

ECLI:NL:OGHACMB:2012:BW4774

Instantie	Gemeenschappelijk Hof van Justitie van Aruba, Curaçao, Sint Maarten en van Bonaire, Sint Eustatius en Saba
Datum uitspraak	17-04-2012
Datum publicatie	03-05-2012
Zaaknummer	EJ 50953/2011 H 30/12
Rechtsgebieden	Civiel recht
Bijzondere kenmerken	Hoger beroep
Inhoudsindicatie	Betreft verzoek tot enquête voor Curaçaose Ondernemingskamer. Hof oordeelt dat niet is voldaan aan de voorwaarden van art. 2:54 BW(oud) voor toewijzing van het verzoek. Evenmin slaagt het verzoek tot enquête ex art. 2:271 j 2:272 BW. Hof oordeelt dat het niet aannemelijk is geworden dat Stak Ngen een zogenoemde 'nijvere stichting' is. Het Hof verklaart All Capital derhalve niet-ontvankelijk in haar verzoek.
Vindplaatsen	Rechtspraak.nl ARO 2012/72 JONDR 2012/835 OR-Updates.nl 2012-0023

Uitspraak

Datum beschikking: 17 april 2012

Registratienummer: EJ 50953/2011 H 30/12

GEMEENSCHAPPELIJK HOF VAN JUSTITIE

van Aruba, Curaçao, Sint Maarten en
van Bonaire, Sint Eustatius en Saba

Beschikking in de zaak van:

de rechtspersoon naar Nederlands recht

All Capital N.V.,

gevestigd in Nederland,

gemachtigde: mr. Th. Aardenburg,

- tegen -

de stichting

Stichting Administratiekantoor Ngen Pharmaceuticals,

gevestigd in Curaçao,

gemachtigde: mr. D.D. Sewnandan Mishre.

Partijen worden hierna "All Capital" en "Stak Ngen" genoemd.

1. Het verloop van de procedure

1.1 Bij verzoekschrift, ingediend op 6 september 2011 ter griffie van het Gerecht in eerste aanleg van Curaçao (hierna: GEA), heeft All Capital het GEA verzocht om bij beschikking, uitvoerbaar bij voorraad:

- een onderzoeker te benoemen met de opdracht een onderzoek in te stellen naar het beleid en de gang van zaken bij Stak Ngen en de door haar gevoerde ondernemingen over het tijdvak vanaf 1 januari 2009 tot en met 31 augustus 2011, en daarover voor 1 november 2011 althans een door het GEA in goede justitie te bepalen datum schriftelijk aan het GEA te rapporteren met begroting van de kosten van het onderzoek;

- de volgende voorzieningen te treffen voor de duur van het onderzoek waar nodig in afwijking van de statuten van Stak Ngen:

a. onmiddellijke schorsing van Phaedrus Holding N.V. als bestuurder van Stak Ngen hangende het onderzoek;

b. benoeming van een interim-bestuurder met zelfstandige en volledige bevoegdheid hangende het onderzoek met de mogelijkheid tot verlenging van deze periode;

c. een bevel aan Ngen Pharmaceuticals N.V. (hierna te noemen: Ngen N.V.) tot medewerking aan het onderzoek;

d. zodanige voorziening(en) die het GEA in goede justitie geraden acht;

- Stak Ngen te veroordelen in de kosten van deze procedure.

1.2 Bij beschikking van 15 december 2011 heeft het GEA het verzochte afgewezen en All Capital, uitvoerbaar bij voorraad, veroordeeld in de proceskosten. Voor het verloop van de procedure in eerste aanleg en de overwegingen en de beslissingen van het GEA verwijst het Hof verder naar deze beschikking.

