haalt daarbij een verklaring aan van Klatten (verslag onder E.5.6.1) waarin onder andere staat: “RK [Klatten] legt uit dat veel besluiten zonder de vereiste goedkeuring van Eneco door GC [Greenchoice] zijn genomen. Hier wordt binnenkort een “correctievergadering” voor gehouden om dit alsnog te laten bevestigen. Eneco werd niet altijd geïnformeerd. RK constateert dat hij nu besluiten en verplichtingen tegenkomt die hadden moeten worden voorgelegd aan de AvA. De AvA-besluiten die wel werden genomen, werden niet altijd (in overeenstemming met het besluit) uitgevoerd. Financiële limieten in AvA-besluiten werden ver overschreden zonder dat dit aan de AvA werd vermeld (voorbeeld is dat een deelneming door Willekes werd verzocht om een lening gedeeltelijk terug te storten op 31 december 2011 om deze vervolgens op 1 januari 2012 weer terug te lenen aan de deelneming). Besluiten werden zonder AvA-goedkeuring genomen.”

4.9 De onderzoeker noemt een aantal voorbeelden van besluiten waarvoor de vereiste goedkeuring door de algemene vergadering van aandeelhouders ontbrak. Op 28 september 2010 is Greenchoice een beëindigingsovereenkomst aangegaan met Planeta en K&B Vastgoed BV waarin de beëindiging van de colportageactiviteiten door Planeta werd geregeld. Krachtens deze overeenkomst schold Greenchoice onder meer het restant van een hypothecaire lening ter hoogte van € 154.000,= kwijt. Het sluiten van deze beëindigingsovereenkomst vereiste voorafgaande goedkeuring door de Algemene vergadering van aandeelhouders, ingevolge artikel 16 sub n of artikel 16 sub d van de Statuten. Die goedkeuring is volgens de onderzoeker niet gegeven. Datzelfde geldt ten aanzien van het zogenoemde Sonne/Green Solar-project. In de aandeelhoudersvergadering van 19 september 2011 is besproken dat uit het jaarverslag over 2010 bleek dat Greenchoice renteloos een bedrag van € 2.000.000,= had uitgeleend aan Green Solar BV Eneco gaf tijdens deze aandeelhoudersvergadering te kennen dat zij hiervoor geen toestemming had gegeven. De onderzoeker noemt voorts dat uit het conceptjaarverslag 2010 van Greenchoice bleek dat Greenchoice een aantal leningen had verstrekt waarvoor de vereiste goedkeuring door de algemene vergadering van aandeelhouders – op grond van artikel 16 sub h van de Statuten – eveneens leek te ontbreken, terwijl van een reeks andere handelingen twijfelachtig is of de algemene vergadering van aandeelhouders goedkeuring heeft gegeven. Daarnaast merkt de onderzoeker op dat de informatieverstrekking aan de aandeelhoudersvergadering gebrekkig was, dat Eneco onder andere niet werd ingelicht over het eindafrekeningsproces en dat de informatieverstrekking over belangrijke ontwikkelingen in verband met het NMa onderzoek onvolledig was (zie ook hierna).

4.10 De onderzoeker merkt over de relatie tussen de corporate governance en opgelegde colportage boetes (zie daarover hierboven onder 2.8 en 2.11) op dat het aannemelijk is dat een betere inrichting van de corporate governance structuur en vooral van de interne controles en met name de introductie van een (functioneel) compliance systeem in een eerder stadium zou hebben geleid tot een wijziging van het beleid van Greenchoice ten aanzien van colportage, hetgeen naar verwachting de kans op boetes zou hebben verminderd. In dit verband is vooral de afwezigheid van een compliance officer vermeld als een belangrijk gebrek.

4.11 De conclusie van de onderzoeker luidt dat het bestuur van Greenchoice onvoldoende aandacht had voor de naleving van de (weinig) bestaande corporate governance regelingen en het belang daarvan onvoldoende onderkende. De onderzoeker schrijft voorts: “Zeker in combinatie met de onwil van de directie om tegemoet te komen aan na verloop van tijd door Eneco verzochte verbeteringen van de risicobeheersing en de financiële verslaggeving, en het grote overwicht binnen Greenchoice van de Oprichters/directieleden – in het bijzonder van Rexwinkel – en hun doorslaggevende invloed op de interne besluitvorming, heeft de gebrekkige corporate governance ongetwijfeld bijgedragen aan (de invoering, uitvoering en voortdurende) de door de NMa beboete aspecten van het eindafrekeningsproces. (...) De verantwoordelijkheid hiervoor ligt bij de Oprichters/directieleden, c.q. bij Energie Concurrent als grootaandeelhouder.”

4.12 Onder het kopje Tegenstrijdig belang tijdens de Onderzoeksperiode staat in het verslag onder andere het volgende (D.31 e.v.). “Naast de relevante uit de wet en jurisprudentie voortvloeiende vereisten was op grond van de met Eneco overeengekomen governance afspraken goedkeuring van Eneco vereist voor “ieder besluit waarbij de directie een tegenstrijdig belang heeft met de vennootschap, waarbij in geval van een tegenstrijdig belang van de gehele directie de algemene vergadering bevoegd is een persoon aan te wijzen die bevoegd is de vennootschap te vertegenwoordigen”. (Ondernemingskamer: zie hierboven onder 2.3) (...) In ieder geval is besluitvorming in verband met de hieronder beschreven gevallen, waar een evident tegenstrijdig belang aanwezig was, niet ter goedkeuring aan Eneco voorgelegd. (...) Greenchoice heeft tijdens het NMA Switch Onderzoek uitvoerig gesproken en onderhandeld met de NMa over de NMA Switch Boete Greenchoice, hetgeen heeft geresulteerd in een Beginselenakkoord. Greenchoice stelde zich in die gesprekken op het standpunt dat persoonlijke boetes voor Rexwinkel en Appeldoorn onbespreekbaar waren, en volhardde in dat standpunt zelfs nadat de NMa had aangegeven dat de boete voor Greenchoice in dat geval hoger zou uitvallen. Aldus hebben de privébelangen van Rexwinkel en Appeldoorn kennelijk een rol gespeeld bij de bepaling door Greenchoice van haar standpunt (en is het evidente belang van Eneco als houder van een aanzienlijk minderheidsbelang genegeerd).

In dit verband refereert de onderzoeker aan een e-mail van Wladimiroff Advocaten, advocaat van Greenchoice aan het bestuur van Greenchoice van 12 augustus 2011, zie verslag onder E.6.2.5 (zie hierboven onder 2.12). Het verslag vervolgt met: “Gelet op de verdenkingen van de NMa richting Rexwinkel en Appeldoorn persoonlijk, en het bij zowel Rexwinkel en Appeldoorn als Greenchoice kennelijk bekende voornemen van de NMa om persoonlijke boetes aan hen op te leggen, had het uit een oogpunt van het voorkomen van belangenverstremming op hun weg gelegen zich te onthouden van iedere beraadslaging en besluitvorming aan de kant van Greenchoice hieromtrent, en niet deel te nemen aan de zijde van Greenchoice aan de onderhandelingen met de NMa dan wel de advocaat van Green-

choice ter zake namens Greenchoice te instrueren, althans dit niet te doen zonder voorafgaand overleg met en goedkeuring van de Aandeelhoudersvergadering (gezien de vereiste gekwalificeerde meerderheid van stemmen in feite: van Eneco). Op dit punt treft vooral Rexwinkel en Appeldoorn blaam, maar kan ook de andere directieleden (Van Rees en Willekes) een zeker verwijt worden gemaakt omdat zij kennelijk onvoldoende maatregelen hebben getroffen, zo dat in hun macht had gelegen, om de betrokkenheid van Rexwinkel en Appeldoorn te voorkomen. In dat kader is relevant dat Van Rees, ondanks zijn feitelijk terugtreden als directeur per 1 januari 2011, veel informatie ontving over, en (nauw) betrokken was bij het onderhandelingsproces met de NMa en overigens tot februari 2012 indirect statutair bestuurder was van Greenchoice.

4.13 Als tweede voorbeeld van een tegenstrijdig belang noemt de onderzoeker onder D.33 het volgende. "Tijdens het NMa-bedrijfsbezoek (op 10 en 11 maart 2011) heeft de NMa de query die in het eindafrekeningsproces werd gebruikt meegenomen. Deze query verklaarde echter niet waarom een aantal eindafrekeningen was aangehouden terwijl deze niet binnen de selectiecriteria van de meegenomen query vielen. De NMa heeft een verklaring hiervoor gevraagd. Rexwinkel heeft naar aanleiding hiervan de juiste versie van de query aan de NMa gestuurd, omdat de versie die de NMa had meegenomen kennelijk de verkeerde was. Hij informeerde de NMa echter ook dat Greenchoice besloten had af te zien van nader onderzoek naar de reden waarom de NMa niet direct de juiste versie kreeg, gezien de persoonlijke belangen van de (indirecte) bestuurders van Greenchoice en het kennelijke voornemen van de NMa om melding te maken bij het Openbaar Ministerie."

4.14 De onderzoeker concludeert (D.35) dat de wijze waarop Greenchoice, Energie Concurrent en de directieleden/oprichters met (potentieel) tegenstrijdige belangen omgingen, bepaald onvoldoende was en dat de handelswijze van Greenchoice in verband met het NMa Switch onderzoek in ieder geval is beïnvloed door een tegenstrijdig belang tussen Greenchoice enerzijds en Energie Concurrent en zijn aandeelhouders en bestuurders anderzijds.

