

**LJN: BY8878, Gerechtshof Arnhem , 200.052.175t**

Datum uitspraak: 08-01-2013

Datum 18-01-2013

publicatie:

Rechtsgebied: Civiel overig

Soort procedure: Hoger beroep

Inhoudsindicatie: Tarieven stadsverwarming; voldaan aan het niet-meer-dan principe? Klachtplicht, rechtsverwerking, belang

Vindplaats(en): Rechtspraak.nl

**Uitspraak**

GERECHTSHOF ARNHEM-LEEWARDEN

zittingsplaats Arnhem

afdeling civiel recht

zaaknummer gerechtshof 200.052.175  
(zaaknummer rechtbank Arnhem 174597)

arrest van de derde kamer van 8 januari 2013

in de zaak van

de publiekrechtelijke rechtspersoon  
Gemeente Almere,  
zetelende te Almere,  
appellante in het principaal hoger beroep,  
geïntimeerde in het incidenteel hoger beroep,  
advocaat: mr. G.W. van der Bend,

tegen:

1. de naamloze vennootschap  
N.V. Nuon Infra Oost,  
2. de naamloze vennootschap  
N.V. Nuon Warmte,  
beide gevestigd te Arnhem,  
geïntimeerden in het principaal hoger beroep,  
appellanten in het incidenteel hoger beroep,  
advocaat: mr. W.H. van Baren.

Appellante in het principaal hoger beroep zal de gemeente worden genoemd. Principaal geïntimeerde sub 1 zal Nuon Infra worden genoemd en principaal geïntimeerde sub 2 Nuon Warmte. Gezamenlijk zullen geïntimeerden ook in enkelvoud met Nuon worden aangeduid.

1. Het geding in eerste aanleg

Voor het geding in eerste aanleg verwijst het hof naar de inhoud van de vonnissen van 28 januari 2009 en 22 juli 2009 die de rechtbank Arnhem tussen de gemeente als eiseres en Nuon als gedaagde heeft gewezen.

2. Het geding in hoger beroep

2.1 De gemeente heeft bij exploit van 21 oktober 2009 Nuon aangezegd van het vonnis van 22 juli 2009 in hoger beroep te komen, met dagvaarding van Nuon voor dit hof.

2.2 Bij memorie van grieven heeft de gemeente achttien grieven tegen het bestreden vonnis aangevoerd, heeft zij bewijs aangeboden en heeft zij nieuwe producties in het geding gebracht. Zij heeft gevorderd dat het hof het bestreden vonnis zal vernietigen en, opnieuw recht doende,

- a. zal verklaren voor recht (nummering aangepast door het hof):
  - (i) dat Nuon bij de toepassing van het EnergieNed-tariefadvies fouten maakt en heeft gemaakt; en
  - (ii) dat Nuon gehouden is de warmtetarieven in Almere te berekenen op basis van een correcte toepassing van het EnergieNed-tariefadvies;
  - (iii) dat Nuon gehouden is de warmtetarieven in Almere te berekenen op basis van het "niet meer dan" principe zoals overeengekomen in de Overeenkomst inzake energievoorziening in Almere-Stad van 1990; en
  - (iv) dat berekening van de warmtetarieven volgens de EnergieNed methode niet in overeenstemming is met het "niet meer dan" principe;
- b. Nuon zal veroordelen in de kosten van het geding in beide instanties, te vermeerderen met de wettelijke rente als bedoeld in artikel 6:119 BW vanaf veertien dagen na de datum van het arrest.

2.3 Bij memorie van antwoord heeft Nuon verweer gevoerd en heeft zij bewijs aangeboden en een aantal producties in het geding gebracht. Zij heeft geconcludeerd dat het hof de gemeente in haar vorderingen niet-ontvankelijk zal verklaren, althans deze vorderingen zal afwijzen en de gemeente (uitvoerbaar bij voorraad) zal veroordelen binnen zeven dagen na het wijzen van dit arrest aan Nuon te betalen de kosten van het geding (bedoeld zal zijn: in hoger beroep), onder bepaling dat indien de gedingkosten niet binnen genoemde termijn zijn voldaan, hierover vanaf de achtste dag wettelijke rente verschuldigd is.

2.4 Bij dezelfde memorie heeft Nuon incidenteel hoger beroep ingesteld tegen het vonnis, heeft zij daartegen zes grieven aangevoerd en heeft zij bewijs aangeboden. Nuon heeft gevorderd dat het hof dat vonnis zal vernietigen voor zover het betreft de rechtsoverwegingen vermeld in de grieven N-1 tot en met N-6 en, opnieuw recht doende, bij uitvoerbaar bij voorraad te verklaren arrest, de gemeente zal veroordelen om binnen zeven dagen na het wijzen van dit arrest aan Nuon te betalen de kosten van het geding, onder bepaling dat indien de gedingkosten niet binnen genoemde termijn zijn voldaan, hierover vanaf de achtste dag wettelijke rente verschuldigd is.

2.5 Bij memorie van antwoord in het incidenteel hoger beroep, tevens akte uitlating producties, heeft de gemeente verweer gevoerd en geconcludeerd dat het hof de grieven ongegrond bevindt en met veroordeling van Nuon in de kosten van (bedoeld zal zijn:) het incidenteel hoger beroep, met bepaling dat de proceskosten binnen 14 dagen na het in deze te wijzen eindarrest moeten worden betaald.

2.6 Daarna heeft Nuon een antwoordakte, tevens akte overlegging producties genomen.

2.7 Ter zitting van 31 augustus 2012 hebben partijen de zaak doen bepleiten, de gemeente door mr. S Simonetti, advocaat te Amsterdam en Nuon door mrs. P. Eijsvoogel en M.P.P. de Planque, beiden eveneens advocaat te Amsterdam. Beide partijen hebben daarbij pleitnotities in het geding gebracht.

