

vraag is of sprake kan zijn van een persoonlijk ernstig verwijt als een bestuurder niet erop heeft toegezien dat de vennootschap waarvan hij (mede)bestuurder is, de toepasselijke Nederlandse regelgeving naleeft. Anders gezegd: kan falend toezicht van een medebestuurder in het kader van een collegiaal bestuur leiden tot persoonlijke aansprakelijkheid jegens een schuldeiser? Dat is wel in de literatuur betoogd, bijvoorbeeld: F.J.P. van den Ingh, 'Collegiaal bestuurlijk toezicht', *TvOB* 2005-4, p. 115-121. De normschending in het kader van het persoonlijk ernstig verwijt is dan het gebrek aan (adequaat) toezicht. Dat is in strijd met de maatschappelijke zorgvuldigheid. Van den Ingh verwijst niet alleen naar het *Pelco/Sturkenboom*-arrest, maar ook naar het *Barbortje*-arrest (Hof Amsterdam 5 juli 2001, «JOR» 2001/175). In dat laatste arrest overwoog het hof dat een bestuurder aansprakelijk kan zijn als hij op de hoogte was of behoorde te zijn van de bestellingen bij een leverancier zonder dat er voldoende uitzicht bestond dat de vennootschap de facturen ter zake zou kunnen voldoen, of als hij de omvang van de bestellingen niet kende maar hij de andere bestuurders de gelegenheid heeft gegeven deze bestellingen namens de vennootschap bij de leverancier te doen, zonder dat daarop het toezicht werd gehouden dat minimaal van een bestuurder kan worden verlangd met de daarbij toe te passen controle- en correctie maatregelen. Van den Ingh plaatst zijn betoog in het licht van de financiële positie van de vennootschap.

11. Dat laatste was niet wat primair in het cassatiemiddel centraal stond (zie onderdeel 2.1.4 van de conclusie A-G). In de eerste plaats ging het om het nalaten van TMF Management erop toe te zien dat bestuurder A niet in strijd met de (thans) Wft zou handelen. De beleggers stellen in het cassatiemiddel vervolgens dat de collegiale verantwoordelijkheid van bestuurders (zoals bedoeld in art. 2:9 BW) de eis van een persoonlijk ernstig verwijt (ook) in het kader van art. 6:162 BW mede vormgeeft. Meer in het bijzonder stellen zij dat ook bij aansprakelijkheid op grond van art. 6:162 BW in beginsel geldt dat alle bestuurders die niet bij of krachtens de wet of de statuten aan een of meer andere bestuurders zijn toebedeeld, tot de taak van iedere bestuurder behoren, en dat iedere bestuurder verantwoordelijkheid draagt voor de algemene gang van zaken. Geheel onlogisch lijkt deze gedachte niet. In Gerechtshof Amsterdam 11 december 2012, «JOR» 2013/5, m.n.t. Borrius, was een bestuurder van een stichting derdengelden op grond van art. 2:9 BW aansprakelijk omdat hij geen of onvoldoende controle hield op betalingen van die stichting. Zijn te passieve opstelling leverde een ernstig verwijt op. Zou het nalaten van het toezicht houden door de medebestuurder op zijn andere bestuurder(s) of die andere bestuurder(s) zich aan de wet houden niet als een bijzondere omstandigheid kunnen worden aangemerkt, vereist voor het die medebestuurder te treffen persoonlijk ernstig verwijt? Zou een andere bijzondere omstandigheid in het kader van het vaststellen van dat persoonlijk ernstig verwijt kunnen zijn het feit dat TMF Management een wereldwijde, professionele organisatie is die bij vele vennootschappen als bestuurder optreedt (zie bijvoorbeeld ook de Cancun-beschikkingen)? In het kader daarvan zou juist verwacht mogen worden dat een dergelijke organisatie (en bestuurder) toezicht houdt op zijn medebestuurder(s) of die zich wel aan de wet houdt(t)(en). Wat mij betreft kunnen dan ook vraagtekens worden gesteld bij de overwegingen van het hof (en de 'goedkeuring' daarvan door de Hoge Raad) dat TMF Management op de British Virgin Islands gevestigd is en dat zij management- en administratieve diensten verleende. Het ging in dit geval om vennootschappen die waren opgericht om een resort met hotels en appartementen te realiseren waarin beleggend publiek kon investeren. De (thans) Wft is in dat kader en voor de aard van deze onderneming essentiële wetgeving. TMF Management was geen specifieke taak toebedeeld, anders dan de registratie van de