4.15 Onder het kopje Informatieverschaffing aan Eneco over boetes NMa (...) vermeldt het verslag onder andere het volgende (D.36 e.v.). "Gedurende de periode dat het NMa Switch Onderzoek liep heeft Greenchoice Eneco slechts zeer summier en onvolledig geïnformeerd over de toedracht, de voortgang en de mogelijke gevolgen van het NMa Switch Onderzoek. Dit terwijl al snel na het NMa-bedrijfsbezoek, in juni 2011, bleek dat (...) het NMa Switch Onderzoek vergaande gevolgen voor Greenchoice kon hebben. (...) Eneco werd echter pas eind 2011 geïnformeerd over de ernst van de door de NMa onderzochte gedragingen. (...) Eneco (begreep) de ernst van de door de NMa onderzochte gedragingen pas echt na ontvangst, eind december 2011, van de NMa Switch Boete Greenchoice. (...)

Tijdens de diverse Aandeelhoudersvergaderingen tijdens de duur van het NMa Switch Onderzoek gaf Greenchoice (veelal via Rexwinkel en in mindere mate ook via Willekes) herhaaldelijk slechts algemene informatie over de stand van zaken, ondanks uitdrukkelijke vragen van Eneco naar de voortgang van het onderzoek, en naar indicaties over mogelijke uitkomsten. Zo heeft Greenchoice tijdens deze vergaderingen niets gezegd over het reparatietraject met betrekking tot de eindafrekeningen dat was gestart, noch over haar onderhandelingen met de NMa, het Beginselakkoord dat Greenchoice naar aanleiding hiervan op 20 september 2011 met de NMa had gesloten, en de verdenkingen van de NMa tegen Appeldoorn en Rexwinkel persoonlijk. (...)

De informatieverstrekking door Greenchoice aan Eneco over

het NMa Switch Onderzoek was zodoende bepaald onvoldoende. (...) Alhoewel Eneco tijdens diverse Aandeelhoudersvergaderingen herhaaldelijk vragen hierover heeft gesteld, heeft Greenchoice geen openheid van zaken gegeven over belangrijke aspecten van en ontwikkelingen in verband met het NMa Switch Onderzoek. Zoals reeds aangegeven ligt voor de hand dat de persoonlijke belangen van Appeldoorn en Rexwinkel die niet overeenstemden met de belangen van Greenchoice, hier een rol hebben gespeeld. (...) Het verweer dat dit niet anders kon omdat de NMa om vertrouwelijkheid zou hebben verzocht is onvoldoende gebleken uit het Onderzoek, en snijdt overigens geen hout, nu niet aannemelijk is dat een dergelijk verzoek van de NMa zich ook zou uitstrekken tot het (vertrouwelijk) informeren, zoals Greenchoice gehouden was te doen, van Eneco als houder van een aanzienlijk minderheidsbelang met een evident en groot belang in de betreffende informatie (desnodig na ondertekening door Eneco van een geheimhoudingsverklaring)."

Over dit punt staat in het verslag onder E.7.2.28 dat de NMa voorafgaande afstemming verlangde over externe communicatie, zoals brieven aan consumenten, persuitingen en andere vormen van publiciteit.

In relatie tot de voorgaande passages staat in het verslag onder E.7.2.6 e.v. onder andere: "Uit de Documentatie blijkt dat de onderzochte delen van het eindafrekeningsproces in maart en april van 2011 al in kaart zijn gebracht met hulp van de advocaten van Greenchoice. Hieruit zou toen al zijn gebleken dat niet alleen sprake was van het niet-tijdig verzenden van eindafrekeningen, maar ook dat de met die eindafrekeningen gemoeide gelden niet aan klanten werden uitbetaald. Dit werd mede op advies van de advocaten van Greenchoice in april 2011 al beschouwd als een ernstige kwestie, met mogelijk vergaande gevolgen. Om deze reden heeft de directie mede op advies van de advocaten van Greenchoice besloten om met de NMa in gesprek te treden over alternatieve wijzen van het beslechten van de problematiek met het eindafrekeningsproces. In het kader van de voorbereidingen van gesprekken met de NMa besloot de directie tot het in gang zetten van een reparatietraject waarin niet uitbetaalde gelden alsnog uitgekeerd werden. Gedurende 2011 was er intensief contact tussen Greenchoice en de NMa, waaronder in ieder geval tien gesprekken. Greenchoice werd tijdens deze gesprekken telkens vertegenwoordigd of bijgestaan door één van haar advocaten.

E.7.2.7 Het eerste gesprek tussen Greenchoice en de NMa vond plaats op 11 april 2011. Hierin werd tussen Greenchoice en de NMa gesproken over de mogelijkheid van een constructieve aanpak voor het oplossen van de problematiek met de eindafrekeningen. Op 26 april vond een tweede gesprek plaats. Greenchoice gaf in dit gesprek aan dat zij bereid was mee te werken aan het NMa Switches Onderzoek en aan andere trajecten van de NMa. De NMa stond daar kennelijk positief tegenover. Wel wees de NMa tijdens het gesprek op een breder patroon aan non-compliance bij Greenchoice. Op 31 mei 2011 vond een derde gesprek plaats. Tijdens dit gesprek heeft de NMa kenbaar gemaakt dat zij een onderhandelingstraject wenste op te starten.

E.7.2.8 Tijdens de AvA van 6 juni 2011 vroeg Eneco naar de stand van zaken van het NMa Switch Onderzoek. Greenchoice reageerde hier in vrij algemene bewoordingen op. Zo werd wel gezegd dat compliance meer aandacht zou krijgen en dat hiervoor iemand was aangetrokken, maar werd niet gemeld dat een reparatietraject was gestart waarbij aangehouden eindafrekeningen alsnog betaald werden. (...) Er werd echter niet vermeld dat al drie gesprekken tussen Greenchoice en de NMa hadden plaatsgevonden.

“MR [Rexwinkel]: Ja, precies. Dat onderzoek, dat loopt nog. Wij willen juist ook heel... Ook kijken van: ja, in hoeverre er weer van allerlei... Dat is ook heel duidelijk bij die juristen. Die zitten er ook. Wij gaan daar niet rechtstreeks praten met de NMa. Dat doen in eerste instantie de juristen, daarna worden wij wel bijgeschakeld. Ja, maximale aandacht besteden we eraan en ja... Het is... Gekkerwijs, ja, ik kan daar niet zo gek veel meer... De uitkomst weet je niet. Wat dat aangaat, is het ook een beetje een black box zoals de NMa daar nou mee omgaat. (...)”

Onder E.7.2.9 meldt de onderzoeker dat onder andere op 22 juni 2011 een vervolgesprek plaatsvond tussen Greenchoice en de NMa waarin Greenchoice te kennen gaf dat het niet wilde meewerken aan een traject waarin directieleden persoonlijk zouden worden beboet. Tijdens een opvolgend gesprek op 11 augustus 2011 benadrukte Greenchoice dat dit een ‘harde eis’ was. Het verslag vervolgt vanaf E.7.2.12 met een weergave van hetgeen is besproken tijdens een aandeelhoudersvergadering van 19 september 2011 (hiervoor weergegeven onder 2.13; in dit verslag wordt met GD bedoeld op Dubbeld van Eneco): “E.7.2.12 Tijdens de AvA van 19 september 2011 werd nogmaals gesproken over de toedracht van het NMa Switch Onderzoek.

“MR [Rexwinkel]: Dit onderzoek gaat natuurlijk ook van zoiets ‘zijn de nota’s allemaal binnen twee maanden verstuurd.’ Uiteindelijk gaat het daarom en dat is niet bij allemaal. Dat is, dat is... En daar gaat het onderzoek over.”

(...)

“GD: Het is misschien al vervelend genoeg hoor, ik bedoel: wat eruit kan komen.

(...)

MR: Maar wij hebben best een behoorlijke onzekerheid in ieder geval.

(...)

GD: Nee. We horen wel als er iets is.”

E.7.2.13 Op 20 september 2011 bespraken Greenchoice en de NMa het voorstel van de NMa, zo blijkt uit de Documentatie. Van Rees was ook bij dit gesprek aanwezig. Dit leidde tot een Beginselakkoord dat zou moeten worden uitgewerkt in een uitwerkingstraject. De belangrijkste voorwaarden waren:

1. boete van € 7.200.000,=;
2. vertrek directie, geen persoonlijke boetes;
3. het starten van een compliancetraject en het benoemen van een compliance officer;
4. het starten van een audittraject (AO / IC);
5. vervanging van de accountant;
6. het uitvoeren van een reparatietraject;
7. het voorafgaand wederzijds afstemmen van persuitingen.

E.7.2.14 Op 12 oktober 2011 vond een bespreking plaats tussen Greenchoice en de NMa over het uitwerkingstraject. (...) Op 26 oktober 2011 stuurde de NMa aan Greenchoice een concept van het NMa Switch Rapport, gevolgd door het definitieve NMa Switch Rapport op 4 november 2011. Op 24 november 2011 bevestigde Greenchoice dat zij het reparatietraject op de afgesproken wijze zou afronden. Op 29 november 2011 diende Greenchoice haar zienswijze op het NMa Switch Rapport in. Hierin werd gesteld dat de directie haar verantwoordelijkheid zou nemen voor de feiten zoals omschreven in het NMa Switch Rapport. Van Rees, Rexwinkel en Appeldoorn zegden toe om hun functie als directeur per 1 januari 2012 neer te leggen. Willekes zou tijdelijk aanblijven om de continuïteit van Greenchoice te waarborgen en per 1 juli 2012 aftreden.

(...)

E.7.2.16 Tijdens de AvA van 2 december 2011 werd wederom gesproken over het NMa Switch Onderzoek. Op de vraag van Eneco of er nieuws was of indicaties waren over de uitkomst van het

NMa Switch Onderzoek antwoorden Willekes en Rexwinkel ontkennend:

“EW [Willekes]: (...) Wij verwachten dat in december, dus deze maand, een besluit naar voren zal komen.

MR [Rexwinkel]: Op het moment dat we het besluit hebben, sturen we het linea recta naar jullie toe.

