

JIN 2014/152, Gerechtshof Amsterdam, 13-06-2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:2230, 200.132.040/01 OK en 200.132.040/02 OK (annotatie)

Gegevens

Publicatie

JIN 2014/152

Instantie

Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak

13 juni 2014

Datum publicatie

15 september 2014

Annotator

E.J.H. Zandbergen

Griph law and taxM.C. van Rijswijk

Griph law and tax

ECLI

[ECLI:NL:GHAMS:2014:2230](#)

Zaaknummer

200.132.040/01 OK en 200.132.040/02 OK

Relevante informatie

[Burgerlijk Wetboek Boek 2 \[Tekst geldig vanaf 01-05-2023 tot 01-07-2026\] art. 349a](#), [Burgerlijk Wetboek Boek 2 \[Tekst geldig vanaf 01-05-2023 tot 01-07-2026\] art. 355](#)

Inhoudsindicatie

Tweede fase enquêteprocedure, Vaststellen wanbeleid en de verantwoordelijkheid daarvoor, Afwijzen definitieve voorzieningen

Samenvatting

In lijn met vaste rechtspraak oordeelt de OK dat de gebleken impasse wanbeleid impliceert. Als verantwoordelijken worden aangewezen het bestuur wegens het niet in staat zijn de door de aandeelhouder verzochte informatie te verstrekken, alsmede de aandeelhouder die sterk heeft bijgedragen aan het voortduren en verdiepen van de impasse. Het verzoek tot nader onderzoek wordt afgewezen vanwege onder meer de kosten en de bevindingen uit het eerste onderzoek. De noodzaakfinanciering is reeds in een eerdere fase mogelijk gemaakt door middel van onmiddellijke voorzieningen tot benoeming van een tijdelijk bestuurder en het ten titel van beheer overdragen van de aandelen, zodat ook laatstgenoemde onmiddellijke voorziening thans kan worden opgeheven en de verzochte verlenging daarvan wordt afgewezen.

In deze zogenaamde tweede fase van de enquêteprocedure beperkt de OK haar vaststelling dat sprake is van wanbeleid tot de periode waarin sprake was van een impasse in de besluitvorming over de financiering en bepaalt de OK dat het bestuur van de vennootschap en een van haar aandeelhouders ([belanghebbende 1, tevens verzoeker]) voor dit wanbeleid verantwoordelijk zijn. Het verzoek van [belanghebbende 1, tevens verzoeker] tot het gelasten van een nader onderzoek wordt afgewezen, nu uit het eerste onderzoek reeds blijkt dat sprake is van wanbeleid en de verantwoordelijken kunnen worden aangewezen. De verhoudingen binnen de vennootschap zijn inmiddels (in de eerste fase van de enquêteprocedure) gesaneerd. Het nog resterende licentiegeschil valt buiten het bereik van de enquêteprocedure en is door [belanghebbende 1, tevens verzoeker] inmiddels bij de gewone burgerlijke rechter aanhangig gemaakt. De OK oordeelt (mede daarom) dat de kosten en overige lasten verbonden aan het doen verrichten van een nader onderzoek niet opwegen tegen het daarvan te verwachten nut. Het verzoek van Erasmus Holding tot verlenging van de overdracht ten titel van beheer van alle door [belanghebbende 1, tevens verzoeker] gehouden aandelen in de vennootschap voor een periode van twee jaar wordt evenzeer afgewezen. [Belanghebbende 1, tevens verzoeker] heeft inmiddels geen blokkerende stem (meer) als aandeelhouder en Erasmus Holding heeft mede in dat licht onvoldoende toegelicht waarom de verzochte voorziening niettemin getroffen dient te worden. De OK beëindigt de bij onmiddellijke voorziening bevolen overdracht ten titel van beheer van door [belanghebbende 1, tevens verzoeker], Erasmus Holding en STAK gehouden aandelen in de vennootschap en ziet tot slot onvoldoende aanleiding de besluiten van de algemene vergadering van aandeelhouders te vernietigen, voor zover deze strekken tot het verlenen van decharge aan het bestuur voor het in de boekjaren 2011 en 2012 gevoerde beleid.

Uitspraak

Hof:

1. Het verloop van het geding

1.1 Partijen en andere betrokkenen worden hierna als volgt aangeduid:

Erasmus MC Holding BV als Erasmus Holding;

Harbour Antibodies BV als Harbour;

[belanghebbende 1, tevens verzoeker] als [belanghebbende 1, tevens verzoeker];

[belanghebbende 2] als [belanghebbende 2];

[belanghebbende 3] als [belanghebbende 3];

Erasmus Universitair Medisch Centrum als EUMC;

Stichting administratiekantoor

Erasmus personeelsparticipaties als STAK.

1.2 Voor het verloop van het geding verwijst de Ondernemingskamer naar haar beschikkingen van 18 oktober 2012, 22 oktober 2012, 3 december 2012, 4 december 2012, 27 juni 2013 en 16 juli 2013 in de met deze zaken samenhangende zaak met nummer 200.111.124/01 OK.

1.3 Bij de beschikkingen van 18 en 22 oktober 2012 heeft de Ondernemingskamer – voor zover hier van belang – een onderzoek bevolen naar het beleid en de gang van zaken van Harbour over de periode vanaf 1 juli 2010 en, bij wijze van onmiddellijke voorziening voor de duur van het geding, C.J.M. Scholtes (hierna: Scholtes) benoemd tot bestuurder van Harbour met een beslissende stem. Bij beschikking van 3 december 2012 heeft de Ondernemingsraad bij wijze van onmiddellijke voorziening voorts steeds alle, minus één, door Erasmus Holding, STAK en [belanghebbende 1, tevens verzoeker] gehouden aandelen in Harbour ten titel van beheer overgedragen aan F.H. Schreve (hierna: Schreve). Bij beschikking van 4 december 2012 heeft de Ondernemingskamer mr. M. Holzer (hierna: Holzer of de onderzoeker) aangewezen als onderzoeker als bedoeld in de beschikking van 18 oktober 2012.

1.4 Het verslag van het in 1.3 bedoelde onderzoek met bijlagen (hierna: het onderzoeksverslag) is op 27 juni 2013 ter griffie van de Ondernemingskamer neergelegd. Bij beschikking van diezelfde datum heeft de Ondernemingskamer bepaald dat het onderzoeksverslag ter griffie van de Ondernemingskamer ter inzage ligt voor belanghebbenden. Bij beschikking van 16 juli 2013 heeft de Ondernemingskamer de vergoeding van de onderzoeker bepaald op € 35.000,= (exclusief btw) en Scholtes ontheven uit de functie van bestuurder van Harbour en de desbetreffende onmiddellijke voorziening met ingang van de dag van die beschikking beëindigd.

1.5 Erasmus Holding heeft (in de zaak met nummer 200.132.040/01 OK) bij op 20 augustus 2013 ter griffie van de Ondernemingskamer ingekomen verzoekschrift met producties de Ondernemingskamer verzocht bij beschikking uitvoerbaar bij voorraad, kort gezegd,

primair:

1. vast te stellen dat sprake is van wanbeleid van Harbour gedurende de periode van 1 juli 2010 tot 18 oktober 2012;
2. vast te stellen dat [belanghebbende 1, tevens verzoeker] verantwoordelijk is voor het wanbeleid van Harbour in de genoemde periode;
3. alle door [belanghebbende 1, tevens verzoeker] gehouden aandelen in Harbour voor een periode van twee jaar, althans gedurende een door de Ondernemingskamer te bepalen termijn, ten titel van beheer over te dragen aan Schreve, dan wel een andere beheerder;

subsidiar:

het onderzoek te heropenen voor zover de Ondernemingskamer oordeelt dat het onderzoek en het verslag ontoereikend zijn om wanbeleid vast te stellen;

primair en subsidiair:

[belanghebbende 1, tevens verzoeker] te veroordelen in de kosten van het geding.

1.6 [belanghebbende 1, tevens verzoeker] heeft (in de zaak met nummer 200.132.040/02 OK) bij op 26 augustus 2013 ter griffie van de Ondernemingskamer ingekomen verzoekschrift met producties de Ondernemingskamer verzocht bij beschikking uitvoerbaar bij voorraad, kort gezegd,

1. het onderzoek naar beleid en de gang van zaken van Harbour met betrekking tot de periode na 1 juli 2010 te heropenen met benoeming van een andere onderzoeker dan Holzer;

2. indien de Ondernemingskamer het onderzoek niet heropent,

a. vast te stellen dat sprake is van wanbeleid in de periode na 30 september 2011;

b. vast te stellen dat het bestuur van Harbour, Harbour en Erasmus Holding verantwoordelijk zijn voor dit wanbeleid;

c. te vernietigen de besluiten van de algemene vergadering van aandeelhouders van Harbour voor zover deze strekken tot het verlenen van decharge aan [belanghebbende 2] en [belanghebbende 3] ter zake het in de boekjaren 2011 en 2012 gevoerde beleid.

3. op te heffen de bij beschikking van 3 december 2012 bevolen overdracht ten titel van beheer van de door [belanghebbende 1, tevens verzoeker] gehouden aandelen in Harbour;

4. Harbour, althans Erasmus Holding te veroordelen in de kosten van het geding.

1.7 Erasmus Holding heeft (in de zaak met nummer 200.132.040/02 OK) bij op 29 november 2013 ter griffie van de Ondernemingskamer ingekomen verzoekschrift geconcludeerd tot afwijzing van de verzoeken van [belanghebbende 1, tevens verzoeker] met veroordeling van [belanghebbende 1, tevens verzoeker], althans Harbour in de kosten van het geding.