2.8 Na afloop van de pleidooien heeft het hof arrest bepaald op één dossier.

### 3. De grieven

3.1 De gemeente heeft in het principaal hoger beroep de volgende grieven aangevoerd, door het hof als volgt genummerd:

- 1) De rechtbank heeft na de comparitie ten onrechte eindvonnis gewezen en daarmee de gemeente de mogelijkheid ontnomen behoorlijk te reageren op de stellingen van Nuon.
- 2) Voor zover de vorderingen van de gemeente zijn afgewezen omdat de rechtbank de juistheid van de door de gemeente overgelegde stukken betwijfelde, heeft de rechtbank ten onrechte verzuimd een deskundigenbericht te gelasten of bewijsopdracht te geven.
- 3) De rechtbank verwerpt ten onrechte de klacht van de gemeente dat de GJ-prijs die Nuon aan de inwoners van Almere in rekening bracht lange tijd beduidend hoger is geweest dan door EnergieNed werd geadviseerd.
- 4) De rechtbank verwerpt ten onrechte de klacht van de gemeente dat Nuon aan alle afnemers in Almere dezelfde warmteprijs per GJ in rekening brengt (terwijl er zowel ITW- als CTW-afnemers zijn), en oordeelt ten onrechte dat de interpretatie van Nuon met betrekking tot het begrip "uitsluitend

verwarming" aannemelijk is (rechtsoverweging (hierna: rov.) 28-30).

5) De rechtbank verwerpt ten onrechte de klacht van de gemeente dat Nuon bij het in rekening brengen van het doorstroomapparaat fouten maakt (rov. 31).

6) Ten onrechte verwerpt de rechtbank de klacht van de gemeente dat Nuon een onjuist BTW-tarief in rekening brengt (rov. 32-33).

7) De rechtbank verwerpt ten onrechte de klacht van de gemeente dat Nuon teveel berekent voor warm tapwater-aansluitingen met een hogere dan de standaard comfortklasse (rov. 35-36).

8) De rechtbank oordeelt ten onrechte (in rov. 13) dat Nuon het nmd-principe slechts heeft geschonden als vaststaat dat de gebruiker van stadsverwarming "gemiddeld genomen" duurder uit is en dat het nmd-principe een zekere bandbreedte kent.

9) De rechtbank oordeelt ten onrechte (in rov. 13) dat uit de door de gemeente overgelegde grafieker (in par. 42, 44 en 46 van de dagvaarding) slechts volgt dat de tarieven in een bepaalde periode zijn gestegen, maar niet dat die tarieven niet meer aan het nmd-principe voldeden.

10) De rechtbank heeft ten onrechte het door de gemeente overgelegde TNO-rapport niet (althans niet op een voor partijen kenbare wijze) betrokken bij haar oordeel, althans het TNO-rapport gediskwalificeerd, dan wel de juistheid daarvan in het midden gelaten.

11) De rechtbank oordeelt ten onrechte (in rov. 14) dat ter beoordeling van de vraag of de EnergieNed-methode voldoet aan het nmd-principe moet worden nagegaan of de gebruikte methodiek voor de berekening van de vaste en variabele kosten juist is en of de factoren die zijn gebruikt bij de invulling van de verschillende tariefcomponenten juist zijn.

12) De rechtbank verwerpt ten onrechte (in rov. 17) de stelling van de gemeente dat de EnergieNed-methode op het punt van de aansluitbijdrage onjuist is.

13) De rechtbank verwerpt ten onrechte (in rov. 19 en 20) de stelling van de gemeente dat de EnergieNed-methode op het punt van het jaarlijks verschuldigd vastrecht onjuist is.

14) De rechtbank verwerpt ten onrechte (in rov. 22, eerste alinea) de bezwaren van de gemeente dat het aan de EnergieNed-methode ten grondslag liggende onderzoek oncontroleerbaar is en ongeschikt om een nmd-warmteprijs op te baseren.

15) De rechtbank hecht ten onrechte waarde aan de beschrijving van CvMA/MB en de brieven van prof. Poiesz en prof. Van der Heijden (rov. 22, tweede alinea).

16) De rechtbank verwerpt ten onrechte de stelling van de gemeente dat het feit dat niet alle leden van het CV-panel van EnergieNed over een HR-ketel beschikken meebrengt dat er in de warmteprijs teveel m<sup>3</sup> gas per GJ wordt gerekend (rov. 23).

17) De rechtbank oordeelt ten onrechte dat het nmd-principe zich niet verzet tegen het feit dat er grote verschillen bestaan tussen de WTW-kosten voor ITW- en CTW-afnemers in Almere.

18) Onbegrijpelijk is wat de rechtbank bedoelt met de overweging aan het einde van rov. 23 dat "ook de door de Gemeente onder 24 verwoorde kritiek wordt verworpen".

### 3.2 In het incidenteel hoger beroep heeft Nuon de volgende grieven aangevoerd:

N-1 Ten onrechte heeft de rechtbank aangenomen dat de brief van de gemeente van 22 juni 1995 kan worden aangemerkt als een klacht van de gemeente over de door Nuon nieuw gevolgde berekeningswijze (rov. 11).

N-2 Ten onrechte heeft de rechtbank het beroep van Nuon op rechtsverwerking verworpen in rov. 11 van het vonnis.

N-3 Ten onrechte heeft de rechtbank het beroep van Nuon op onvoldoende belang van de gemeente verworpen in rov. 9.

N-4 De rechtbank neemt een verkeerde maatstaf tot uitgangspunt (ten aanzien van het nmd-principe; toevoeging hof).

N-5 Bewijslastverdeling. Voor zover de rechtbank met haar rechtsoverweging dat het Nuon vrij stond de tariefadviezen van EnergieNed te volgen ook al waren die gebaseerd op een andere berekeningsmethode dan het Vestin-tariefadvies mits de Ened-tariefadviezen voldeden aan het nmd-principe, tot uitgangspunt heeft genomen dat Nuon dit dient te bewijzen, richt Nuon daartegen een grief. De gemeente legt aan haar eis ten grondslag dat de Ened-tariefadviezen niet zouden voldoen aan het nmd-principe. Als eisende partij rust op de gemeente de bewijslast van die stelling.

N-6 Voor zover andere overwegingen van de rechtbank onverenigbaar met het betoog van Nuon richt Nuon daartegen eveneens een grief.

## 4. De vaststaande feiten

### 4.1 Almere heeft een stadsverwarmingssysteem. Inwoners die zijn aangesloten op het warmtenet

ontvangen via hun leidingen warm water, waarmee zij kunnen voorzien in hun behoeften aan ruimteverwarming en warm tapwater uit de kraan.