EW: Ja. Ja. Ja.

GD: Nog geen verder geen nieuws of indicaties of wat dan ook? Willekes: Nee.

GD: Oké.

MR: Dus vrij hoekig zitten ze daarin.”

“MR: Ik ben er niet gerust op.

EW: Zeker niet (...) Je merkt het ook in de gesprekken.”“

Onder E.7.2.22 staat in het verslag, zakelijke weergegeven, dat er tijdens de AvA van 16 januari 2012 uitgebreid werd gesproken over het NMa Switch Onderzoek en de NMa Switch Boete Greenchoice. Op de vraag waarom de NMa Switch Boete Greenchoice van 9 december 2011 zo laat werd doorgestuurd, antwoordde Rexwinkel dat het eerste besluit pas begin januari 2012 was ontvangen. Op een vraag over het niet publiceren van de NMa rapportage antwoordde hij dat hij dacht dat de advocaten “nog wat aan het steggelen zijn over zinnigjes of zo, wat wel en niet vertrouwelijk is en zo. Dat zal het zijn.”

### 5 Verdere beoordeling

5.1 Eneco heeft aan haar verzoek dat zich bij Greenchoice wanbeleid heeft voorgedaan in de periode vanaf 24 juli 2007 en dat Energie Concurrent, Rexwinkel en Appeldoorn daarvoor hoofverantwoordelijk zijn het volgende ten grondslag gelegd:

a. Greenchoice heeft, onder leiding van in het bijzonder Rexwinkel en Appeldoorn, doelbewust en systematisch op aanzienlijke schaal een eindafrekeningsproces gehanteerd waarbij eindafrekeningen van klanten met een creditsaldo werden aangehouden zonder dat er een algemeen opvolgingsproces was en zonder dat daarvoor een rechtvaardiging bestond en in de wetenschap dat deze handelwijze er toe leidde dat die klanten geen eindafrekening zouden krijgen en geen betaling van een eventueel tegoed zouden ontvangen. Deze handelwijze heeft geleid tot door de NMa opgelegde boetes aan Greenchoice, Rexwinkel en Appeldoorn,

b. De financiële verslaglegging en de inrichting van de AO/IS schoten te kort,

c. De corporate governance was niet op orde,

d. Greenchoice besteedde onvoldoende aandacht aan tegenstrijdige belangen tussen Greenchoice en Energie Concurrent,

e. Greenchoice schoot te kort in het geven van de informatie aan Eneco over belangrijke aspecten van en ontwikkelingen in verband met boetes van de NMa en de Consumentenautoriteit.

5.2 Greenchoice heeft de Ondernemingskamer verzocht het verzoek toe te wijzen, Van Rees BV heeft zich gerefereerd aan het oordeel van de Ondernemingskamer en Energie Concurrent heeft zich verweerd. Samenvattend heeft Energie Concurrent aangevoerd dat de conclusie wanbeleid op grond van de gang van zaken rond de eindafrekeningen niet kan worden getrokken omdat het onderzoek daarnaar ondeugdelijk is en dat voor de overige punten geldt, zo begrijpt de Ondernemingskamer haar standpunt, dat er weliswaar enkele tekortkomingen waren maar dat die onvoldoende zwaarwegend zijn om tot wanbeleid te kunnen concluderen.

Het proces van eindafrekeningen bij een switch

5.3 Het verweer van Energie Concurrent houdt op dit punt zakelijk weergegeven het volgende in. De weergave van het eindafrekeningsproces in het NMa Switch Rapport is onjuist, zodat de NMa, uitgaande van die onjuiste weergave, ten onrechte boetes heeft opgelegd. De onderzoeker heeft die weergave “klakke-

loos” overgenomen waardoor de conclusie in het onderzoeksverslag dat er sprake was van wanbeleid van Greenchoice eveneens onjuist is. Energie Concurrent heeft met betrekking tot de volgens haar juiste weergave van het afrekeningsproces naar voren gebracht dat de meterstanden die Greenchoice van de netbeheerder aangeleverd kreeg in een groot aantal van de gevallen onjuist waren omdat de schattingen van de meterstanden door de netbeheerder niet klopten. Greenchoice heeft deze schattingen zo veel als mogelijk overgenomen om een eindnota voor de klant te kunnen opstellen, behalve wanneer bleek dat de afwijkingen ten opzichte van haar eigen, meer betrouwbare, gegevens – Greenchoice nam vaker dan de netbeheerder de meterstanden bij klanten op – te groot waren. In dat geval werd er geen eindnota gestuurd. Greenchoice verkeerde in een situatie van overmacht, zij moesten kiezen tussen ofwel het verzenden van een eindnota waarin de onbetrouwbare meterstanden van de netbeheerder waren verwerkt, of uitgaan van de eigen gegevens en de eindnota “aanhouden”. De selectie van Greenchoice was uitsluitend gericht op het voorkomen dat evident onjuiste eindnota’s toch werden verstuurd en had tot doel de klant zo min mogelijk te benadelen. Ook (onjuiste) eindafrekeningen met een debetstand werden niet verstuurd waardoor de betreffende klant niets aan Greenchoice hoefde te betalen. In dit alles vindt de handelwijze van Greenchoice (Energie Concurrent, en indirect Rexwinkel en Appeldoorn) een rechtvaardiging. Zowel de NMa als de onderzoeker hebben dit miskend. Energie Concurrent heeft voorts gewezen op (overige) gebreken van inhoudelijke en formele aard in de bestuursrechtelijke procedure aangaande de boetebesluiten. Zij meent – meer subsidiair – dat de onderhavige procedure gezien de betekenis van de boetebesluiten voor die procedure moet worden aangehouden totdat het CB in hoger beroep uitspraak heeft gedaan en naar de verwachting van Energie Concurrent de beroepen met betrekking tot de boetebesluiten gegrond zal verklaren.

5.4 De Ondernemingskamer overweegt ten aanzien van de gang van zaken en de handelwijze met betrekking tot de eindafrekeningen van klanten die switchten, als volgt. Hetgeen Energie Concurrent ten verweere heeft aangevoerd, doet geen afbreuk aan de feitelijke vaststellingen van de onderzoeker, welke ten grondslag liggen aan zijn conclusies. Die vaststellingen (zie hierboven onder 4.1 tot en met 4.6) komen overeen met hetgeen de NMa in haar rapportage al eerder had geconstateerd en betreffen onder andere de volgende aspecten. Op basis van het zogenoemde geenklantcontactcriterium werden eindafrekeningen met een creditsaldo aangehouden. Deze geselecteerde eindafrekeningen werden handmatig uit het bestand met te verzenden eindafrekeningen “geknipt”, de terugbetalingsopdrachten werden vervolgens uit het systeem verwijderd. De niet verstuurd eindafrekeningen werden als zijnde verstuurd in de administratie verwerkt. Creditsaldi werden slechts terugbetaald als de klant contact opnam. Er ontbrak een algemeen opvolgingsproces om de (niet verzonden, maar in de administratie als verzonden geadministreerde) eindafrekeningen alsnog af te handelen. Rexwinkel en Appeldoorn hadden in dit proces een actieve rol. Zij hebben het proces niet aangepast ondanks kritiek vanuit de eigen organisatie. In de periode 2006 – 2010 is in totaal voor een bedrag van € 9.331.185,76 aan creditsaldi niet uitgekeerd. Uiteindelijk zijn in het reparatietraject (zie hierboven onder 2.16) alsnog 29.165 eindafrekeningen verzonden en is in totaal ruim € 9,3 miljoen uitgekeerd aan voormalige klanten van Greenchoice die ten onrechte geen eindafrekening hadden ontvangen. Gelet op deze feiten en omstandigheden deelt de Ondernemingskamer de conclusie van de onderzoeker dat de gang van zaken en de handelwijze rond de eindafrekeningen van klanten die switchten, wanbeleid van

Greenchoice oplevert. Anders dan Energie Concurrent heeft gesteld, bestaat hiervoor geen rechtvaardiging. Voor zover Greenchoice reden had om te twijfelen aan de juistheid van een eindafrekening opgesteld aan de hand van de gegevens van de netbeheerder, was dat (vanzelfsprekend) geen valide reden om de desbetreffende eindafrekening eenvoudigweg niet te verzenden, deze niettemin als verzonden te registreren, de klant daarover niet te informeren en ook overigens geen enkele opvolgingsprocedure te volgen teneinde alsnog binnen redelijke termijn tot een juiste, althans meer nauwkeurige eindafrekening te komen. Het feit dat ook eindafrekeningen met een debetsaldo werden aangehouden, kan (evenzeer vanzelfsprekend) niet rechtvaardigen dat eindafrekeningen met een creditsaldo niet werden verzonden, ook niet indien, zoals Energie Concurrent heeft gesteld, maar niet aannemelijk heeft gemaakt, het totaal bedrag van de niet verzonden “debet-afrekeningen” min of meer gelijk zou zijn aan het totaal bedrag van de niet verzonden “credit-afrekeningen”. Dat Greenchoice in een situatie van overmacht verkeerde en het best mogelijke voor de ex-klant deed, heeft Energie Concurrent niet aannemelijk gemaakt. Voor Greenchoice was het voorzienbaar dat haar handelwijze zou leiden tot de benadeling van een aanzienlijke groep ex-klanten met een voor die klanten niet kenbaar gemaakte vordering op Greenchoice. Dit alles leidt tot de conclusie dat Greenchoice niet voldeed aan de eisen van verantwoord ondernemerschap. Energie Concurrent, Rexwinkel en Appeldoorn hadden hierin een bepalende rol, zoals blijkt uit het verslag. Alleen al op grond van het voorgaande luidt de conclusie dat er sprake was van wanbeleid van Greenchoice. De uitkomst van de bestuursrechtelijke procedure inzake de NMa boetebesluiten kan aan dit oordeel niet afdoen omdat dit oordeel berust op de bevindingen van de onderzoeker en de stellingen van partijen in de onderhavige procedure en niet afhankelijk is van het al dan niet in stand blijven van de door de NMa opgelegde boetes. Er is dus geen reden om de zaak aan te houden totdat het CBB in de bestuursrechtelijke procedure heeft geoordeeld. Het verzoek tot aanhouding zal worden afgewezen.

