

Onderzoek gelast naar beleid en gang van zaken bij Esperaza

Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer)
17 september 2020, nr. 200.275.461/01 OK,
ECLI:NL:GHAMS:2020:2474
(mr. Makkink, mr. Tillema, mr. Vink, drs. Scheltema, drs. Tiemstra RA)
Noot mr. R.J.W. Analbers en mr. J.R. Everhardus

Enquête. Besluitvorming. Dividenduitkering. Corporate governance.

[BW art. 2:345, 2:349a, 2:350 lid 1]

Essentie: De Ondernemingskamer beveelt een onderzoek naar het beleid en de gang van zaken van de Holding BV. Schorsing van de bestuurder en benoeming van een tijdelijk bestuurder. Overdracht van de aandelen ten titel van beheer.

Samenvatting: De op 14 november 2017 genomen besluiten leveren naar het oordeel van de Ondernemingskamer gegronde redenen op om aan een juist beleid en juiste gang van zaken bij Esperaza te twijfelen. Zo roepen om te beginnen de timing en de haast waarmee de besluiten zijn genomen vraagtekens op. De besluiten zijn genomen op de dag voorafgaand aan het ontslag van Dos Santos als chairwoman of the board van Sonangol. Onverklaard is voorts gebleven waarom de zittende bestuurders A met onmiddellijke ingang zouden moeten worden vervangen. Opvallend is ook de snelheid waarmee het nieuwe bestuur vervolgens goedkeuring aan de dividenduitkering heeft verleend. Ten slotte valt de stelling van Exem dat thans wel dividend kon worden uitgekeerd terwijl dividenduitkering in de afgelopen jaren steeds had moeten wachten op het voltooien van een fiscale herstructurering van Sonangol – die er volgens Exem op was gericht dat Sonangol niet langer 15% dividendbelasting verschuldigd zou zijn – lastig te verenigen met het gegeven dat deze fiscale herstructurering op 14 november 2017 kennelijk nog niet was afgerond, aangezien 15% dividendbelasting is ingehouden en afgedragen. De hiervoor omschreven gegronde redenen voor twijfel rechtvaardigen een onderzoek bij Esperaza.

Naar het oordeel van de Ondernemingskamer lijdt het geen twijfel dat de verdenkingen die zijn gerezen tegen Dos Santos, Dokolo en [A] en de strafrechtelijke onderzoeken die in verband daarmee worden verricht, negatieve gevolgen hebben voor Esperaza. Daargelaten de vraag of ook Dos Santos als ultimate beneficial owner (UBO) van Exem moet worden beschouwd, valt te verwachten dat het feit dat Dokolo en [A] aan Exem verbonden zijn, reputatie- en andersoortige problemen oplevert voor Esperaza. Dit heeft zich al gemanifesteerd in de terugtrekking van Centralis, die gevolgen heeft verbonden aan het feit dat, anders dan toegezegd, de splitsing van Esperaza geen doorgang heeft gevonden waardoor het uitgangspunt dat zij slechts voor Sonangol werkzaam zou zijn, geen doorgang kon vinden. Daarnaast kan Esperaza nog slechts beschikken over één bankrekening en is niet ondenkbaar dat ook beschikking over deze bankrekening in Kaapverdië problematisch wordt. Dat zij bij een voortdurende betrok-

kenheid van [A] en van Dos Santos en/of Dokolo middels Exem zonder problemen een ander trustkantoor kan vinden, elders een bankrekening kan openen of een accountant bereid kan vinden diensten voor haar te verrichten, is voorts niet aannemelijk. De omstandigheid dat Amorim Energia aanleiding heeft gezien het uit te keren dividend niet langer onder zich te houden, gelet op de toezegging van Sonangol dat zij doorbetaling aan Exem zal blokkeren, neemt de overige bezwaren niet weg en onderstreept nog eens dat van een normale bedrijfsvoering geen sprake is. Daarbij komt dat onduidelijk is hoe Esperaza de beschikking zal kunnen krijgen en houden over dit dividend, gelet op het beslag op de Portugese bankrekening en de onzekere status van de bankrekening in Kaapverdië.

Ook de verhoudingen binnen het bestuur acht de Ondernemingskamer problematisch. In de eerste plaats is duidelijk dat de verhoudingen ernstig zijn verstoord en dat de bestuurders over belangrijke onderwerpen niet op één lijn zitten. Het voorbeeld van de inschakeling van Loyens & Loeff is hiervoor illustratief en overstijgt de kwalificatie van een louter verschil van inzicht. Het meningsverschil over de vertegenwoordiging van Esperaza in de algemene vergadering en in het bestuur van Amorim Energia is een ander voorbeeld, waarbij valt op te merken dat [A] door Exem als bestuurder B is benoemd en de belangen van Exem niet steeds parallel lopen met die van Esperaza. Ook al zijn de meningsverschillen binnen het bestuur tot nu toe uiteindelijk door compromissen opgelost, een dergelijke conflictueuze situatie is niet in het belang van Esperaza. In de tweede plaats, zoals ook ter zitting aan de orde is geweest, bestaat onduidelijkheid over de geldende governance. De status van de Governance Agreement is onduidelijk en de geldigheid van de (her)benoemingsbesluiten van [B] en [C] wordt betwist. Een dergelijke onduidelijkheid, die tevens onzekerheid over de (rechtsgeldigheid van de) besluitvorming meebrengt, is onwenselijk.

In het licht van het vorenstaande zijn er ook met betrekking tot de huidige situatie van Esperaza gegronde redenen om aan een juist beleid en juiste gang van zaken te twijfelen. Ook deze redenen rechtvaardigen een onderzoek.

1. de vennootschap naar vreemd recht *Sociedade Nacional de Combustíveis de Angola – Sonangol E.P.*, gevestigd te Luanda, Angola,
2. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid *Esperaza Holding B.V.*, gevestigd te Amsterdam, verzoeksters, advocaten: mr. M.J. Drop en mr. C. Boersma, kantoorhoudende te Amsterdam, tegen de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid *Esperaza Holding B.V.*, gevestigd te Amsterdam, verweerster, advocaten: mr. M.J. Drop en mr. C. Boersma, kantoorhoudende te Amsterdam, en tegen de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid *Exem Energy B.V.*, gevestigd te Amsterdam, belanghebbende, advocaat: mr. J.W. Leedekerken, kantoorhoudende te Amsterdam, en [A], wonende te [...], belanghebbende, advocaten: mr. T.S. Jansen en mr. A.S. van der Heide,

en
Sindika Dokolo, wonende/verblijvende te Londen, Verenigd Koninkrijk,
belanghebbende,
in persoon (via videoverbinding) verschenen.

1. Het verloop van het geding

1.1. In het vervolg zullen partijen (ook) als volgt worden aangeduid:

- verzoekster sub 1 met Sonangol;
- verzoekster sub 2/verweerster met Esperaza;
- belanghebbenden met respectievelijk Exem, [A] en Dokolo.

1.2. Sonangol en Esperaza hebben bij op 13 maart 2020 ingekomen verzoekschrift met producties de Ondernemingskamer verzocht, bij beschikking uitvoerbaar bij voorraad, een onderzoek te gelasten naar het beleid en de gang van zaken van Esperaza over de periode vanaf 21 december 2006 tot en met de dag waarop het onderzoek wordt afgerond, in het bijzonder naar het handelen van Exem en [A], ten aanzien van de onderwerpen die in het verzoekschrift zijn omschreven en te bepalen dat de kosten van het onderzoek voor rekening komen van Esperaza. Daarbij hebben zij tevens verzocht bij wijze van onmiddellijke voorzieningen voor de duur van het geding 1) [A] met onmiddellijke ingang te schorsen als bestuurder, althans [A] te schorsen en daarbij een nader aan te wijzen persoon te benoemen tot bestuurder van Esperaza, en aan deze bestuurder bepaalde bevoegdheden toe te kennen, 2) de door Exem in Esperaza gehouden aandelen ten titel van beheer over te dragen aan een door de Ondernemingskamer aan te wijzen persoon, althans het stemrecht verbonden aan deze aandelen te schorsen, en 3) de onmiddellijke voorzieningen te treffen die de Ondernemingskamer met het oog op de toestand van Esperaza geraden acht. Een en ander kosten rechtens.

1.3. Bij brief van 28 mei 2020 hebben mrs. Drop en Boersma een aantal gebeurtenissen belicht die zich na indiening van het verzoekschrift hebben afgespeeld en nadere producties overgelegd.

1.4. Exem heeft bij op 3 juni 2020 ingekomen verzoekschrift/voorwaardelijk verzoekschrift met producties de Ondernemingskamer verzocht Sonangol en Esperaza niet ontvankelijk te verklaren in hun verzoek, althans dit af te wijzen en, slechts voor zover de Ondernemingskamer een onderzoek gelast, de Ondernemingskamer verzocht een tijdelijke bestuurder met doorslaggevende stem te benoemen in het bestuur van Esperaza, met een nader omschreven taakomschrijving, en te bepalen dat het onderzoek ook moet zien op de handelwijze van de door Sonangol benoemde bestuurders vanaf 2018, met veroordeling van Sonangol en Esperaza in de kosten van het geding, uitvoerbaar bij voorraad.

1.5. [A] heeft bij op 3 juni 2020 ingekomen verzoekschrift met producties de Ondernemingskamer verzocht Sonangol en Esperaza niet ontvankelijk te verklaren in hun verzoek, althans dit af te wijzen en Sonangol te veroordelen in de kosten van de procedure.

1.6. Het verzoek is behandeld ter openbare terechtzitting van de Ondernemingskamer van 17 juni 2020. Bij die gelegenheid hebben de advocaten de standpunten van de onderscheiden partijen toegelicht aan de hand van – aan de Ondernemingskamer en de wederpartij overgelegde – aantekeningen. Voor Sonangol en Esperaza heeft tevens mr. R.H. Broekhuijsen, advocaat te Amsterdam, het woord gevoerd. Van de zijde van Sonangol en Esperaza respectievelijk [A] zijn op voorhand aan de Ondernemingskamer en de wederpartij gezonden na-

dere producties overgelegd. Partijen en hun advocaten hebben vragen van de Ondernemingskamer beantwoord en inlichtingen verstrekt.

1.7. Bij akte van 22 juli 2020 heeft Exem – met toestemming van de Ondernemingskamer na bezwaar van Sonangol en Esperaza – een aanvullende productie in het geding gebracht. Sonangol en Esperaza hebben hierop bij brief van op 7 augustus 2020 gereageerd, onder overlegging van nadere producties. Exem en [A] hebben zich vervolgens op 19 augustus 2020 uitgelaten over die producties.

1.8. Bij e-mail van hun advocaat van 11 september 2020 hebben Sonangol en Esperaza, met toestemming van de overige partijen, nog een productie aan de Ondernemingskamer toegestuurd.

2. De feiten

De Ondernemingskamer gaat uit van de volgende feiten:

2.1. Esperaza is een Nederlandse houdstermaatschappij. Het bestuur van Esperaza bestaat uit twee bestuurders A, te weten [B] (hierna: [B]) en [C] (hierna: [C]), beiden wonende te Angola, en een bestuurder B, [A]. Sonangol houdt 60% van de aandelen in Esperaza (de aandelen A) en Exem houdt 40% van de aandelen in Esperaza (de aandelen B).

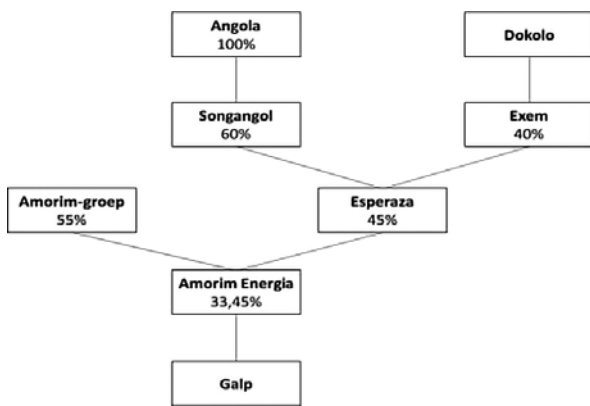
2.2. Artikel 9.2 van de statuten van Esperaza (laatstelijk gewijzigd op 5 november 2015) bepaalt dat bestuurders A worden benoemd door de vergadering van houders van aandelen A en bestuurders B door de vergadering van houders van aandelen B. De vennootschap wordt vertegenwoordigd door het bestuur en daarnaast komt de bevoegdheid tot vertegenwoordiging slechts toe aan één bestuurder A en één bestuurder B, gezamenlijk handelend (artikel 11.1).

2.3. Sonangol staat aan het hoofd van de Sonangol groep, het Angolese staatsbedrijf dat toezicht houdt op de olie- en aardgasproductie in Angola. Van 2 juni 2016 tot 15 november 2017 was Isabel dos Santos (hierna: Dos Santos) *Chairwoman of the Board of Directors* van Sonangol. Dos Santos is de dochter van Jose Eduardo dos Santos, president van Angola van 10 september 1979 tot 26 september 2017. Dokolo is de echtgenoot van Dos Santos.