1.8 [belanghebbende 1, tevens verzoeker] heeft bij op 29 november 2013 ter griffie van de Ondernemingskamer ingekomen (en op 2 december 2013 verbeterd) verzoekschrift geconcludeerd tot afwijzing van de verzoeken van Erasmus Holding met veroordeling van Erasmus Holding, althans Harbour in de kosten van het geding.

1.9 De beide zaken zijn behandeld ter openbare terechtzitting van de Ondernemingskamer van 12 december 2013. Bij die gelegenheid hebben partijen hun standpunt toegelicht bij monde van hun advocaten, aan de hand van overgelegde aantekeningen en, wat [belanghebbende 1, tevens verzoeker] betreft, onder overlegging van op voorhand toegezonden nadere producties. Partijen hebben vragen van de Ondernemingskamer beantwoord.

2 De feiten

2.1 De Ondernemingskamer verwijst naar de feiten genoemd in haar beschikkingen van 18 oktober 2012, 3 december 2012 en 16 juli 2013. Hieronder vat de Ondernemingskamer deze feiten samen, aangevuld met hetgeen gelet op het onderzoeksverslag voor zover niet bestreden en hetgeen partijen over en weer hebben gesteld, tevens vast staat.

2.2 Harbour is opgericht op 27 december 2006 en legt zich toe op het ontwikkelen van antilichamen met gebruikmaking van transgene muizen.

2.3 In de periode waarop het onderzoek betrekking heeft werden de aandelen in Harbour in de hierna te noemen verhouding gehouden door:

- Erasmus Holding (51,56%), een vennootschap waarvan EUMC enig aandeelhouder is;
- [belanghebbende 1, tevens verzoeker] (18,63%);
- [belanghebbende 3] (1,96%);
- [A] (1,96%);
- [B] (1,96%);
- STAK (24,33%).

De door STAK uitgegeven certificaten van aandelen werden in de hierna te noemen verhouding tot het geplaatste kapitaal gehouden door:

- [belanghebbende 2] (18,63%)
- [C] (4,72%)
- [D] (0,98%).

2.4 Het bestuur van Harbour werd gevormd door [belanghebbende 3] en [belanghebbende 2] en tot 28 september 2011 tevens door [belanghebbende 1, tevens verzoeker].

2.5 Bij de oprichting van Harbour is tussen de toenmalige aandeelhouders (Erasmus Holding, [belanghebbende 1, tevens verzoeker], STAK en [belanghebbende 3]) een shareholders agreement gesloten, onder meer inhoudende dat besluiten van de algemene vergadering van aandeelhouders de instemming behoeven van 81% van het geplaatste kapitaal.

2.6 Op 27 december 2006 is tussen EUMC en [belanghebbende 1, tevens verzoeker] enerzijds en Harbour anderzijds een research & licence agreement gesloten, onder meer inhoudende dat EUMC en [belanghebbende 1, tevens verzoeker] aan Harbour een licentie verstrekken voor de duur van drie jaar, aldus eindigende op 26 december 2009.

2.7 Op grond van een eveneens in 2006 tot stand gekomen overeenkomst heeft EUMC aan Harbour laboratoria, faciliteiten en personeel ter beschikking gesteld.

2.8 Op 26 of 28 april 2011 is tussen de aandeelhouders van Harbour een nieuwe shareholder agreement gesloten, waarbij ook Harbour partij is. Op 28 april 2011 zijn de statuten van Harbour gewijzigd. De shareholder agreement en de toen gewijzigde statuten houden onder meer in dat besluiten in de algemene vergadering van aandeelhouders worden

genomen met een meerderheid van 90% van de uitgebrachte stemmen in een vergadering waarin tenminste 90% van het geplaatste kapitaal aanwezig of vertegenwoordigd is.

2.9 Bij het ontwikkelen van antilichamen maakt Harbour gebruik van een aantal uitvindingen ten aanzien waarvan rechten van intellectuele eigendom, waaronder een of meer octrooien (hierna: de IP rechten), aan EUMC en [belanghebbende 1, tevens verzoeker] gezamenlijk toebehoren. Op 3 mei 2011 is tussen EUMC, [belanghebbende 1, tevens verzoeker] en Erasmus Holding enerzijds en Harbour anderzijds met terugwerkende kracht tot 28 december 2009 een licence agreement gesloten met betrekking tot de IP rechten tegen een jaarlijkse vergoeding van € 100.000,=, waarvan € 60.000,= toekomt aan EUMC en € 40.000,= aan [belanghebbende 1, tevens verzoeker].

2.10 Op 3 mei 2011 is tevens tussen EUMC en [belanghebbende 1, tevens verzoeker] enerzijds en Harbour anderzijds met terugwerkende kracht tot 28 december 2009 een Research Consultancy Agreement tot stand gekomen. Deze overeenkomst geldt voor een periode van drie jaar gerekend vanaf die datum, met dien verstande dat overeengekomen is dat partijen drie maanden voor de afloop van de termijn in gezamenlijk overleg zullen beslissen of de overeenkomst nadien zal worden verlengd. De overeenkomst houdt voorts onder meer in: “4.1 The costs to be incurred by [EUMC] in the further generation and characterization of the Transgenetic Mice will, to the extent such costs are included in the budget attached hereto as Annex 3, be borne by Harbour. Prior to the start of each calendar quarter, [EUMC] will send to Harbour an invoice with the costs (according to the budget) for that calendar quarter and Harbour will pay such invoice within 30 days after receipt.

4.2 Any and all reasonable costs of travel and stay, incurred by [[belanghebbende 2]] or [belanghebbende 1, tevens verzoeker] for or in connection with the advisory work under this Agreement and the Licence, shall be for the account of Harbour (...) provided (...) that such expenditure has been approved in advance by Harbour.”

2.11 Met ingang van 3 mei 2011 is tussen Harbour en het farmaceutische bedrijf Eli Lilly and Company (hierna: Lilly) een sub-licentieovereenkomst gesloten. De door Lilly te betalen licentievergoeding bestaat uit verschillende componenten waaronder:

a. een Technology Access Fee van € 1.000.000,=, waarvan € 500.000,= verschuldigd is op 3 mei 2011, € 250.000,= drie maanden nadien en € 250.000,= zes maanden nadien;

b. een Annual Maintenance Fee van € 100.000,=, te betalen op 3 mei 2012 en op 3 mei 2013;

c. een eenmalige Technology Acceptance Fee van € 2.000.000,= op voorwaarde dat aan Lilly blijkt dat de transgene muizen aan bepaalde criteria voldoen.

2.12 Op 20 september 2011 is een overeenkomst van geldlening tussen EUMC en Harbour tot stand gekomen inhoudende dat hetgeen Harbour aan EUMC verschuldigd is wegens de door EUMC tot 1 juli 2010 aan Harbour ter beschikking gestelde faciliteiten en onderzoekers, met terugwerkende kracht tot 1 juli 2010 wordt omgezet in een geldlening in hoofdsom groot € 1.940.042,=, door Harbour terug te betalen op 31 december 2012 (hierna: de EUMC-lening). De overeenkomst houdt voorts in: “The Parties have agreed that the final Loan sum is at the request of Harbour subject to financial due diligence, and that [EUMC] will provide necessary financial documentation at Harbour’s request to justify the accrued loan amount.”

2.13 Op 28 september 2011 is [belanghebbende 1, tevens verzoeker] teruggetreden als bestuurder van Harbour. [belanghebbende 1, tevens verzoeker] is – ook – nadien verantwoordelijk gebleven voor het beheer van de IP rechten. [belanghebbende 1, tevens verzoeker] onderhield daartoe contacten met Carpmaels & Ransford te Londen, het door Harbour ingeschakelde (octrooi-) adviesbureau (hierna: Carpmaels).

2.14 Op 2 november 2011 heeft overleg plaatsgevonden tussen [belanghebbende 2], [F] en [belanghebbende 1, tevens verzoeker] over de mogelijkheid financiering in de vorm van venture capital aan te trekken. Daarbij is besproken dat besluitvorming daarover gepaard dient te gaan met aanpassing van het businessplan en wijziging van de aandeelhoudersovereenkomst. Daarop volgende onderhandelingen tussen Harbour en Atlas Venture Fund III L.P., een venture capitalist uit de Verenigde Staten (hierna: Atlas), hebben geleid tot een door Atlas opgestelde term sheet van 26 april 2012 met betrekking tot een investering door Atlas van € 2,25 miljoen tegenover verkrijging van 25% van de aandelen in Harbour.

2.15 De Atlas term sheet is op 25 mei 2012 aan [belanghebbende 1, tevens verzoeker] voorgelegd. Bij e-mail van 28 mei 2012 heeft [belanghebbende 1, tevens verzoeker] te kennen gegeven dat hij, bij gebreke van een (geactualiseerd) businessplan en gedetailleerde informatie over de wetenschappelijke vorderingen en de financiën van Harbour, over onvoldoende informatie beschikt om een weloverwogen standpunt in te nemen over het voorstel van Atlas en dat hij op basis van de beschikbare informatie het voorstel van Atlas niet steunt. [belanghebbende 1, tevens verzoeker] schrijft voorts dat hij het aannemelijk acht dat Harbour vooralsnog aan haar verplichtingen kan voldoen zonder inbreng van venture capital en dus zonder de daarmee gepaard gaande verwatering en dat hij al eerder te kennen heeft gegeven dat deelname van een venture capitalist gepaard zal moeten gaan met heronderhandeling van de voorwaarden van de door EUMC en [belanghebbende 1, tevens verzoeker] aan Harbour verleende licentie.