#### *Financiële verslaglegging, AO/IC, corporate governance*

5.5 Eneco heeft ten aanzien van deze punten verwezen naar hierboven onder 4.7 tot en met 4.11 aangehaalde passages uit het onderzoeksverslag. Energie Concurrent heeft met betrekking tot de corporate governance ten verweere aangevoerd dat de benoeming van een compliance officer en het opstellen van protocollen voor corporate governance niet aan de orde was gezien het kleinschalige karakter van het bedrijf. Dit verweer is naar het oordeel van de Ondernemingskamer niet afdoende. De Ondernemingskamer leidt met Eneco uit het verslag af dat in ieder geval na toetreding van Eneco per 24 juli 2007 als minderheidsaandeelhouder – waarmee professionalisering van de organisatie en het opzetten van interne processen des te noodzakelijker werden – de AO/IC en de financiële administratie te kort schoten. Door de stormachtige groei die de onderneming doormaakte, kreeg het opzetten van een deugdelijk systeem van financiële verslaglegging en andere interne processen, waaronder een compliance systeem, onvoldoende aandacht. Illustratief in dit verband is dat de conceptjaarrekening 2010 langdurig onduidelijkheden bevatte (die jaarrekening is uiteindelijk op 24 februari 2014 vastgesteld) en dat de jaarrekeningen over de jaren 2011, 2012, en 2013 nog steeds niet zijn vastgesteld. Met betrekking tot overige aspecten van corporate governance verwijst de Ondernemingskamer naar de hierboven aangehaalde passages uit het verslag, waarin onder andere naar voren komt dat Greenchoice in een aantal gevallen de statutaire goed-

keuringsregel niet heeft nageleefd. Dat inmiddels maatregelen zijn genomen ter verbetering van de corporate governance, (zie hierboven onder 2.46), kan er niet aan afdoen dat de corporate governance over de periode van het onderzoek tekort schoot. Bovenstaande overwegingen, bezien in onderling verband met de door de onderzoeker geconstateerde gebreken ten aanzien van de financiële verslaglegging, AO/IC en corporate governance, leiden tot de conclusie dat zich bij Greenchoice wanbeleid heeft voorgedaan. Dit valt het bestuur van Greenchoice (Energie Concurrent en indirect met name Rexwinkel en Appeldoorn) aan te rekenen.

#### *Tegenstrijdig belang en hoe daarmee is omgegaan*

5.6 Met betrekking tot het bestaan van een tegenstrijdig belang tussen Greenchoice enerzijds en Energie Concurrent, Rexwinkel en Appeldoorn anderzijds heeft Eneco onder andere verwezen naar de hierboven onder 4.12 weergegeven passages uit het verslag. Energie Concurrent heeft met betrekking tot de onderhandelingen tussen Greenchoice, Rexwinkel en Appeldoorn enerzijds en de NMa anderzijds naar aanleiding van het onderzoek door de NMa, gesteld dat onjuist is dat Rexwinkel en Appeldoorn zouden hebben ingestemd met een verhoging van de boete voor Greenchoice als hen geen persoonlijke boete zou worden opgelegd. De enige reden dat Greenchoice met de NMa onderhandelde en bereid was om aan de door de NMa opgelegde voorwaarden te voldoen was om te voorkomen dat de NMa de vergunning van Greenchoice zou intrekken als er geen overeenstemming werd bereikt. Zij verwijst in dit verband naar een e-mail van 20 september 2011 van de toenmalige advocaat van Greenchoice aan onder andere Rexwinkel en Appeldoorn (productie 24 bij verweerschrift Energie Concurrent) waaruit dit volgens haar zou blijken. Het persoonlijk belang van de bestuurders liep, zo stelt zij, dus gelijk met het belang van Greenchoice.

5.7 De Ondernemingskamer overweegt als volgt. Ongeacht de vraag hoe het proces van onderhandelingen tussen de NMa en Greenchoice, resulterend in het Beginselakkoord (zie hierboven onder 2.14 en 4.15, precies is verlopen en wat daarvan de uitkomst was, is het enkele gegeven dat Greenchoice (zoals blijkt uit het verslag, in het bijzonder in E.6.2.5, en uit de door Energie Concurrent overgelegde brief van de toenmalige advocaat van Greenchoice van 20 september 2011) in die onderhandelingen heeft bedongen dat de NMa zal afzien van het opleggen van persoonlijke boetes aan Rexwinkel en van Appeldoorn, toereikend om vast te stellen dat Greenchoice de persoonlijke belangen van Rexwinkel en Van Appeldoorn ten onrechte heeft betrokken in die onderhandelingen. Eneco heeft in dit verband – onder verwijzing naar het verslag (D.32) – naar voren gebracht dat Greenchoice zich jegens de NMa op het standpunt stelde dat persoonlijke boetes voor Rexwinkel en Appeldoorn onbespreekbaar waren en dat de NMa duidelijk had gemaakt dat de boete voor Greenchoice in dat geval hoger zou uitvallen. Energie Concurrent heeft een en ander niet voldoende gemotiveerd betwist. Het had in ieder geval op de weg van Rexwinkel en Appeldoorn gelegen om zich te onthouden van beraadslaging en besluitvorming van Greenchoice in de onderhandelingen met de NMa. Daaraan doet niet af dat de onderzoeker, zoals hij in het verslag onder D.32 schrijft, niet heeft kunnen vaststellen of de door de NMa aan Greenchoice opgelegde boete hoger is uitgevallen doordat Greenchoice in het Beginselakkoord heeft bedongen dat geen persoonlijke boetes opgelegd zouden worden aan Rexwinkel en Appeldoorn. De besluitvorming over het Beginselakkoord is voorts niet ter goedkeuring aan de algemene vergadering van aandeelhouders voorgelegd, zoals artikel 16 lid 2 onder dd van de statuten van Greenchoice bij een tegenstrij-

dig belang voorschrijft. De stelling van Energie Concurrent dat de belangen tussen de bestuurders en Greenchoice parallel liepen omdat de NMa had bedreigd de vergunning in te trekken wordt door de Ondernemingskamer verworpen. Uit de genoemde productie waarop die stelling is gebaseerd (productie 24 bij verweerschrift Eneco) valt dit laatste niet af te leiden en ook overigens heeft de Ondernemingskamer daartoe geen aanknopingspunten gevonden.

5.8 Met betrekking tot de gang van zaken rond de aan de NMa gegeven query overweegt de Ondernemingskamer het volgende. Vast staat dat aanvankelijk, ten tijde van het bezoek van de NMa op 10 en 11 maart 2011, de verkeerde query aan NMa was gegeven. Uit deze query kon niet worden afgeleid waarom bepaalde eindafrekeningen waren aangehouden terwijl deze niet binnen de selectie criteria van die query vielen. Op het verzoek van NMa om hierover uitleg te geven, heeft Rexwinkel op 9 augustus 2011 alsnog de juiste query aan de NMa gestuurd en aan de NMa geschreven: “Gelet op de persoonlijke belangen van de bestuurders en de voorgenomen OM-melding is besloten het onderzoek hiernaar af te ronden en geen vervolgonderzoek in te stellen.” (zie verslag E.6.2.3). Hieruit blijkt onmiskenbaar dat Greenchoice aan de persoonlijke belangen van haar indirecte bestuurders, in het bijzonder Rexwinkel en Appeldoorn (doorslaggevende) betekenis heeft toegekend bij haar besluit geen nader onderzoek in te stellen naar de interne gang van zaken met betrekking tot de query. Dit getuigt van ontoelaatbare belangenverstremgeling door Rexwinkel en Appeldoorn. Het verweer van Energie Concurrent dat Rexwinkel niet met opzet de verkeerde query zou hebben meegegeven is niet relevant.

5.9 De Ondernemingskamer wijst voorts op hetgeen in de beschikking van 27 april 2012 is overwogen onder 3.14. Daarin staat dat Greenchoice – dat wil zeggen haar bestuurder Energie Concurrent – niet de vraag onder ogen heeft gezien of Energie Concurrent jegens Greenchoice aansprakelijk is voor de door Greenchoice geleden schade als gevolg van de constateringen in de NMa rapportage.

5.10 Met betrekking tot de in 5.7, 5.8 en 5.9 genoemde kwesties geldt telkens dat Energie Concurrent als bestuurder van Greenchoice geen consequenties heeft verbonden aan het tegenstrijdig belang tussen Greenchoice enerzijds en Energie Concurrent, Rexwinkel en Appeldoorn. Integendeel; terwijl er alle aanleiding bestond om Energie Concurrent, althans Rexwinkel en Appeldoorn uit te sluiten van betrokkenheid bij de besluitvorming over de genoemde onderwerpen, heeft Energie Concurrent zich als bestuurder van Greenchoice bij de besluitvorming telkens laten leiden door de persoonlijke belangen van Rexwinkel en Appeldoorn. Dit is wanbeleid en valt Energie Concurrent en met name Rexwinkel en Appeldoorn aan te rekenen.