1.3 Op 23 januari 2012 heeft All Capital een als verzoekschrift in hoger beroep/verzoek tot enquête aangeduid stuk ingediend ter griffie van het GEA. Dit stuk strekt ertoe dat het Hof bij beschikking in hoger beroep, voor zover mogelijk uitvoerbaar bij voorraad, de beschikking van het GEA van 15 december 2011 vernietigt en, opnieuw rechtdoende, het onder rov. 1.1 weergegeven verzoek toewijst met dien verstande dat het verzoek wordt gewijzigd in de zin dat de onderzoeksperiode zich zal uitstrekken over de periode 1 januari 2009 - 1 januari 2012, althans het verzoek tot enquête met de verzochte voorzieningen toewijst, met veroordeling van Stak Ngen in de kosten van beide instanties.

1.4 Stak Ngen heeft op 20 maart 2012 een verweerschrift in hoger beroep ingediend.

1.5 De behandeling van de zaak is aangevangen ter zitting van het Hof op 27 maart 2012 en voortgezet op 30 maart 2012. Partijen zijn verschenen en gehoord bij hun gemachtigden, waarbij pleitnotas zijn voorgedragen en overgelegd.

1.6 Beschikking is aangezegd, waarvan de uitspraak is bepaald op heden.

2. De beoordeling

2.1 Blijkens het verzoekschrift is het onder rov. 1.1 weergegeven verzoek gedaan op grond van artikel 2:54 BW zoals dat gold tot 1 januari 2012, hierna te noemen: artikel 2:54 BW (oud). Met ingang van 1 januari 2012 is een nieuwe enquêteregeling in boek 2 BW ingevoerd, in verband waarmee artikel 2:54 BW (oud) is geschrapt. Bij het onder rov. 1.3 genoemde stuk heeft All Capital hoger beroep ingesteld tegen de beschikking van het GEA van 15 december 2011. Ingevolge artikel 14 in verbinding met artikel 1 van de Landsverordening overgangsrecht nieuw Burgerlijk Wetboek is artikel 2:54 BW (oud) van toepassing in dit hoger beroep.

2.2 Gelet op het ter zittingen verhandelde dient het onder rov. 1.3 genoemde stuk tevens te worden opgevat als houdend een rechtstreeks verzoek tot enquête ex artikel 2:271 BW aan het Hof. Het verzoek van All Capital tot enquête ex artikel 2:271 BW is inhoudelijk gelijklopend aan het verzoek tot enquête in het hoger beroep, behoudens het feit dat bij het verzoek tot enquête ex artikel 2:271 BW All Capital het Hof op grond van artikel 2:271 lid 2 BW ter zitting heeft gevraagd te bepalen dat het onderzoek zich mede uitstrekt tot het beleid en de gang van zaken bij Ngen N.V.

2.3 Ter beoordeling aan het Hof liggen derhalve voor het hoger beroep ingesteld tegen de beschikking van het GEA van 15 december 2011 (hierna te noemen: de beschikking waarvan beroep), waarbij artikel 2:54 BW (oud) van toepassing is, en een rechtstreeks verzoek aan het Hof tot enquête ex artikel 2:271 BW.

2.4 Bij de beoordeling daarvan zal het Hof uitgaan van de volgende feiten:

- a. All Capital is een investeringsmaatschappij.
- b. Stak Ngen houdt de aandelen in Ngen N.V. Bestuurder van Stak Ngen is Pheadrus Holding N.V., behorend tot de groep van vennootschappen van United International Trust N.V.
- c. Ngen N.V. richt zich op de (klinische) ontwikkeling en het commercialiseren van producten met medische toepassingen.
- d. All Capital is sinds 2007 betrokken bij Ngen N.V. als financier. In (onder meer) mei 2010 heeft zij een aanvullende financiering verstrekt en daarbij (onder meer) een optie op nieuw uit te geven aandelen Ngen N.V. bedongen.

2.5 Het Hof zal eerst het hoger beroep behandelen. Tussen partijen is in geschil of All Capital kan worden aangemerkt als belanghebbende in de zin van artikel 2:54 lid 2 BW (oud). Het Hof ziet aanleiding om er bij de beoordeling van dit hoger beroep veronderstellenderwijze van uit te gaan dat daarvan sprake is en dat All Capital daarom verzoekgerechtigd is.