2.4. Exem is een Nederlandse holdingmaatschappij. Haar enig aandeelhouder is de Zwitserse rechtspersoon Exem Holding A.G. Het aandeelhoudersregister van Exem Holding A.G. vermeldde op 9 juni 2016 Dokolo als *Ultimate Beneficial Owner* (UBO). De aandelen betreffen toonderaandelen.

2.5. Het belangrijkste vermogensbestanddeel van Esperaza is een belang van 45% in het aandelenkapitaal van de Nederlandse vennootschap Amorim Energia B.V. (hierna: Amorim Energia). Amorim Energia bezit op haar beurt 33,34% in het aandelenkapitaal van het beursgenoteerde Portugese olie- en gasbedrijf Galp Energia SGPS S.A. (hierna: Galp). De twee andere aandeelhouders van Amorim Energia zijn twee vennootschappen uit de Amorim-groep, een van de grootste Portugese multinationals en investeerders. De jaarrekening van Amorim Energia over 2019 vermeldt dat de marktwaarde van het aandelenbelang van Amorim Energia in Galp per 31 december 2018 € 3.813.933.461 en per 31 december 2019 € 4.119.435.199 bedraagt.

2.6. De structuur kan vereenvoudigd als volgt worden weergegeven:



2.7. Esperaza heeft bankrekeningen bij een tweetal banken die behoren tot de groep van de Angolese bank Banco Internacional de Crédito S.A. (Banco Bic). Haar tegoeden worden aangehouden bij EuroBic Bank Portugal (banksaldo € 83 miljoen) en bij een branche te Kaapverdië, BIC Cabo Verde (banksaldo ruim € 750.000). Dos Santos is aandeelhoudster van de Banco Bic.

2.8. Esperaza houdt, althans hield in Nederland domicilie bij het trustkantoor Centralis Netherlands B.V. (hierna: Centralis). Zij heeft een huurovereenkomst voor kantoorruimte in het WTC-gebouw te Amsterdam.

2.9. De Amorim-groep heeft in december 2005 Esperaza als inactieve houdstermaatschappij overgenomen van ABN Amro, met het oog op het verwerven van een belang in Galp. Op 30 januari 2006 heeft Sonangol alle aandelen in Esperaza verworven en aldus een belang van 45% gekocht in Amorim Energia. Tussen januari en oktober 2006, heeft Amorim Energia haar belang in Galp uitgebreid, als gevolg waarvan Sonangol voorafgaand aan de beursgang van Galp op 23 oktober 2006 een indirect belang van 15,=3% hield in Galp.

2.10. Op 21 december 2006 heeft Sonangol 40% van de aandelen in Esperaza verkocht aan Exem. Met betrekking tot deze transactie is op 21 december 2006 een *Share Purchase Agreement* (hierna: de SPA) ondertekend. De koopprijs voor de aandelen bedroeg € 75.075.880. De SPA bepaalt dat 15% van de koopprijs, derhalve € 11.261.382, voorafgaand aan de overdracht moest worden betaald (artikel 3.2). Dit bedrag is op 18 december 2006 overgemaakt door Exem Africa Ltd., gevestigd op de Britse Maagdeneilanden (hierna: Exem Africa). De resterende 85% van de koopprijs, € 63.814.498 werd door Sonangol gefinancierd door een aan Exem verstrekte *vendor loan*. Het geleende bedrag, te vermeerderen met rente, 'shall be paid by the Buyer to the Seller and shall be settled out of all ordinary and extraordinary dividends and any other payments to be received by the Buyer from the Company [Esperaza, toevoeging OK] from time to time' (artikel 3.4). De SPA bevat verder de bepalingen dat de koper, of een door de koper aangewezen vennootschap, te allen tijde gerechtigd is zonder boete het restant van de koopprijs te betalen (artikel 3.5, slotzin) en dat uiterlijk op 31 december 2017 aan de betalingsverplichtingen moet zijn voldaan bij gebreke waarvan sprake is van een *Event of Default* (artikel 3.7).

2.11. Bij notariële akte van 29 december 2006 zijn de aandelen geleverd aan Exem. Bij notariële akte van diezelfde datum zijn de door Exem gehouden aandelen in Esperaza aan Sonangol verpand, tot zekerheid voor de nakoming van de verplichtingen van Exem uit de SPA.

2.12. Met betrekking tot de (totstandkoming van de) samenwerking tussen Exem en Sonangol en de *governance* van Esperaza zijn, naast de statuten die op 22 januari 2007 en nadien op 5 november 2015 zijn gewijzigd, een viertal documenten voorhanden, daterend uit de periode 2006/2007:

- een *Memorandum of Understanding* (MoU) tussen Exem Africa en Sonangol dat betrekking heeft op de toelating van Exem Africa of een door haar aan te wijzen vennootschap als aandeelhouder van Esperaza en als datum 25 januari 2006 vermeldt, maar later is opgesteld;
- een aandeelhoudersovereenkomst tussen Sonangol, Exem en Esperaza, gedateerd december 2006;
- een ongedateerde brief van Sonangol aan Exem waarin nadere afspraken worden bevestigd over de *governance* van Esperaza (hierna: de *Governance Agreement*), inhoudende, kort gezegd, dat Sonangol besluiten van Esperaza over bepaalde onderwerpen (waaronder – sub d – *The appointment, dismissal and remuneration of the corporate bodies of the Company*) niet zal goedkeuren zonder instemming van Exem en/of door Exem benoemde bestuurders; en
- een bestuursreglement gedateerd 12 oktober 2007.

2.13. Artikel 13 lid 3 van de per 22 januari 2007 geldende statuten bepaalt (in lijn met wat daarover in de MoU en de aandeelhoudersovereenkomst was overeengekomen) dat het bestuur een *Executive Manager* kan benoemen die onder meer verantwoordelijk is voor de algemene coördinatie van de relatie tussen de vennootschap, haar aandeelhouders en haar dochtervennootschappen. [A] fungeert sinds het begin van de samenwerking tussen Sonangol en Exem als *Executive Manager* van Esperaza.

2.14. Artikel 5 van de aandeelhoudersovereenkomst betreft het dividendbeleid van Esperaza en houdt in: 'To the extent permitted by the applicable laws and the Articles of Association, the Parties undertake to distribute each year all profits of the Company to the Shareholders.' Over de jaren 2006 – 2017 heeft Esperaza van Amorim Energia een bedrag van €147.401.006 aan dividend uitgekeerd gekregen.

2.15. Bij brief van 30 juni 2017 heeft Exem met betrekking tot de in 2.10 bedoelde lening geschreven:

'(...) the total outstanding amount due and payable by the Buyer to the Seller pursuant to the SPA is EUR 72.801.461,47 (the *Payable Amount*).

(...) taking into account that we have access to immediately available funds in Kwanzas [de Angolese munteenheid, opm OK], we hereby propose and ask for your agreement to the conversion of the Payable Amount into Kwanzas and its swift liquidation in favour of the Seller by way of bank transfer of immediately available funds to the bank account designated in writing by you for such a purpose.'

2.16. Bij brief van 31 augustus 2017 heeft Sonangol aan Exem geschreven dat zij de rationale van het voorstel om in Kwanzas te betalen begrijpt en met het voorstel akkoord gaat. In deze brief heeft zij tevens geschreven dat de internationale groep van Sonangol wordt geherstructureerd om een aantal inefficiënties in de groepsstructuur te corrigeren en dat zij daarom de intentie heeft dividenduitkeringen op het niveau van Esperaza uit te stellen tot eind oktober 2017, wanneer de herstructurering zal zijn voltooid. De brief is ondertekend door de CEO van Sonangol en voorzien van een paraaf en een stempel van Dos Santos met vermelding van haar naam en functie 'The Chairwoman of the Board of Directors'.

2.17. Bij brief van 9 november 2017 aan Exem heeft Sonangol bevestigd dat de betaling van het nog verschuldigde bedrag onder de SPA is ontvangen en verklaard dat de verplichtingen

van Exem onder de SPA volledig waren nagekomen en dat het pandrecht als gevolg daarvan was geëindigd. Deze brief is ondertekend door Dos Santos en voorzien van een stempel met haar naam en functie.

2.18. Op 14 november 2017 zijn [B] en [C] als bestuurders A van Esperaza ontslagen en zijn [D] (hierna: [D]) en [E] (hierna: [E]) als bestuurders A benoemd.

2.19. Op 14 november 2017 is, buiten vergadering, een aandeelhoudersbesluit van Esperaza genomen inhoudende 'that the Undersigned, in their capacity as shareholders of the Company, wish to declare an interim dividend in the total amount of EUR 131.500.000 in favor of the Undersigned, provided the Management Board shall approve the Distribution.' Op grond van dit besluit zou derhalve € 78.900.000 aan Sonangol toekomen en € 52.600.000 aan Exem.

2.20. De goedkeuring van de *Management Board* is bij besluit van diezelfde datum door het bestuur van Esperaza – derhalve [D] en [E] als bestuurders A en [A] als bestuurder B – verleend.

2.21. Op eveneens 14 november 2017 is, buiten vergadering, een aandeelhoudersbesluit van Esperaza genomen inhoudende 'to dissolve the Company as per 1st February 2018 (or sooner if any of the shareholders asks to proceed sooner)', met benoeming van [A] als *liquidator*, ontslag van het bestuur van Esperaza en benoeming van een *custodian*.

2.22. Op 15 november 2017 is Dos Santos ontslagen als *Chairwoman of the Board* van Sonangol.

2.23. De onder 2.19 genoemde dividendbedragen zijn op 17 november 2017 uitbetaald aan Sonangol en Exem, wat Sonangol betreft na aftrek van 15% dividendbronbelasting.

2.24. In december 2017 hebben Sonangol en Exem gecorrespondeerd over de rechtsgeldigheid van de besluiten van 14 november 2017.

2.25. Op 4 januari 2018 heeft Sonangol de Kwanza-betaling (AKZ 11.888.704.792) terugbetaald aan Exem.

2.26. Op 5 januari 2018 heeft de vergadering van houders van aandelen A van Esperaza met onmiddellijke ingang [D] en [E] ontslagen en, voor zover zij niet bestuursleden zijn gebleven, [C] en [B] (her)benoemd als bestuurders A.

2.27. Op 15 januari 2018 heeft de algemene vergadering van Esperaza het besluit tot ontbinding van Esperaza herroepen.

2.28. Bij brief van 25 januari 2018 heeft Exem gevraagd naar de reden voor de terugbetaling van de Kwanza-betaling. Bij brief van 28 februari 2018 heeft Sonangol Exem geschreven dat terugbetaling heeft plaatsgevonden 'because we felt there was no legal or contractual basis to justify receiving the same [de Kwanza-betaling, OK] in that currency.' Sonangol stelde zich in die brief op het standpunt dat Exem op grond van de SPA in Euro's diende te betalen. Hierop is nadere correspondentie gevolgd, waarbij Sonangol zich (in een brief van 12 oktober 2018) onder meer op het standpunt stelde dat Dos Santos niet bevoegd was Sonangol te vertegenwoordigen en betaling in Euro's van het in haar visie nog uitstaande bedrag onder de SPA heeft geëist (€ 72.801.461,47).

2.29. Op 17 oktober 2018 heeft Exem een arbitrageprocedure aanhangig gemaakt bij het NAI (geregistreerd onder nummer NAI 4687). In deze procedure vordert Exem, kort gezegd, een verklaring voor recht dat Exem in oktober 2017 haar betalingsverplichtingen onder de SPA is nagekomen, dat Sonangol verplicht is alsnog betaling in Kwanza's (tegen de wisselkoers van 13 oktober 2017) als betaling voor de aandelen te aanvaarden en dat het pandrecht is vervallen. Sonangol heeft tegenvorderingen ingesteld, die – na wijziging – neerkomen op een verklaring voor recht dat de SPA en de leveringsakte van

de aandelen in Esperaza nietig zijn wegens strijd met de openbare orde en goede zeden en terugbetaling van hetgeen uit hoofde van de SPA is verricht. Er is een scheidsgerecht benoemd en er is bepaald dat, na verdere stukkenwisseling en bewijsgraring, een zitting zal plaatsvinden in mei 2021.

2.30. Inmiddels waren partijen begonnen aan schikkingsonderhandelingen, die onder meer zagen op een splitsing van Esperaza. De eerste versie van een *non-binding term sheet* is bij e-mail van 25 oktober 2018 door de advocaat van Sonangol toegestuurd aan de advocaat van Exem.

2.31. Op 15 februari 2019 heeft Esperaza een dienstverleningsovereenkomst gesloten met Centralis, betrekking hebbend op aan Esperaza te verlenen *trust services*. Artikel 7.1 (g) van deze overeenkomst luidt:

'7. Representations and Warranties

7.1. Centralis and the Company each represent and warrant to the other (...)

(...)