2.16 Bij e-mail van 4 juni 2012 heeft [F] aan [belanghebbende 1, tevens verzoeker] bericht dat Erasmus Holding het voorstel van het bestuur van Harbour om verder te onderhandelen met Atlas en met Theraclone Sciences Inc. (een Amerikaans biotechnologiebedrijf en een andere potentiële investeerder, hierna Theraclone te noemen) steunt. Namens het bestuur van Harbour heeft [F] [belanghebbende 1, tevens verzoeker] verzocht ermee in te stemmen dat de aandeelhoudersovereenkomst wordt gewijzigd aldus dat voor besluiten van de algemene vergadering van aandeelhouders nog slechts een gewone meerderheid vereist is.

2.17 Bij e-mail van 12 juni 2012 heeft [belanghebbende 1, tevens verzoeker] aan [belanghebbende 3] (met c.c. aan [belanghebbende 2], [A] en [F]) te kennen gegeven dat het, bij gebreke van een nieuw businessplan, een specificatie van de besteding van de inkomsten van Harbour en een beredeneerde verwachting over mogelijke inkomsten van Harbour tot begin 2013, onmogelijk is een gefundeerde beslissing te nemen over de noodzaak van financiering. [belanghebbende 1, tevens verzoeker] heeft zijn standpunt herhaald dat hij niet instemt met de term sheet van Atlas en dat iedere investering door een derde, die leidt tot verwatering en wijziging van de zeggenschapsverhoudingen, gepaard zal moeten gaan met heronderhandeling van de licentie.

2.18 Op 19 juni 2012 hebben [belanghebbende 3] en [belanghebbende 2] aan [belanghebbende 1, tevens verzoeker] onder meer toegezonden: een gewijzigd businessplan, financiële gegevens van Harbour, een rapportage van [E] en een door Theraclone opgestelde term sheet met betrekking tot een exclusieve licentieovereenkomst tussen Harbour en Theraclone. De begeleidende brief houdt onder meer in dat Harbour per eind mei 2012 beschikte over ongeveer € 57.000,= aan contanten, maar dat daartegenover onder meer een opeisbare schuld aan Carpmaels staat van ongeveer € 243.000,=.

2.19 Bij brief van 27 juni 2012 aan [belanghebbende 2] en [belanghebbende 3] heeft [belanghebbende 1, tevens verzoeker] zich op het standpunt gesteld dat de brief van 19 juni 2012 geen verklaring biedt voor de financiële problemen van Harbour, in aanmerking genomen dat het aan Harbour ter beschikking staande bedrag van € 1,1 miljoen (de Technology Access Fee en de Annual Maintenance Fee van Lilly) toereikend zou moeten zijn tot eind 2012, alsmede dat een deugdelijke specificatie van de door EUMC aan Harbour in rekening gebrachte kosten nog altijd ontbreekt. [belanghebbende 1, tevens verzoeker] heeft voorts een aantal klachten geuit over de gang van zaken bij Harbour en de informatieverstrekking door het bestuur van Harbour, aangedrongen op het ontslag van [belanghebbende 2] en [belanghebbende 3] als bestuurders van Harbour en geconcludeerd dat het wellicht het beste is Harbour te liquideren.

2.20 Bij e-mail van 28 juni 2012 heeft [belanghebbende 1, tevens verzoeker] aan [F] gevraagd of de openstaande rekeningen van Carpmaels ten bedrage van in totaal € 243.000,= betaald kunnen worden door EUMC, nu het budget van Harbour bestemd voor management van de IP rechten, kennelijk besteed is aan andere doeleinden. [belanghebbende 1, tevens verzoeker] heeft voorts geïnformeerd naar de stand van zaken met betrekking tot een intern onderzoek bij EUMC naar de financiële verhouding tussen EUMC en Harbour, met het oog op de vaststelling van de besteding door Harbour van haar budget en de vaststelling van de omvang van de EUMC-lening.

2.21 Met ingang van 4 juli 2012 is tussen Harbour en het Chinese bedrijf Shangpharma Corporation een sublicentieovereenkomst gesloten. De overeengekomen license fee bedraagt \$ 100.000,= per jaar.

2.22 Bij brief van 5 juli 2012 hebben [belanghebbende 2], [belanghebbende 3] en [I] (laatstgenoemde namens Erasmus Holding) aan [belanghebbende 1, tevens verzoeker] laten weten:

- dat het liquiditeitstekort van Harbour onder meer veroorzaakt is doordat de kosten van het management van de IP rechten aanzienlijk hoger zijn dan het budget;
- dat er geen sprake is van financieel mismanagement;
- dat de door [belanghebbende 1, tevens verzoeker] beoogde discussie over de omvang van de EUMC-lening ongepast is en geen oplossing biedt voor het liquiditeitstekort;
- dat het bestuur de onderhandelingen met Atlas en/of Theraclone niet kan voortzetten als op voorhand duidelijk is dat [belanghebbende 1, tevens verzoeker] niet zal instemmen met een dergelijke transactie.

Zij hebben [belanghebbende 1, tevens verzoeker] in dezelfde brief verzocht zijn standpunt over een mogelijke transactie met Atlas en/of Theraclone te herzien.

2.23 Bij brief van 16 juli 2012 hebben mrs. Evers en Lange namens [belanghebbende 1, tevens verzoeker] aan het bestuur van Harbour, kort gezegd, te kennen gegeven:

- dat de liquiditeit van Harbour toereikend zou moeten zijn tot eind 2012, in aanmerking genomen (a) de daadwerkelijke IP kosten van € 565.584,= in relatie tot het IP budget tot eind 2012 van € 561.060,=, (b) de tussen Harbour en EUMC gemaakte afspraken over de aanwending van een subsidie van het Netherlands Institute for Regenerative Medicine (NIRM) en (c) de daadwerkelijke omvang van de EUMC-lening, die volgens [belanghebbende 1, tevens verzoeker] niet € 1.940.042,= bedraagt, maar ongeveer € 1,2 miljoen;
- dat het bestuur van Harbour weigert voldoende informatie te verstrekken en voldoende transparantie te betrachten;
- dat een tegenstrijdig belang bestaat tussen de positie van [belanghebbende 2] als bestuurder van Harbour en zijn positie als hoofd van de afdeling Cell Biology van EUMC, in het bijzonder met betrekking tot de toedeling en betaling van kosten.

De brief houdt voorts in dat [belanghebbende 1, tevens verzoeker] aan besluitvorming over externe financiering onder meer als voorwaarden stelt dat uitgaven van Harbour in strijd met het vastgestelde budget worden teruggedraaid, overeenstemming wordt bereikt over de precieze omvang van de EUMC-lening, de openstaande facturen van Carpmaels worden voldaan door EUMC en opgenomen worden in de EUMC-lening en er een businessplan wordt opgesteld waarmee [belanghebbende 1, tevens verzoeker] kan instemmen.

2.24 Overeenkomstig hetgeen de Ondernemingskamer heeft overwogen in haar beschikking van 18 oktober 2012 onder 3.23, heeft Scholtes, nadat hij door de Ondernemingskamer bij beschikking van 22 oktober 2012 was benoemd tot tijdelijk bestuurder van Harbour, zich een oordeel gevormd over de financiële toestand van Harbour. Het door Scholtes opgestelde verslag van zijn bevindingen (gedeeltelijk geciteerd in de beschikking van de Ondernemingskamer van 3 december 2012 onder 2.2) houdt kort gezegd het volgende in.

a. Uit een onderbouwing opgesteld door de interne accountantsdienst van EUMC blijkt dat de daadwerkelijke kosten die EUMC ten behoeve van Harbour heeft gemaakt in de periode 2002 tot en met juni 2010 circa € 60.000,= hoger zijn dan € 1,94 miljoen, zijnde de hoofdsom van de EUMC-lening.

b. Gelet op de baten en kosten van Harbour in de periode vanaf 1 juli 2010 tot ultimo 2012 is Harbour technisch failliet en kunnen de bestaande crediteuren, in het bijzonder EUMC en Carpmaels niet betaald worden, ook niet indien Lilly de Technology Acceptance Fee van € 2 miljoen zal betalen.

c. Voor de continuïteit van Harbour zijn additionele investeringen nodig, waartoe voortzetting van de onderhandelingen met Atlas de meest concrete mogelijkheid biedt.

2.25 Als bestuurder van Harbour heeft Scholtes de onderhandelingen met Atlas voortgezet. Dit heeft ertoe geleid dat Atlas op 17 juni 2013 in ruil voor een kapitaalinjectie een aandelenbelang van 25% heeft verworven in Harbour en dat de bestaande aandeelhouders in evenredige mate zijn verwaterd. Als gevolg van die verwatering en een wijziging van de statuten in verband met de toetreding van Atlas heeft [belanghebbende 1, tevens verzoeker] vanaf 17 juni 2013 niet langer een blokkerende stem als aandeelhouder. Op 17 juni 2013 is voorts de corporate governance van Harbour gewijzigd door de instelling van een one tier board, is [G] benoemd tot (enige) uitvoerend bestuurder en zijn [belanghebbende 2] en [belanghebbende 3] (tot dat moment bestuurders van Harbour), [H] en Scholtes benoemd tot non-executive directors.