4.2 Op 16 november 1987 zijn de gemeente en de rechtsvoorgangers van Nuon Infra en/of Nuon Warmte (onder meer MESA en PGEM) en concessieovereenkomst met elkaar aangegaan waarin de voorwaarden zijn neergelegd waaronder aan Nuon concessie is verleend voor de levering van stadsverwarming aan de inwoners in het concessiegebied binnen de gemeente, te weten Almere-Stad, een stadsdeel van Almere. Daarin verplichtte Nuon zich tot levering van warmte in een deel van Almere-Stad in de omvang van 20.000 woningequivalenten. In deze overeenkomst staat dat bij de vaststelling van het tarief wordt uitgegaan van het zogenaamde "niet meer dan principe" (hierna: nmd-principe). Verder is als voorwaarde opgenomen dat de gemeente een goedkeuringsrecht heeft bij wijziging van de tarieven. De daarop ziende artikelen 13 en 14 van de overeenkomst luiden:

#### "Artikel 13

Het tarief waartegen levering van warmte plaatsvindt wordt vastgesteld door de MESA. Bij de vaststelling van het tarief wordt uitgegaan van het zogenaamde "niet meer dan principe", dit wil zeggen dat bij stadsverwarming de totale kosten voor ruimteverwarming, verwarming van tapwater en elektrisch koken niet hoger zullen zijn dan die in de gassituatie.

De tarieven zoals deze thans luiden zijn aangegeven op het bij deze overeenkomst gevoegde en gewaarmerkte 'tarievenoverzicht'(...). Uit de tekst van artikel 10, eerste lid van de in artikel 1 van deze overeenkomst genoemde algemene voorwaarden, vloeit voort dat wijzigingen van het tarief de goedkeuring van Almere behoeven.

#### Artikel 14

Het in artikel 13 bedoelde goedkeuringsrecht van Almere houdt (...) uitsluitend het recht in om te toetsen of het tarief, alsmede de daarin aan te brengen wijzigingen, in overeenstemming zijn met het in artikel 13 genoemde principe.

4.3 De gemeente en de rechtsvoorgangers van Nuon Infra en/of Nuon Warmte hebben hun afspraken over de uitbreiding van het warmtenet in Almere-Stad vastgelegd in een overeenkomst van 12 september 1990 (hierna: de 1990-overeenkomst). In die overeenkomst verplichtte Nuon zich de toekomstige energievoorziening in een aantal nieuw te ontwikkelen delen van Almere-Stad te zullen verzorgen. Met betrekking tot het in de overeenkomst van 16 november 1987 neergelegde 'niet meer dan principe' en het goedkeuringsrecht is toen het volgende nader overeengekomen (artikel 4 lid 2):

"De gemeente stemt ermee in dat het recht van goedkeuring van de tarieven stadsverwarming dat voor haar voortvloeit uit het bepaalde in de huidige concessie-overeenkomst van MESA alsmede in de huidige algemene leveringsvoorwaarden van MESA niet als zodanig meer zal worden opgenomen in de algemene leveringsvoorwaarden die zullen gelden ter zake van de levering van warmte in Almere-Stad noch in de voorwaarden waaronder de stadsverwarmingsconcessie van MESA wordt uitgebreid c.q. aan PGEM wordt verleend, onder de voorwaarde dat in de concessie-overeenkomst van MESA c.q. PGEM wordt vastgelegd dat het tarief waartegen de levering van warmte plaatsvindt wordt vastgesteld door PGEM c.q. MESA, die bij de vaststelling van het tarief uitgaat van het zogenaamde 'niet-meer-dan-principe', dit wil zeggen dat de totale kosten voor ruimteverwarming, verwarming van tapwater en koken niet hoger zullen zijn dan die in de gassituatie, en aansluit bij de tarief-aanbevelingen van VESTIN".

4.4 Vestin, de Vereniging van Exploitanten van Stadsverwarmingsbedrijven in Nederland, had in 1985 in overleg met onder andere de door de Staat opgerichte Nederlandse Energie Ontwikkelingsmaatschappij B.V. (NOVEM) en de Consumentenbond, het Vestin-tariefadvies opgesteld. In het rapport "Adviestarief voor de levering van warmte aan kleinverbruikers" van Vestin d.d. april 1985 staat onder het kopje "niet-meer-dan-anders-beginsel nog steeds het uitgangspunt":

"Het beleid van VESTIN blijft erop gericht dat een aansluiting op een sv-systeem qua comfort en kosten leidt tot een positie, vergelijkbaar met een aansluiting waar door middel van aardgas wordt voorzien in de energiebehoefte t.b.v. ruimteverwarming, warm-tapwater en koken. Dit geeft dan het kader aan waarbinnen de sv-tarifering zich, zowel qua hoogte als structuur, dient te bewegen".

Het Vestin-tariefadvies is blijkens het rapport opgebouwd uit drie tariefcomponenten:

- a. de eenmalige aansluitbijdrage,
- b. het jaarlijks verschuldigde vastrecht en
- c. de (volumeafhankelijke) warmteprijs.

De aansluitbijdrage betreft een eenmalige vergoeding die verschuldigd is op het moment dat de wonin op het warmtenet wordt aangesloten. Deze bijdrage is gebaseerd op het principe van de zogenoemde 'vermeden kosten': de bijdrage voor een aansluiting op het warmtenet is gebaseerd op de kosten die anders zouden zijn gemoeid met een aansluiting op het gasnet en het verschil tussen de noodzakelijke investeringen voor een cv-installatie en een stadsverwarmings (sv)-installatie.

Het jaarlijks vastrecht werd eveneens berekend op basis van vermeden kosten en bestond uit de onderdelen uitgespaarde onderhoudskosten, extra kosten elektrisch koken, uitgespaarde kosten van elektriciteitsverbruik van de cv-pomp en uitgespaard vast recht van een gasaansluiting.

De warmteprijs was in de Vestin-methode gebaseerd op de verhouding tussen de door de warmtegebruiker afgenomen hoeveelheid warmte in gigajoule (GJ) en de kosten van de hoeveelheid aardgas (in m<sup>3</sup>) die hij zou hebben moeten afnemen om dezelfde GJ zelf op te wekken met een cv-ketel. Deze verhouding was afhankelijk van het rendement van de cv-ketel en werd gebaseerd op praktijkmetingen. Deze methode wordt daarom ook wel de rendementsmethode genoemd.

Op basis van deze tariefcomponenten werd door Vestin periodiek een tariefadvies gepubliceerd.