(g) that the Company will start the legal split procedure in the Netherlands before September 30, 2019 which will result in the group [de aanduiding van de Sonangol-groep, volgens de definities in artikel 1, OK] becoming the sole (indirect) ultimate owner in the capital of the company and that Centralis will get a written confirmation latest 5 business days after starting the legal split procedure of the Company in the Netherlands.'

2.32. Bij e-mail van 8 juni 2019 heeft de advocaat van Sonangol een laatste versie van een schikkingsovereenkomst toegevoerd aan de advocaat van Exem, met aan het slot het verzoek 'Please confirm if we have the final version now ASAP'. De schikkingsovereenkomst voorzag kort gezegd in een regeling van het geschil over de betaling, intrekking van arbitrageprocedure NAI 4687, een *demerger* met als uitkomst dat Sonangol en Exem hun indirect belang Amorim Energia apart gaan houden en de beëindiging van de contractuele *governance*-regelingen (zie 2.12) met betrekking tot Esperaza. De beoogde schikking heeft uiteindelijk geen doorgang gevonden.

2.33. Op 5 september 2019 heeft Exem een tweede arbitrageprocedure aanhangig gemaakt bij het NAI (geregistreerd onder nummer NAI 4760). In deze procedure vordert zij nakoming van de afspraken over de *governance* in onder meer de aandeelhoudersovereenkomst en de *Governance Agreement*. Het verzoek van Sonangol om voeging met de procedure NAI 4687 is afgewezen. Ook in procedure NAI 4760 is inmiddels een scheidsgerecht benoemd.

2.34. Op 19 januari 2020 zijn door het International Consortium of Investigative Journalists (ICIJ) documenten openbaar gemaakt die onder meer betrekking hebben op de situatie in Angola onder het regime van de vader van Dos Santos en waarin Dos Santos een belangrijke rol speelt (de zogenaamde *Luanda Leaks*). Naar aanleiding van die publicaties is in Angola een strafrechtelijk onderzoek geopend tegen onder meer Dos Santos, in het kader waarvan onderzoek wordt gedaan naar verdenkingen van onder meer verduistering, valsheid in geschrift, misbruik van macht en witwassen.

2.35. Op 24 januari 2020 heeft een rechter in het Angolese *Tribunal Supremo* de inbeslagneming van vermogensbestanddelen van (met name) Dos Santos ter waarde van US\$ 1.268.145.808,10 bevolen. Uit het bevel volgt dat ook verdenkingen zijn gezezen tegen [A] en [E].

2.36. Bij e-mail van 19 februari 2020 heeft Centralis – onder verwijzing naar eerdere besprekingen – de diensverleningsovereenkomst opgezegd per 10 maart 2020, wegens strijd met de garantie dat een *demerger* zou plaatsvinden (zie 2.31).

2.37. Op 22 februari 2020 heeft Exem een arbitraal kort geding bij het NAI aanhangig gemaakt (geregistreerd onder nummer NAI 4807), waarin zij vorderde dat Sonangol wordt bevolen te bewerkstelligen dat dividend van € 80 miljoen door Esperaza zal worden uitgekeerd, dat Sonangol wordt verboden haar pandrecht op de aandelen van Exem in Esperaza uit te winnen en wordt bevolen de schikkingsovereenkomst te ondertekenen althans schikkingsonderhandelingen met Exem te continueren. Exem heeft in dit kort geding ook vorderingen tegen Esperaza ingesteld, die ertoe strekken dat Esperaza wordt bevolen de geëiste dividenduitkering te bewerkstelligen of op een escrow-rekening te bewaren en gedurende de looptijd van arbitrageprocedure NAI 4687 overigens geen uitkeringen te doen aan aandeelhouders of derden.

2.38. [C] en [B] hebben contact opgenomen met Loyens & Loeff om zich namens Esperaza te voorzien van rechtskundige bijstand in de arbitrageprocedure. [A] heeft bij e-mail van 27 februari 2020 aan [B] geschreven dat Esperaza alleen op formele gronden in de arbitrageprocedure is betrokken en er geen grond bestaat voor Esperaza om een onafhankelijke positie in te nemen en derhalve evenmin voor het aanstellen van een advocaat om Esperaza in die procedure te vertegenwoordigen. Voorts heeft hij erop gewezen dat voor het instrueren van een advocaat een bestuursbeslissing nodig is. Bij e-mail van diezelfde datum heeft [A] onder meer aan de aangezochte advocaat geschreven dat laatstgenoemde geen mandaat heeft om Esperaza te vertegenwoordigen.

2.39. Bij brief van 26 februari 2020 heeft Sonangol [A] verzocht om in verband met de strafrechtelijke verdenkingen tegen hem met onmiddellijke ingang vrijwillig ontslag te nemen als bestuurder van Esperaza. [A] heeft hierop bij e-mail van 27 februari 2020 geantwoord dat hij geen aanleiding ziet terug te treden als bestuurder.

2.40. Een verklaring van 2 maart 2020 van het Angolese *National Directorate of Investigation and Criminal Prosecution of the Office of the Attorney General of the Republic* houdt in dat strafzaken aanhangig zijn tegen Dos Santos, Dokolo en [A] met betrekking tot verdenkingen van 'Embezzlement, Defraud, Economic Participation in Business, Criminal Association and Money Laundering'.

2.41. Bij e-mail van 6 maart 2020 heeft [B] mede namens [C] aan [A] geschreven dat zij in verband met het belang van Esperaza deugdelijk vertegenwoordigd te zijn in de arbitrale procedure instemmen met een telefonische bestuursvergadering op 9 maart 2020. In de e-mail staat voorts onder meer dat [A] in het belang van Esperaza dient te handelen, dat hij daar in tekort schiet en dat zijn handelen, dat er duidelijk op gericht is Esperaza vertegenwoordiging in de door Exem aangespannen procedure te onthouden, blijk geeft van een met het belang van Esperaza tegenstrijdig belang. [B] heeft aangekondigd de processtukken aan de aangezochte advocaat van Loyens & Loeff te zullen sturen. Bij e-mail van 7 maart 2020 heeft [A], onder verwijzing naar zijn e-mail van 27 februari 2020, zijn daar verwoorde standpunt herhaald en voorts verwezen naar een eerdere mail van 6 maart 2020, waarin hij de aantijging dat hij loyaliteit aan Exem vermengt met zijn plicht als bestuurder van Esperaza van de hand wees en schreef dat er simpelweg een verschil van mening is. Hij heeft er voorts op gestaan tijdig voor de bestuursvergadering een voorstel te krijgen omtrent het eventuele mandaat van de aangezochte advocaat.

2.42. Op 8 maart 2020 heeft Exem haar vorderingen tegen Esperaza ingetrokken.

2.43. Bij e-mail van 9 maart 2020 heeft [B] geantwoord op de e-mail van [A] van 7 maart 2020. In deze e-mail staat dat nu Exem haar vorderingen tegen Esperaza inmiddels heeft ingetrokken de pogingen Esperaza in de procedure vertegenwoordigd te krijgen voorlopig tot een einde komen, maar dat de bezwaren tegen [A] voortduren en problematisch zijn. De e-mail bevat een uiteenzetting van de bezwaren die [B] en [C] hebben tegen [A] en zijn bestuurderschap van Esperaza. Hierop is verdere correspondentie gevolgd.

2.44. Op 11 maart 2020 heeft het scheidsgerecht in de NAI-arbitrage 4687 Exem verboden om haar vorderingen tot uitkering van dividend en de niet-uitwinning van het pandrecht in het arbitrale kort geding op 13 maart 2020 aan de kortgeding-arbiter voor te leggen. Hierop heeft Exem deze vorderingen ingetrokken. Vervolgens heeft zij ook de vordering Sonangol te bevelen de schikkingsovereenkomst te ondertekenen ingetrokken, zodat alleen het gevorderde bevel tot continuering van schikkingsonderhandelingen resteerde. Sonangol heeft toegezegd – en deze toezegging bij e-mail van 11 maart 2020 bevestigd aan het scheidsgerecht, dat er melding van heeft gemaakt in zijn beslissing van die datum – dat zij gedurende de arbitrageprocedure NAI 4687 geen stappen zal ondernemen om Esperaza ertoe te brengen fondsen in de vorm van dividend vrij te geven en dat zij geen pandrechten zal uitoefenen, anders dan op een termijn van 15 dagen na een daartoe strekkend bericht aan het scheidsgerecht. Op 10 april 2020 heeft het scheidsgerecht in kort geding in de procedure NAI 4807 de resterende vordering van Exem afgewezen, waarbij onder meer werd overwogen dat het voortzetten van schikkingsonderhandelingen bij de stand van zaken van dat moment waarschijnlijk tot een zinloze rituele dans zou leiden zonder reële kans op succes.

2.45. Op 27 maart 2020 heeft de EuroBic Bank Portugal laten weten dat de Portugese rekening van Esperaza is geblokkeerd en dat informatie daarover kan worden verkregen bij het *Tribunal Criminal* van Lissabon.

2.46. Bij brieven van 6 april 2020 heeft een in verband met de implicaties van de *Luanda Leaks* ingestelde bijzondere commissie van Amorim Energia (hierna: de Amorim Energia-commissie) vragen gesteld aan Esperaza en aan Sonangol. In deze brieven staat, onder verwijzing naar de *Luanda Leaks* – waarin ook melding wordt gemaakt van de transactie tussen Sonangol en Exem in 2006 met betrekking tot de aandelen in Esperaza – en de strafrechtelijke procedures tegen onder meer Dos Santos en Dokolo en beslagen die volgens berichten in de media hierop zijn gevolgd: 'The board of directors of [Amorim Energia] has concluded that the foregoing circumstances constitute a factor of serious concern for both the company and Galp, entailing relevant risks of different nature, including financial, legal and, last but not least, reputational.'

De Amorim Energia-commissie heeft geschreven dat Amorim Energia in het bijzonder haar positie wil bepalen met betrekking tot toekomstige dividenduitkeringen en/of andere betalingen aan Esperaza. Zij heeft zowel aan Esperaza als Sonangol een aantal vragen gesteld en van allebei verklaringen verzocht, inhoudende dat:

'i. Sonangol has effective control over the board and the shareholders' meeting of Esperaza; and'

(van Esperaza)

'ii. Esperaza will not on-pay any amounts received from [Amorim Energia] to Exem and/or any other entity or person directly or indirectly affiliated with Ms. Dos Santos or her husband.'

(van Sonangol)

‘ii. Sonangol will use its voting power and its other corporate and contractual rights to prevent Esperaza from on-paying any amounts received from [Amorim Energia] to Exem and/or any other entity or person directly or indirectly affiliated with Ms. Dos Santos or her husband.’

In de brieven staat voorts dat een besluit tot dividenduitkering afhankelijk zal zijn van de ontvangst van de antwoorden op de vragen en van de af te leggen verklaringen.

2.47. In een e-mail van [A] aan [B] en [C] van 24 april 2020, betrekking hebbend op een aan Amorim Energia te versturen antwoord op de brieven van 6 april 2020, staat onder meer (onder v):

‘Please note that I know now that there are a number of legal proceedings and related actions in Angola and Portugal against me personally initiated by the Angolan government. Of course, I contest these actions and I am in the process of perfecting my view on all relevant (ex parte and not ex parte) developments in Angola and Portugal. In the meantime, I will continue to do my utmost for the benefit of our successful joint-venture as I have always done since 2006.’

2.48. Bij brief van 24 april 2020 aan Amorim Energia heeft Sonangol, vooruitlopend op een meeromvattend inhoudelijk antwoord, alvast een verklaring afgegeven die in formulering afweek van de verklaring zoals die door de Amorim Energia-commissie was verzocht. Nadat de Amorim Energia-commissie bij e-mail van 4 mei 2020 te kennen had gegeven dat deze verklaring niet volstond, heeft Sonangol bij brief van dezelfde datum nader inhoudelijk antwoord gegeven op de gestelde vragen en nadere verklaring afgegeven, inhoudende:

‘i. Sonangol has, on the basis of its majority shareholding in Esperaza, effective control over the board and the shareholders’ meeting of Esperaza; and

ii. Sonangol will actively use its voting power and its other corporate and contractual rights and more generally, will do everything in its power, subject to applicable laws and any arbitrary decision, to prevent Esperaza from on-paying any amounts received from [Amorim Energia] to Exem and/or any other entity or person directly or indirectly affiliated with Exem’s ultimate beneficiaries.’

2.49. Op dezelfde datum heeft [A] ook een – door alle bestuurders ondertekende – brief van Esperaza aan Amorim Energia verstuurd, waarin de in de brief van 6 april 2020 gestelde vragen werden beantwoord en Esperaza liet weten niet in de positie te zijn een verklaring als bedoeld onder (i) te geven omdat dit onderwerp was van de NAI 4760 procedure en met betrekking tot de verklaring onder (ii) verwezen naar de (eerder in de brief weergegeven) stand van zaken in de NAI 4687 procedure.