#### *Het verschaffen van informatie aan de algemene vergadering van aandeelhouders*

5.11 Met een beroep op de hierboven onder 4.15 weergegeven passages uit het verslag heeft Eneco zich op het standpunt gesteld dat Energie Concurrent doelbewust gedurende de periode dat het NMa onderzoek liep geen openheid van zaken heeft gegeven over belangrijke aspecten van en ontwikkelingen over dit onderzoek, ondanks het feit dat Eneco tijdens in die periode gehouden algemene vergaderingen van aandeelhouders daarover vragen heeft gesteld en zij als aandeelhouder recht en belang had om geïnformeerd te worden. De Ondernemingskamer deelt dit standpunt. Daarbij verwijst zij tevens naar de hierboven onder 2.10, 2.13 en 2.20 en 2.24 vastgestelde feiten, waaruit in combinatie met de onder 4.15 weergegeven passages onder E.7.2.6 blijkt dat met name Rexwinkel niet bereid was om opening van zaken te geven en zelfs onjuiste en misleidende infor-



matie aan Eneco heeft gegeven, onder andere door net te doen alsof hij niet op de hoogte was van de bevindingen van de NMa, terwijl hij inmiddels (in persoon en als indirect bestuurder) betrokken was in de onderhandelingen met de NMa. Illustratief is dat Rexwinkel tijdens de aandeelhoudersvergadering van 19 september 2011 de indruk heeft gewekt dat hij nog niet weet wat er uit zal komen en toezegt Eneco te zullen informeren, terwijl daags nadien, op 20 september 2011, tussen Greenchoice en de NMa het Beginselakkoord werd gesloten, waarover al wekenlang werd onderhandeld. Ook pretendeerde hij tijdens de algemene vergadering van aandeelhouders van 16 januari 2012 niet op de hoogte te zijn van de inhoud van het boetebesluit van 9 december 2011 en evenmin van de achterliggende redenen waarom bepaalde delen van het boetebesluit niet waren gepubliceerd. Dat laatste verhoudt zich slecht met het verzoek op 14 december 2011 van mr. De Bree, advocaat van Greenchoice, aan de NMa om bepaalde gegevens uit het besluit niet openbaar te maken in het door de NMa uit te geven persbericht over de opgelegde boete (zie hierboven onder 2.22).

5.12 Energie Concurrent heeft niet ontkend dat zij informatie over het NMa onderzoek voor Eneco heeft verzwegen. Ter rechtvaardiging hiervan is aangevoerd dat zij daartoe heeft besloten op grond van een daartoe strekkend advies van Base Advocaten. De Ondernemingskamer verwerpt dit verweer. Het door Base Advocaten gegeven advies is geen rechtvaardiging voor de verzwijging omdat, zoals de onderzoeker reeds constateerde (zie verslag E.7.2.25 en 7.2.26), in die advisering geen aandacht is besteed aan (a) de in de aandeelhoudersovereenkomst geregelde verplichting tot het verschaffen van informatie, (b) het tegenstrijdig belang tussen Greenchoice enerzijds en Energie Concurrent en Rexwinkel en Appeldoorn anderzijds en (c) de statutaire verplichting om een met de NMa overeengekomen regeling, in het bijzonder het Beginselakkoord, ter goedkeuring voor te leggen aan de algemene vergadering van aandeelhouders. Nu Energie Concurrent zelf van een en ander doordrongen moet zijn geweest, is haar stelling dat zij meende te kunnen varen op het advies van Base Advocaten onbegrijpelijk. De Ondernemingskamer wijst er daarbij op dat nog daargelaten of Greenchoice een eigen belang had bij het achterwege laten van het geven van informatie omdat die informatie (mogelijk) bedrijfs- en concurrentie gevoelige informatie bevatte, er een verplichting uit de aandeelhoudersovereenkomst bestond (zie hierboven onder 2.4) om op redelijk verzoek van Eneco alle informatie te verstrekken met betrekking tot het beheer en het bestuur van Greenchoice. Daarnaast had het bestaan van tegenstrijdige belangen tot openheid over die tegenstrijdigheid genoopt. Ook de stelling van Energie Concurrent dat het verschaffen van informatie aan Eneco niet mogelijk was omdat de NMa aan Energie Concurrent een geheimhoudingsverplichting had opgelegd, snijdt geen hout. Uit de bevindingen van de onderzoeker, in het bijzonder als weergegeven in E.7.2.28 van het verslag (hierboven weergegeven onder 4.15) volgt dat de NMa geen beperkingen heeft gesteld aan het verschaffen van informatie door Greenchoice aan Eneco. Energie Concurrent heeft geen concrete feiten en omstandigheden gesteld waaruit volgt dat dit anders zou zijn. Het onvolledig, niet tijdig en onjuist informeren van de algemene vergadering van aandeelhouders (Eneco) kwalificeert de Ondernemingskamer als wanbeleid. Dit valt Energie Concurrent en de indirect bestuurders van Greenchoice aan te rekenen.

#### Tussenconclusie

5.13 De Ondernemingskamer constateert dat zich in de periode vanaf 24 juli 2007 tot en met 27 april 2012 wanbeleid van Greenchoice heeft voorgedaan ter zake van:

- het proces van eindafrekening bij een switch;
- financiële verslaglegging, AO/IC, corporate governance;
- het omgaan met tegenstrijdige belangen;
- het verstrekken van informatie aan de algemene vergadering van aandeelhouders (Eneco);
- een en ander als hiervoor beschreven.

5.14 Gelet op bovenstaande overwegingen op zich zelf beschouwd en in onderlinge samenhang bezien, wijst de Ondernemingskamer – zoals door Eneco is verzocht – Energie Concurrent als enig bestuurder van Greenchoice en Rexwinkel en Appeldoorn als indirect bestuurders van Greenchoice ten aanzien van alle hierboven genoemde onderwerpen aan als hoofdverantwoordelijken voor het wanbeleid. Daaraan doet niet af dat dat ook Van Rees en Willekes een bijdrage hebben geleverd aan de als wanbeleid gekwalificeerde gebeurtenissen (zie het verslag hierboven weergegeven onder 4.5 en 4.12).

#### Kostenverhaal

5.15 Gelet op dit oordeel is ten aanzien van Energie Concurrent, Rexwinkel en Appeldoorn zonder meer aan de vereisten van artikel 2:354 BW voldaan. Het verzoek van Greenchoice te betalen dat zij de door haar betaalde kosten van het onderzoek van € 225.000,= (exclusief BTW), vermeerderd met wettelijk rente, op de voor het onjuiste beleid verantwoordelijke personen in een door de Ondernemingskamer vast te stellen verhouding kan verhalen, zal worden toegewezen in die zin dat Energie Concurrent, Rexwinkel en Appeldoorn hoofdelijk worden veroordeeld tot betaling aan Greenchoice van de onderzoekskosten, te vermeerderen met de daarover verschuldigde omzetbelasting, te vermeerderen met wettelijke rente vanaf de dag van deze beschikking. Ten aanzien van Van Rees en Van Rees BV is de Ondernemingskamer van oordeel dat de stellingen van Greenchoice op dit punt ontoereikend zijn voor het oordeel dat aan de vereisten van artikel 2:354 BW is voldaan. In zoverre zal het verzoek van Greenchoice worden afgewezen. Van Rees BV is niet bevoegd om het verzoek tot kostenverhaal in te dienen, dat verzoek komt slechts toe aan de vennootschap. Zij zal in haar verzoek dienaangaande niet ontvankelijk worden verklaard.

#### Voorzieningen

5.16 Greenchoice heeft de verzoeken van Eneco tot het treffen van voorzieningen in grote lijnen ondersteund en daaraan toegevoegd dat het belang van Greenchoice en de door haar gehouden onderneming vergt dat haar bestuur niet langer dan noodzakelijk wordt gevormd door een tijdelijke bestuurder. Zij heeft benadrukt dat de corporate governance bij Greenchoice niet optimaal is en dat artikel 16 lid 2 van de statuten van Greenchoice het functioneren van de vennootschap bemoeilijkt, mede vanwege de verslechterde verstandhouding tussen Energie Concurrent en Eneco en omdat de belangen van Greenchoice en Eneco niet altijd parallel lopen. In dat verband heeft zij er op gewezen dat Greenchoice genoodzaakt is om concurrentiegevoelige informatie te delen met Eneco als aandeelhouder. Zij heeft aan de Ondernemingskamer verzocht een raad van commissarissen te benoemen aan wie bepaalde bevoegdheden uit artikel 16 van de statuten (zie hierna) worden overgedragen en die tevens, zo verstaat de Ondernemingskamer de opdracht krijgt kandidaat-bestuurders voor te dragen ter benoeming door de algemene vergadering van aandeelhouders. Van Westen heeft tijdens de mondelinge behandeling verklaard dat Greenchoice gebaat is met een oplossing die zo snel als mogelijk kan werkstelligen dat Greenchoice niet langer, althans in veel mindere mate belast wordt met het geschil tussen haar aandeelhouders.

5.17 Van der Schoot heeft naar voren gebracht, zakelijk weergegeven, dat (i) de onderneming van Greenchoice in relatief korte tijd is gegroeid van een zolderkamerbusiness naar een onderneming met een omzet van meer dan € 450 miljoen, meer dan 380.000 klanten en een groot aantal deelnemingen, (ii) Greenchoice zich thans in een fase bevindt waarin andere organisatorische structuren nodig zijn en een meer passende adequate governance, (iii) Greenchoice niet door één van haar aandeelhouders maar door een onafhankelijk bestuurder bestuurd dient te worden ten einde een zuivere belangenafweging door het bestuur van Greenchoice te bevorderen, (iv) de verlenging van de aanstelling van Van Westen voor de hand ligt en bijdraagt aan de noodzakelijke stabiliteit, en (v) hij, Van der Schoot, zich voorlopig beschikbaar houdt voor verlenging van zijn aanstelling als beheerder van aandelen. Voorts meent hij dat de door Eneco verzochte voorzieningen geen oplossing bieden op langere termijn omdat Energie Concurrent en Eneco “niet door één deur kunnen” en artikel 16 lid 2 van de statuten voor veel bestuursbesluiten de goedkeuring vereist van beide aandeelhouders. Volgens hem is Greenchoice in de kern een gezonde onderneming, maar begint de onderneming te lijden onder de conflicten tussen de aandeelhouders, welke conflicten hoe dan ook moeten worden opgelost. Hij ondersteunt het verzoek van Greenchoice tot het treffen, op korte termijn, van voorzieningen met betrekking tot de governance van de onderneming, waaronder het instellen van een raad van commissarissen en de overdracht aan die raad van bevoegdheden die in artikel 16 van de statuten aan de algemene vergadering van aandeelhouders zijn toegekend, een en ander met het oog op het creëren van rust in de onderneming, het wegnemen van “blocking votes”, waardoor Greenchoice niet langer afhankelijk is van unanimitéit tussen Energie Concurrent en Eneco en het mogelijk maken dat op korte termijn een aantal noodzakelijke strategische beslissingen worden genomen. Naar zijn mening had de onderneming gezien haar omvang al lang onder het structuurregime moeten vallen en moet er een governance model komen dat daar op aansluit.