4.5 Per 12 juni 1992 fuseerde Vestin met de Federatie van Energiebedrijven in Nederland (EnergieNed). Door deze fusie hield Vestin op te bestaan. Sindsdien publiceert EnergieNed periodiek een tariefadvies voor warmtelevering. Ook het EnergieNed tariefadvies is opgebouwd uit de hiervoor genoemde drie tariefcomponenten, maar kent op onderdelen een andere invulling van de componenten, zo blijkt uit het "Tariefadvies van EnergieNed 1993", gedateerd september 1993, met name wat betreft de berekening van de warmteprijs. Deze wordt niet meer volgens de rendementsmethode berekend, maar volgens de zogenoemde marktwaardemethode. In het Tariefadvies van EnergieNed van september 1993 is daarover geschreven:

"In plaats van uit te gaan van het nmda-principe op projectniveau is in het nieuwe tariefadvies uitgegaan van het nmda-principe op landelijk niveau. Het komt erop neer dat het gemiddelde energieverbruik van een representatieve groep stadsverwarmers wordt vergeleken met het gemiddeld energieverbruik van een vergelijkbare groep verbruikers met individuele centrale verwarming. Door de gemiddelde energieverbruiken van beide groepen te vertalen naar energiekosten met behulp van de geldende energietarieven van het betreffende energiebedrijf wordt de GJ-prijs vastgesteld.

(...)

Het bepalen van de hoogte van de energieverbruiken van beide groepen verbruikers kan geschieden met behulp van marktonderzoek. Het marktonderzoeksbureau Centrum voor Marketing Analyses B.V. te Amsterdam heeft een dergelijk onderzoek in opdracht van EnergieNed en NOVEM uitgevoerd en kwam tot het volgende resultaat.

(...)"

4.6 Nuon heeft de warmtetarieven voor Almere-Stad tot en met 1994 vastgesteld overeenkomstig de tariefadviezen van Vestin. Nadien heeft zij de tariefadviezen van EnergieNed gevolgd. Zij heeft daarover bij brief van 22 december 1994 aan de gemeente geschreven:

"In 1992 heeft in opdracht van VESTIN een onderzoek plaatsgevonden in hoeverre het "niet meer dan anders" principe voldoet. Hierbij is een kostenvergelijking gemaakt tussen klanten die stadsverwarming hebben en klanten die gas gebruiken in hun woning. De resultaten van dit onderzoek hebben geleid tot het in november 1993 door ENERGIENED uitgebrachte 'tariefadvies voor de levering van stadsverwarming'. De samenvatting van dit advies is een bijlage bij deze brief. NUON heeft besloten om het tariefadvies van ENERGIENED op te volgen, hetgeen de volgende consequentie heeft per 1 januari 1995:

(...)

De consequentie voor onze klanten is dat zij op termijn circa f 100,00 meer gaan betalen voor de stadsverwarming ongecorrigeerd voor andere prijswijzigingen, omdat de genoemde bedragen allemaal geïndexeerd zijn."

4.7 De gemeente heeft daarop bij brief aan Nuon d.d. 22 juni 1995 als volgt gereageerd:

"Van verschillende zijden bereiken ons klachten met betrekking tot de tarieven die u met ingang van 1

januari 1995 in rekening brengt voor levering van stadsverwarming aan kleinverbruikers. De klachten gaan met name over de verhoging van de aansluitbijdrage kleinverbruikers (...) Uit maatschappelijk oogpunt achten wij het van belang dat een dergelijke verhoging goed wordt onderbouwd (...) Ten aanzien van de onderbouwing hebben wij uit eerder ingewonnen informatie begrepen dat de verhoging van de tarieven is gebaseerd op een tariefadvies van EnergieNed. Dit advies geeft echter een algemene situatie weer. Door ons wordt een vertaling van dit algemene advies naar de lokale situatie node gemist. Wij verzoeken u dan ook een toelichting te geven op dit rapport en de relatie van dit rapport met de tarieven voor 1995. Wij verzoeken u ook in te gaan op de relatie tussen het 'niet meer dan' principe, de kostprijs en de aansluitkosten 1995, één en ander in het licht van de met de gemeente Almere gesloten stadsverwarmingsovereenkomst".

4.8 Bij brief van 19 juli 1995 heeft Nuon aan de gemeente geschreven dat voorstellen zijn gedaan om het effect van de prijsverhoging voor de aansluitkosten te compenseren en dat voor de exploitatiekosten (vastrecht, energietarief) een fasering is ingebracht. Verder heeft Nuon geschreven:

"Het uitgangspunt 'niet meer dan anders' is nog steeds van kracht maar is nu ook zodanig vertaald dat het bij projecten die nog met exploitatie- en/of aanloopverliezen te kampen hebben ook 'niet minder dan gas' hoeft te zijn.

4.9 Eind 2001 werd de gemeente benaderd door verontruste inwoners van Almere-Stad (inmiddels verenigd in de stichting "Niet Meer Dan"), die erover klaagden dat de overstap van Nuon niet alleen een grotere tariefsverhoging had meegebracht dan de aangekondigde f 100,-, maar dat het er ook toe had geleid dat warmteafnemers voor hun energievoorziening veel meer waren gaan betalen dan gasverbruikers en dat de tarieven dus niet meer in overeenstemming waren met het nmd-principe. Naar aanleiding daarvan heeft de gemeente de berekening van de warmtetarieven bij brief aan Nuon van 23 april 2002 opnieuw aan de orde gesteld. Nadien is daarover tussen de gemeente en Nuon langdurig gecorrespondeerd.

## 5. De motivering van de beslissing in hoger beroep

5.1 De gemeente stelt zich in deze procedure, verkort weergegeven, primair op het standpunt dat Nuon sedert 1 januari 1995 haar verplichtingen uit hoofde van de 1990-overeenkomst niet nakomt, omdat zij sinds die datum aansluit bij de tariefaanbeveling van EnergieNed, die een fundamenteel andere berekening aan haar tariefaanbeveling ten grondslag legt dan Vestin voorheen deed. De methode die EnergieNed aan haar tariefadviezen ten grondslag legt is volgens de gemeente geen uitwerking van het nmd-principe zoals dat partijen bij het sluiten van de overeenkomst voor ogen stond. Subsidiair stelt de gemeente dat Nuon fouten maakt in de toepassing van de EnergieNed tariefadviezen.

5.2 De rechtbank heeft in eerste aanleg de vorderingen van de gemeente afgewezen. Met haar grieven, die het geschil in volle omvang aan het hof ter beoordeling voorleggen en die zich lenen voor gezamenlijke behandeling, komt de gemeente op tegen het vonnis van de rechtbank (behoudens voor zover in dat vonnis enkele verweren van Nuon met betrekking tot onder meer de ontvankelijkheid en het belang van de gemeente zijn verworpen).