3 De gronden van de beslissing

3.1 Het onderzoeksverslag bevat kort samengevat de volgende bevindingen:

Met betrekking tot de door EUMC in de periode tot 1 juli 2010 aan Harbour in rekening gebrachte onderzoekskosten en overheadkosten van 12,5% (welke kosten onderdeel uitmaken van de EUMC-lening van € 1,94 miljoen) bestaat geen zodanige twijfel dat dat zou moeten leiden tot materiële veranderingen in de in de EUMC-lening opgenomen bedragen. De onderzoeker gaat daarom uit van de juistheid van de door Harbour genoemde bedragen in de EUMC-lening inzake de overhead, de muiskosten en de bench fee.

Mede op grond van de feitelijke bevindingen van S.T.M. ten Hagen RA, een door de onderzoeker ingeschakelde accountant (wiens rapport als bijlage 1 bij het onderzoeksrapport is gevoegd) heeft de onderzoeker geen aanleiding gevonden om te twijfelen aan de juistheid van het in de EUMC-lening opgenomen bedrag van € 1.373.312,= aan IP kosten.

Uit het onderzoek van de door de onderzoeker ingeschakelde accountant blijkt dat EUMC over de periode van 1 juli 2010 tot en met 31 december 2012 aan Harbour € 613.433,= aan kosten (niet zijnde IP kosten) in rekening heeft gebracht en dat de van die kosten deel uitmakende personeelskosten (€ 332.053,=) op een juiste wijze zijn ontleend aan de salarisadministratie van EUMC. De onderzoeker heeft geen reden te twijfelen aan de juistheid van de door EUMC in rekening gebrachte onderzoekskosten (€ 213.333,=) en acht aannemelijk dat EUMC terecht 12,5% aan overheadkosten heeft doorbelast aan Harbour.

In de periode vanaf 1 juli 2010 tot en met juli 2011 (vanaf 1 augustus 2011 zijn de IP-kosten rechtstreeks aan Harbour gefactureerd) heeft EUMC € 186.164,= aan IP-kosten in rekening gebracht aan Harbour. Van dit bedrag is € 42.038,= aan omzetbelasting ten onrechte doorbelast.

EUMC heeft kosten gemaakt ten behoeve van Harbour die niet aan Harbour zijn doorbelast.

De onderzoeker heeft geen aanwijzingen gevonden voor de juistheid van de stelling van [belanghebbende 1, tevens verzoeker] dat het IP budget van Harbour deels voor andere doelen is aangewend; budgetoverschrijdingen kwamen vooral voor bij de kostenpost IP en betroffen geen verwijtbare budgetoverschrijdingen.

Er zijn geen (materiële) onjuistheden aangetroffen aangaande de autorisaties van betalingen.

Binnen Harbour zijn financiële afspraken over de (hoogte van de) bench fee, muiskosten en overheadkosten onvoldoende gedocumenteerd, hetgeen heeft bijgedragen aan het ontstaan van discussies en geschillen over deze onderwerpen.

Als gevolg van deze geschillen zijn de onderlinge verhoudingen tussen de bij Harbour betrokken personen diepgaand verstoord en een verdere vruchtbare samenwerking tussen [belanghebbende 1, tevens verzoeker] enerzijds en de overige stakeholders anderzijds wordt door de onderzoeker niet goed mogelijk geacht.

[belanghebbende 1, tevens verzoeker] heeft met zijn verwijten en verzoeken om informatie veelvuldig de grenzen waarbinnen een aandeelhouder verantwoording mag verlangen overschreden en hij heeft zijn veelheid van verwijten niet of onvoldoende van grond voorzien. Hij belemmert aldus een gezonde zakelijke verstandhouding.

3.2 Erasmus Holding heeft aan haar verzoek kort gezegd het volgende ten grondslag gelegd.

Uit het onderzoeksverslag blijkt dat [belanghebbende 1, tevens verzoeker] geen goede gronden had voor zijn blokkerende opstelling als aandeelhouder in het voorjaar 2012. [belanghebbende 1, tevens verzoeker] verhinderde een gezonde zakelijke verstandhouding binnen de aandeelhoudersvergadering en dat impliceert wanbeleid waarvoor hij verantwoordelijk is.

3.3 [belanghebbende 1, tevens verzoeker] heeft aan zijn primaire verzoek tot gelasten van een nader onderzoek (welk verzoek hij ook heeft gedaan in zijn onder 1.8 genoemde verweerschrift) kort gezegd het volgende ten grondslag gelegd. De onderzoeker heeft [belanghebbende 1, tevens verzoeker] slechts telefonisch gesproken en niet, zoals [belanghebbende 1, tevens verzoeker] wenste, in persoon en heeft [F] in het geheel niet geïnterviewd. De onderzoeker heeft vrijwel niets gedaan met de uitvoerige reactie van [belanghebbende 1, tevens verzoeker] op het concept-onderzoeksverslag, terwijl [belanghebbende 1, tevens verzoeker] in die reactie naar voren heeft gebracht dat het onderzoek onvolledig is, omdat geen aandacht is besteed aan onder meer (a) de corporate governance zoals deze tussen partijen is overeengekomen, (b) de oorzaak van de geldnood van Harbour begin 2012, (c) de vraag welke kosten door EUMC aan Harbour mochten worden doorbelast en (d) de taakvervulling door het bestuur na het aftreden van [belanghebbende 1, tevens verzoeker]. De onderwerpen waaraan de onderzoeker wel aandacht heeft besteed, te weten (a) de omvang van de EUMC-lening, (b) de sinds 1 juli 2010 door EUMC bij Harbour in rekening gebrachte kosten, (c) de budgetoverschrijdingen en (d) de autorisaties van betalingen, zijn onvoldoende grondig onderzocht en de bevindingen van de onderzoeker te dien aanzien zijn deels onjuist, aldus [belanghebbende 1, tevens verzoeker].

3.4 Subsidiair heeft [belanghebbende 1, tevens verzoeker] bepleit dat wanbeleid wordt vastgesteld en dat [belanghebbende 2] en [belanghebbende 3] daarvoor verantwoordelijk zijn. Volgens [belanghebbende 1, tevens verzoeker] bestaat het wanbeleid eruit dat EUMC in strijd met gemaakte afspraken kosten heeft doorbelast aan Harbour, dat

[belanghebbende 2] daarbij een tegenstrijdig belang had, dat Harbour als gevolg daarvan in liquiditeitsproblemen is geraakt en dat [belanghebbende 1, tevens verzoeker] daarover niet of zelfs onjuist is geïnformeerd, terwijl [belanghebbende 1, tevens verzoeker] bovendien ten onrechte niet op de hoogte is gehouden van gesprekken met Atlas over het aantrekken van venture capital.

3.5 Erasmus Holding en [belanghebbende 1, tevens verzoeker] hebben elkaars standpunten weersproken en hieronder zal waar nodig op hun desbetreffende stellingen worden ingegaan.

3.6 [belanghebbende 2] en [belanghebbende 3] hebben zich aangesloten bij het standpunt van Erasmus Holding en voorts aangevoerd dat Harbour als gevolg van de in 2.25 genoemde ontwikkelingen thans een gezonde onderneming is, die naar verwachting vanaf 2015 winstgevend zal zijn.

3.7 De Ondernemingskamer oordeelt als volgt.

Het verzoek van [belanghebbende 1, tevens verzoeker] tot het gelasten van nader onderzoek

3.8 In het verslag heeft de onderzoeker beschreven dat hij, ter beperking van de kosten van het onderzoek en gelet op het belang van Harbour bij een efficiënt onderzoek, in overleg met partijen thema's heeft geselecteerd waarop het onderzoek zich in het bijzonder heeft gericht. De Ondernemingskamer acht dit redelijk en begrijpelijk. Harbour beschikt slechts over beperkte middelen en heeft er groot belang bij dat die zoveel als mogelijk worden besteed aan haar onderzoeksactiviteiten en de commerciële exploitatie van de resultaten daarvan. Het belang van Harbour bij de onderhavige procedure is vooral gelegen in doorbreking van tot 18 oktober 2012 bestaande impasse in de besluitvorming en sanering van de vennootschappelijke verhoudingen.

3.9 De onderhavige procedure strekt er niet toe om de precieze inhoud van de contractuele verhouding tussen partijen en de daaruit voortvloeiende financiële rechten en verplichtingen vast te stellen. Dat behoort tot de bevoegdheid van de gewone burgerlijke rechter.

3.10 [belanghebbende 1, tevens verzoeker] voert niet aan dat hij over bepaalde onderwerpen in het duister tast. Uit zijn betoog, geadstrueerd met een groot aantal stukken, blijkt dat partijen indertijd en thans vooral verdeeld zijn over de kwalificatie en waardering van de feiten. Naar de Ondernemingskamer uit diens stellingen begrijpt, verwacht [belanghebbende 1, tevens verzoeker] niet dat nader onderzoek nieuwe inzichten oplevert; hij verwacht dat nader onderzoek zal uitwijzen dat zijn interpretatie van de feiten de juiste is.

3.11 Inmiddels zijn, met instemming van [belanghebbende 1, tevens verzoeker], de verhoudingen binnen Harbour gesaneerd; door de toetreding van Atlas is voorzien in de benodigde financiering, er is overeenstemming bereikt over een nieuw businessplan, er is een professionele niet-uitvoerende bestuurder aangetrokken en geen van de aandeelhouders heeft nog een blokkerende stem (zie 2.25). Weliswaar resteert nog een geschil tussen [belanghebbende 1, tevens verzoeker] als (mede-)licentiegever en Harbour als licentienemer, maar dit geschil valt buiten het bereik van de onderhavige procedure en is door [belanghebbende 1, tevens verzoeker] inmiddels bij de gewone burgerlijke rechter ahangig gemaakt.