5.18 Eneco heeft tijdens de mondelinge behandeling naar voren gebracht dat de door Greenchoice verzochte voorziening van het benoemen van een raad van commissarissen zeer geïndiceerd is maar dat zij van mening verschilt over de vraag welke bevoegdheden uit artikel 16 van de statuten aan deze raad van commissarissen moeten worden overgedragen. Zij heeft in dit verband verwezen naar productie 5 bij het verzoekschrift, waarin een voorstel staat tot wijziging van artikel 16 van de statuten.

5.19 Energie Concurrent heeft zich tegen de verzochte voorzieningen anders dan dat er volgens haar geen wanbeleid is geweest en er dus voor het treffen van voorzieningen geen plaats is, niet dan wel onvoldoende verweerd. Zij heeft tijdens de zitting in reactie op hetgeen aan de orde is gesteld met betrekking tot de benoeming van een raad van commissarissen naar voren gebracht geen bezwaar te hebben tegen een dergelijke voorziening en in gesprek te willen gaan over een oplossing.

5.20 De Ondernemingskamer overweegt als volgt. Op de onderhavige procedure is het enquêterecht dat gold tot 1 januari 2013 van toepassing. Greenchoice is op de voet van artikel 282 lid 4 Rv bevoegd om een zelfstandig tegenverzoek tot het treffen van in artikel 2:356 BW genoemde voorzieningen in te dienen. Greenchoice, Eneco, Van Westen en Van der Schoot zijn het er over eens dat de geschillen tussen Energie Concurrent en Eneco in het belang van de onderneming van Greenchoice zo spoedig mogelijk dienen te worden beëindigd, dat het voortzetten van het bestuur door Van Westen en het beheer van de aandelen door Van der Schoot tijdelijk een oplossing biedt en dat een blijvend professioneel bestuur dient te worden benoemd, niet be-

staande uit één der aandeelhouders. Zij zijn allen voorstander van de benoeming van een raad van commissarissen – tegen welke benoeming Energie Concurrent geen bezwaar heeft – aan wie de opdracht wordt gegeven om een bestuur samen te stellen en voor te dragen aan de algemene vergadering van aandeelhouders en aan wie bepaalde bevoegdheden worden toegekend die thans aan die vergadering toekomen.

5.21 De Ondernemingskamer deelt deze visies en standpunten en acht het passend en noodzakelijk met het oog op het redresseren van het geconstateerde wanbeleid, het herstel van gezonde vennootschappelijke verhoudingen en het creëren van een verantwoorde corporate governance om bij wijze van voorzieningen, op de voet van artikel 2:356 BW:

(i) Energie Concurrent te ontslaan als bestuurder van Greenchoice;

(ii) de aanstelling van Van Westen als bestuurder van Greenchoice tijdelijk te verlengen met een periode van drie jaar, althans totdat de algemene vergadering van aandeelhouders, op voordracht door een hierna te noemen raad van commissarissen, een of meer bestuurders heeft benoemd, met de bepaling dat Van Westen zelfstandig bevoegd is om Groene Energie Administratie BV te vertegenwoordigen;

(iii) de door Energie Concurrent gehouden aandelen in Greenchoice voor drie jaren ten titel van beheer overgedragen te houden aan Van der Schoot;

(iv) in afwijking van de statuten drie commissarissen, waaronder een voorzitter (hierna: een raad van commissarissen) te benoemen die de opdracht krijgt een of meer kandidaat-bestuurders (ter vervanging van Van Westen) voor te dragen ter benoeming door de algemene vergadering van aandeelhouders. Daarnaast krijgt deze raad van commissarissen, in afwijking van artikel 16 lid 2 aanhef van de statuten (de goedkeuringsregeling zie hierboven onder 2.3) de bevoegdheden, genoemd in artikel 16 lid 2 sub a, b, g, h, i, j, k, l, m, n, q, s, t, cc. Over de overdracht van deze bevoegdheden bestaat blijkens het zelfstandig tegenverzoek van Greenchoice en productie 5 bij het verzoekschrift van Eneco overeenstemming, terwijl Energie Concurrent (en de overige verschenen belanghebbenden) hiertegen geen verweer heeft (hebben) gevoerd.

5.22 Met betrekking tot de overdracht, verzocht door Greenchoice, van andere in artikel 16 van de statuten genoemde bevoegdheden aan de raad van commissarissen is de Ondernemingskamer van oordeel dat het debat hierover nog onvoldoende is uitgekristalliseerd. Partijen zullen in de gelegenheid worden gesteld om zich binnen drie weken na de datum van deze beschikking uit te laten over de overdracht van de bevoegdheden van artikel 16 lid 2 sub c, d, f, o, r, u (voor zover het de uitkering van interim-dividend betreft door Greenchoice), aa, bb en dd en voorts van artikel 16 lid 3, lid 4, lid 7 (i) en lid 7 (ii). Partijen worden aansluitend in de gelegenheid gesteld binnen twee weken op elkaars standpunten te reageren. De Ondernemingskamer is zich ervan bewust dat deze termijnen kort zijn, maar acht het hanteren daarvan enerzijds noodzakelijk in verband met de vereiste voortvarendheid om in te grijpen in de vennootschap en anderzijds redelijk omdat ieder der partijen zich ook in het kader van minnelijk overleg met de kwestie van de verdeling van bevoegdheden heeft bezig gehouden en de standpunten verondersteld mogen worden over en weer niet onbekend te zijn.

5.23 De Ondernemingskamer ziet geen aanleiding voor toewijzing van de verzoeken tot aanhouding, gelet op hetgeen hiervoor is overwogen. De Ondernemingskamer merkt daarbij nog op dat partijen van inzicht verschillen over de stand van zaken met betrekking tot mediation en dat alleen al daarom het een-

zijdige verzoek van Energie Concurrent tot aanhouding vanwege mediation zal worden afgewezen.

5.24 Iedere verdere beslissing zal worden aangehouden.

### 6 De beslissing

De Ondernemingskamer:

wijst de verzoeken tot aanhouding van de zaak af;

verstaat dat uit het verslag van het onderzoek in deze zaak blijkt van wanbeleid van Greenchoice, in de periode vanaf 24 juli 2007 tot en met 27 april 2012, een en ander als hiervoor omschreven;

stelt vast dat Energie Concurrent, Rexwinkel en Appeldoorn hiervoor hoofverantwoordelijk zijn;

verklaart Van Rees BV niet-ontvankelijk in haar verzoek tot verhaal van de kosten van het onderzoek als bedoeld in artikel 2:354 BW;

veroordeelt Energie Concurrent, Rexwinkel en Appeldoorn hoofdelijk tot betaling van een bedrag van € 225.000,= (exclusief BTW) aan Greenchoice, te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf de dag van deze beschikking;

ontslaat met ingang van heden Energie Concurrent als bestuurder van Greenchoice;

verlengt de benoeming van Van Westen tot bestuurder van Greenchoice met een periode van drie jaar, althans totdat de algemene vergadering van aandeelhouders een of meer bestuurders heeft benoemd op voordracht van de hierna te benoemen commissarissen, en bepaalt dat Van Westen zelfstandig bevoegd is om Greenchoice te vertegenwoordigen;

bepaalt dat het salaris en de kosten van deze bestuurder ten laste komen van Greenchoice;

bepaalt dat de aandelen die Energie Concurrent houdt in Greenchoice ten titel van beheer overgedragen blijven voor de duur van drie jaar aan Van der Schoot;

bepaalt dat het salaris en de kosten van deze beheerder ten laste komen van Greenchoice;

benoemt voor een periode van drie jaar met ingang van heden in afwijking van de statuten drie nader aan te wijzen commissarissen, waaronder een voorzitter (hierna: een raad van commissarissen), die de opdracht krijgt een of meer kandidaat-bestuurders voor te dragen ter benoeming door de algemene vergadering van aandeelhouders ter vervanging van Van Westen;

bepaalt dat de volgende bevoegdheden in afwijking van artikel 16 lid 2 aanhef en onder a, b, g, h, i, j, k, l, m, n, q, s, t, cc zijn overgedragen aan deze raad van commissarissen;

stelt partijen in de gelegenheid zich binnen drie weken na de datum van deze beschikking uit te laten over een overdracht van de bevoegdheden van artikel 16 lid 2 sub c, d, f, o, r, u (voor zover het de uitkering van interim-dividend betreft door Greenchoice), aa, bb en dd en voorts van artikel 16 lid 3, lid 4, lid 7 (i) en lid 7 (ii) aan de raad van commissarissen. Partijen worden aansluitend in de gelegenheid gesteld binnen twee weken op elkaars standpunten te reageren;

verklaart deze beschikking uitvoerbaar bij voorraad;

houdt iedere verdere beslissing, waaronder een beslissing over de proceskosten, aan.

verwijs ik voor een uitvoerige beschrijving van de feiten en de achtergrond naar r.o. 2.