5.3 Nuon richt haar grieven in het incidenteel hoger beroep tegen de volgende onderdelen van het bestreden vonnis:

- De gemeente heeft tijdig, in de zin van artikel 6:89 van het Burgerlijk Wetboek (hierna: BW), geklaagd (rov. 11);
- De gemeente heeft haar recht niet verwerkt (rov. 11);
- De gemeente heeft voldoende belang in de zin van artikel 3:303 BW bij haar rechtsvordering (rov. 9)
- De door de rechtbank gehanteerde maatstaf in rov. 1.2;
- rov. 12, voor zover de rechtbank heeft bedoeld de bewijslast bij Nuon te leggen.

5.4 Het hof ziet aanleiding met de behandeling van het incidenteel hoger beroep te beginnen, alvorens wordt toegekomen aan het principaal hoger beroep. Achtereenvolgens zullen de volgende onderwerpen aan de orde komen:

### Incidenteel hoger beroep

#### 1. Artikel 6:89 BW

2. Rechtsverwerking
3. Artikel 3: 303 BW
4. Overige grieven

#### Principaal hoger beroep

5. Procesorde
6. Centrale vraag: voldoet Nuon met haar tarieven aan het overeengekomen nmd-principe
7. Plan van aanpak en alternatief

#### Incidenteel hoger beroep

1. Artikel 6:89 BW

5.5 Nuon stelt zich op het standpunt dat artikel 6:89 BW van toepassing is op de overeengekomen prestaties in de 1990-overeenkomst, en dat de gemeente als zodanig niet aan de uit hoofde van dit artikel op haar rustende verplichting heeft voldaan om tijdig kenbaar te maken dat aan de prestatie van Nuon uit hoofde van de 1990-overeenkomst een gebrek kleefde. De rechtbank heeft volgens Nuon ten onrechte geoordeeld dat de gemeente tijdig heeft geklaagd bij brief van 22 juni 1995, nu deze brief geen klacht bevat. De gemeente maakt de in deze brief gemelde klachten van derden niet tot de hare. De brief bevat een tweetal vragen aan Nuon, die Nuon bij schrijven van 19 juli 1995 heeft beantwoord. Omdat de gemeente naar aanleiding van deze brief niet meer heeft gereageerd, mocht Nuon erop vertrouwen dat haar prestaties voldeden aan de 1990-overeenkomst, zo stelt Nuon. Ook in 2001 heeft de gemeente niet geklaagd, en zij stelt dit ook niet, aldus Nuon. Wel heeft de gemeente naar aanleiding van een brief van de heer Heiner door TNO onderzoek laten doen naar de warmtetarieven, maar ook dit onderzoek heeft niet geleid tot een klacht. Nadien heeft de gemeente nog andere onderzoeken laten uitvoeren. Pas in de stuitingsbrief van 18 april 2007 heeft de gemeente het standpunt ingenomen dat Nuon tekort zou zijn geschoten en pas in de inleidende dagvaarding heeft de gemeente zich gemotiveerd op het standpunt gesteld dat Nuon op ondeugdelijke wijze uitvoering geeft aan artikel 4 lid 2 van de 1990-overeenkomst. Onjuist is voorts het standpunt van de gemeente dat Nuon zich in redelijkheid niet kan beroepen op rechtsverwerking. De gemeente miskent daarmee dat afstand van recht niet mee kan brengen dat een wettelijk verval van recht niet zal intreden. Een wettelijke vervaltermijn kan niet worden gestuit. Voorts komt de gemeente volgens Nuon geen beroep toe op de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid. Voor zover de gemeente daarbij een beroep doet op lopende onderhandelingen (indachtig het arrest van de Hoge Raad van 1 februari 2002 LJN AD5811) gaat dit niet op, nu er geen onderhandelingen plaatsvonden over de warmtetarieven. De sporadische correspondentie in de periode van 23 april 2003 tot en met 18 april 2007 kan niet als zodanig worden geïdentificeerd, volgens Nuon.

5.6 De gemeente stelt zich primair op het standpunt dat de klachtplicht van artikel 6:89 BW niet van toepassing is, omdat Nuon een overeengekomen principe niet toepast. Artikel 6:89 BW ziet op het leveren van een gebrekkige prestatie, niet op het achterwege blijven van een prestatie. Bovendien, zo stelt de gemeente, wist Nuon, althans behoorde zij dit te weten, dat haar tarieven niet in overeenstemming waren met het nmd-principe, zodat ook om die reden artikel 6:89 BW niet van toepassing is. Subsidiair stelt de gemeente dat als artikel 6:89 BW van toepassing is, zij aan deze wettelijke verplichting heeft voldaan door tijdig te klagen. Gezien de complexe materie en de kennis- en informatie achterstand ter zake van de gemeente ten opzichte van Nuon, heeft zij adequaat gehandeld en Nuon tijdig laten weten dat er aan de geleverde prestatie een gebrek kleefde, omdat pas geruime tijd na de invoering van de nieuwe berekeningsmethode kon worden vastgesteld dat de gehanteerde methode niet voldeed aan het overeengekomen nmd-principe. Meer subsidiair stelt de gemeente dat het in strijd is met de redelijkheid en billijkheid en dat het leidt tot onaanvaardbare gevolgen wanneer Nuon zich erop kan beroepen dat in het onderhavige geval op enig moment een wettelijke vervaltermijn is verstreken. Nuon heeft, volgens de gemeente, eerst trachten te maskeren dat haar tarieven niet langer nmd waren en is vervolgens jarenlang (met tussenpozen) in gesprek geweest met de gemeente over de tarieven, zonder dat Nuon ooit liet weten dat zij dit weliswaar deed 'met het oog op haar maatschappelijke functie' en 'in verband met transparantie', maar dat zij zich uiteindelijk op een vervaltermijn zou beroepen.

5.7 Het hof is van oordeel dat artikel 6:89 BW van toepassing is op de prestaties waartoe Nuon zich heeft verplicht in de 1990-overeenkomst. Anders dan de gemeente stelt, is de in de

1990-overeenkomst vastgelegde prestatie tijdens Nuon niet geheel achterwege gebleven. Het staat immers vast dat Nuon stadsverwarming heeft geleverd ten behoeve van de aangesloten woningen, en voorts staat vast dat zij daartoe een tarief heeft vastgesteld en in rekening heeft gebracht. De gemeente stelt zich op het standpunt dat Nuon daarbij fouten heeft gemaakt, maar dat is materieel niet hetzelfde als het geheel achterwege blijven van de prestatie. Dat Nuon wist of behoorde te weten dat de door haar gehanteerde tarieven niet in overeenstemming waren met het nmd-principe is niet komen vast te staan.