2.50. Met het oog op een op 5 mei 2020 te houden algemene vergadering van Amorim Energia, is tussen [B], [C] en [A] discussie ontstaan over de vraag wie Esperaza in die vergadering zou vertegenwoordigen, waarbij de in verband daarmee bijeengeroepen bestuursvergadering is geëindigd doordat [A] niet akkoord ging met de aanwezigheid van een advocaat. Daarna hebben [B], [C] en [A] alsnog een compromis bereikt. Ook over de vervanging van de door Esperaza voorgedragen bestuurders in het bestuur van Amorim Energia – waarin Esperaza recht heeft op twee bestuurszetels – zijn zij tot een compromis gekomen. [B] en [C] hebben [A] bij e-mail van 2 mei 2020 geschreven dat zij zich tot deze compromissen gedwongen hebben gezien in verband met het belang van Esperaza vertegenwoordigd te zijn.

2.51. Op 5 mei 2020 heeft online een algemene vergadering van Amorim Energia plaatsgevonden. Tot stemming over be-

noeming van de nieuwe door Esperaza voorgedragen bestuurders is het niet gekomen; wel zijn reeds bedenkingen geuit over een van hen (de door Exem voorgestelde bestuurder) vanwege betrokkenheid bij Dos Santos. Ter vergadering is vastgesteld dat een bedrag van € 68.889.912 beschikbaar is voor uitkering als dividend aan Esperaza. Benoeming van nieuwe door Esperaza voorgedragen bestuurders in het bestuur van Amorim Energia heeft nog niet plaatsgevonden.

2.52. De Amorim Energia-commissie heeft op 22 mei 2020 aan Sonangol bevestigd dat haar nadere verklaring overeenstemt met de verklaring zoals verzocht en Sonangol voorts verzocht in verband met artikel 5 van de aandeelhoudersovereenkomst (zie 2.14) aanvullend te verklaren dat:

‘Sonangol will, as much as possible, resist distribution of profits to [Exem] as (possibly) envisaged by Article 5 of the Shareholder’s Agreement, however subject to court or arbitration rulings to the contrary.’

2.53. Sonangol heeft deze aanvullende verklaring verstrekt. Bij brief van 6 juli 2020 heeft de Amorim Energia-commissie aan Esperaza laten weten dat zij het bestuur van Amorim Energia heeft aanbevolen de dividenduitkeringen aan de aandeelhouders te laten plaatsvinden. De commissie achtte zich voldoende voorgelicht en achtte de verklaring van Sonangol voldoende *comfort* bieden dat geen doorbetaling aan Exem zou plaatsvinden, tenzij rechterlijke of arbitrale instanties anders bepalen.

2.54. Op 26 augustus 2020 is strafrechtelijk beslag gelegd op de door Exem gehouden aandelen in Esperaza. Exem is in een strafrechtelijke procedure als verdachte aangemerkt.

3. De gronden van de beslissing

3.1. Sonangol heeft aan haar verzoek ten grondslag gelegd dat er gegronde redenen zijn voor twijfel aan een juist beleid en een juiste gang van zaken van Esperaza en dat gelet op de toestand van de vennootschap onmiddellijke voorzieningen dienen te worden getroffen. Zij heeft daartoe – kort samengevat – het volgende naar voren gebracht:

(1) Exem heeft – tegen de achtergrond van het kleptocratische regime dat voorheen Angola bestuurde – haar 40% belang in de vennootschap verkregen als gevolg van corrupte praktijken van Dos Santos, waardoor zij de aandelen in Esperaza tegen buitengewoon onzakelijke voorwaarden kon verkrijgen terwijl Exem uiteindelijk eigendom is en gecontroleerd wordt door Dos Santos en Dokolo.

(2) In het najaar van 2017 heeft Dos Santos pogingen gedaan tot verdere verduistering door a) namens Sonangol in te stemmen met de zogenaamde *payment agreement* die inhield dat Exem het restant van de koopsom voor de aandelen in Kwanza’s mocht betalen, waarna Dos Santos verklaarde dat het pandrecht op de aandelen was geëindigd en de verplichtingen van Exem onder de SPA waren nagekomen en b) op 14 november 2017, de dag voorafgaand aan haar ontslag als bestuursvoorzitter van Sonangol, met medewerking van twee, op dezelfde dag als bestuurder benoemde, stromannen de algemene vergadering van Esperaza besluiten te laten nemen tot uitkering van interim dividend van in totaal € 131.500.000 (€ 78.900.000 voor Sonangol en € 52.600.000 voor Exem) en tot ontbinding van Esperaza, met aanstelling van [A] als vereffenaar.

(3) De verhoudingen tussen de aandeelhouders Sonangol en Exem zijn verstoord, zoals reeds blijkt uit het feit dat Exem drie arbitrageprocedures tegen Sonangol is gestart.

(4) Tegen Dos Santos, Dokolo en [A] lopen strafrechtelijke onderzoeken, hetgeen in meerdere opzichten gevolgen heeft

op het niveau van Esperaza. Enige financiële transactie die Esperaza met of in opdracht van Exem of [A] zou uitvoeren, brengt de ernstige kans mee dat Esperaza zich aan het delict witwassen schuldig zou maken. Dit betekent dat zij niet over haar tegoeden op bankrekeningen mag beschikken.

(5) De verhoudingen binnen het bestuur zijn ernstig verstoord. [A] heeft geen gevolg gegeven aan de verzoeken van Sonangol en van [B] en [C] om in het licht van de strafrechtelijke verdenkingen jegens hem vrijwillig als bestuurder terug te treden. [A], vertrouwensman en adviseur van Dos Santos, Dokolo en Exem, pleegt obstructie door als bestuurder B van Esperaza pogingen van [B] en [C] te dwarsbomen om een advocaat in te schakelen om de belangen van Esperaza te behartigen in het arbitraal kort geding dat [A] 's broodheer Exem heeft aangespannen.

(6) Esperaza is niet in staat bij een te goede naam en faam bekend staande bank een rekening te openen. Zij bankiert noodgedwongen bij EuroBic, een bank waarvan Dos Santos eigenaar is en die momenteel door de Centrale Bank van Portugal onderzocht wordt vanwege deze nauwe banden. Het bestuur van EuroBic heeft onlangs besloten alle commerciële relaties met Dos Santos en haar bedrijf te beëindigen. Voor toegang tot de bankrekeningen van Esperaza is de handtekening van [A] vereist, Esperaza gaat ervan uit dat zij, gelet op de strafrechtelijke onderzoeken tegen [A], feitelijk geen toegang tot haar bankrekeningen heeft. Zij lijkt verlamd te raken en kan niet over haar financiële middelen beschikken vanwege het aandeelhouderschap respectievelijk het bestuurderschap van Exem en [A].

(7) Het trustkantoor Centralis heeft wegens *compliance issues* gerelateerd aan de persoon van [A] de domicilieverlening opgezegd met ingang van 10 maart 2020. Geen trustkantoor zal bereid zijn tot de (noodzakelijke) dienstverlening aan Esperaza vanwege de betrokkenheid van Exem, Dos Santos, Dokolo en [A]. Per 31 maart 2020 eindigt ook de huurovereenkomst betreffende het kantoor van Esperaza in het WTC-gebouw.

(8) Amorim Energia heeft uitkering van dividend aan Esperaza geweigerd vanwege Exem en [A].

3.2. Exem en [A] hebben gemotiveerd verweer gevoerd. De Ondernemingskamer zal hieronder waar nodig op dit verweer ingaan.

3.3. De Ondernemingskamer overweegt als volgt.

Formele verweren

3.4. Exem en [A] hebben een aantal formele verweren gevoerd die ertoe strekken dat Sonangol en Esperaza niet-ontvankelijk zijn in hun verzoek.

3.5. Het verzoekschrift is namens Sonangol en Esperaza ingediend door [B] en [C]. Volgens Exem en [A] is Esperaza, gelet op het bepaalde in artikel 11.1 van de statuten, daarmee niet rechtsgeldig vertegenwoordigd nu betrokkenheid van [A] ontbreekt. is niet gekend in enige (besluitvorming omtrent een) instructie van Esperaza aan de door [B] en [C] ingeschakelde advocaten. Volgens Exem is ook gehandeld in strijd met het Bestuursreglement – waarin staat dat de *Executive Manager*, derhalve [A], de onderlinge verhouding regelt tussen Esperaza, Amorim Energia, Sonangol en Exem – nu geen ruggespraak met [A] heeft plaatsgevonden.

3.6. De Ondernemingskamer verwierpt dit verweer. Aan het verzoek zijn mede feiten en omstandigheden ten grondslag gelegd waarbij ook [A] (direct of indirect) is betrokken en handelingen van [A] zelf. Onder die omstandigheden is naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar

dat Exem en [A] ter zake van het door Esperaza gedane verzoek een beroep toekomt op de in de statuten opgenomen beperking van de vertegenwoordigingsbevoegdheid van [B] en [C] als bestuurders A en op eventuele andere (contractuele) *governance*-bepalingen die tussen partijen gelden en die voorzien in bepaalde bevoegdheden van [A]. Deze bepalingen dienen in zoverre derhalve buiten toepassing te blijven. In het licht van het belang van Esperaza een onderzoek te kunnen verzoeken naar bedoelde feiten, omstandigheden en handelingen, zou een andere opvatting waarbij [A] de facto steeds zou kunnen verhinderen dat een onderzoek naar (onder meer) zijn eigen rol en handelen kan plaatsvinden, te zeer afbreuk doen aan een effectieve werking van het enquêterecht.

3.7. Voorts heeft Exem aangevoerd dat Sonangol in strijd met het bepaalde in artikel 2:349 lid 1 BW haar bezwaren niet van tevoren kenbaar heeft gemaakt, en om die reden ook niet-ontvankelijk is in het verzoek. Ook dit verweer wordt verworpen, reeds omdat dat verweer uitsluitend toekomt aan de vennootschap zelf.

3.8. [A] heeft aangevoerd dat Sonangol onvoldoende belang heeft bij een onderzoek en in dat verband, kort gezegd, het volgende aangevoerd. Sonangol heeft als belang gesteld dat een onderzoek ertoe dient duidelijkheid te verkrijgen over de gang van zaken en de precieze betrokkenheid van Dos Santos bij Esperaza en de transacties die haar raken, om de verstoorde verhoudingen te kunnen herstellen en om duidelijkheid te verkrijgen over de vraag wie (mede)verantwoordelijk is voor het gestelde gebrekkige (dividend)beleid. De transactie waarbij Exem haar belang verkreeg vond echter plaats voorafgaand aan de periode waarover Sonangol een onderzoek wenst, speelde zich op aandeelhoudersniveau af (met Sonangol zelf als contractspartij) en betreft bovendien slechts een vermogensrechtelijk geschil. Herstel van verstoorde verhoudingen is reeds ondervangen en wie verantwoordelijk is voor het (dividend)beleid volgt uit de aandeelhoudersovereenkomst en de gehoudenheid tot nakoming van deze overeenkomst betreft bovendien eveneens een vermogensrechtelijk geschil.

3.9. De Ondernemingskamer overweegt dat Sonangol in haar verzoekschrift bezwaren heeft aangevoerd die in ieder geval mede van vennootschappelijke aard zijn. Dit brengt mee dat zij ontvankelijk is in haar verzoek. Of en in hoeverre deze bezwaren dienen te leiden tot een onderzoek komt hierna aan de orde. De argumenten van [A] betreffen inhoudelijke aspecten en hebben geen invloed op de ontvankelijkheid.

3.10. Uit het vorenstaande volgt dat geen van de formele verweren doel treft. Sonangol en Esperaza zijn derhalve ontvankelijk in hun verzoek.

3.11. Exem en [A] hebben nog bezwaar gemaakt tegen de overlegging door Sonangol en Esperaza van nadere producties bij hun brief van 7 augustus 2020 (zie 1.7). De Ondernemingskamer verwierpt dat verweer; nu Exem in de gelegenheid is gesteld zich uit te laten over ontwikkelingen die zich hebben voorgedaan na de mondelinge behandeling, konden ook Sonangol en Esperaza nieuwe ontwikkelingen naar voren brengen.