### *Greenchoice en haar vennootschappelijke structuur*

2. Greenchoice verkoopt groene energie aan met name kleinverbruikers. Greenchoice had in 2010 een jaaromzet van ruim € 355 miljoen en meer dan 300.000 klanten. Energie Concurrent was aanvankelijk enig aandeelhouder. In juli 2007 heeft Eneco een belang van 30% in Greenchoice verworven. Sindsdien houdt Energie Concurrent 70% en Eneco 30% van de aandelen. Het aandelenbezit van Energie Concurrent is verspreid. De aandelen worden gehouden door (i) Rexwinkel BV (49%), waarvan de aandelen voor 20% door Rexwinkel en voor 80% door diens kinderen gehouden worden; (ii) Appeldoorn BV (22%), waarvan Appeldoorn enig aandeelhouder is; en (iii) Van Rees BV (22%), waarvan Van Rees enig aandeelhouder is. Tot slot houdt een aantal (voormalige) medewerkers van Greenchoice gezamenlijk 7% van de aandelen in Energie Concurrent. Energie Concurrent is direct bestuurder en Rexwinkel en Appeldoorn zijn indirect bestuurders van Greenchoice.

### *De vaststelling van wanbeleid en de door de OK getroffen voorzieningen*

3. Nadat de OK bij beschikking van 27 april 2012 een onderzoek naar het beleid en de gang van zaken van Greenchoice had bevolen (ECLI:NL:GHAMS:2012:BW6048), stelt de OK in deze beschikking vast dat uit het onderzoeksverslag van wanbeleid van Greenchoice in de periode vanaf 24 juli 2007 tot en met 27 april 2012 blijkt. Daarvoor zijn Energie Concurrent, Rexwinkel en Appeldoorn hoofverantwoordelijk. De OK ontslaat met onmiddellijke ingang Energie Concurrent als bestuurder van Greenchoice en verlengt de eerdere benoeming door de OK van Van Westen tot bestuurder van Greenchoice met een periode van drie jaar. De aandelen die Energie Concurrent houdt in Greenchoice blijven voor de duur van drie jaar aan Van der Schoot ten titel van beheer overgedragen. De OK benoemt voor een periode van drie jaar, in afwijking van de statuten, drie nader aan te wijzen commissarissen, waaronder een voorzitter. Deze voorzitter krijgt de opdracht één of meer kandidaat-bestuurders voor te dragen ter benoeming door de algemene vergadering van aandeelhouders ter vervanging van Van Westen.

4. Het wanbeleid ziet op de volgende constatering: (i) het proces van eindafrekening bij een switch, (ii) financiële verslaggeving, administratieve organisatie/interne controle (AO/IC) en corporate governance, (iii) het omgaan met tegenstrijdige belangen en (iv) het verstrekken van informatie aan de algemene vergadering, in het bijzonder aan Eneco. Energie Concurrent, Rexwinkel en Appeldoorn hadden hierin een bepalende rol. Deze constatering is hen aan te rekenen.

### *Het proces van eindafrekening bij een switch*

5. De OK volgt de vaststellingen van de onderzoeker over het proces van eindafrekening bij een switch door klanten. Die vaststellingen komen overeen met de constatering van de (thans) ACM dat Greenchoice art. 95b lid 1 Elektriciteitswet 1998 en art. 44 lid 1 Gaswet heeft overtreden, waarvoor boetes zijn opgelegd. Deze bepalingen, en de 'Beleidsregel factureringstermijnen energie', houden in dat een energieleverancier uiterlijk twee maanden na de verhuizing of overstap van een kleinverbruiker naar een andere leverancier, een juiste en volledige (eind)afrekening aan de kleinverbruiker moet zenden. Greenchoice paste in haar systemen een zogenoemd *geenklantcontactcriterium* toe. Eindafrekeningen van haar klanten met een creditsaldo werden aangehouden. Deze eindafrekeningen werden handmatig uit het bestand met te verzenden

## NOOT

### *Inleiding*

1. Voor wie de voorgeschiedenis kent, is deze – terecht – tweede fase-beschikking, waarin wanbeleid inzake Greenchoice is vastgesteld, geen verrassing. De beschikking heeft inmiddels ook de media gehaald (zie bijvoorbeeld het *FD*, 4 augustus 2014, p. 15). Voor wie de voorgeschiedenis niet of minder goed kent,

eindafrekeningen 'geknipt'. Vervolgens werden de terugbetalingsopdrachten uit het systeem verwijderd. In de administratie werden de niet verstuurd eindafrekeningen als 'verstuurd' verwerkt. Pas als de klant contact opnam, werden de creditsaldi alsnog terugbetaald. Er ontbrak (dus ook) een algemeen opvolgingsproces om de (niet verzonden, maar in de administratie als verzonden geadmistreerde) eindafrekeningen alsnog af te handelen. Rexwinkel en Appeldoorn hebben dit proces opgezet en speelden daarin een zeer actieve rol. Vanuit Greenchoice was kritiek op dit proces. Rexwinkel en Appeldoorn hebben deze kritiek naast zich neergelegd. In de periode 2006-2010 is voor een totaalbedrag van ruim € 9 miljoen aan creditsaldi niet uitgekeerd. Uiteindelijk zijn in het reparatietraject, dat Greenchoice naar aanleiding van de bevindingen van de ACM heeft opgestart, alsnog bijna dertigduizend eindafrekeningen verzonden. Er is ruim € 9 miljoen uitgekeerd aan voormalige klanten van Greenchoice die ten onrechte geen eindafrekening hadden ontvangen. Het was voor Greenchoice voorzienbaar dat deze handelwijze zou leiden tot de benadeling van een aanzienlijke groep ex-klanten met een voor die klanten niet kenbaar gemaakte vordering op Greenchoice. Daarvoor bestaat geen rechtvaardiging. Greenchoice voldeed niet aan de eisen van verantwoord ondernemerschap, aldus de OK in r.o. 5.4.

#### *Financiële verslaggeving, AO/IC en corporate governance*

6. De OK leidt uit het onderzoeksverslag over de financiële verslaggeving, AO/IC en corporate governance af dat in ieder geval na toetreding van Eneco als minderheidsaandeelhouder de AO/IC en de financiële administratie tekortschoten. Deze toetreding maakte de professionalisering van de organisatie en het opzetten van interne processen noodzakelijker. Door de stormachtige groei die Greenchoice doormaakte, kreeg het opzetten van een deugdelijk systeem van financiële verslaggeving en andere interne processen, waaronder een *compliance* systeem, onvoldoende aandacht. Zo bevatte de conceptjaarrekening 2010 lange tijd onduidelijkheden en is die jaarrekening uiteindelijk pas begin 2014 vastgesteld. Op het moment van het wijzen van de beschikking waren de jaarrekeningen 2011, 2012, en 2013 nog (steeds) niet vastgesteld. Bovendien heeft Greenchoice in een aantal gevallen de statutaire goedkeuringsregel niet nageleefd, aldus de OK in r.o. 5.5.

#### *Tegenstrijdige belangen*

7. De OK overweegt over het omgaan met tegenstrijdige belangen dat – ongeacht de vraag hoe het proces van onderhandelingen tussen de ACM en Greenchoice over (onder meer) de voorwaarden van de boete voor Greenchoice wegens overtreding van de Elektriciteitswet 1998 en de Gaswet ('het Beginselakkoord') verliep – het feit dat Greenchoice in die onderhandelingen heeft bedongen dat de ACM zal afzien van het opleggen van persoonlijke boetes aan Rexwinkel en Appeldoorn toereikend is om vast te stellen dat Greenchoice de persoonlijke belangen van Rexwinkel en Appeldoorn ten onrechte heeft betrokken in die onderhandelingen. Het had op de weg van Rexwinkel en Appeldoorn gelegen om zich te onthouden van beraadslaging en besluitvorming van Greenchoice in de onderhandelingen met de ACM. De besluitvorming over het Beginselakkoord is bovendien niet ter goedkeuring aan de algemene vergadering voorgelegd, zoals de statuten van Greenchoice bij een tegenstrijdig belang voorschrijven, aldus de OK in r.o. 5.7.

8. Daarnaast staat volgens de OK vast dat ten tijde van het bezoek van de ACM begin 2011 de verkeerde *query* aan ACM was gegeven. Uit deze *query* kon niet worden afgeleid waarom bepaalde eindafrekeningen waren aangehouden, terwijl deze niet

binnen de selectiecriteria van die *query* vielen. De ACM heeft hierover uitleg gevraagd, waarop Rexwinkel in augustus 2011 alsnog de juiste *query* aan de ACM heeft gestuurd. Hij schreef: "Gelet op de persoonlijke belangen van de bestuurders en de voorgenomen OM-melding is besloten het onderzoek hiernaar af te ronden en geen vervolgonderzoek in te stellen". De OK overweegt dat onmiskenbaar blijkt dat Greenchoice aan de persoonlijke belangen van haar indirecte bestuurders, in het bijzonder Rexwinkel en Appeldoorn, (doorslaggevende) betekenis heeft toegekend bij haar besluit geen nader onderzoek in te stellen naar de interne gang van zaken met betrekking tot de *query*. Dat is ontoelaatbare belangenverstremming door Rexwinkel en Appeldoorn, aldus de OK in r.o. 5.8.

9. Daarbij speelt volgens de OK (r.o. 5.9) ook een rol dat Greenchoice, althans Energie Concurrent, zich niet de vraag heeft gesteld of Energie Concurrent jegens Greenchoice aansprakelijk is voor de door Greenchoice geleden schade als gevolg van de constatering in het ACM-rapport.