5.8 Voor het antwoord op de vraag of tijdig op de voet van artikel 6:89 BW is geprotesteerd, moet acht worden geslagen op alle relevante omstandigheden, waaronder het nadeel als gevolg van het verstrijken van de tijd totdat tegen de afwijking is geprotesteerd, en in elk geval ook op de waarneembaarheid van de afwijking, de deskundigheid van partijen, de onderlinge verhouding van partijen, de aanwezige juridische kennis en de behoefte aan voorafgaand deskundig advies (Hoge Raad 8 oktober 2010, LJN BM9615). Met de rechtbank is het hof van oordeel dat de brief van de gemeente van 22 juni 1995 kan worden beschouwd als een tijdige klacht van de gemeente over de door Nuon nieuw gevolgde berekeningswijze. Weliswaar bevat deze brief geen gedetailleerde weergave van de aard en omvang van de bezwaren van de gemeente, maar dat was naar het oordeel van het hof op dat moment ook nog niet mogelijk. De gemeente was voor haar informatie immers afhankelijk van hetgeen de gebruikers van stadsverwarming daarover signaleerden en meedeelden. De gegevens met betrekking tot de vraag of de nieuwe warmtetarieven voldeden aan het nmd-principe, kwamen naar hun aard pas na verloop van tijd beschikbaar, en niet reeds bij aanvang van de invoering van de nieuwe methodiek. Bij verkrijging van inzicht in de voor haar klachtplicht relevante informatie heeft de gemeente naar het oordeel van het hof voldoende adequaat gehandeld, in de zin van artikel 6:89 BW. Het tijdsverloop tussen de eerste signalering en de gedetailleerde invulling van de klacht door de gemeente heeft voorts voor Nuon geen nadelige gevolgen gehad met betrekking tot haar mogelijkheden voor verweer en bewijslevering. Grief N-1 faalt derhalve.

## 2. Rechtsverwerking

5.9 Nuon stelt dat aan de voorwaarden voor rechtsverwerking is voldaan en dat zij er daarom gerechtvaardigd op mocht vertrouwen dat de gemeente niet langer aanspraak zou maken op vaststelling van de warmtetarieven op grond van de oude methode. De gemeente betwist dat zij bij Nuon het vertrouwen heeft gewekt geen aanspraak meer te zullen maken op vaststelling van het warmtetarief op de oude wijze.

5.10 Het hof overweegt als volgt. Van rechtsverwerking kan alleen sprake zijn als de gemeente zich heeft gedragen op een wijze die naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onverenigbaar is met het vervolgens geldend maken van het recht op een bepaalde berekening van het warmtetarief. Daarbij geldt dat alleen een tijdsverloop onvoldoende grond is voor het aannemen van rechtsverwerking. Er moeten bijzondere omstandigheden zijn als gevolg waarvan bij Nuon het gerechtvaardigd vertrouwen is gewekt dat de gemeente haar aanspraak niet (meer) geldend zal maken, of als gevolg waarvan de positie van Nuon onredelijk zou worden benadeeld of verzwakt als de gemeente haar aanspraak alsnog geldend zouden maken. Degelijke omstandigheden heeft Nuon niet, althans onvoldoende aangevoerd zodat grief N-2 niet slaagt.

## 3. Artikel 3:303 BW

5.11 Nuon stelt dat de gemeente geen belang in de zin van artikel 3:303 BW heeft bij haar vordering, omdat zij een verklaring voor recht vordert zonder nevenvorderingen. Evenmin heeft de gemeente een vordering tot nakoming van artikel 4 lid 2 van de 1990-overeenkomst ingesteld. De gemeente kan geen geldelijke vordering tegen Nuon instellen en heeft daarom geen eigen financieel belang bij haar vordering. Voorts kunnen de inwoners van Almere geen rechten ontlenen aan een vonnis in een procedure waarin zij geen partij zijn. Bovendien zijn eventuele financiële vorderingen naar aanleiding van het warmtetarief verjaard.

5.12 De gemeente stelt daartegenover dat de rechtbank terecht heeft geoordeeld dat het onderhavige geval draait om een door de gemeente zelf, ten behoeve van haar inwoners, bedongen grens aan het tarief voor stadsverwarming. Een overheidslichaam heeft volgens de gemeente per definitie voldoende belang als het nakoming vordert van door hem zelf in het leven geroepen voorschriften.

5.13 Het hof is, met de rechtbank, van oordeel dat het belang van de gemeente in de zin van artikel 3:303 BW voortvloeit uit het door haar in artikel 4 lid 2 van de 1990-overeenkomst ten gunste van ha

inwoners bedongen nmd-principe. De gemeente heeft een contractueel belang bij de correcte en volledige nakoming door Nuon van voormelde bepaling en daarom ook bij een verklaring voor recht die daarop ziet. Anders dan Nuon lijkt te betogen hoeft een belang niet direct en rechtstreeks op geld waardeerbaar te zijn om in rechte te kunnen worden afgedwongen. In het onderhavige geval is het belang van de gemeente gelegen in de uitvoering van haar overheidstaak ten behoeve van de inwoners. Grief N-3 faalt.

#### 4. Overige grieven

5.14 Bij behandeling grief N-4 heeft Nuon geen belang, nu het hof de feiten in hoger beroep opnieuw heeft vastgesteld. In hoger beroep ligt het geschil in volle omvang ter beoordeling aan het hof voor, inclusief daarin eventueel te nemen bewijsbeslissingen. Grief N-5 kan daarom niet leiden tot vernietiging van het bestreden vonnis. Grief N-6 is onvoldoende bepaald om tot vernietiging van het vonnis te kunnen leiden.

#### Principaal hoger beroep

#### 5. Procesorde

5.15 Met de grieven 1 en 2 komt de gemeente op tegen de wijze waarop de rechtbank het geding in eerste aanleg heeft afgedaan. Ten eerste maakt de gemeente het bezwaar dat zij niet behoorlijk heeft kunnen reageren op de ter comparitie door Nuon naar voren gebrachte stellingen. Ten tweede heeft de rechtbank verzuimd een deskundigenbericht te gelasten of gelegenheid te geven tot het leveren van bewijs, gezien het daartoe strekkende aanbod door de gemeente.