inschrijvingen en het versturen van de aandeelbewijzen voor die aandelen en het (aan TMF Nederland gedelegeerde) beheer van de depotbetalingen voor de appartementsrechten. Dat komt mij voor als werkzaamheden gerelateerd aan de Wft en in het kader van de door de beleggers gedane investeringen.

Ik vraag mij overigens af of het hof het als een relevante omstandigheid heeft gezien dat bestuurder A in strijd met de Nederlandse wetgeving, de Wft, in Nederland aandelen heeft aangeboden. Zie r.o. 3.1.2 van het arrest op welke plaats naar r.o. 3.6.4 van het arrest van het hof wordt verwezen. Wellicht ligt in die formulering onbedoeld de nadruk op Nederland. Dat zou voor een buitenlandse bestuurder, zoals TMF Management, niet moeten uitmaken. Iedere bestuurder moet ervoor zorgen dat de vennootschap en de door haar gedreven onderneming conform de wettelijke bepalingen handelt in de jurisdicties waarin zij opereert. A-G Drijber gaat in zijn conclusie op de hiervoor genoemde bijzondere omstandigheden in. Voor hem zijn die omstandigheden geen aanleiding aansprakelijkheid aan te nemen. Zie onderdeel 2.2.7-2.2.15 van zijn conclusie.

12. Hoe het ook zij, het voorgaande toont eens temeer aan dat de gedachten over het ernstig-verwijtcriterium in beweging zijn. Ik verwijs bijvoorbeeld naar W.A. Westenbroek, 'Metaalmoeheid na 88 jaar "externe" bestuurdersaansprakelijkheid en Spaanse Villa, het is tijd voor herbezinning: laat ernstig verwijt maatstaf los', *Ondernemingsrecht* 2015/69, en zijn dissertatie *Bestuurdersaansprakelijkheid in theorie*, IVO-reeks deel 108, Deventer: Wolters Kluwer 2017, B.I. Kraaijpoel en E.J. Oppedijk van Veen, 'Kroniek bestuurdersaansprakelijkheid 2016: it's the end of the world as we know it (and I feel fine)', in: *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation* 2016-2017, Serie VHI deel 141, Deventer: Wolters Kluwer 2017, par. 2, p. 4-5, en L. Timmerman, 'Beginselen van bestuurdersaansprakelijkheid', *WPNR* 2016/7105, p. 329 (sub 10).

R.A. Wolf

UdinkScheepel Advocaten Den Haag en universitair docent Maastricht University (ICGI)

699

96
<p>Hoge Raad 13 april 2018, nr. 17/03121 ECLI:NL:HR:2018:597 ECLI:NL:PHR:2018:87 (mr. Streefkerk, mr. Heisterkamp, mr. Polak, mr. Sieburgh, mr. Wattendorff) (concl. A-G mr. Wesseling-van Gent) Noot E.P.C. Duinkerke</p>
<p>Ondernemingsrecht. Enquête. Kostenverhaal. Hoofdlijke aansprakelijkheid.</p>
<p>Kostenverhaal ex art. 2:354 BW is van toepassing op feitelijk bestuurders. Veroordeling tot betaling van de onderzoekskosten valt binnen de wettelijke taak van de Ondernemingskamer.</p>
[BW art. 2:354; BW art. 6:6 lid 2]

Onderdeel 1 klaagt dat de kosten van het onderzoek niet zonder een uitdrukkelijke wetsbepaling (ook) op een feitelijk bestuurder als [eiser 1] kunnen worden verhaald. Art. 2:354 BW laat slechts kostenverhaal toe op een formeel bestuurder, aldus de klacht.