3.12 De Ondernemingskamer onderkent dat de beperkte reikwijdte en diepgang van het onderzoek grenzen stelt aan haar beoordeling van het beleid en de gang van zaken binnen Harbour. Het onderzoeksverslag en hetgeen partijen over en weer hebben aangevoerd is evenwel toereikend om te oordelen over de verzoeken tot vaststelling van wanbeleid en tot het

treffen van voorzieningen. Gelet op het in 3.8 tot en met 3.11 overwogene oordeelt de Ondernemingskamer dan ook dat de kosten en overige lasten verbonden aan het doen verrichten van nader onderzoek niet opwegen tegen het daarvan te verwachten nut.

De vaststelling van wanbeleid en de verantwoordelijkheid daarvoor.

3.13 De Ondernemingskamer heeft in haar beschikking van 18 oktober 2012 overwogen dat de toenmalige financiële toestand van Harbour problematisch was (r.o. 3.9), dat de onderlinge verstandhouding tussen [belanghebbende 1, tevens verzoeker] enerzijds en het bestuur van Harbour en de overige aandeelhouders anderzijds gekenmerkt wordt door wederzijds wantrouwen, dat besluitvorming over de financiering van de vennootschap in een impasse was geraakt en dat dit laatste een gegronde reden is om aan een juist beleid te twijfelen (r.o. 3.10).

3.14 Harbour was in het voorjaar van 2012 niet bij machte besluiten te nemen over de financiering van haar onderneming, terwijl besluitvorming daarover, gelet op de nijpende financiële situatie waarin zij zich bevond, dringend noodzakelijk was om haar voortbestaan te verzekeren (zie ook de bevindingen van Scholtes weergegeven in 2.24). Deze toestand deed zich voor in de periode vanaf 25 mei 2012, toen het bestuur van Harbour [belanghebbende 1, tevens verzoeker] tevergeefs verzocht in te stemmen met de Atlas termsheet, tot 18 oktober 2012, de datum van de eerste beschikking van de Ondernemingskamer die strekte tot doorbreking van de impasse.

3.15 Het verzoek van Erasmus Holding tot vaststelling van wanbeleid heeft betrekking op een ruimere periode, te weten van 1 juli 2010 tot 18 oktober 2012 en [belanghebbende 1, tevens verzoeker] heeft verzocht wanbeleid vast te stellen over de periode vanaf zijn ontslag als bestuurder op 30 september 2011. De Ondernemingskamer ziet in het onderzoeksverslag en de stellingen van partijen geen toereikende gronden voor de vaststelling van wanbeleid in de periode voorafgaand aan de impasse in de besluitvorming over de verdere financiering van de activiteiten van Harbour. Zoals hieronder nog aan de orde zal komen, hebben feiten en omstandigheden in de periode vóór 25 mei 2012 bijgedragen aan het ontstaan van de impasse, maar die omstandigheden maakten een impasse niet onvermijdelijk en die omstandigheden zijn op zichzelf, dat wil zeggen indien zich geen impasse zou hebben voorgedaan, van onvoldoende gewicht om als wanbeleid aan te merken.

3.16 Erasmus Holding en [belanghebbende 2] en [belanghebbende 3] enerzijds en [belanghebbende 1, tevens verzoeker] anderzijds geven elkaar de schuld van het ontstaan en tot 18 oktober 2012 voortduren van deze impasse. Naar het oordeel van de Ondernemingskamer is de impasse en daarmee het wanbeleid in essentie te wijten aan een combinatie van twee factoren:

Aan de hand van het samenstel van statuten, aandeelhoudersovereenkomsten, licentieovereenkomsten, Research Consultancy Agreements, businessplannen en budgetten kunnen niet op eenvoudige en eenduidige wijze de rechten en verplichtingen van Harbour jegens onder meer EUMC worden vastgesteld, als gevolg waarvan het bestuur van Harbour ten tijde van de impasse in de besluitvorming niet in staat was aan [belanghebbende 1, tevens verzoeker] alle informatie te verschaffen die deze nodig achtte om de voorstellen tot verdere financiering van Harbour te beoordelen.

[belanghebbende 1, tevens verzoeker] heeft in reactie daarop, met voorbijgaan aan zijn mede-verantwoordelijkheid (als bestuurder tot 30 september 2011) voor de ontoereikende documentatie van de financiële verhoudingen tussen EUMC en Harbour, sterk bijgedragen aan het voortduren en verdiepen van de impasse door zonder goede grond, het bestuur van Harbour ernstige verwijten te maken over de omvang van de in de periode tot 1 juli 2010 aan Harbour toe te rekenen kosten en over de besteding over de periode vanaf 1 juli 2010 van de inkomsten van Harbour uit de sub-licentieovereenkomst met Lilly. Hoewel niet gezegd kan worden dat de door [belanghebbende 1, tevens verzoeker] in juni 2012 opgeworpen vragen en verlangde specificaties niet legitiem waren, heeft hij vruchtbaar overleg geblokkeerd door vast te houden aan zijn achteraf onhoudbaar gebleken uitgangspunt dat, indien de beschikbare gelden juist zou zijn besteed, er geen noodzaak tot aanvullende financiering zou zijn geweest.

De Ondernemingskamer zal dit oordeel hieronder motiveren, mede aan de hand van een aantal geschilpunten tussen partijen.

3.17.1 Gedurende de periode waarop het onderzoek betrekking had (en voordien) beschikte Harbour niet over eigen personeel of laboratoriumruimte. EUMC heeft alle kosten van Harbour tot 1 juli 2010 gefinancierd door personeel en ontwikkelingsfaciliteiten beschikbaar te stellen en de kosten verbonden aan het management van de IP-rechten (door Carpmaels en anderen) te voldoen. Deze kosten zijn in september 2011 met terugwerkende kracht tot 1 juli 2010 omgezet in de EUMC-lening. De Research Consultancy Agreement van 3 mei 2011 voorzag erin dat EUMC de kosten ten behoeve van Harbour over de periode vanaf 1 juli 2010 ieder kwartaal aan Harbour factureerde. Zie r.o. 3.13 van de beschikking van 18 oktober 2012.

3.17.2 Reeds omdat EUMC via Erasmus Holding slechts iets meer dan 51% van de aandelen in Harbour hield en Harbour gericht is op winstgevendende exploitatie van de antilichamen (op termijn), ligt het voor de hand dat, voor zover EUMC de activiteiten van Harbour financiert (door het ter beschikking stellen van onderzoekers en faciliteiten), de desbetreffende kosten (uiteindelijk) voor rekening van Harbour komen. [belanghebbende 1, tevens verzoeker] heeft geen feiten en omstandigheden gesteld op grond waarvan aangenomen kan worden dat het de bedoeling van partijen, in het bijzonder van EUMC en Erasmus Holding, was, dat EUMC de ten behoeve van Harbour gemaakte kosten slechts gedeeltelijk ten laste van Harbour zou kunnen brengen. [belanghebbende 1, tevens verzoeker] hamert erop dat de afspraken tussen partijen inhouden dat EUMC slechts kosten in rekening kan brengen aan Harbour voor zover deze zijn opgenomen in het vastgestelde budget, maar hij heeft niet toegelicht waarom door Harbour gemaakte kosten, ook al overstijgen deze het vastgestelde budget, (gedeeltelijk) voor rekening van (een derde zoals) EUMC zouden moeten blijven. [belanghebbende 1, tevens verzoeker] heeft ook niet gespecificeerd ten aanzien van welke concrete kosten van Harbour overeengekomen zou zijn dat EUMC deze voor haar rekening zou nemen. De bewering van [belanghebbende 1, tevens verzoeker] dat alle kosten buiten het budget uitdrukkelijk voor rekening van EUMC zijn, kan dan ook niet als juist worden aanvaard.

3.17.3 Er zijn, niettemin, aanwijzingen dat EUMC niet alle kosten die zij ten behoeve van Harbour heeft gemaakt, daadwerkelijk bij Harbour in rekening heeft gebracht. In de beschikking van 18 oktober 2012 onder 3.17 heeft de Ondernemingskamer overwogen dat Erasmus Holding en [belanghebbende 2] en [belanghebbende 3] gemotiveerd hebben gesteld dat EUMC per 30 juni 2012 voor € 285.292,= researchkosten ten behoeve van Harbour heeft gemaakt zonder deze aan Harbour door te belasten en dat [belanghebbende 1, tevens verzoeker] die stelling niet gemotiveerd heeft betwist. In zijn op 19 november 2012 aan de Ondernemingskamer toegezonden verslag heeft Scholtes als bestuurder van Harbour geconstateerd dat EUMC “redelijk en zelfs zuinig [is] geweest in de bedragen die zij heeft door belast aan Harbour” en dat “de daadwerkelijke kosten die [EUMC] ten behoeve van Harbour heeft gemaakt in de periode tot 1 juli 2010 circa € 60.000,= hoger zijn dan het opgegeven bedrag van € 1,94 miljoen” (zie r.o. 2.2. van de beschikking van 3 december 2012). Uit het onderzoek komt hetzelfde beeld naar voren; in randnummer 73 van het onderzoeksverslag schrijft de onderzoeker:

“De onderzoeker concludeert op basis van de gesprekken met de diverse betrokkenen dat EUMC kosten heeft gemaakt die niet zijn doorbelast aan Harbour. Hier is door EUMC ook nooit een punt van gemaakt noch heeft EUMC dit gebruikt als discussiepunt. Indien de liquiditeitspositie van Harbour dat niet toeliet, heeft EUMC gemaakte kosten ten behoeve van Harbour niet doorbelast maar zelf genomen. De (financiële) verhouding tussen partijen werd gekenmerkt [door] een sfeer van ondersteuning en vertrouwen vanuit EUMC jegens Harbour. Dit bevestigt naar het oordeel van de onderzoeker het beeld van de heer [belanghebbende 3] en de heer Scholtes dat EUMC handelde in het belang van Harbour en niet, zoals [belanghebbende 1, tevens verzoeker] lijkt te veronderstellen, slechts in haar eigen belang, of althans niet in het belang van Harbour.”