De verkrijging van de aandelen Esperaza door Exem en de SPA

3.12. Sonangol en Esperaza hebben ter onderbouwing van hun verzoek in de eerste plaats aangevoerd dat de verkrijging door Exem van haar 40% aandelenbelang in Esperaza een van de vruchten is van de grootschalige corruptie en verduistering onder het voormalig regime in Angola waaraan onder meer Dos Santos en haar vader zich schuldig hebben gemaakt en die door de *Luanda Leaks* in de openbaarheid is gebracht. Zij

hebben aangevoerd dat de overdracht van zeer aanzienlijke activa door een Angolees staatsbedrijf aan een *offshoreconstruct* dat in het geheim toebehoort aan een ‘*politically exposed person*’ en de volstrekt onzakelijke voorwaarden daarvan overduidelijke indicatoren vormen van omkoping en corruptie, verduistering en witwassen. Zij hebben de *modus operandi* beschreven die Dos Santos volgens hen hanteerde en gesteld dat dit duidelijke patroon ook te zien is in haar deelname, via Exem, in Esperaza. In de arbitrageprocedure NAI 4687 hebben zij tegen die achtergrond de nietigheid van de SPA ingeroepen wegens strijd met de (internationale) openbare orde en goede zeden.

3.13. Exem heeft de stellingen van Sonangol en Esperaza betwist. Volgens Exem is er sprake van een ongesubstantieerde, onterechte en irrelevante lastercampagne tegen Dos Santos. Er worden veel beschuldigingen geuit, maar de feitelijke onderbouwing ontbreekt en er is nog geen rechter geweest die ten gronde heeft beoordeeld of er strafbare feiten zijn begaan. Het bevel van de Angolese rechter levert geen bewijs op en is ook nog eens gebaseerd op niet bestaande en gemanipuleerde feiten, aldus Exem. Over de achtergrond van de verwerving van het belang in Esperaza door Exem heeft zij, kort gezegd, het volgende aangevoerd. Vanwege eerdere gezamenlijke projecten bestond er een hoge mate van vertrouwen tussen de Amorim-groep, Dos Santos en Dokolo. In dat kader zijn zij overeengekomen gezamenlijk een belang in Galp te verwerven toen die mogelijkheid zich voordeed. Exem was de strategische partner die de Galp investering had geïdentificeerd en die, met de Amorim-groep, Sonangol als operationele partner onderdeel heeft laten uitmaken van het ten behoeve van de verwerving van het belang gevormde Amorim Consortium. De MoU bevat de doelstellingen en voorwaarden waaronder Sonangol en Exem als aandeelhouders van Esperaza zouden toetreden en functioneren. De voorwaarden van de SPA zijn zakelijk; de koopprijs correspondeert met 40% van de waarde van de investering die Esperaza deed, de SPA bevat een uiterste betalingstermijn op 31 december 2017 en Exem heeft ten behoeve van Sonangol een pandrecht op haar gehele aandelenbelang gevestigd. Exem heeft voorts benadrukt dat niet Dos Santos haar UBO is, maar (uitsluitend) Dokolo. Exem is van mening dat de verwerving van het belang in Esperaza buiten het bereik van een eventueel te gelasten enquête valt, nu de gemaakte verwijten niet het beleid en de gang van zaken van Esperaza betreffen maar dat van Sonangol zelf en de vraag naar de rechtsgeldigheid van de SPA een zuiver vermogensrechtelijke vraag is, die reeds in arbitrage ter beslechting is voorgelegd.

3.14. Ook [A], die van februari 2002 tot maart 2006 CFO was van de Amorim-groep, is nader ingegaan op de achtergrond van de transactie. Zijn stellingen op dit punt komen overeen met de stellingen van Exem en hij heeft in het bijzonder nog eens opgemerkt dat het initiatief voor de transactie dus niet van Sonangol kwam. Ook [A] voert aan dat de Esperaza-transactie een vermogensrechtelijke aangelegenheid betreft op aandeelhoudersniveau, met Esperaza als lijdend voorwerp.

3.15. De Ondernemingskamer oordeelt dat de wijze waarop Exem het belang in Esperaza heeft verworven een kwestie is die betrekking heeft op de verhouding tussen beide aandeelhouders van Esperaza en vooralsnog niet raakt aan het beleid en de gang van zaken van Esperaza zelf. De rechtsgeldigheid van de SPA vormt de inzet van een vermogensrechtelijk geschil tussen de aandeelhouders, dat beslecht zal worden door de daartoe aangewezen instantie, het NAI scheidsgerecht. De

door Sonangol en Esperaza geuite verdenking dat Exem haar aandelenbelang in Esperaza door middel van strafbare feiten heeft verworven, is op zichzelf onvoldoende grond voor het gelasten van een enquête op het niveau van Esperaza, nog daargelaten dat deze feiten zich dan deels voorafgaand aan de verzochte onderzoeksperiode (vanaf 21 december 2006) zullen hebben afgespeeld.

De Kwanza-betaling

3.16. Sonangol en Esperaza hebben voorts aangevoerd dat de gang van zaken rond de betaling in Kwanza's in het najaar van 2017 een poging tot verdere verduistering betreft. Zij voeren aan dat de betaling in Kwanza's plaatsvond op het moment waarop Dos Santos bestuursvoorzitter was van Sonangol en zij derhalve een evident tegenstrijdig belang had. Daarbij komt dat volgens Sonangol en Esperaza de officiële wisselkoers van de Kwanza sterk verschilde van de werkelijke waarde, waardoor de betaling in Kwanza's nog geen 30% van de waarde van de restant koopsom vertegenwoordigde, wat een bevoordeling van Exem van rond de US\$ 50 miljoen opleverde.

3.17. Exem geeft een andere verklaring voor de betaling in Kwanza's; dit zou juist op verzoek en in het belang van Sonangol zijn geweest. Ook de vraag naar de rechtsgeldigheid van de betalingsovereenkomst betreft volgens Exem echter een zuiver vermogensrechtelijke vraag, die bovendien reeds in arbitrage aan de orde komt. Dit is ook de opvatting van [A].

3.18. Naar het oordeel van de Ondernemingskamer speelt ook deze kwestie in essentie tussen de aandeelhouders van Esperaza en niet op het niveau van Esperaza. Het betreft de vraag of Exem jegens Sonangol haar verplichtingen uit de SPA al dan niet is nagekomen, een vraag die eveneens in arbitrage aan de orde zal komen. Esperaza is hierbij op zichzelf niet betrokken. Dat geldt ook als de gang van zaken als strafrechtelijk verwijtbaar kan worden gekwalificeerd. Ook dit bezwaar kan niet leiden tot het gelasten van een enquête bij Esperaza.

De besluiten van 14 november 2016

3.19. Sonangol en Esperaza hebben voorts bezwaren geuit tegen de besluiten die op 14 november 2017 binnen Esperaza zijn genomen, te weten de vervanging van de bestuurders A van Esperaza, het besluit tot dividenduitkering, gevolgd door de goedkeuring van het bestuur, en vervolgens het besluit tot ontbinding van Esperaza.

3.20. Exem heeft aangevoerd dat Esperaza, in weerwil van artikel 5 van de aandeelhoudersovereenkomst en in verband met de op handen zijnde fiscale herstructurering door Sonangol, tot 2017 geen dividend heeft uitgekeerd, maar dat niettemin de verwachting was dat, zodra de structuur op orde zou zijn, dividend uitgekeerd zou worden. In het verlengde daarvan heeft in november 2017 een dividenduitkering plaatsgevonden, aldus Exem. Tegen de achtergrond van het feit dat bovendien de oorspronkelijke bedoeling van Exem en Sonangol om de activiteiten van Esperaza uit te breiden niet is gerealiseerd, is in 2017 besloten tot het uitkeren van het resterende dividend en de liquidatie en vereffening van Esperaza. Ook [A] heeft aangevoerd dat de dividenduitkering heeft plaatsgevonden conform het overeengekomen dividendbeleid, in overeenstemming met de wet en met de instemming van Sonangol.

3.21. De op 14 november 2017 genomen besluiten leveren naar het oordeel van de Ondernemingskamer gegronde redenen op om aan een juist beleid en juiste gang van zaken van Esperaza te twijfelen. Zo roepen om te beginnen de *timing* en

de haast waarmee de besluiten zijn genomen vraagtekens op. De besluiten zijn genomen de dag voorafgaand aan het ontslag van Dos Santos als *Chairwoman of the Board* van Sonangol. Onverklaard is voorts gebleven waarom de zittende bestuurders A met onmiddellijke ingang zouden moeten worden vervangen. Opvallend is ook de snelheid waarmee het nieuwe bestuur vervolgens goedkeuring aan de dividenduitkering heeft verleend. Ten slotte valt de stelling van Exem dat thans wel dividend kon worden uitgekeerd terwijl dividenduitkering in de afgelopen jaren steeds had moeten wachten op het voltooiën van een fiscale herstructurering van Sonangol – die er volgens Exem op was gericht dat Sonangol niet langer 15% dividendbelasting verschuldigd zou zijn – lastig te verenigen met het gegeven dat deze fiscale herstructurering op 14 november 2017 kennelijk nog niet was afgerond, aangezien 15% dividendbelasting is ingehouden en afgedragen. De hiervoor omschreven gegronde redenen voor twijfel rechtvaardigen een onderzoek bij Esperaza.

De huidige situatie van Esperaza

3.22. Sonangol en Esperaza hebben vervolgens – mede tegen de achtergrond van hun betoog over jegens onder meer Dos Santos, Dokolo en [A] gerezen verdenkingen van strafbare feiten – bezwaren geuit die betrekking hebben op de huidige situatie van Esperaza. Kort gezegd gaat het om de verstoorte verhoudingen tussen de aandeelhouders en de bestuurders en de gevolgen van de strafrechtelijke onderzoeken naar Dos Santos, Dokolo en [A] voor Esperaza, die haar bedrijfsvoering verstoren en problemen opleveren in haar relatie met Amorim Energia.

3.23. Exem meent dat deze bezwaren overkomelijk zijn en dat het goed mogelijk is om, totdat de civiele en strafrechtelijke procedures zijn afgewikkeld, de vennootschappelijke verhoudingen voldoende op orde te houden mits beide aandeelhouders zich op constructieve wijze blijven inzetten voor de normale (beperkte) bedrijfsvoering binnen de vennootschap. Esperaza kan over een bankrekening beschikken en heeft aan haar lopende verplichtingen voldaan. [A] betwist dat hij zich binnen het bestuur aan obstructie heeft schuldig gemaakt en overigens betwist hij de juistheid en/of de ernst van de door Sonangol en Esperaza aangevoerde bezwaren. Over het dividendbeleid (het enige beleid dat wordt gevoerd) zijn tussen Sonangol en Exem afspraken gemaakt en volgens [A] functioneert het bestuur en worden de noodzakelijke handelingen verricht.

3.24. Naar het oordeel van de Ondernemingskamer lijdt het geen twijfel dat de verdenkingen die zijn gerezen tegen Dos Santos, Dokolo en [A] en de strafrechtelijke onderzoeken die in verband daarmee worden verricht, negatieve gevolgen hebben voor Esperaza. Daargelaten de vraag of ook Dos Santos als UBO van Exem moet worden beschouwd, valt te verwachten dat het feit dat Dokolo en [A] aan Exem verbonden zijn, reputatie- en andersoortige problemen oplevert voor Esperaza. Dit heeft zich al gemanifesteerd in de terugtrekking van Centralis, die gevolgen heeft verbonden aan het feit dat, anders dan toegezegd, de splitsing van Esperaza geen doorgang heeft gevonden waardoor het uitgangspunt dat zij slechts voor Sonangol werkzaam zou zijn, geen doorgang kon vinden. Daarnaast kan Esperaza nog slechts beschikken over één bankrekening en is niet ondenkbaar dat ook beschikking over deze bankrekening in Kaapverdië problematisch wordt. Dat zij bij een voortdurende betrokkenheid van [A] en van Dos Santos en/of Dokolo middels Exem zonder problemen een ander trustkantoor kan vinden, elders een bankrekening kan

openen of een accountant bereid kan vinden diensten voor haar te verrichten, is voorts niet aannemelijk. De omstandigheid dat Amorim Energia aanleiding heeft gezien het uit te keren dividend niet langer onder zich te houden, gelet op de toezegging van Sonangol dat zij doorbetaling aan Exem zal blokkeren, neemt de overige bezwaren niet weg en onderstreept nog eens dat van een normale bedrijfsvoering geen sprake is. Daarbij komt dat onduidelijk is hoe Esperaza de beschikking zal kunnen krijgen en houden over dit dividend, gelet op het beslag op de Portugese bankrekening en de onzekere status van de bankrekening in Kaapverdië.

3.25. Ook de verhoudingen binnen het bestuur acht de Ondernemingskamer problematisch. In de eerste plaats is duidelijk dat de verhoudingen ernstig zijn verstoord en dat de bestuurders over belangrijke onderwerpen niet op één lijn zitten. Het voorbeeld van de inschakeling van Loyens & Loeff (zie 2.38) is hiervoor illustratief en overstijgt de kwalificatie van een louter verschil van inzicht. Het meningsverschil over de vertegenwoordiging van Esperaza in de algemene vergadering en in het bestuur van Amorim Energia is een ander voorbeeld, waarbij valt op te merken dat [A] door Exem als bestuurder B is benoemd en de belangen van Exem niet steeds parallel lopen met die van Esperaza. Ook al zijn de meningsverschillen binnen het bestuur tot nu toe uiteindelijk door compromissen opgelost, een dergelijke conflictueuze situatie is niet in het belang van Esperaza. In de tweede plaats, zoals ook ter zitting aan de orde is geweest, bestaat onduidelijkheid over de geldende *governance*. De status van de *Governance Agreement* is onduidelijk en de geldigheid van de (her)benoemingsbesluiten van [B] en [C] wordt betwist. Een dergelijke onduidelijkheid, die tevens onzekerheid over de (rechtsgeldigheid van) besluitvorming meebrengt, is onwenselijk.