2.6 Aan het hoger beroep heeft All Capital samengevat weergegeven het volgende ten grondslag gelegd. All Capital heeft tussen 2007 en 1 oktober 2011 4.781.114,87 aan middelen aan Ngen N.V. verstrekt. Tot op heden tast All Capital volledig in het duister waarvoor Ngen N.V. deze middelen heeft aangewend en derhalve over de vraag of de middelen conform de gemaakte afspraken zijn besteed. Ondanks daartoe strekkende schriftelijke verzoeken en sommaties, blijven Stak Ngen en Ngen N.V. weigeren de door All Capital gevraagde informatie te verstrekken. Ngen N.V. is, onder meer contractueel, verplicht om All Capital deze informatie te verstrekken, aldus All Capital.

Voorts heeft All Capital aangevoerd dat zij gegronde redenen heeft om aan een juist beleid van Stak Ngen te twijfelen. Als gegronde redenen om aan een juist beleid te twijfelen gelden volgens haar (pleitnotitie in hoger beroep, punt 44):

- i. het niet voldoen aan de contractueel bedongen informatieplicht;
- ii. het voeren van een gebrekkige administratie en boekhouding;
- iii. het niet overleggen van de <i>mechanism of action study</i>;
- iv. het niet voldoen aan de overeengekomen <i>milestones</i>;
- v. de slechte financiële situatie van Ngen N.V.;
- vi. het gebrek aan toekomstige financiering; en
- vii. onduidelijke <i>governance</i>.

2.7 Stak Ngen heeft in dit verband samengevat weergegeven het volgende verweer gevoerd. Er bestaat geen contractuele of andere (rechts)verhouding tussen Stak Ngen en All Capital op grond waarvan er enige informatieplicht op Stak Ngen jegens All Capital zou rusten. Deze verplichting bestaat ook niet op grond van de wet of statuten. Stak Ngen beschikt niet over de gevraagde informatie en hoeft daar ook niet

over te beschikken. Dat is volgens Stak Ngen ook niet haar taak. Stak Ngen houdt aandelen in Ngen N.V. maar doet dit slechts ten titel van beheer voor de houders van certificaten van aandelen in Ngen N.V. Stak Ngen fungeert slechts als administratiekantoor. Mede gelet daarop, is het niet mogelijk om Stak Ngen en Ngen N.V. te vereenzelvigen zoals All Capital kennelijk doet. Stak Ngen stelt zich op het standpunt dat er geen gegronde redenen zijn om aan een juist beleid van haar te twijfelen. Daarbij is van belang dat zij niet het beleid voert van Ngen N.V. en ook niet het beleid van Ngen N.V. bepaalt.

2.8 Het Hof zal eerst de vraag bespreken of er een informatieplicht rust op Stak Ngen jegens All Capital. All Capital stelt dat zij zowel Stak Ngen als Ngen N.V. herhaaldelijk vragen heeft voorgelegd, waarvoor zij heeft verwezen naar het door haar overgelegde e-mailbericht van 8 april 2011 (productie 12) en de brief van 31 augustus 2011 (productie 22), welke vragen grotendeels 23 van de gestelde 26 vragen onbeantwoord zijn gebleven. Het Hof is van oordeel dat zonder nadere toelichting, die ontbreekt, niet valt in te zien dat Stak Ngen deze gevraagde informatie dient te verstrekken aan All Capital. Daarbij is het volgende in aanmerking genomen.

2.9 Vast staat dat All Capital sinds 2007 betrokken is bij Ngen N.V. als financier en in die hoedanigheid overeenkomsten tot geldlening is aangegaan met Ngen N.V., en niet met Stak Ngen. Op grond van deze overeenkomsten rust dan ook in beginsel geen informatieplicht op Stak Ngen jegens All Capital.