3.17.4 In de beschikking van 18 oktober 2012 heeft de Ondernemingskamer al overwogen enerzijds dat de stellingen van [belanghebbende 1, tevens verzoeker] dat een substantieel deel van de uitgaven van Harbour niet verantwoord kan worden, dat Harbour aan EUMC meer heeft betaald dan EUMC toekomt en dat Harbour over voldoende liquiditeit zou

moeten beschikken, berusten op onjuiste aannames van [belanghebbende 1, tevens verzoeker] (zie r.o. 3.13 tot en met 3.16 van die beschikking) en dat het liquiditeitstekort van Harbour voor [belanghebbende 1, tevens verzoeker] redelijkerwijs geen verrassing kon zijn (r.o. 3.20) en anderzijds dat het voor de hand ligt dat een te nemen beslissing over venture capital funding berust op eenduidige, voor alle betrokken partijen controleerbare vaststelling van de precieze financiële toestand van Harbour, waaronder de juiste omvang van de EUMC-lening, de (juiste) door EUMC aan Harbour gefactureerde kosten over het tijdvak vanaf 1 juli 2010 en de door Harbour nog te maken kosten tot eind 2012 (r.o. 3.22). Omdat een zodanige vaststelling niet voor handen was, heeft de Ondernemingskamer toen een tijdelijk bestuurder benoemd. Het feit dat het bestuur van Harbour in het voorjaar van 2012 niet bij machte was aan [belanghebbende 1, tevens verzoeker] de financiële positie van Harbour eenduidig en controleerbaar uiteen te zetten, heeft bijgedragen aan het ontstaan en voortduren van de impasse, omdat aldus adequate weerlegging van de verwijten van [belanghebbende 1, tevens verzoeker] achterwege bleef.

3.17.5 Met betrekking tot de omvang van de EUMC-lening heeft de Ondernemingskamer in r.o. 3.21 van haar beschikking van 18 oktober 2012 en r.o. 3.4 van haar beschikking van 3 december 2012 enerzijds een vraagteken geplaatst bij het ontbreken van een deugdelijke specificatie van de hoofdsom van de EUMC-lening en anderzijds geconstateerd dat [belanghebbende 1, tevens verzoeker] aanvankelijk, in september 2011 en bij de vaststelling van de jaarrekening 2010 op 9 januari 2012 geen twijfels had over de juistheid van de hoofdsom en (in de beschikking van 3 december 2012) dat aannemelijk is dat de juiste omvang van de EUMC-lening niet substantieel lager zal blijken te zijn dan € 1,94 miljoen. De onderzoeker heeft geen aanleiding gevonden te twifelen aan de juistheid van de bedragen en aan de omvang van de EUMC-lening (onderzoeksverslag randnummer 56). [belanghebbende 1, tevens verzoeker] heeft aangevoerd dat die conclusie niet juist, in het bijzonder met betrekking tot de overheadkosten (waarover hieronder meer) en ten aanzien van de IP-kosten, maar die stellingen doen er niet aan af dat de bewering van [belanghebbende 1, tevens verzoeker] in zijn brief van 16 juli 2012 dat de in de EUMC-lening verdisconteerde laboratoriumkosten en IP kosten respectievelijk € 190.000,= en € 520.000,= hoger zijn dan gerechtvaardigd, geen goede grond had.

3.17.6 Wat betreft de overheadkosten met betrekking tot de periode tot 1 juli 2010, constateert de Ondernemingskamer het volgende. De onderzoeker heeft geconcludeerd dat niet duidelijk is wat te dien aanzien exact tussen partijen is overeengekomen (onderzoeksverslag 40), dat [belanghebbende 1, tevens verzoeker] in ieder geval op 14 juni 2011 (naar blijkt uit een bijlage bij een op die datum door hem verzonden e-mail) op de hoogte was van de overheadkosten als onderdeel van de EUMC-lening en daartegen toen geen bezwaar heeft gemaakt (onderzoeksverslag 39 en 41) en dat EUMC vanaf 2005/2006 een overheadbeleid voerde inhoudende dat aan externe partijen een overhead van 41% in rekening wordt gebracht (onderzoeksverslag 36 en 37). [belanghebbende 1, tevens verzoeker] heeft er op gewezen dat bij zijn hierboven genoemde e-mail van 14 juni 2011 ook een bijlage gevoegd was getiteld "Harbour Financial Projections 1st July 2010-31st December 2012" waarin de post "Overhead 5%" voorkomt. Dit maakt naar oordeel van de Ondernemingskamer echter niet aannemelijk dat met betrekking tot de periode tot 1 juli 2010 tussen partijen was overeengekomen dat geen overheadkosten berekend zouden worden. Dat volgt ook niet zonder meer uit het feit dat de businessplannen van 2006 en 2010 (bijlagen 5 en 6 bij het onderzoeksverslag) geen melding maken van overheadkosten. [belanghebbende 1, tevens verzoeker] heeft voorts verwezen naar een e-mail van hem aan [belanghebbende 2] van 9 december 2009, maar dat stuk bevat slechts de kale stelling van [belanghebbende 1, tevens verzoeker] dat "no overhead" overeengekomen zou zijn en is geen bewijs van de juistheid van die stelling. De Ondernemingskamer oordeelt dat het gebrek aan goed gedocumenteerde afspraken over het al dan niet verschuldigd zijn van overheadkosten een geschil daarover in de hand heeft gewerkt terwijl die discussie, reeds vanwege het relatief geringe materiële belang daarvan (€ 63.081,=, zie onderzoeksverslag 27), niet dienstig was aan het vinden van een oplossing voor het financieringsprobleem van Harbour in het voorjaar 2012.

3.17.7 Met betrekking tot de periode vanaf 1 juli 2010 heeft EUMC 12,5% overhead gefactureerd. De onderzoeker kan dat billijken op de eerder genoemde gronden. [belanghebbende 1, tevens verzoeker] meent dat 5% overhead overeengekomen is. [belanghebbende 1, tevens verzoeker] stelt daartoe dat artikel 4.1 van de Research Consultancy Agreement van 3 mei 2011 en het daarin genoemde budget "attached hereto as Annex 3" (zie 2.10) bepalend is voor de vraag welke kosten EUMC over de periode vanaf 1 juli 2010 tot 31 december 2012 ten laste van Harbour mocht brengen. Dit budget (productie 97-54 van [belanghebbende 1, tevens verzoeker]), door partijen ook aangeduid als het "use of Lilly funds budget", vermeldt als

onderdeel van de researchkosten naast Staff, lab costs en Animals tevens Overhead 5%. De Ondernemingskamer oordeelt dat dit argument een aanwijzing vormt dat over de periode vanaf 1 juli 2010 een overhead van 5% is overeengekomen, zij het dat [belanghebbende 1, tevens verzoeker] niet heeft toegelicht waarom (zijn visie volgende) vanaf 1 juli 2010 de overhead is gestegen van 0% tot 5%. Hoe dit ook zij, ook hier geldt dat het materiële belang van het geschil, zijnde € 40.828,= over de periode vanaf 1 juli 2010 tot 31 december 2012 ($7,5/12,5 \times 68.047$; zie onderzoeksverslag 58), niet rechtvaardigde dat dit geschil de besluitvorming over de noodzakelijke financiering blokkeerde.

3.17.8 Voor het overige spitst het debat over de omvang van de over de periode vanaf 1 juli 2010 door EUMC aan Harbour in rekening gebrachte kosten zich toe op het aantal gefactureerde FTE's en, in samenhang daarmee, de gang van zaken rond de NIRM-subsidie. Kort gezegd komt het erop neer dat partijen het erover eens waren en zijn dat de loonkosten van één FTE, vermeerderd met muiskosten en benchfee, op declaratiebasis door Harbour aan EUMC zou worden vergoed (overeenkomstig het "use of Lilly funds budget" en dus afgezien van de extra te maken kosten waartoe na de vaststelling van dat budget is gesloten, zie r.o. 3.20 van de beschikking van 18 oktober 2012) en dat een andere FTE (ook in dienst bij EUMC en werkzaam ten behoeve van Harbour) zou worden gefinancierd uit de te verkrijgen NIRM-subsidie. Naar de Ondernemingskamer begrijpt heeft verkrijging van deze subsidie meer voeten in aarde gehad en langer geduurd dan partijen voorzagen. In de periode dat de subsidie nog niet was toegekend, althans nog niet was uitgekeerd, zijn de kosten van de tweede FTE door EUMC aan Harbour gefactureerd en door laatstgenoemde betaald. De subsidie is uiteindelijk aan Harbour uitbetaald en per saldo is dus het resultaat bereikt dat partijen voor ogen stond en dat in zoverre strookt met het "use of Lilly funds budget". [belanghebbende 1, tevens verzoeker] meent dat het, in afwachting van de subsidie, tijdelijk belasten van Harbour met de kosten van de tweede FTE ontoelaatbaar was omdat de afspraken over de NIRM-subsidie er toe strekten dat de risico's verbonden aan de (tijdige) toekenning en ontvangst daarvan voor rekening van EUMC kwamen en niet voor rekening van Harbour. [belanghebbende 1, tevens verzoeker] heeft echter niet duidelijk gemaakt dat een zodanige afspraak tussen Harbour en EUMC is gemaakt, hetgeen wel op zijn weg had gelegen omdat het, gezien het onder 3.17.2 genoemde uitgangspunt, niet voor de hand ligt dat het al dan niet (tijdig) verkrijgen van een subsidie ter bekostiging van de inzet van medewerkers van EUMC ten behoeve van Harbour, voor rekening en risico van EUMC zou zijn.