De wetsgeschiedenis van (de voorloper van) art. 2:354 BW (aangehaald in de conclusie van de Advocaat-Generaal onder 2.4) bevat geen aanwijzingen dat de wetgever heeft beoogd verhaal van onderzoekskosten ten laste van personen die geen formele verantwoordelijkheid droegen, uit te sluiten. Voorts strookt het met de hiervoor in 3.3.2 bedoelde strekking van art. 2:354 BW om deze bepaling van toepassing te achten op alle personen die in de sfeer van de rechtspersoon zijn opgetreden en verantwoordelijk kunnen worden gehouden voor het slecht functioneren van de rechtspersoon, ook zonder dat zij een formele verantwoordelijkheid droegen. Opmerking verdient dat ook voor verhaal van onderzoekskosten op de voet van art. 2:354 BW ten laste van een persoon die geen formele verantwoordelijkheid droeg, slechts plaats is indien is voldaan aan de hiervoor in 3.3.2 bedoelde maatstaf dat ten aanzien van deze persoon individueel en concreet blijkt dat hij verantwoordelijk is voor het onjuiste beleid of de onbevredigende gang van zaken van de rechtspersoon, hetgeen inhoudt dat hem persoonlijk van de onjuistheid van dat beleid of van die onbevredigende gang van zaken een verwijt kan worden gemaakt.

Onderdeel 2 klaagt dat het verschuldigd zijn van onderzoekskosten niet valt te begrijpen als aansprakelijkheid voor schade en er om die reden geen wettelijke grond is voor hoofdelijke verbondenheid. Het oordeel van de Ondernemingskamer geeft bovendien blijk van een onjuiste rechtsopvatting omdat het uitspreken van een veroordeling tot schadevergoeding haar wettelijke taak te buiten gaat, aldus het onderdeel. Een kostenveroordeling op de voet van art. 2:354 BW strekt, voor zover hier van belang, tot vergoeding van de schade van de rechtspersoon die bestaat uit het betalen van de kosten van het onderzoek op de voet van art. 2:350 lid 3 BW. Indien de Ondernemingskamer oordeelt dat kosten voor het geheel op ieder van twee of meer personen kunnen worden verhaald, zijn die personen krachtens art. 6:6 lid 2 BW hoofdelijk verbonden. Zoals is geoordeeld in HR 4 juni 1997, ECLI:NL:HR:1997:AG7240, NJ 1997/671 (Text Lite), r.o. 4.3.1, kan het dictum van een beslissing van de Ondernemingskamer waarin een verzoek tot verhaal van onderzoekskosten op de voet van art. 2:354 BW is toegewezen, een veroordeling tot betaling van die onderzoekskosten inhouden. Anders dan het onderdeel aanvoert, valt het uitspreken van een dergelijke veroordeling binnen de wettelijke taak van de Ondernemingskamer.

1. [Eiser 1],
wonende te [woonplaats], België,
2. [eiser 2],
wonende te [woonplaats],
verzoekers tot cassatie,
advocaten: aanvankelijk mr. D. Rijpma en mr. C.J.-A. Seinen,
thans mr. D. Rijpma,
tegen
1. Leaderland TTM B.V.,
2. Leaderland TTM I B.V.,
3. Leaderland TTM II B.V.,
4. Leaderland TTM III B.V.,
alle gevestigd te Hilversum,
verweersters in cassatie,
niet verschenen,
en
5. [belanghebbende 5],
wonende te [woonplaats],
6. [belanghebbende 6],
wonende te [woonplaats], Russische Federatie,
belanghebbenden
niet verschenen.

Eisers zullen hierna gezamenlijk ook worden aangeduid als [eiser] c.s. en afzonderlijk als [eiser 1] en [eiser 2], verweerders

gezamenlijk als Leaderland c.s. en afzonderlijk als Leaderland, Leaderland I, Leaderland II, Leaderland III en belanghebbenden als [belanghebbende 5] en [belanghebbende 6].

Conclusie van de Advocaat-Generaal:

In deze enquêtezaak gaat het in cassatie om beantwoording van de vraag of de onderzoekskosten (hoofdelijk) kunnen worden verhaald (art. 2:354 BW) op een feitelijk bestuurder.

1. Feiten¹ en procesverloop²

1.1. Verweerster in cassatie onder 1 (hierna: Leaderland TTM) is op 6 februari 1997 opgericht door eiser tot cassatie onder 1 (hierna: [eiser 1]) en belanghebbenden onder 5 en 6 (hierna: [belanghebbende 5], respectievelijk [belanghebbende 6]).