2.10 Voorts heeft All Capital naar voren gebracht dat artikel 2 lid 2 van de statuten van Stak Ngen bepaalt dat Stak Ngen de continuïteit in het bestuur over en het beleid van Ngen N.V. beoogt te waarborgen. Ook blijkt uit artikel 23 lid 4 van de statuten dat Ngen N.V. voor belangrijke bestuursbesluiten de goedkeuring van haar aandeelhouder Stak Ngen nodig heeft, aldus All Capital.

Een en ander brengt echter naar het oordeel van het Hof niet zonder meer mee dat Stak Ngen de gevraagde informatie dient te verstrekken aan All Capital. All Capital is immers (slechts) als financier betrokken bij uitsluitend Ngen N.V. Ook indien Stak Ngen, ten blijke van haar hiervoor bedoelde goedkeuring als aandeelhouder van Ngen N.V. een of meerdere van de in rov. 2.9 bedoelde overeenkomsten tot geldlening heeft medeondertekend, maakt dat haar jegens All Capital nog niet tot de geldnemende partij onder die overeenkomst(en). Bovendien gaat het volgens All Capital om informatie die zich in de boekhouding van Ngen N.V. zou moeten bevinden en gesteld noch gebleken is dat Stak Ngen (ook) over die informatie beschikt of kan beschikken.

2.11 Uit het arrest van het gerechtshof Amsterdam van 28 februari 2012 (200.096.435/01 SKG; productie 6 bij het verweerschrift in hoger beroep) en het daaraan voorafgegane vonnis van de rechtbank Amsterdam van 21 september 2011 (498192/KG ZA 11-1334, productie 3 verweerschrift in eerste aanleg) in kort geding, overgelegd door Stak Ngen, leidt het Hof af dat er sprake is (geweest) van een geschil van vermogensrechtelijke aard tussen Ngen N.V. en All Capital. In conventie heeft het gerechtshof Amsterdam in die procedure de vordering van Ngen N.V. tot betaling van een geldsom door All Capital op grond van een van de overeenkomsten tot geldlening, de zogenoemde <i>Additional Loan Facility</i>, toegewezen tot een maximum van 450.000,-. In reconventie heeft All Capital onder meer gevorderd Ngen N.V. te veroordelen haar alle relevante informatie te verstrekken met betrekking tot de doelen waarvoor de financiering is aangewend. Naar het Hof begrijpt, betreft het dezelfde informatie die All Capital in de onderhavige procedure van Stak Ngen wenst te verkrijgen. Het gerechtshof Amsterdam heeft in voormeld arrest onder rov. 3.8 geoordeeld dat de rechtbank Amsterdam terecht de stelling van All Capital dat Ngen N.V. wanprestatie pleegt door te weigeren de door All Capital genoemde informatie over te leggen, heeft verworpen.

All Capital heeft reeds dit oordeel en de overwegingen die daaraan ten grondslag liggen in de onderhavige procedure niet, althans onvoldoende, bestreden; evenmin heeft zij (voldoende) concrete feiten en omstandigheden aangevoerd op grond waarvan diezelfde informatie met recht van Stak Ngen zou kunnen worden gevorderd. Dat de informatieplicht van Stak Ngen zo ver reikt als het verzoek tot enquête veronderstelt, acht het Hof daarom niet naar behoren gemotiveerd door All Capital.

2.12 Ook uit de overige gestelde en gebleken omstandigheden volgt geen, althans niet een zo ver reikende informatieplicht voor Stak Ngen ter zake van (de onderneming van) Ngen N.V., mede gelet op de in deze beperkte rechten van All Capital als financier.

Niet aannemelijk is geworden dat, zoals All Capital stelt en Stak Ngen gemotiveerd betwist, de besturen van Stak Ngen en Ngen N.V. een personele unie vormen waarbij Stak Ngen aan het hoofd staat van wat All Capital de Ngen-groep noemt, omdat zij feitelijk hetzelfde bestuurslid/dezelfde bestuursleden hebben en Stak Ngen alle aandelen houdt in Ngen N.V.