3.18 Naar het oordeel van de Ondernemingskamer dient de in r.o. 3.14 vermelde impasse in de besluitvorming over de noodzakelijke financiering van Harbour, die voortduurde vanaf 25 mei 2012 tot 18 oktober 2012, te worden aangemerkt als wanbeleid. Op grond van hetgeen hierboven is overwogen zijn zowel het bestuur van Harbour als [belanghebbende 1, tevens verzoeker] verantwoordelijk voor dat wanbeleid. Hetgeen door partijen overigens nog is aangevoerd behoeft geen nadere bespreking omdat dit niet tot een ander oordeel kan leiden.

Het treffen van voorzieningen

3.19 Erasmus Holding heeft aangevoerd dat de door haar verzochte voorziening, overdracht ten titel van beheer van alle door [belanghebbende 1, tevens verzoeker] gehouden aandelen in Harbour voor een periode van twee jaar, er toe strekt de invloed van [belanghebbende 1, tevens verzoeker] binnen Harbour in ieder geval vooralsnog zoveel mogelijk te beperken. Erasmus Holding stelt daarbij recht en belang te hebben omdat [belanghebbende 1, tevens verzoeker] zich ook na 18 oktober 2012 als aandeelhouder onredelijk heeft opgesteld en niet bereid is geweest mee te werken aan redelijke en constructieve besluiten in het belang van Harbour.

3.20 De Ondernemingskamer oordeelt dat Erasmus Holding, in het licht van de onder 2.25 genoemde feiten, in het bijzonder dat [belanghebbende 1, tevens verzoeker] geen blokkerende stem heeft als aandeelhouder, onvoldoende heeft toegelicht waarom de verzochte voorziening niettemin getroffen dient te worden. De opstelling van [belanghebbende 1, tevens verzoeker] als licentiegever kan geen grond zijn voor het beperken van de zeggenschap van [belanghebbende 1, tevens verzoeker] als aandeelhouder. Het desbetreffende verzoek zal daarom worden afgewezen.

3.21 De Ondernemingskamer ziet, gelet op hetgeen zij hierboven heeft overwogen omtrent het wanbeleid en de verantwoordelijkheid daarvoor, onvoldoende aanleiding om, zoals [belanghebbende 1, tevens verzoeker] heeft verzocht, de besluiten van de algemene vergadering van aandeelhouders voor zover deze strekken tot het verlenen van decharge aan [belanghebbende 2] en [belanghebbende 3] voor het in de boekjaren 2011 en 2012 gevoerde beleid, te vernietigen.

3.22 Gelet op het onder 3.20 gegeven oordeel, zal de Ondernemingskamer het verzoek van [belanghebbende 1, tevens verzoeker] tot opheffing van de bij beschikking van 3 december 2012 bij wijze van onmiddellijke voorziening bevolen overdracht ten titel van beheer van door [belanghebbende 1, tevens verzoeker] gehouden aandelen in Harbour toewijzen. De Ondernemingskamer zal ook de bij beschikking van 3 december 2012 bij wijze van onmiddellijke voorziening bevolen overdracht ten titel van beheer van door Erasmus Holding en STAK gehouden aandelen in Harbour opheffen.

Kosten

3.23 De Ondernemingskamer ziet aanleiding de proceskosten te compenseren, aldus dat iedere partij de eigen kosten draagt.

4 De beslissing

De Ondernemingskamer:

stelt wanbeleid van Harbour Antibodies BV, gevestigd te Rotterdam, vast wat betreft de in de periode van 25 mei 2012 tot 18 oktober 2012 bestaande impasse in de besluitvorming over de financiering;

stelt vast dat het bestuur van Harbour Antibodies BV en [belanghebbende 1, tevens verzoeker] voor het hiervoor vastgestelde wanbeleid verantwoordelijk zijn;

heft op de bij beschikking van 3 december 2012 bij wijze van onmiddellijke voorziening bevolen overdracht ten titel van beheer van door [belanghebbende 1, tevens verzoeker], Erasmus MC Holding BV en Stichting administratiekantoor Erasmus personeelsparticipaties gehouden aandelen in Harbour Antibodies BV;

compenseert de kosten het geding aldus dat ieder van partijen de eigen kosten draagt;

wijst de verzoeken voor het overige af;

verklaart deze beschikking uitvoerbaar bij voorraad.

Noot

1. Deze beschikking van de OK is het vervolg op beschikkingen van 18 oktober 2012, 22 oktober 2012, 3 december 2012, 4 december 2012, 27 juni 2013 en 16 juli 2013 (zie resp. ARO 2012, 151 en 152 en ARO 2013, 4, 5, 130 en 131: *Harbour Antibodies BV*). De onderhavige beschikking betreft een (eind)beschikking in de zogenoemde tweede fase van de enquêteprocedure. Het onderzoeksverslag is gedeponereerd en partijen hebben de OK verzocht te oordelen dat sprake is van wanbeleid. Tevens hebben partijen een aantal definitieve voorzieningen verzocht en verzocht de verantwoordelijken voor

het wanbeleid aan te wijzen (zie voor de grondslag van deze verzoeken resp. art. 2:355 en 2:356 BW en HR 10 januari 1990, NJ 1990/466 (*Ogem II*)).

2. De OK oordeelt inderdaad dat sprake is van wanbeleid en wijst zowel het bestuur van (de onderzochte vennootschap) Harbour als [belanghebbende 1, tevens verzoeker] (aandeelhouder van Harbour) aan als verantwoordelijken voor dit wanbeleid. [Belanghebbende 1, tevens verzoeker] heeft sinds het uitgeven van nieuwe aandelen door de vennootschap aan de *venture capitalist* geen blokkerende stem meer en Erasmus Holding heeft onvoldoende toegelicht waarom de verzochte definitieve voorziening tot verlenging van de overdracht ten titel van beheer van de aandelen van [belanghebbende 1, tevens verzoeker] niettemin dient te worden getroffen. De OK heft de bij onmiddellijke voorziening bevolen overdracht ten titel van beheer van de door [belanghebbende 1, tevens verzoeker], Erasmus Holding en STAK in Harbour gehouden aandelen dan ook op en daarmee komt een einde aan alle getroffen onmiddellijke voorzieningen (de benoemde tijdelijke bestuurder heeft al eerder zijn functie neergelegd). Het is gebruikelijk dat met het oordeel inzake wanbeleid ook alle getroffen onmiddellijke voorzieningen worden beëindigd. Daarmee komt de enquêteprocedure dan ten einde. Incidenteel loopt de enquêteprocedure door omdat de onmiddellijke voorzieningen nog enige tijd worden gehandhaafd (zie voor een voorbeeld Hoge Raad 23 maart 2012, NJ 2012/393 (*e-Traction*)).

3. Met name de eerste beschikking van 18 oktober 2012 (ARO 2012, 151) is voor de rechtspraak interessant, omdat de OK in die beschikking heeft bevestigd dat zij ook bevoegd is indien partijen zijn overeengekomen eventuele geschillen exclusief te onderwerpen aan arbitrage. De OK heeft in die beschikking geoordeeld dat de enquêteprocedure behoort tot het exclusieve domein van de overheidsrechter en dat van de wettelijke regeling van het enquêterecht (dus) niet (contractueel) kan worden afgeweken. De OK beargumenteert dit door te stellen dat het een bijzondere rechtsgang betreft (met in beginsel een ruime kring belanghebbenden) die kan leiden tot rechtstreeks ingrijpen in de vennootschappelijke orde door het treffen van onmiddellijke of definitieve voorzieningen. Blijkens zijn noot bij deze eerste beschikking meent De Mol van Otterloo dat over deze bevoegdheid van de OK ondanks vorenbedoelde keuze voor arbitrage anders zou kunnen worden geoordeeld, indien het arbitragebeding voorziet in een met de enquêteprocedure vergelijkbare procedure en het gaat om geschillen waarbij geen voorzieningen hoeven te worden getroffen die de rechtspositie van derden aantasten (zie zijn noot bij OK 18 oktober 2012, «JOR» 2013/8). Deze door De Mol van Otterloo bedoelde situatie zal zich in de praktijk niet snel voordoen. De aan de OK voorgelegde geschillen c.q. hun oplossingen zullen namelijk vrijwel altijd een zekere *erga omnes*-werking hebben. Bovendien vragen wij ons af of de OK wel in staat is vooraf in te schatten of het geschil en/of zijn oplossing geen enkele *erga omnes*-werking zal hebben. Wij houden het er dan ook op dat de OK zich vrijwel steeds bevoegd zal verklaren, ondanks keuze voor arbitrage.