Leaderland TTM hield zich bezig met inkoop en verkoop van ruwe grondstoffen (vetten en oliën) en de (intercompany-)doorlevering daarvan aan Russische vennootschappen.

1.2. [belanghebbende 5] is op 15 juli 1998 in dienst getreden als algemeen directeur van Leaderland TTM. Per 24 maart 2006 is hij benoemd tot bestuurder van Leaderland TTM.

1.3. Op 17 augustus 2012 heeft Leaderland TTM een gedeelte van haar vermogen afgesplitst aan verweersters in cassatie onder 2, 3 en 4 (hierna: Leaderland I, Leaderland II en Leaderland III), welke vennootschappen op die datum – bij de splitsing – zijn opgericht.

[belanghebbende 5] en [belanghebbende 6] houden sindsdien ieder 25% van de aandelen in Leaderland TTM, Leaderland I, Leaderland II en Leaderland III.

[eiser 1] houdt 50% van de aandelen in elk van deze vennootschappen.

[belanghebbende 5] is toen tevens bestuurder geworden van Leaderland I, Leaderland II en Leaderland III.

1.4. De aandeelhoudersverhoudingen binnen Leaderland c.s. en de aan deze vennootschappen verbonden vennootschappen waren na de afsplitsing voor het overige als volgt: Leaderland TTM hield een belang van 90% in de vennootschap naar Russisch recht OOO Soyuz Corporation (hierna: Soyuz Corporation) waarin onder andere de merkrechten zijn ondergebracht. [eiser 1] hield het resterende belang van 10% in deze vennootschap. Volgens de beschrijving van het deel van het vermogen dat overgaat naar de verkrijgende vennootschappen, behorend bij het voorstel van splitsing van 23 mei 2012, kregen Leaderland I, Leaderland II en Leaderland III een belang van respectievelijk 50%, 25% en 25% in de vennootschap naar Russisch recht OOO Soyuz TTM (hierna: Soyuz TTM) waarin de fabriek waarin vetten en oliën worden verwerkt, is ondergebracht. Deze vennootschap hield een belang van 90% in de vennootschap naar Russisch recht OOO Soyuz M. De resterende 10% werden gehouden door SC Financial Investment Group Inc., waarvan [eiser 1] alle aandelen houdt.³

1 Zie de beschikking van het gerechtshof Amsterdam (hierna: de ondernemingskamer) van 22 april 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:1604, JOR 2016/193 m.nt. P.D. Olden, rov. 2.1-2.23 in verbinding met rov. 2 van de eindbeschikking van de ondernemingskamer van 31 maart 2017. In rov. 2 van de beschikking van 22 april 2016 wordt ook verwezen naar de rov. 2.1-2.17 van de beschikking van de ondernemingskamer van 18 maart 2014. De beschikking van 22 april 2016 ontbreekt in het procesdossier van verzoekers tot cassatie.

2 Voor zover thans van belang. Zie voor het volledige procesverloop de beschikkingen van de ondernemingskamer van 18 maart 2014 onder 1.2-1.4, en van 31 maart 2017, rov. 1.3-1.37.

3 In rov. 2.3 van de beschikking van de ondernemingskamer van 22 april 2016 in verbinding met rov. 2.3 van de beschikking van de ondernemingskamer van 18 maart 2014 worden de aandeelhoudersverhoudingen schematisch weergegeven.

1.5. In oktober 2012 is de verstandhouding tussen [belanghebbende 5] enerzijds en [eiser 1] en [belanghebbende 6] anderzijds verslechterd. Op 8 oktober 2012 heeft [belanghebbende 5] zich ziek gemeld.

1.6. Bij beschikking van 27 maart 2013 heeft de voorzieningenrechter in de rechtbank Midden-Nederland, locatie Lelystad, [eiser 1] en [belanghebbende 6] gemachtigd tot het bijeenroepen van een algemene vergadering van aandeelhouders van Leaderland TTM, Leaderland I, Leaderland II en Leaderland III.