3.26. In het licht van het vorenstaande zijn er ook met betrekking tot de huidige situatie van Esperaza gegronde redenen om aan een juist beleid en juiste gang van zaken te twijfelen. Ook deze redenen rechtvaardigen een onderzoek.

Slotsom

3.27. Gelet op het voorgaande, zal de Ondernemingskamer een onderzoek bevelen naar het beleid en de gang van zaken van Esperaza over de periode vanaf 2017, dat zich met name richt op hetgeen onder 3.21, 3.24 en 3.25 is overwogen.

3.28. Voorts is de Ondernemingskamer van oordeel dat de verhouding tussen de aandeelhouders van Esperaza en tussen de bestuurders A en B van Esperaza dusdanig is verstoord dat de organen van Esperaza, niet meer naar behoren kunnen functioneren. Daarbij komt dat er onduidelijkheden bestaan over de *governance* en dat de hoedanigheid van [A] als bestuurder in het licht van de gerezen strafrechtelijke verdenkingen en de lopende onderzoeken risico's oplevert voor Esperaza en een normale bedrijfsvoering belemmert. Ditzelfde geldt voor de hoedanigheid van Exem als aandeelhouder van Esperaza. De Ondernemingskamer acht met het oog op de toestand van Esperaza noodzakelijk de navolgende onmiddellijke voorzieningen te treffen. De Ondernemingskamer zal [A] schorsen als bestuurder B van Esperaza en – voor zover nodig in afwijking van de statuten – in zijn plaats een nader aan te wijzen persoon tot bestuurder benoemen, met een beslissende stem binnen het bestuur en die als enige bevoegd is om de vennootschap zelfstandig te vertegenwoordigen. De Ondernemingskamer zal tevens de aandelen van Exem in Esperaza ten titel van beheer aan een door haar te benoemen beheerder overdragen, zodat adequate besluitvorming in de

algemene vergadering gewaarborgd is. De overdracht ten titel van beheer laat het strafrechtelijk beslag ongemoeid.

3.29. Voor het treffen van andere onmiddellijke voorzieningen is naar het oordeel van de Ondernemingskamer geen grond. De Ondernemingskamer ziet geen reden de bestuurder een bijzondere opdracht te verstrekken als door Exem voorgestaan (handhaving van de status quo en ontvlechting van de aandeelhoudersbelangen). De bestuurder kan met betrekking tot het daar gestelde naar eigen inzicht handelen en kan voorts doen wat nodig is om de continuïteit van Esperaza te waarborgen in afwachting van de uitkomst van de arbitrageprocedures tussen Sonangol en Exem. Dat en waarom de Ondernemingskamer niet volstaat met benoeming van een derde in het bestuur, maar tevens schorsing van [A] als bestuurder en overdracht van de aandelen van Exem ten titel van beheer noodzakelijk acht is in het vorenstaande al aan de orde geweest.

3.30. De Ondernemingskamer zal de kosten van het onderzoek en de te benoemen bestuurder en beheerder ten laste brengen van Esperaza. Het bedrag voor het onderzoek zal niet aanstonds worden vastgesteld, maar de Ondernemingskamer zal de onderzoeker vragen om binnen een zes weken na de datum van de beschikking waarin de onderzoeker wordt aangewezen een plan van aanpak en een begroting van de kosten van het onderzoek te maken en deze aan de Ondernemingskamer toe te zenden. De Ondernemingskamer zal partijen in de gelegenheid stellen zich uit te laten over die begroting en vervolgens het bedrag vaststellen dat het onderzoek ten hoogste mag kosten.

3.31. Exem en [A] zullen – als de overwegende in het ongelijk gestelde partij – worden veroordeeld in de kosten van het geding aan de zijde van Sonangol en Esperaza.

4. De beslissing

De Ondernemingskamer:

beveelt een onderzoek naar het beleid en de gang van zaken van Esperaza Holding B.V. over de periode vanaf 1 januari 2017, dat zich met name richt op hetgeen onder 3.21, 3.24 en 3.25 is overwogen;

benoemt een nader aan te wijzen en aan partijen bekend te maken persoon teneinde het onderzoek te verrichten;

houdt in verband met het bepaalde in rechtsoverweging 3.30 de vaststelling van het bedrag dat het onderzoek ten hoogste mag kosten aan;

bepaalt dat de kosten van het onderzoek ten laste komen van Esperaza Holding B.V. en dat zij voor de betaling daarvan ten genoegen van de onderzoeker voor de aanvang van diens werkzaamheden zekerheid dient te stellen;

benoemt mr. A.W.H. Vink tot raadsheer-commissaris, zoals bedoeld in artikel 2:350 lid 4 BW;

schorst, bij wijze van onmiddellijke voorziening en vooralsnog voor de duur van het geding, met ingang van heden [A] als bestuurder B van Esperaza Holding B.V.;

benoemt bij wijze van onmiddellijke voorziening met onmiddellijke ingang en vooralsnog voor de duur van het geding – voor zover nodig in afwijking van de statuten – een nader aan te wijzen en aan partijen bekend te maken persoon tot bestuurder van Esperaza Holding B.V. met beslissende stem en bepaalt dat deze bestuurder zelfstandig bevoegd is Esperaza Holding B.V. te vertegenwoordigen en dat zonder deze bestuurder Esperaza Holding B.V. niet vertegenwoordigd kan worden;

bepaalt vooralsnog voor de duur van het geding dat de aandelen van Exem Energy B.V. in Esperaza Holding B.V. ten titel

van beheer met ingang van heden zijn overgedragen aan een nader aan te wijzen en aan partijen bekend te maken persoon; bepaalt dat het salaris en de kosten van de bestuurder en van de beheerder van aandelen ten laste komen van Esperaza Holding B.V. en bepaalt dat Esperaza Holding B.V. voor de betaling daarvan ten genoegen van de bestuurder respectievelijk de beheerder zekerheid dient te stellen vóór de aanvang van hun werkzaamheden;

veroordeelt Exem Energy B.V. en [A] in de kosten van het geding tot op heden aan de zijde van Sociedade Nacional de Combustíveis de Angola – Sonangol E.P. en Esperaza Holding B.V. begroot op € 3.982.

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

NOOT

1. Wellicht minder bekend dan de welbekende *Panama Papers* zijn de niettemin aanstekelijk klinkende *Luanda Leaks*. De Angolese Isabel dos Santos, dochter van de voormalige president van Angola, vaak omschreven als de rijkste vrouw van Afrika, speelt in die onthullingsaffaire een hoofdrol.¹ Die affaire speelt zich af tegen de achtergrond van deze OK-zaak en draait om (vermeende) verduistering, valsheid in geschrifte, misbruik van macht en witwassen, en leidde onder meer tot strafzaken en beslaglegging op miljardenvermogens en een curieuze dood van een van de betrokkenen.

2. In het verleden zijn vaker geschillen voor de Ondernemingskamer (OK) gebracht die wel zijn aangeduid als ‘puur buitenlandse zaken’.² De ervaring in dergelijke zaken leert dat het enquêterecht toch beperkingen kent waar het de mogelijkheden betreft voor een OK-bestuurder om bij buitenlandse dochtervennootschappen in te grijpen³ of waar het onderzoek zich uit zou moeten strekken naar gebeurtenissen die zich vooral in het buitenland hebben voorgedaan.⁴

3. De kwestie die centraal staat in deze OK-zaak is een grensoverschrijdende structuur waarbij Dos Santos en haar (voormalig) echtgenoot nauw betrokken zijn. Deze structuur, met daarin ook enkele Nederlandse vennootschappen, mondt uiteindelijk uit in een minderheidsbelang (33,45%) in het beursgenoteerde Portugese olie- en gasbedrijf Galp. Dat minderheidsbelang wordt gehouden door Amorim Energia B.V. (hierna: Amorim) en draait niet om kleingeld. Dat minderheidsbelang zou per ultimo 2019 circa € 4,1 miljard waard zijn.

4. Vanwege het (zeer) uitgebreide feitenrelaas vatten wij de belangrijkste feiten hieronder nog een keer samen.

1 Zie voor meer informatie (o.a.) de website van het International Consortium of Investigative Journalists: <https://www.icij.org/investigations/luanda-leaks/> (geraadpleegd op 21 oktober 2020).

2 Zie M. Evers, ‘Partijen in “puur buitenlandse” enquêteprocedures: put your money where your mouth is’, in: S. Perrick, H.J. de Kluiwer & I. Spinath (red.), *Kort juridisch. Liber Amicorum Peter Wakkie*, Deventer: Wolters Kluwer 2018.

3 OK 24 april 2016, «JOR» 2016/302, m.nt. C.D.J. Bulten (*Deus Ex Machina*).

4 R.M. Hermans, *Het onderzoek in de enquêteprocedure. Een normatieve beschrijving van de wijze waarop de onderzoekers het onderzoek moeten uitvoeren en de Ondernemingskamer het onderzoek moet aansturen, alsmede een vergelijking met het deskundigenonderzoek in de civiele procedure* (diss. Nijmegen), Serie Van der Heijden Instituut nr. 145, Deventer: Wolters Kluwer 2017.