5.16 Het in deze grieven gelegen bezwaar van de gemeente ten aanzien van de beslissing van de rechtbank om het processuele debat na de comparitie van partijen te sluiten, behoeft geen inhoudelijk behandeling, nu het geschil in principaal hoger beroep in volle omvang aan het hof ter beoordeling voorligt.

#### 6. Centrale vraag: voldoet Nuon met haar tarieven aan het overeengekomen nmd-principe

5.17 Het hof maakt uit de door de gemeente geformuleerde vorderingen de volgende gevolgtrekking. Niettegenstaande de volgorde waarin de vorderingen en de grieven in de memorie van grieven zijn gepresenteerd, begrijpt het hof dat de gemeente primair een verklaring voor recht vordert dat Nuon gehouden is de warmtetarieven in Almere te berekenen op basis van het nmd-principe zoals overeengekomen in de 1990-overeenkomst (vordering (iii) in overweging 2.2) en een verklaring voor recht dat de berekening van de warmtetarieven volgens de EnergieNed methode niet in overeenstemming is met het nmd-principe (vordering (iv)). Wanneer immers deze vorderingen worden toegewezen, heeft de gemeente geen belang bij toewijzing van de vordering strekkende tot een verklaring voor recht, dat Nuon bij de toepassing van het EnergieNed tariefadvies fouten maakt en heeft gemaakt (vordering (i)) en dat Nuon gehouden is de warmtetarieven in Almere te berekenen op basis van een correcte toepassing van het EnergieNed advies (vordering (ii)). Uit de memorie van grieven, randnummer 85, maakt het hof bovendien op dat de volgorde die wordt aangehouden in de memorie van grieven is ingegeven door praktische overwegingen en niet uit de wens de vordering ten opzichte van de eerste aanleg te wijzigen. Deze gevolgtrekking vindt voorts steun in de vereenvoudigde weergave van de vordering van de gemeente in randnummer 55 van de memorie van grieven.

5.18 De gemeente stelt zich dus primair op het standpunt dat Nuon niet gerechtigd was om de EnergieNed methode in Almere toe te passen, omdat de op die grondslag berekende warmtepreizen te hoog zijn en daarom niet in overeenstemming met het nmd-principe. Zij voert daartoe de grieven 8 tot en met 18 aan; deze grieven lenen zich voor gezamenlijke behandeling.

5.19 Het hof overweegt als volgt. De kern van het geschil tussen partijen is gelegen in de uitleg van artikel 4 lid 2 van de 1990-overeenkomst. Partijen zijn het erover eens dat de vaststelling van de warmtetarieven dient te geschieden conform het nmd-principe, maar zij verschillen van mening ten aanzien van de wijze waarop dit principe moet worden toegepast. Anders dan de gemeente betoogt, is het hof van oordeel dat het enkele feit dat Nuon vanaf 1995 de tarieven vaststelt in aansluiting bij de EnergieNed-adviezen die tot stand zijn gekomen conform de zogenaamde marktwaardemethode, geer

tekortkoming in de nakoming van de 1990-overeenkomst oplevert. Het hof overweegt daartoe als volgt.

5.20 Hiervoor onder 4.3 is opgenomen de tekst van artikel 4 lid 2 van de 1990-overeenkomst. Het hof begrijpt deze bepaling, gelezen in samenhang met de artikelen 12 tot en met 14 van de overeenkomst van 16 november 1987 aldus, dat uitgangspunt is dat de tarieven periodiek aan wijziging onderhevig zijn. In 1990 is, ten opzichte van 1987, overeengekomen dat de gemeente niet langer een goedkeuringsrecht heeft met betrekking tot de tarieven, mits MESA c.q. PGEM (thans: Nuon) zal aansluiten bij tariefaanbevelingen van een onafhankelijke derde partij, Vestin. Het gebruik van het meervoud (aanbevelingen) geeft naar het oordeel van het hof blijk van de bedoeling, dat ook de aanbevelingen van Vestin periodiek zouden worden herzien (hetgeen de gemeente overigens ook niet betwist). Uit de overeenkomst blijkt niet, dat mede werd overeengekomen dat Vestin haar tariefadvies telkens op dezelfde wijze, door hantering van de rendementsmethode, tot stand zou brengen. Uit de terminologie “..en aansluit bij de tariefaanbevelingen” volgt dit niet. Als de gemeente had bedoeld een methode van vaststelling van de tariefaanbeveling – bijvoorbeeld de rendementsmethode – overeen te komen, dan had het op haar weg gelegen dit zodanig duidelijk te maken dat Nuon zulks ook zou hebben moeten begrijpen, bijvoorbeeld door dit expliciet in de 1990-overeenkomst tot uitdrukking te laten komen.

5.21 Met andere woorden, naar het oordeel van het hof volgt uit de 1990-overeenkomst niet, dat Nuon alleen een tarief mag vaststellen dat is opgesteld aan de hand van een tariefadvies dat is opgesteld met behulp van de rendementsmethode die Vestin destijds hanteerde. In zijn algemeenheid kan dus niet zonder meer worden geconcludeerd dat berekening van de warmtetarieven volgens de EnergieNed Methode niet in overeenstemming is met het nmd-principe. Of dit al dan niet zo is – en naar het oordeel van het hof vormt dit de kern van dit geschil – zal concreet moeten worden bezien.

## 7. Plan van aanpak en alternatief

5.22 Partijen zijn tot op heden in het debat met name ingegaan op de technische details van de tarieven, enerzijds gebaseerd op de de rendementsmethode en anderzijds op de marktwaardemethode. Daarbij hebben partijen hun standpunten kracht bijgezet door onder meer te verwijzen naar diverse expertiserapporten en onderzoeksresultaten. Het hof sluit niet uit dat een grondige analyse van alle aangevoerde standpunten, in combinatie met de onderliggende rapporten en onderzoeksresultaten, kan leiden tot een antwoord op de vraag of de tarieven die Nuon voor stadsverwarming hanteert voldoen aan het nmd-principe. Het hof zou daartoe één of meerdere deskundigen moeten benoemen. De complexiteit van het debat blijkt uit het procesdossier, waarin zich meer dan 30 rapporten bevinden en de verwachting is dan ook dat dit zal leiden tot een zeer langdurig en mogelijk zeer kostbaar onderzoek, waarbij partijen slechts in beperkte mate betrokken kunnen worden. Het hof wil daarom, ter voorkoming van een verrassingsbeslissing en om partijen in de gelegenheid te stellen hun zienswijze hierop te geven, het volgende tussentijds aan partijen voorleggen.