1.7. Op 19 april 2013 is [belanghebbende 5] door de desbetreffende algemene vergaderingen van aandeelhouders met telkens 75% van de stemmen ontslagen als bestuurder van Leaderland TTM, Leaderland I, Leaderland II en Leaderland III en is eiser tot cassatie onder 2 (hierna: [eiser 2]) steeds als bestuurder benoemd. Aan de besluiten tot ontslag van [belanghebbende 5] zijn blijkens het verslag van die vergaderingen de volgende redenen ten grondslag gelegd: “een gebrek aan vertrouwen”, “het overtreden van financiële discipline”, “het verstrekken van onjuiste gegevens over contracten”, “het liegen over marktprijzen voor grondstoffen”, “het misbruik maken van zijn positie” en “het gebruik van financiële middelen van het bedrijf en het niet teruggeven daarvan”.

1.8. Bij brief van 23 april 2013 heeft [A], financier van Leaderland TTM, door haar aan Leaderland TTM verstrekte leningen tot een totaalbedrag van USD 10.160.061 opgezegd.

1.9. In de loop van 2013 zijn de activiteiten van Leaderland TTM op het gebied van de in- en doorverkoop van ruwe grondstoffen afgenomen, terwijl in diezelfde periode sprake is van een corresponderende toename van diezelfde activiteiten bij SC Raw Materials, een vennootschap die gelieerd is aan (en bestuurd wordt door) [betrokkene 1], een zoon van [eiser 1].

1.10. Op of omstreeks 31 mei 2013 heeft Leaderland TTM haar belang in Soyuz Corporation voor bedragen van ongeveer € 1.500 en USD 40.000 overgedragen aan SC Investment Group BVBA.⁴ De aandelen in deze vennootschap worden voor 75% gehouden door [eiser 1] en voor 25% door [belanghebbende 6].

1.11. Leaderland TTM heeft bij overeenkomst van 31 juli 2013 de aandelen in Soyuz TTM overgedragen aan Soyuz Corporation voor een bedrag van ongeveer RUB 299 miljoen (destijds ongeveer € 6,8 miljoen).⁵

1.12. Voorafgaand aan de hierboven genoemde overdrachten heeft geen vergadering van aandeelhouders plaatsgevonden.

1.13. [belanghebbende 5] heeft op 10 september 2013 verlof gekregen van de voorzieningenrechter van de rechtbank Midden-Nederland, locatie Lelystad, tot het (herhaaldelijk) leggen van (derden)beslagen tot een bedrag van ruim € 6 miljoen ten laste van onder andere Leaderland TTM en Leaderland I, II, en III (hierna gezamenlijk: Leaderland c.s.), [eiser 1] en [belanghebbende 6].

[belanghebbende 5] heeft de eerste beslagen doen leggen op 24 september 2013.

1.14. Op 27 september 2013 heeft Leaderland TTM verlof gekregen van de voorzieningenrechter van de rechtbank Amsterdam tot het leggen van diverse (derden)beslagen ten laste van [belanghebbende 5] tot een bedrag van ruim € 2 miljoen. Leaderland heeft beslag doen leggen op 3 oktober 2013. Op 14 novem-

ber en 6 december 2013 is haar verlof verleend om aanvullende beslagen te leggen.

1.15. Bij vonnis van 1 november 2013 heeft de voorzieningenrechter van de rechtbank Midden-Nederland, locatie Lelystad, de door [belanghebbende 5] ingestelde vorderingen in conventie die tot doel hadden, kort gezegd, de aandelen in Soyuz Corporation en Soyuz TTM terug te leveren aan Leaderland TTM dan wel aan Leaderland I, II en III op grond van onrechtmatig handelen en handelen in strijd met artikel 2:8 BW, afgewezen. Aan dit oordeel heeft de rechter in de kern ten grondslag gelegd dat de kortgedingprocedure zich niet leent voor de vaststelling van een aantal door [belanghebbende 5] gestelde feiten. De door Leaderland TTM ingestelde vorderingen in reconventie, die tot doel hadden [belanghebbende 5] te veroordelen tot het betalen van een voorschot op schadevergoeding op grond van bestuurdersaansprakelijkheid, zijn eveneens afgewezen. Tevens zijn de vorderingen tot het opheffen van de door [belanghebbende 5] genoemde beslagen afgewezen.