Zo al gezegd kan worden dat de feitelijke bestuurder van Stak Ngen dezelfde persoon is als de feitelijke beleidsbepaler van Ngen N.V., dan nog noopt die enkele omstandigheid niet tot de conclusie dat Stak Ngen feitelijk het bestuur vormt, en het strategische (groeps)beleid bepaalt, van Ngen N.V. In dit verband heeft All Capital onvoldoende (concrete) feiten en omstandigheden aangevoerd en aannemelijk gemaakt die deze conclusie (zouden) kunnen dragen. Hierbij heeft het Hof mede in aanmerking genomen dat aan Stak Ngen als aandeelhouder van Ngen N.V. weliswaar bepaalde zeggenschapsrechten toekomen, doch dat deze niet de in het algemeen op grond van de wet en statuten aan aandeelhouders als zodanig toekomende rechten overschrijden.

Op grond van het voorgaande kan dan ook niet geconcludeerd worden dat Stak Ngen het beleid van Ngen N.V. (mede) bepaalt en daarom aan All Capital informatie over (de onderneming van) Ngen N.V. zou moeten verstrekken. Dit houdt tevens in dat, voor zover All Capital zulks zou hebben bedoeld te stellen, evenmin sprake kan zijn van een vereenzelviging van beide lichamen (Stak Ngen en Ngen N.V.).

Dat alles geldt ook indien daarbij de omstandigheid wordt betrokken dat Stak Ngen partij is bij de overeenkomst tot verpanding van de certificaten van aandelen van Ngen N.V. aan All Capital tot zekerheid voor de terugbetaling van de financiering, de zogenoemde *inter creditor agreement* en de aan de *Additional Loan Facility* gekoppelde optieovereenkomst. Immers, nu aanwijzingen dat dit anders zou zijn, ontbreken, moet worden aangenomen dat Stak Ngen (ook) ten dezen heeft gehandeld in haar hoedanigheid van enig aandeelhouder van Ngen N.V.

2.13 Het Hof zal thans de vraag bespreken of er gegronde redenen zijn om aan een juist beleid van Stak Ngen te twijfelen. Te meer nu, zoals uit het voorgaande blijkt, niet gezegd kan worden dat Stak Ngen een informatieplicht jegens All Capital schendt, beantwoordt het Hof deze vraag ontkennend. Ter toelichting dient het volgende.

2.14 Tussen partijen staat niet ter discussie dat op grond van de overeenkomsten tot geldlening Ngen N.V. dient te voldoen aan voortgangsverplichtingen van haar werkzaamheden, zogenoemde *milestones*, welke zijn bepaald in een vooraf overeengekomen plan, genaamd een *roadmap*, en dat een aantal van deze *milestones* niet zijn gehaald. Onomstreden is voorts dat Ngen N.V. zich in een moeilijke financiële situatie bevindt.

2.15 Voorop wordt het volgende gesteld. Gelet op haar statuten is Stak Ngen een administratiekantoor voor de certificaathouders van aandelen. Tegenover de gemotiveerde betwisting van die stelling door Stak Ngen, heeft All Capital naast hetgeen zij omtrent het bestuur en de zeggenschapsrechten van Stak Ngen heeft aangevoerd, zoals in rov. 2.12 besproken ook overigens onvoldoende concreet onderbouwd gesteld dat Stak Ngen niet (alleen) als zodanig fungeert, maar ook het beleid bepaalt van de vennootschap waarin zij aandelen houdt, Ngen N.V., dan wel dat de onderneming van die vennootschap anderszins rechtstreeks (mede) voor rekening en risico van Stak Ngen wordt gedreven. Het Hof houdt het er daarom voor dat de onderneming in kwestie, gericht op de (klinische) ontwikkeling en het commercialiseren van producten met medische toepassingen, (louter) wordt gedreven door Ngen N.V.

2.16 Tegen die achtergrond zijn feiten en omstandigheden waaruit afzonderlijk of in onderlinge samenhang kan blijken dat het niet halen van *milestones* en de moeilijke financiële situatie van Ngen N.V. te wijten is aan beleid van Stak Ngen niet aannemelijk geworden. Zulks, nog daargelaten dat niet bij voorbaat gezegd kan worden dat die toestand (van het niet halen van de *milestones* en de moeilijke financiële situatie) op zich gegronde redenen zou opleveren om aan een juist beleid van Stak

Ngen ter zake van Ngen N.V. te twijfelen.