10. Tot slot overweegt de OK in r.o. 5.10 dat Energie Concurrent als bestuurder van Greenchoice geen consequenties heeft verbonden aan het tegenstrijdig belang tussen Greenchoice enerzijds en Energie Concurrent, Rexwinkel en Appeldoorn anderzijds. Energie Concurrent heeft zich als bestuurder van Greenchoice bij de besluitvorming juist telkens laten leiden door de persoonlijke belangen van Rexwinkel en Appeldoorn, terwijl juist een andere handelwijze aangewezen was.

#### *Het verstrekken van informatie aan de algemene vergadering*

11. Over het verstrekken van informatie aan de algemene vergadering overweegt de OK dat Energie Concurrent doelbewust gedurende de periode dat het ACM-onderzoek liep hierover geen openheid van zaken heeft gegeven. Eneco had daarover tijdens in die periode gehouden algemene vergaderingen echter wel vragen gesteld en had als aandeelhouder recht en belang om geïnformeerd te worden. Meer in het bijzonder was Rexwinkel niet bereid om opening van zaken te geven. Hij heeft zelfs onjuiste en misleidende informatie aan Eneco gegeven, onder andere door net te doen alsof hij niet op de hoogte was van de bevindingen van de ACM, terwijl hij inmiddels (in persoon en als indirect bestuurder) betrokken was in de onderhandelingen met de ACM, aldus de OK in r.o. 5.11. De OK wijst in r.o. 5.12 erop dat de aandeelhoudersovereenkomst verplichtte om op redelijk verzoek van Eneco alle informatie te verstrekken over het beheer en het bestuur van Greenchoice, daargelaten of Greenchoice een eigen belang had bij het achterwege laten van het geven van informatie wegens (mogelijke) bedrijfs- en concurrentiegevoelige motieven. Bovendien noopte het bestaan van tegenstrijdige belangen tot openheid, aldus de OK.

#### *Enquête Energie Concurrent*

12. Bij beschikking van dezelfde datum als deze wanbeleid-beschikking heeft de OK een onderzoek bevolen naar het beleid en de gang van zaken van Energie Concurrent over de periode vanaf maart 2011. Het verzoek daartoe is gedaan door Van Rees BV (en indirect bestuurder Van Rees) en een aantal (voormalige) medewerkers als aandeelhouders van Energie Concurrent. Greenchoice heeft op 25 september 2012 Energie Concurrent, bestuurder, en de indirecte bestuurders van Greenchoice, waaronder Rexwinkel, Appeldoorn, Van Rees en Bokhove (de levenspartner van Rexwinkel), aansprakelijk gesteld. De OK heeft daarover opgemerkt dat niet gezegd kan worden dat deze aansprakelijkstelling van grond ontbloomt is en evenmin als verrassing kan zijn gekomen (zie r.o. 3.3 en 3.4 van deze beschikking). Kort gezegd, overweegt de OK dat gelet op deze mogelijke aansprakelijkheid Energie Concurrent zich dient te

beraden op haar beleid en dat in dat kader sprake is van tegenstrijdig belang tussen deze vennootschap en onder meer Rexwinkel en Appeldoorn. Naast andere aspecten die door de OK bij haar beslissing worden betrokken, heeft Rexwinkel c.s. geen openheid van zaken betracht over dit tegenstrijdige belang, aldus de OK. Het gaat op deze plaats te ver om deze beschikking uitgebreid te bespreken. De geïnteresseerde lezer verwijs ik naar ECLI:NL:GHAMS:2014:2754 («JIN» 2014/154 m.nt. F. Oostlander).

#### Tot slot

13. Vanuit juridisch oogpunt is deze, nogal feitelijke, beschikking geen verrassende, maar zeer terechte uitspraak. De feiten spreken immers boekdelen. Ongetwijfeld is dit niet de laatste procedure die over deze kwestie gevoerd wordt of zal gaan worden. Wordt dus vervolgd...

R.A. Wolf  
Universiteit Leiden  
Universiteit Maastricht (ICGI)

<b>156</b>
Hof Amsterdam (Ondernemingskamer) 23 juli 2014, nr. 200.142.777/01 OK ECLI:NL:GHAMS:2014:2887 (mr. Faase, mr. Makkink, mr. Willems, prof. dr. Van der Meer RA, mr. Cremers) Noot E. Baghery
<b>Enquêteprocedure. Reikwijdte 403-verklaring.</b>
<b>Verzoek om het verzet tegen de voorgenomen beëindiging van de overblijvende aansprakelijkheid ingevolge een '403-verklaring' (alsnog) ongegrond te verklaren.</b>
[BW art. 2:403 lid 3; BW art. 6:2 lid 2]

842

*De Ondernemingskamer overweegt dat de (rechts)persoon die een 403-verklaring afgeeft in beginsel de vrijheid heeft de reikwijdte daarvan – in duur of anderszins – in te perken. De omvang van die reikwijdte hangt in belangrijke mate af van (de uitleg van) de bewoordingen van de verklaring. De strekking van een 403-verklaring zoals deze volgt uit de context van de wet, kan daarbij ook een rol spelen, maar dient niet voorop te staan. Indien daaromtrent niets anders in de verklaring is opgenomen, brengt een redelijke en op (de praktijk van) het handelsverkeer toegesneden wetstoepassing naar het oordeel van de Ondernemingskamer mee dat de werking van de hoofdelijke aansprakelijkheid van de moedervennootschap voor de schulden van de dochtervennootschap ook geldt voor schulden die tijdens de looptijd van de 403-verklaring ontstaan uit duurovereenkomsten die vóór het ingangstijdstip van de 403-verklaring zijn aangegaan. Dit geldt ook in het geval van een arbeidsovereenkomst (vgl. onder meer Hof Amsterdam 26 juli 2001, ECLI:NL:GHAMS:2001:AO3497, NJ 2004/87).*

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid  
[[A]]Beleggingen BV, gevestigd te Beverwijk,  
Appellante,  
advocaat: mr. J.W.J. Hijnen, kantoorhoudende te Enkhuizen,  
tegen  
[X], wonende te Beverwijk,  
Geïntimeerde,

advocaat: mr. J.F.R. Eisenberger, kantoorhoudende te Amsterdam.

#### Hof:

##### 1 Het verloop van het geding

1.1 De rechtbank Noord-Holland heeft bij onder nummer C/15/208622/HA RK 13-105 tussen geïntimeerde (hierna [X] te noemen) als verzoekster en appellante (hierna [[A]]B te noemen) als verweerster gegeven beschikking van 11 februari 2014 – zakelijk weergegeven – bepaald dat [[A]]B uiterlijk op 11 maart 2014 ten behoeve van [X] in de vorm van een bankgarantie zekerheid moet stellen voor betaling van € 113.000,= in verband met de door [[A]]Schildersbedrijf BV (hierna Schildersbedrijf te noemen) verschuldigde ontbindingsvergoeding, alsmede het verzet van [X] tegen de voorgenomen beëindiging van de overblijvende aansprakelijkheid ingevolge een verklaring als bedoeld in artikel 2:403 lid 1 onder f BW ongegrond verklaard indien [[A]]B uiterlijk op 11 maart 2014 de hiervoor bedoelde zekerheid heeft gesteld en gegrond verklaard indien [[A]]B de genoemde bankgarantie niet tijdig heeft gesteld, [[A]]B veroordeeld in de kosten van het geding aan de zijde van [X] gevallen en ten slotte de beschikking uitvoerbaar bij voorraad verklaard.

1.2 [[A]]B is bij op 28 februari 2014 ter griffie van de Ondernemingskamer ingekomen beroepschrift met producties (waarvan productie F is nagezonden) onder aanvoering van vijf grieven tegen de beschikking van de rechtbank Noord-Holland (hierna de rechtbank te noemen) in hoger beroep gekomen en heeft de Ondernemingskamer verzocht die beschikking te vernietigen en, opnieuw recht doende, het verzet van [X] alsnog ongegrond te verklaren, met veroordeling van [X] in de kosten van het geding in beide instanties.

1.3 [X] heeft bij op 16 april 2014 ter griffie van de Ondernemingskamer ingekomen verweerschrift met producties – zakelijk weergegeven – de grieven van [[A]]B bestreden en geconcludeerd tot bekrachtiging van de bestreden beschikking, met veroordeling van [[A]]B in de kosten.

1.4 Het hoger beroep is behandeld ter openbare terechtzitting van de Ondernemingskamer van 19 juni 2014. Bij die gelegenheid hebben de advocaten de standpunten van de door hen vertegenwoordigde partijen toegelicht aan de hand van – aan de Ondernemingskamer en de wederpartij overgelegde – pleitnota's en, wat mr. Hijnen betreft, onder overlegging van de op voorhand aan [X] en aan de Ondernemingskamer toegezonden producties H2 tot en met H6. Partijen hebben vragen van de Ondernemingskamer beantwoord en inlichtingen verstrekt.

##### 2 De vaststaande feiten

2.1 Het gaat, mede gezien de in hoger beroep niet bestreden vaststellingen van de rechtbank, in deze zaak om het volgende.

2.2 Op 19 mei 1987 heeft [[A]]B, toen nog genaamd [[A]]Holding BV, ten aanzien van zes dochtervennootschappen, onder wie haar toenmalige dochtervennootschap Schildersbedrijf, een verklaring als bedoeld in artikel 2:403 lid 1, onder f, BW gedeponeerd bij het handelsregister van de Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Haarlem en Omstreken te Haarlem (hierna de 403-verklaring te noemen).

2.3 De 403-verklaring houdt het volgende in:

##### “AANSPRAKELIJKSTELLING

[[[A]]B]] (...) verklaart, dat zij zich hoofdelijk aansprakelijk stelt voor de schulden, die voortvloeien uit de rechtshandelingen van:

[Schildersbedrijf],  
[[A]]Autoschade BV  
(...).”