Samenvatting feiten

5. Esperaza Holding B.V. (hierna: Esperaza) houdt 45% van de aandelen in Amorim. Esperaza is de vennootschap waarop het enquêteverzoek in deze OK-zaak ziet. De aandelen A in Esperaza (60%) worden gehouden door het Angolese staatsoliebedrijf Sonangol. De aandelen B, 40%, worden gehouden door Exem Energy B.V. (hierna: Exem). Esperaza heeft twee bestuurders A ([B] en [C]), beiden woonachtig te Angola. Bestuurders A kunnen worden benoemd door de houders van aandelen A. Esperaza heeft daarnaast één bestuurder B ([A]), woonachtig te Nederland. Bestuurders B kunnen worden benoemd door houders van aandelen B. Esperaza kan door haar bestuurders gezamenlijk, dan wel door één bestuurder A en één bestuurder B, worden vertegenwoordigd.
6. Sonangol staat aan het hoofd van het gelijknamige Angolese staatsbedrijf. Mevrouw Dos Santos was van juni 2016 tot november 2017 voorzitter van het bestuur (*chairwoman of the board of directors*) van Sonangol. Het minderheidsbelang in Esperaza ligt middellijk (via Exem en het Zwitserse Exem Holding A.G.) in handen van de echtgenoot van mevrouw Dos Santos, de heer Dokolo (UBO), die op 29 oktober 2020 is overleden bij een duikongeluk in Dubai. Laatstgenoemde was ook aandeelhouder van een bank waar Esperaza tegoeden aanhoudt. Voor een (vereenvoudigd) overzicht van de structuur wordt verwezen naar r.o. 2.6.
7. De structuur kwam tot stand doordat Sonangol in eerste instantie alle aandelen in het kapitaal van Esperaza verwierf (en daarmee het minderheidsbelang in het lucratieve Amorim), waarna Sonangol 40% van de aandelen in Esperaza verkocht aan Exem voor € 75 miljoen. 85% van die koopsom werd gefinancierd door middel van een *vendor loan*, en de koop werd in een *share purchase agreement* vastgelegd. Exem zou de *vendor loan* aan Sonangol terugbetalen uit de dividenduitkeringen van Esperaza.
8. Gedurende de zomer van 2017 stelt Exem (onder andere) voor om de dan uitstaande schuld niet in euro, maar in de lokale Angolese munteenheid *Kwanza* te betalen, waarmee (Dos Santos namens) Sonangol akkoord ging, waarna de betaling aldus plaatsvindt (in de beschikking 'de Kwanzabetaling' genoemd). Door Sonangol wordt aangegeven de dividenduitkeringen op het niveau van Esperaza uit te stellen tot eind oktober 2017, wanneer haar (fiscale) herstructurering is voltooid.
9. Hierna komt een en ander in een stroomversnelling. Hoewel dit niet volgt uit de OK-beschikking is wellicht voor de achtergrond van de lezer relevant om te weten dat ultimo september 2017 de vader van Dos Santos niet langer president van Angola is (waar hij dit al sinds 1979 was). Hij had eerder aangekondigd zich niet opnieuw verkiesbaar te stellen en had João Lourenço naar voren geschoven hem op te volgen. Deze wordt vervolgens ook verkozen.
10. Op 9 november 2017 stuurt Dos Santos namens Sonangol aan Exem een brief waarin wordt bevestigd dat Exem het verschuldigde onder de sales and purchase agreement (SPA) had betaald en het ten behoeve van Sonangol gevestigde pandrecht op de aandelen van Exem in Esperaza was geëindigd. Vijf dagen later worden de bestuurders A ([B] en [C]) door Sonangol ontslagen en worden [D] en [E] tot bestuurders A van Esperaza benoemd. Op eveneens 14 november 2017 wordt buiten vergadering besloten tot interim-dividenduitkeringen ad respectievelijk ca. € 79 miljoen en ca. € 52 miljoen aan Sonangol en Exem, aan welk besluit de nieuwe bestuurders A en bestuurder B (partij [A]) direct hun goedkeuring verlenen. Tot slot wordt op die dag buiten vergadering besloten tot ontbinding van Esperaza (per uiterlijk 1 februari 2018) met benoeming van [A] tot vereffenaar. Eén dag later wordt Dos Santos ontslagen als bestuurder van Sonangol. Twee dagen later (17 november 2017) worden de dividendbetalingen verricht, in het geval van Sonangol na aftrek van 15% dividendbronbelasting.
11. Tussen het (nieuwe) bestuur van Sonangol enerzijds en Exem en [A] barst vervolgens de bom. Sonangol stelt de genomen besluiten rondom Esperaza ter discussie. De Kwanza-betaling wordt aan Exem terugbetaald en de recent benoemde bestuurders A ([D] en [E]) worden weer ontslagen onder (her)benoeming van de voormalige bestuurders A. Ook wordt het besluit tot ontbinding van Esperaza herroepen.
12. Over de terugbetaling ontstaat discussie met Exem. Exem start een arbitrageprocedure waarbij Exem een verklaring voor recht vordert dat Exem haar betalingsverplichtingen onder de SPA heeft voldaan, Sonangol verplicht is de betaling in Kwanza alsnog te accepteren als betaling voor de aandelen en dat het pandrecht is vervallen. Sonangol vordert in reconventie een verklaring voor recht dat de SPA en leveringsakte van de aandelen in Esperaza nietig zijn wegens strijd met de openbare orde en goede zeden en terugbetaling van hetgeen uit hoofde van de SPA is verricht. Volgens Sonangol bestond geen grondslag voor de betaling in Kwanza en was Dos Santos niet bevoegd (afwijkende) betaalafspraken te maken. Vervolgens treden partijen ook in onderhandeling over een schikking van de kwestie.
13. Een tweede arbitrageprocedure wordt door Exem aangehangig gemaakt over de *governance*-afspraken tussen de aandeelhouders van Esperaza. Exem vordert nakoming van de afspraken van de *governance* in onder meer de aandeelhoudersovereenkomst en de Governance Agreement. De arbitrageprocedures worden ondanks een verzoek van Sonangol niet gevoegd.
14. In de tussentijd worden diverse strafrechtelijke onderzoeken gemeld naar Exem, Dos Santos, [A] en Dokolo, waaronder een onderzoek door het Nederlandse Openbaar Ministerie.
15. In een derde procedure (arbitraal kort geding) vordert Exem veroordeling van Sonangol tot betaling van dividend door Esperaza (€ 80 miljoen), een verbod van uitwinning van het pandrecht op aandelen van Exem in Esperaza en het ondertekenen van de schikkingsovereenkomst c.q. het hervatten van schikkingsonderhandelingen met Exem.
16. De bestuurders A proberen Loyens & Loeff in te schakelen om namens Esperaza in de arbitrageprocedures een onafhankelijke positie in te kunnen nemen, hetgeen door [A] wordt geblokkeerd.
17. In het verlengde van de strafrechtelijke ontwikkelingen verzoekt Sonangol [A] tevergeefs om vrijwillig ontslag te nemen als bestuurder van Esperaza. Amorim verzoekt in dat verband op haar beurt verklaringen van Sonangol – als controlerend aandeelhouder van Esperaza – dat zij actief zal voorkomen dat geen dividend/gelden worden doorgesluisd naar Exem, Dokolo of Dos Santos. Hoewel het bestuur van Esperaza om een vergelijkbare verklaring wordt gevraagd, wijst het bestuur er bij gezamenlijke brief op dat een en ander reeds inzet is van de aanhangige arbitrageprocedures.
18. Vooruitlopend op aandeelhoudersbesluitvorming op het niveau van Esperaza ontstaat voorts opnieuw de nodige discussie tussen de bestuurders A en B over de vertegenwoordiging van de vennootschap bij de aandeelhoudersvergadering, alsmede aangaande de voordracht door Esperaza van

bestuurders op het niveau van Amorim. Hierover worden uiteindelijk compromissen gesloten. Nadat Amorim aangeeft genoeg te nemen met de gevraagde verklaringen, waarin voldoende comfort werd geboden dat een dividenduitkering niet aan Exem ten goede zou komen behoudens de uitkomsten van de arbitrageprocedures, ligt de weg open voor een nieuwe dividenduitkering door Amorim aan Esperaza.

19. Het feitenrelaas besluit met het feit dat ook Exem wordt aangemerkt als verdachte in een strafzaak, in welk verband in augustus 2020 strafrechtelijk beslag wordt gelegd op de aandelen die Exem houdt in Esperaza.

OK-procedure

20. Sonangol en Esperaza (vertegenwoordigd door [B] en [C]) stappen vervolgens naar de OK met (samengevat) het verzoek om een onderzoek te bevelen naar de gang van zaken bij Esperaza gedurende de periode vanaf 21 december 2006 (toen Sonangol het 40%-belang in Esperaza verkocht aan Exem) en in het bijzonder naar het handelen van Exem en [A]. Voorts wordt de OK verzocht om bij wijze van onmiddellijke voorzieningen [A] te schorsen als bestuurder van Esperaza, de door Exem gehouden aandelen in Esperaza ten titel van beheer over te dragen aan een door de OK aan te wijzen derde, althans diens stemrecht te schorsen.

21. Aan het verzoek wordt samengevat ten grondslag gelegd dat Exem het belang in Esperaza heeft verkregen wegens corrupte praktijken van Dos Santos c.s., dat verdere pogingen door Dos Santos c.s. zijn gedaan tot verduistering door betaalafspraken in afwijkende valuta, vrijgave van zekerheden en de benoeming van 'stromannen' (de nieuwe bestuurders A) om dividenduitkering en ontbinding van Esperaza te bewerkstelligen onder leiding van de haar goed gezinde [A]. Aldus zijn de verhoudingen tussen de aandeelhouders verstoord, hetgeen ook blijkt uit de arbitrageprocedures tussen beide partijen. Bovendien zou vanwege de strafzaken tegen de betrokkenen een aanmerkelijk risico op witwassen bestaan voor Esperaza voor zover die op instigatie van [A] en Exem zouden plaatsvinden. Daarnaast zouden ook de bestuursverhoudingen ernstig zijn verstoord nu [A] niet vrijwillig wilde aftreden en [A] de aanstelling van een raadsman voor Esperaza blokkeert, daarbij het kennelijke belang dienend van Exem. Voorts brengen de strafzaken met zich dat Esperaza enkel nog kan bankieren bij de bank geaffilieerd aan Dos Santos, voor toegang tot die rekening de medewerking van [A] nodig is, terwijl ook die bank de relatie met Esperaza heeft opgezegd, alsmede overigens het trustkantoor. Tot slot weigert Amorim uitkering van dividend door de betrokkenheid van Exem en [A] bij Esperaza.

22. De formele verweren missen doel. De OK maakt (niet onverwacht) korte metten met het eerste formele verweer door de contractuele en statutaire beperking in de vertegenwoordigingsbevoegdheid buiten toepassing te laten. Aangevoerd werd dat Esperaza op grond van de statuten en het bestuursreglement niet rechtsgeldig door [B] en [C] kon worden vertegenwoordigd bij het geven van instructies aan haar advocaten in verband met het enquêteverzoek, mitsdien niet-ontvankelijk is in haar verzoek. Hoewel strikt genomen sprake is van die beperking van de vertegenwoordiging zou honorering van die stelling tot het resultaat leiden dat [A] in deze situatie – zolang hij bestuurder is – in de praktijk zou kunnen voorkomen dat de vennootschap een onderzoek als het verzochte naar hem kan laten plaatsvinden. Een verzoek-

schrift moet immers worden ingediend door een advocaat.⁵ Aldus de OK zou deze uitleg te zeer afdoen aan een effectieve werking van het enquêterecht.

23. Ook het tweede formele verweer, inhoudende dat Sonangol ex art. 2:349 lid 1 BW haar bezwaren voorafgaande aan een enquête kenbaar had moeten maken, haalt het niet. De OK herhaalt dat dit verweer slechts door de vennootschap zelf kan worden ingeroepen.⁶ Nu dit niet was gedaan, was dit verweer vanuit de aandeelhouder Exem dus reeds op voorhand kansloos. Daarnaast verdient opmerking dat vernoemd artikel ook expliciet bepaalt dat indien de vennootschap zelf de verzoeker is – zoals in casu mede het geval – dit niet-ontvankelijkheidsverweer überhaupt geen toepassing vindt. Hoewel vaak opgeworpen in enquêteprocedures volgt uit de jurisprudentie dat dit verweer op weinig kans van slaagen kan rekenen bij de OK.⁷

24. Als derde formele verweer werd gesteld dat Sonangol geen belang zou hebben bij het onderzoek omdat (onder andere) de gewraakte handelwijzen zich op aandeelhoudersniveau zouden afspelen en deze bovendien van louter vermogensrechtelijke aard zijn. Ook de slagingskans van dit laatste verweer, dat is afgeleid uit het *Unilever*-arrest,⁸ slaagt niet vaak in enquêtezaken. De OK vindt al snel een haakje om zich bevoegd te verklaren.⁹ Zo ook in onderhavige kwestie waarin de OK zonder daaraan veel woorden vuil te maken, anders dan de vaststelling dat de bezwaren *in ieder geval mede van vennootschappelijke aard zijn*, dit verweer passeert (r.o. 3.9).

25. Vervolgens komt de OK toe aan de inhoudelijke behandeling van de bezwaren. Verweerders krijgen gelijk van de OK voor zover het hun verweer betreft dat de gang van zaken rondom de verkrijging van het belang in Esperaza (mitsdien middellijk in Amorim) in het verleden een zaak tussen de aandeelhouders is die ook de inzet zijn van de arbitrageprocedure(s). Hier slaagt de stelling dat deze bezwaren van louter vermogensrechtelijke aard zijn – in tegenstelling tot bij de formele verweren – dus wel. De OK stuurt hiermee ook weg van een (inhoudelijke) behandeling van de uitgebreide stellingen van verzoekers omtrent de rol van Dos Santos c.s. en de (vermeende) corruptie et cetera.

26. Tot een vergelijkbaar oordeel komt de OK aangaande de opgeworpen bezwaren inzake de Kwanza-betaling. Ook daar staat Esperaza volgens de OK *de facto* buiten, waarbij door de OK nog toegevoegd wordt dat een eventuele kwalificatie van de handelwijzen als strafrechtelijk verwijtbaar, daaraan niet afdoet. Hoewel correct, doet het oordeel dat het bij die twee bezwaren aandeelhouderskwesties van louter vermogensrechtelijke aard betreft aan als een voor OK-begrippen vrij formalistische conclusie.¹⁰ Temeer nu de OK de (nadelige) doorwerking van 'verdachte' personen die invloed hebben in c.q. betrokkenheid hebben bij Esperaza verderop in de beschikking wel aanvaardt (zie onder andere r.o. 3.24). Het is echter ook een logische keuze van de OK: de enquêteproce-

5 C.J.A. van Geffen e.a. (red.), *De Besloten Vennootschap in de praktijk*, Deventer: Wolters Kluwer. Zie onderdeel 6.3 Enquêterecht) door Hopmans/Verkerk.

6 Zie bijvoorbeeld: OK 22 maart 2018, ARO 2018/105, «JOR» 2018/150, m.nt. D.J.F.F.M. Duynstee (*VDL Huizen Holding*).

7 *Kroniek Enquêterecht 2018*, onderdeel 3.3, www.recht.nl.

8 HR 18 november 2005, NJ 2006/173 (*Unilever*).

9 Zie voor een opsomming van voorbeelden: *Kroniek Enquêterecht 2018*, onderdeel 3.5, www.recht.nl.

10 Verwezen wordt naar de bestendige enquêtejurisprudentie. Zie ook voetnoten 5 en 6.

dure is immers gericht op interne aangelegenheden binnen de vennootschap en niet op transacties tussen de aandeelhouders, hetgeen hier aldus door de OK wordt onderstreept. Het spektakel dat zich rondom de betrokkenen ontvouwt, doet daaraan niet af. Bovendien is die gang van zaken tussen de aandeelhouders reeds onderwerp van de arbitrageprocedures.