2.17 Het voorgaande leidt tot de conclusie dat niet voldaan is aan de voorwaarden op grond van artikel 2:54 BW (oud) voor toewijzing van het verzoek tot enquête. Dit betekent dat de beschikking waarvan beroep dient te worden bevestigd.

2.18 Het Hof zal tot slot het verzoek tot enquête ex artikel 2:271 BW van All Capital behandelen. Gezien het bepaalde in artikel 2:272 lid 1 aanhef en onder a BW kan slechts een verzoek tot enquête worden gedaan ten aanzien van een stichting indien daaraan op enig tijdstip binnen een periode van drie jaren voorafgaand aan het verzoek een onderneming in de zin van de Handelsregisterverordening heeft toebehoord.

Niet aannemelijk is geworden dat Stak Ngen een zogenoemde nijvere stichting is als bedoeld in artikel 2:272 lid 1 aanhef en onder a BW. Het Hof verwijst dienaangaande in de eerste plaats naar hetgeen hiervoor is overwogen onder rov. 2.12 en rov. 2.15. Voor zover All Capital voorts heeft gesteld dat Stak Ngen een eigen, (naar het Hof begrijpt:) dienstverlenende onderneming drijft welke onafhankelijk van die van Ngen N.V. opereert, overweegt het Hof als volgt.

Nog daargelaten dat het de vraag is of het waarborgen van de continuïteit in het bestuur over en het beleid van Ngen N.V. als economische activiteit kan worden aangemerkt, acht het Hof het bestaan van een (subjectief) oogmerk om daarmee winst te behalen, niet aannemelijk geworden. Anders dan All Capital kennelijk meent, kan het oogmerk van United International Trust N.V. als trustkantoor in dit verband niet aan Stak Ngen worden toegerekend. Het Hof acht evenmin aannemelijk dat bij Stak Ngen een winstverwachting in objectieve zin gerechtvaardigd zou zijn, nu niet duidelijk is gemaakt op welke wijze Stak Ngen winsten los van haar vergoeding als administratiekantoor, waarvan niet aannemelijk is geworden dat deze de kosten van Stak Ngen overstijgt zou (kunnen) genereren. Het innen van dividend ten behoeve van de certificaathouders, zoals door All Capital in haar pleitnota in hoger beroep (sub 27) genoemd, kan immers niet daartoe worden gerekend nu daarmee geen eigen baten worden voortgebracht.

Op grond van het voorgaande kan niet worden gezegd dat aan Stak Ngen een onderneming in de zin van de Handelsregisterverordening toebehoort of heeft toebehoord.

De slotsom is dat All Capital niet-ontvankelijk dient te worden verklaard in haar verzoek tot enquête ex artikel 2:271 BW.

2.19 Als de in het ongelijk gestelde partij zal All Capital in de proceskosten worden veroordeeld gevallen aan de zijde van Stak Ngen, waarbij één liquidatietarief zal worden gehanteerd in beide zaken omdat Stak Ngen telkens in één processtuk heeft geprocedeerd.

BESLISSING

Het Hof:

bevestigt de beschikking waarvan beroep;

verklaart All Capital niet-ontvankelijk in haar verzoek tot enquête ex artikel 2:271 BW;

veroordeelt All Capital, uitvoerbaar bij voorraad, in de proceskosten aan de zijde van Stak Ngen gevallen en tot op heden begroot op NAF. 5.100,- aan salaris gemachtigde.

Deze beschikking is gegeven door mrs. J.P. de Haan, J. de Boer en E.F. Faase, leden van het Gemeenschappelijk Hof van Justitie, en in tegenwoordigheid van de griffier ter openbare terechtzitting van het Hof in Curaçao uitgesproken op 17 april 2012.