5.23 Bij gelegenheid van het pleidooi is met partijen besproken of er een praktische manier denkbaar is om na te gaan of het overeengekomen nmd-principe nog opgeld doet. Gesproken is onder meer over een vergelijking tussen enerzijds de gasafnemers en anderzijds de afnemers van stadsverwarming in Almere, in algemene zin aanhakend bij het rapport “De marktwaarde van warmte in Almere 2006; Resultaten van een vergelijkend onderzoek” van CvMA/MB van december 2006. Gedurende de schorsing van de zitting hebben partijen met elkaar over deze invalshoek gesproken. Zij hebben het hof laten weten dat beide partijen bereid waren samen naar de toekomst te kijken, teneinde een uitkomst voor de lokale situatie te bereiken, maar dat zij er voor wat het verleden betreft langs deze weg (vooralsnog) niet uitkwamen.

5.24 Het hof ziet niettemin aanleiding het geschil tussen partijen, ook voor het verleden, langs deze invalshoek verder te analyseren om tot een uitspraak (of desgewenst een tussentijdse oplossing) te komen. Dit omdat het hof de vraag die partijen verdeeld houdt aldus begrijpt, dat zij op zoek zijn naar het antwoord op de vraag of de bewoners van woningen in Almere die zijn aangesloten op stadsverwarming nu concreet “niet meer” betalen en hebben betaald sinds 1995 voor ruimteverwarming, verwarming van tapwater en koken “dan” bewoners van vergelijkbare woningen in Almere, die zijn aangesloten op het gasnet. Een lokale benadering van dit vraagstuk ligt voor de hand, gelet op zowel de tekst van de 1990-overeenkomst (en de voorganger daarvan) als uit de wijze van totstandkoming ervan, waaruit blijkt dat deze overeenkomst geheel is toegespitst op de lokale situatie in Almere. Het hof betreft daarbij onder meer de Overeenkomst van Samenwerking van 14 december 1978 (productie 1 bij dagvaarding) waarin wordt overwogen dat deze overeenkomst is

gesloten ten behoeve van een project van stadsverwarming in Almere-Stad. In deze overeenkomst werd een aparte vennootschap (te weten de N.V. Maatschappij tot Exploitatie van Stadsverwarming Almere, hierna: MESA) opgericht voor de inkoop en exploitatie van stadsverwarming in Almere-Stad. Met betrekking tot ditzelfde stadsverwarmingproject sloot MESA vervolgens een subsidieovereenkomst met de Nederlandse staat (productie 2 bij dagvaarding). Ook de concessieovereenkomst uit 1987 (de overeenkomst waarop de 1990-overeenkomst een uitbreiding vormt) werd gesloten ten behoeve van warmtelevering in het concessiegebied Almere-Stad. De 1990-overeenkomst heeft ondermeer tot onderwerp dat het concessiegebied wordt uitgebreid, doch ook deze overeenkomst ziet (enkel) op de lokale situatie in Almere. Daarbij merkt het hof op, dat de situatie in Almere zich in dit opzicht onderscheidt van die in andere gemeenten, waarnaar in de stukken wordt verwezen. Gelet op de omstandigheden van het geval ziet het hof daarom veel aanknopingspunten om de noodzakelijke concrete beoordeling van het nmd-principe te laten plaatsvinden vanuit lokaal perspectief.

5.25 Het hof stelt in het verlengde van hetgeen partijen bij gelegenheid van het pleidooi hebben besproken aan de orde of partijen ermee kunnen instemmen, dat in het vervolg van deze procedure een feitelijke vergelijking en analyse zal plaatsvinden, door (een) daartoe te benoemen deskundige(n) van de verbruikscijfers per tariefperiode van twee representatieve groepen in Almere, te weten enerzijds (alle of een deel van de) bewoners die zijn aangesloten op het gasnet en anderzijds (alle of een deel van de) bewoners die gebruikmaken van stadsverwarming. De vormgeving van dat onderzoek, de noodzakelijke voorwaarden om te komen tot gelijkwaardige referentiegroepen, alsmede de persoon en specialisatie van de daartoe te benoemen deskundige(n), kunnen worden besproken op de hierna te gelasten comparitie, tenzij partijen op eenparig verzoek te kennen geven af te willen zien van het houden van een comparitie van partijen. Partijen zullen in de gelegenheid worden gesteld zich bij akte uit te laten over de door het hof voorgestelde voortgang van de procedure, de daarbij te hanteren parameters en de eventueel te benoemen deskundigen. Het hof geeft partijen daarbij in overweging zich voorafgaande aan de roldatum waarop deze akte wordt ingediend, met elkaar te verstaan over de inhoud van de wederzijdse akten, zodat ter comparitie de standpunten over en weer reeds duidelijk zijn.

5.26 Verdere beslissingen zullen worden aangehouden.

## 6. Slotsom

6.1 De slotsom in het incidenteel hoger beroep is, dat de grieven falen. Iedere verdere beslissing in het incidenteel hoger beroep zal worden aangehouden.

6.2 In het principaal hoger beroep zal het hof partijen in de gelegenheid stellen zich, gelijktijdig, bij akte uit te laten over hetgeen hiervoor onder 5.22 tot en met 5.25 is overwogen. Vervolgens zal een comparitie van partijen worden bepaald voor het verkrijgen van inlichtingen als overwogen in rov.

5.25. Uiteraard zal ter comparitie desgewenst de gelegenheid worden geboden voor het beproeven van een schikking.

6.3 Op eenparig verzoek van partijen zal het hof afzien van het gelasten van een comparitie van partijen. In dat geval zal het hof ertoe overgaan via de gebruikelijke weg één of meerdere deskundigen te benoemen.

6.4 Iedere verdere beslissing in het principaal hoger beroep zal worden aangehouden.

## 7. De beslissing

Het hof, recht doende in hoger beroep:

in het incidenteel hoger beroep:

houdt alle beslissingen aan;

in het principaal hoger beroep:

verwijst de zaak naar de roldatum 5 februari 2013 voor het hiervoor onder 5.25 en 6.2 omschreven doel;

houdt verder iedere beslissing aan.

Dit arrest is gewezen door mrs. G.P.M. van den Dungen, M.F.J.N. van Osch en A.A. van Rossum, is bij afwezigheid van de voorzitter ondertekend door de oudste raadsheer en is in tegenwoordigheid van de griffier in het openbaar uitgesproken op 8 januari 2013.