27. Hierna komt de OK toe aan de beoordeling van de bezwaren tegen handelwijzen die wél rechtstreeks plaatsvonden bij Esperaza, namelijk de besluitvorming in november 2017 (vervanging bestuurders, dividenduitkering, goedkeuring daarvan en ontbinding van de vennootschap). Aan Exem en [A] de zware dobber om die op zijn minst genomen opmerkelijke gang van zaken te duiden. Dat lukt ze niet. Het argument dat de dividenduitkering nu wel opeens kon plaatsvinden (zodra de herstructurering van Sonangol gereed zou zijn) souffleert de OK met een verwijzing naar (een van de) opgegeven reden(en) van die herstructurering (voorkomen dividendbronbelasting) en een vaststelling dat dividendbronbelasting is ingehouden. Dit duidt er aldus de OK op dat de herstructurering niet is voltooid. Nu zou het zo kunnen zijn dat de herstructurering niet het gewenste effect heeft gesorteerd, maar dat lijkt niet te zijn aangevoerd noch onderbouwd. Een (deugdelijke) verklaring voor de plotsklapse vervanging van de bestuurders lijkt in zijn geheel te zijn uitgebleven. Voorts overtuigt het (theoretisch) sterke argument van [A] dat een en ander conform de wet, statuten en overeenkomsten is geschied en Sonangol zelf heeft ingestemd met de dividenduitkering – in het licht van de verwijten aan het adres van Dos Santos c.s. die daar op dat moment (nog) de scepter zwaaiden en (ook) via Exem belang leek te hebben bij de handelwijze – niet. In het licht van de aangevoerde feiten en omstandigheden (de ‘timing’ van een en ander voorop) is het dan ook begrijpelijk (en ook niet onverwacht) dat de OK vraagtekens zet bij de juistheid van het beleid en de gang van zaken bij Esperaza.

28. Tot diezelfde conclusie komt de OK bij de beoordeling van de huidige situatie bij Esperaza. Kort gezegd betogen verzoekers dat sprake is van verstoorde verhoudingen tussen de aandeelhouders en de bestuurders en dat de gevolgen van de strafrechtelijke onderzoeken naar Dos Santos, Dokolo en [A] de bedrijfsvoering van Esperaza daadwerkelijk verstoren en concrete problemen opleveren in haar relatie met Amorum. De OK volgt verzoekers en concludeert dat zowel tussen de aandeelhouders als tussen het bestuur sprake is van verstoorde verhoudingen.

29. De OK concludeert dat de verhoudingen tussen de aandeelhouders en de bestuurders dusdanig zijn verstoord dat de organen van Esperaza niet meer naar behoren kunnen functioneren. Aangaande de aandeelhoudersverhoudingen acht de OK van belang dat de verdenkingen tegen Dos Santos, Dokolo en [A] door associatie met Esperaza negatieve gevolgen hebben voor laatstgenoemde. Die negatieve gevolgen materialiseren zich, zoals blijkt uit het feit dat Esperaza (binnenkort) haar bankrekening niet meer kan gebruiken, terwijl ook het trustkantoor de relatie heeft opgezegd. De auteurs onderschrijven dat het – gezien de (aard van de) verdenkingen tegen de betrokkenen gelet op almaar strenger wordende compliance regels – inderdaad niet ondenkbaar is dat Esperaza niet eenvoudig een nieuw trust- of bankrelatie kan aangaan.

30. Aangaande het oordeel dat ook sprake is van verstoorde bestuursverhoudingen overtuigen volgens de auteurs vooral de voorbeelden over de zelfstandige inschakeling van rechts-

bijstand van de vennootschap in de arbitrage tussen de aandeelhouders en de (kennelijk ter zitting gebleken) onduidelijkheid over de geldende governance en verdeeldheid in het bestuur omtrent de (her)benoemingsbesluiten en dus de daarmee gepaard gaande onzekerheid over de rechtsgeldige besluitvorming. Het argument van de OK dat [A] door Exem is benoemd en diens belangen niet per definitie parallel lopen met die van Esperaza geldt echter evenzeer voor de bestuurders A die immers door Sonangol worden benoemd.

31. De OK gelast voorts in afwijking van het verzoek een onderzoek naar het beleid en de gang van zaken bij Esperaza vanaf 1 januari 2017, niet zoals verzocht vanaf 21 december 2016.¹¹ De OK geniet bij het bepalen van de omvang van het onderzoek een grote vrijheid. Uit jurisprudentie van de Hoge Raad volgt dat slechts bezwaren tegen het beleid of de gang van zaken die in de fase van bezwaar naar voren zijn gebracht ten grondslag kunnen liggen aan een toewijzing van een enquête omdat de bezwaren voor de rechtspersoon kenbaar moeten zijn en deze maatregelen heeft moeten kunnen treffen. Daaruit volgt bovendien, aldus de Hoge Raad, dat het onderzoek in ieder geval gericht moet zijn op die bezwaren die de OK tot het oordeel hebben gebracht dat gebleken is van gegronde redenen om te twijfelen aan een juist beleid. Echter, niettegenstaande het voorgaande geniet de OK, aldus de Hoge Raad, een grote mate van vrijheid bij het bepalen van de omvang van het onderzoek. Hieraan kunnen geen hoge motiveringseisen gesteld worden en de OK hoeft niet op alle stellingen van partijen die hierop betrekking hebben in te gaan.¹² De OK is ook vrij om de onderzoeker op te dragen of toe staan om ook andere bezwaren in zijn onderzoek te betrekken. Wel geldt in dit verband de voorwaarde dat die andere te onderzoeken bezwaren voldoende samenhang vertonen met de bezwaren die ten grondslag zijn gelegd aan het oordeel dat blijkt van gegronde redenen om aan een juist beleid te twijfelen. Of voldoende samenhang bestaat, is afhankelijk van de omstandigheden van het geval.¹³ Het staat de OK niet vrij beslissingen te geven of voorzieningen te treffen die niet stroken met de strekking van het ingediende verzoek of die aan de kenbare bedoeling van verzoekers zodanig afbreuk doen dat moet worden aangenomen dat zij het verzoek, als daaraan op deze wijze uitvoering wordt gegeven, niet zouden hebben gehandhaafd.¹⁴

32. Verzocht was om een onderzoek vanaf 21 december 2006, om de initiële aandelenverrijking in Esperaza door Exem daarin te ondervangen gelet op de verdenkingen van strafbare feiten van Exem rondom die verrijking. De OK bepaalde, zoals hiervoor weergegeven, in dit geval dat aandelenverrijking een zaak tussen aandeelhouders van Esperaza betreft en dus in beginsel niet aan het beleid en de gang van zaken bij Esperaza zelf raakt. Bovendien bevreedt het dat verzoekers – als zij de verrijking in het onderzoek hadden willen betrekken – de datum van de SPA kozen als aanvangsdatum

11 De beschikking vermeldt in het tussenkopje (tussen r.o. 3.18 en 3.19) een kennelijke verschrijving door te verwijzen naar de besluiten van 14 november 2016. Gelet op het feitenrelaas moet daar 2017 zijn bedoeld.

12 HR 6 juni 2003, «JOR» 2003/161.

13 HR 8 maart 2019, ECLI:NL:HR:2019:216, «JOR» 2019/125, r.o. 3.4.3. Zie ook HR 6 juni 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF9440, «JOR» 2003/161, m.nt. Josephus Jitta (*Scheipar*), r.o. 3.6.2 en HR 30 maart 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ8210, «JOR» 2007/138, m.nt. Josephus Jitta (*ATR Leasing*), r.o. 4.4.

14 HR 30 maart 2007, «JOR» 2007/138, m.nt. Josephus Jitta.

voor het gewenste onderzoek. Zo er onoorbare gedragingen zouden hebben plaatsgevonden, hadden deze immers grotendeels voorafgaand aan de totstandkoming van de SPA moeten plaatsvinden (r.o. 3.15). De OK legt de gang van zaken rondom de aandelenverkrijging dus niet ten grondslag aan haar oordeel dat sprake is van gegronde redenen om te twijfelen aan een juist beleid zodat de OK de onderzoeksperiode beperkt tot de omstandigheden die daartoe wel leiden: de besluiten van 14 november 2017 (r.o. 3.19-21) en de huidige situatie (r.o. 3.22-26). Hoewel die beperking van de onderzoeksperiode niet (subsidiar) is verzocht, valt deze wel binnen de beoordelingsvrijheid van de OK. Partijen hebben zich immers over die omstandigheden kunnen uitlaten. De OK legt overigens niet uit hoe het op de aanvangsdatum van het onderzoek van 1 januari 2017 is gekomen.

33. De OK schorst [A] als bestuurder en beveelt de overdracht ten titel van beheer van de aandelen die Exem houdt in Esperaza. Daarmee zet de OK dus die partijen buiten spel die omhuld zijn door controverse vanwege verdenkingen en strafzaken, niettegenstaande dat hiervoor ook op (vennootschappelijk) gebied voldoende redenen zijn gebleken (met name de besluitvorming in november 2017). Dat zijn ingrijpende maatregelen die niet zomaar genomen worden, maar gelet op de omstandigheden zijn deze alleszins begrijpelijk. 34. Deze zaak laat zien dat de OK nog steeds geen reden lijkt te zien zich terughoudend op te gaan stellen bij het bevelen van een onderzoek of het treffen van onmiddellijke voorzieningen in puur buitenlandse enquêtezaken. Wel ziet het onderzoek (met name) op de interne kwesties binnen Esperaza. Met alle betrokken buitenlandse partijen zullen de door de OK benoemde bestuurder en onderzoeker desalniettemin voor de nodige uitdagingen komen te staan, en is dit net als in andere puur buitenlandse enquêteprocedures zoals *Zed+ en Leaderland* mogelijk de eerste van vele OK-beschikkingen.

mr. R.J.W. Analbers en mr. J.R. Everhardus
AKD

Civiel recht

8

Enkel fysieke gevolgen mogen een rol spelen bij de beoordeling of sprake is van 'beschadiging van betekenis'

Hoge Raad
13 november 2020, nr. 19/00263, ECLI:NL:HR:2020:1786
(mr. Streefkerk, mr. Polak, mr. Snijders, mr. Sieburgh, mr. Lock)
(Concl. A-G Rank-Berenschot (niet opgenomen red.))
Noot mr. F.D. Crul

Goederenrecht. Bestanddeelvorming (art. 3:4 lid 2 BW). Fysieke verbondenheid met hoofdzaak.

[BW art. 3:4 lid 1, 3:4 lid 2]

Essentie: Is gestold aluminium in ovens van een elektrolysefabriek bestanddeel geworden van de ovens en de elektrolysefabriek? Beschadiging van betekenis. Fysieke of vermogensrechtelijke gevolgen van afscheiding? Ingangsdatum wettelijke rente. Samenhang met zaak 19/00234 en 19/00271.

Samenvatting: De wetgever stond ten aanzien van art. 3:4 lid 2 BW een stelsel voor ogen waarin de fysieke verbondenheid van een zaak met een hoofdzaak grond is voor het aannemen van bestanddeelvorming. Bij de beoordeling of sprake is van bestanddeelvorming op de grond dat een zaak niet van de hoofdzaak kan worden afgescheiden zonder dat beschadiging van betekenis wordt toegebracht aan een van de zaken, gaat het erom dat de fysieke gevolgen van afscheiding van betekenis zijn. Voor het antwoord op de vraag of de fysieke gevolgen van afscheiding van betekenis zijn, is niet relevant wat de door afscheiding optredende vermogensrechtelijke gevolgen (zoals de gevolgen voor de waarde van de zaken) zijn en of na afscheiding herstel kan plaatsvinden. Voor dit stelsel is in de parlementaire toelichting op art. 3:4 BW verwezen naar het belang van de rechtszekerheid in het rechtsverkeer.

Met de situatie dat de fysieke gevolgen van afscheiding van betekenis zijn, moet redelijkerwijs worden gelijkgesteld de situatie waarin afscheiding zonder fysieke gevolgen van betekenis weliswaar technisch mogelijk is, maar dat daarmee in verhouding tot de waarde van de zaken onevenredig veel inspanningen of kosten zijn gemoeid.

De keuze van de wetgever voor dit stelsel laat onverlet dat de voormalig rechthebbende van een zaak die zijn eigendom door bestanddeelvorming verliest aan de eigenaar van de hoofdzaak, dan wel de voormalig beperkt gerechtigde die zijn beperkte recht op de zaak verliest door bestanddeelvorming, in voorkomend geval een vordering op de eigenaar van de hoofdzaak kan hebben op grond van onrechtmatige daad dan wel ongerechtvaardigde verrijking.

Het hof heeft bij zijn oordeel dat het aluminium niet op grond van art. 3:4 lid 2 BW moet worden aangemerkt als bestanddeel omdat het van de ovens kan worden afgescheiden zonder dat beschadiging van betekenis wordt toegebracht aan een van de zaken, onder meer van belang geacht wat de om-