4. Terug naar de onderhavige beschikking. De beschikking betreft het sluitstuk van een veelvoorkomende (en meestal vrij standaard opgeloste) casus van noodzaakfinanciering die niet kan worden doorgevoerd omdat een partij een *blocking vote* heeft. Kenmerkend voor dergelijke situaties is dat doorgaans niet kan worden gewacht totdat het enquêteonderzoek is voltooid en dat de noodzaakfinanciering (dus) bij wege van onmiddellijke voorziening(en) mogelijk moet worden gemaakt. Sinds het *SkyGate*-arrest geldt als vaste jurisprudentie dat het treffen van dergelijke (maar ook andere) onmiddellijke voorzieningen met onomkeerbare gevolgen mogelijk is. Wel heeft de Hoge Raad meermalen bepaald dat de OK rekening moet houden met de belangen van alle betrokken partijen en dat zij een afweging van die belangen dient te maken, alvorens dergelijke onmiddellijke voorzieningen te treffen (zie HR 19 oktober 2001, «JOR» 2002/5 (*SkyGate*); Hoge Raad 14 september 2007, «JOR» 2007/239 (*Versatel II*); Hoge Raad 14 december 2007, «JOR» 2008/11 (*DSM*) en Hoge Raad 31 december 2009, «JOR» 2010/60 (*Inter Access*)). Uit voornoemde jurisprudentie blijkt dat aan drie criteria moet zijn voldaan alvorens onmiddellijke voorzieningen voor het mogelijk maken van vorenbedoelde noodfinanciering kunnen worden getroffen. Er moet sprake zijn van (i) financiële nood die het voortbestaan van de vennootschap in gevaar brengt en (ii) een impasse in de besluitvorming binnen de vennootschap ter zake het mogelijk maken van de benodigde financiering, terwijl er (iii) geen sprake mag zijn van een reëel uitzicht op financiering op een andere wijze dan door middel van een aandelenemissie (c.q. door middel van het verstrekken van een in aandelen converteerbare lening) (zie de hiervoor genoemde jurisprudentie).

5. In de genoemde eerste beschikking van 18 oktober 2012 (ARO 2012, 151) heeft de OK geoordeeld dat er gegronde redenen zijn om aan een juist beleid of juiste gang van zaken te twijfelen en heeft de OK vorenbedoelde noodfinanciering door het treffen van onmiddellijke voorzieningen mogelijk gemaakt. De casus is als volgt.

[Belanghebbende 1, tevens verzoeker] (aandeelhouder en voormalig bestuurder van de vennootschap) heeft geweigerd in te stemmen met het voorstel tot uitgifte van aandelen aan een *venture capitalist*, waardoor dit besluit niet kon worden genomen. [Belanghebbende 1, tevens verzoeker] heeft daarbij gesteld dat onvoldoende informatie door het bestuur van de vennootschap zou zijn verstrekt om een weloverwogen besluit te nemen en heeft zelfs beweerd dat bij een wel juiste voorstelling van zaken zou blijken dat (additionele) financiering in het geheel niet nodig is. Vervolgens heeft de OK bij wege van onmiddellijke voorzieningen aandelen ten titel van beheer overgedragen en een tijdelijk bestuurder benoemd. De tijdelijk bestuurder heeft vervolgens geoordeeld dat de (additionele) financiering wél direct moest worden geëffectueerd en heeft bewerkstelligd dat alsnog aandelen aan de *venture capitalist* zijn uitgegeven. Daardoor is het kapitaalbelang van [belanghebbende 1, tevens verzoeker] (en overigens ook het kapitaalbelang van de overige aandeelhouders) fors verwaterd. Dit alles is gebeurd daags voordat het verslag van het enquêteonderzoek beschikbaar is gekomen. Uit het onderzoeksverslag blijkt vervolgens dat de financiering inderdaad noodzakelijk was.

6. In de onderhavige beschikking stelt de OK vervolgens op basis van het onderzoeksverslag vast dat sprake is van wanbeleid in de periode vanaf 25 mei 2012 tot 18 oktober 2012. Dit omdat de impasse feitelijk bestond vanaf het moment dat het bestuur van de vennootschap op 25 mei 2012 [belanghebbende 1, tevens verzoeker] tevergeefs heeft verzocht in te stemmen met de aandelenemissie aan de *venture capitalist* en deze impasse eerst door de beschikking van de OK van 18 oktober 2012 is doorbroken. De door partijen verzochte vaststelling van wanbeleid over een ruimere periode wordt door de OK afgewezen, omdat de OK van oordeel is dat de feiten en omstandigheden van vóór aanvang van de impasse weliswaar hebben bijgedragen aan het ontstaan van die impasse, maar dat die omstandigheden de impasse niet onvermijdelijk maakten en dat die omstandigheden op zichzelf, dat wil zeggen indien zich geen impasse zou hebben voorgedaan, van onvoldoende gewicht zijn om als wanbeleid aan te merken. Verder oordeelt de OK dat zowel het bestuur als [belanghebbende 1, tevens verzoeker] (aandeelhouder) verantwoordelijk zijn voor dit wanbeleid. Het bestuur wordt verantwoordelijk geacht omdat binnen de vennootschap niet op eenvoudige en eenduidige wijze de rechten en verplichtingen van de vennootschap konden worden vastgesteld, als gevolg waarvan het bestuur van de vennootschap ten tijde van de impasse in de besluitvorming niet in staat was aan [belanghebbende 1, tevens verzoeker] alle informatie te verschaffen die deze nodig achtte om de voorstellen tot verdere financiering van de vennootschap te beoordelen. [Belanghebbende 1, tevens verzoeker] wordt verantwoordelijk geacht, omdat hij in reactie daarop, met voorbijgaan aan zijn medeverantwoordelijkheid (als ex-bestuurder) voor de ontoereikende informatie, sterk heeft bijgedragen aan het voortduren en verdiepen van de impasse door het bestuur ernstige verwijten te maken, vruchtbaar overleg te blokkeren en zich op het (naar later bleek onjuiste) standpunt te stellen dat de vennootschap geen additionele financiering nodig had. Overigens blijkt de door het bestuur verstrekte financiële informatie (behoudens enkele kleine afwijkingen) wel juist te zijn geweest en lijkt het bestuur met name niet in staat te zijn geweest [belanghebbende 1, tevens verzoeker] te overtuigen van de onjuistheid van zijn visie op de financiële situatie. [Belanghebbende 1, tevens verzoeker] heeft meermalen als voorwaarde voor zijn instemming gesteld dat de (mede) aan hem toekomende licentievergoeding diende te worden heronderhandeld en verder stelde hij voor de vennootschap te liquideren zodat de activa aan de licentiehouders (waaronder hemzelf) zouden toekomen. Laatstbedoelde standpunten van [belanghebbende 1, tevens verzoeker] zullen een rol kunnen spelen in de inmiddels geëntameerde civiele procedure, maar niet in de enquêteprocedure.

7. Al met al is de uitkomst zoals weergegeven in de onderhavige beschikking onzes inziens alleszins te billijken. Wat ons in deze procedure in elk geval wel opvalt is dat (i) de aandelenemissie op basis van de bevindingen van de tijdelijk bestuurder op 17 juni 2013 is geëffectueerd terwijl het onderzoeksverslag op 27 juni 2013 ter inzage is gedeponneerd bij de griffie van de OK en (ii) de tijdelijk bestuurder inmiddels is benoemd tot *non-executive director* van de vennootschap. Met betrekking tot het eerste punt vragen wij ons af of de financiering (over de noodzaak waarvan al ruim een jaar discussie bestond) inderdaad zo urgent vereist was, dat het onderzoeksverslag (dat dus tien dagen later al beschikbaar was) niet kon worden afgewacht. Wat indien daaruit zou blijken dat er inderdaad, zoals door [belanghebbende 1, tevens verzoeker] gesteld, geen

(of minder) financiering vereist was? Een dergelijke bevinding kan geen rol spelen bij de belangenafweging inzake het treffen van onmiddellijke voorzieningen aangezien die reeds in oktober 2012 waren getroffen. Wel zou dat kunnen leiden tot een discussie over de aansprakelijkheid van de tijdelijk bestuurder. Anders dan blijkt uit eerdere beschikkingen van de OK (OK 31 maart 2006, [«JOR» 2006/181](#) en OK 19 april 2007, [«JOR» 2007/142](#)), kan op grond van het in 2013 ingevoerde nieuwe lid 6 van art. 2:357 BW de tijdelijk bestuurder aansprakelijk worden gesteld vanwege onbehoorlijke taakvervulling (al zijn de kosten van verweer voor rekening van de vennootschap). In casu was blijkens het onderzoeksrapport de financiering wel vereist en wellicht heeft de tijdelijk bestuurder dit vooraf geverifieerd bij de onderzoeker. Met betrekking tot het tweede punt vragen wij ons af of het wel gelukkig is dat een door de OK benoemde tijdelijk bestuurder direct na ontheffing uit zijn functie een (definitieve) functie als *non-executive director* bij de betreffende vennootschap accepteert. Ons dunkt namelijk dat iedere zweem van belangenverstremgeling te allen tijde moet worden voorkomen.

E.J.H. Zandbergen, Griph law and tax

M.C. van Rijswijk, Griph law and tax