1.16. Bij vonnis van 21 november 2013 heeft de rechtbank Midden-Nederland, locatie Lelystad, de arbeidsovereenkomst tussen Leaderland TTM en [belanghebbende 5] ontbonden met ingang van 15 december 2013. Voor de bepaling van de destijds toepasselijke correctiefactor heeft de rechter meegewogen dat [belanghebbende 5] heeft kunnen en moeten weten dat het sluiten van langlopende contracten grote risico's voor de onderneming meebracht en dat hij zijn verweer dat hij aan de vennootschap onttrokken gelden ten behoeve van de vennootschap heeft besteed dan wel heeft terugbetaald, onvoldoende heeft onderbouwd. Een en ander betekent volgens de rechtbank dat de omstandigheden dat de verhoudingen zijn verstoord ook aan [belanghebbende 5] is te wijten. De correctiefactor is op 0,5 vastgesteld.

1.17. Bij dagvaarding van 12 december 2013 heeft [belanghebbende 5] gevorderd dat de rechtbank Midden-Nederland, locatie Lelystad, voor recht verklaart, zakelijk weergegeven, dat Leaderland c.s. en SC Raw Materials onrechtmatig jegens [belanghebbende 5] hebben gehandeld en dat zij hoofdelijk aansprakelijk zijn voor de door hem geleden schade, nader op te maken bij staat. [belanghebbende 5] heeft aan zijn vorderingen in de kern ten grondslag gelegd dat hij zonder voldoende reden als bestuurder van Leaderland c.s. is ontslagen en dat de hierboven weergegeven overdrachten van Soyuz Corporation en Soyuz TTM en de overdracht van handelsactiviteiten door Leaderland TTM aan SC Raw Materials jegens hem als aandeelhouder onrechtmatig zijn. Daarbij heeft hij tevens verzocht de procedure aan te houden tot na deponering van het onderzoeksverslag door een door de ondernemingskamer te benoemen onderzoeker.

1.18. Bij dagvaarding van 24 december 2013 heeft Leaderland TTM gevorderd dat de rechtbank Amsterdam, zakelijk weergegeven, voor recht verklaart dat [belanghebbende 5] in de hoedanigheid van bestuurder van Leaderland TTM onrechtmatig heeft gehandeld, en dat de rechtbank [belanghebbende 5] veroordeelt tot betaling van schadevergoeding aan Leaderland TTM. Leaderland TTM heeft aan haar vorderingen in de kern ten grondslag gelegd dat (i) zij schade heeft geleden als gevolg van het feit dat [belanghebbende 5] risicovolle langetermijncontracten is aangegaan, waardoor Leaderland TTM uitzonderlijk hoge prijzen aan leveranciers moet betalen voor de afname van grondstoffen en (ii) dat [belanghebbende 5] ten laste van Leaderland TTM privébetalingen heeft verricht, die niet zijn terugbetaald. Deze procedure staat op de parkeerrol.

1.19. Op 29 december 2014 heeft de arbitragerechterbank in de regio Kaliningrad uitspraak gedaan in een door [belanghebbende 5] tegen Leaderland TTM en Soyuz Corporation aanhan-

4 Het hof heeft in rov. 2.9 van zijn beschikking van 22 april 2016 daaraan toegevoegd dat per abuis in rechtsoverweging 2.3 van de beschikking van 17 februari 2016 nog een koopprijs is vermeld van € 268.000,-.

5 Ook hier is een schematische weergave van de aandeelhoudersverhoudingen opgenomen in rov. 2.10 van de beschikking van 22 april 2016 in verbinding met rov. 2.19 van de beschikking van 18 maart 2014.

gig gemaakte procedure. De vordering van [belanghebbende 5] tot nietigverklaring van de transactie met betrekking tot de aandelen Soyuz TTM en tot het terugdraaien van de gevolgen daarvan, is in dit vonnis afgewezen.

1.20. [eiser 1] heeft op 2 februari 2015 een verzoekschrift ingediend bij de rechtbank Amsterdam, strekkende tot het doen houden van een voorlopig getuigenverhoor om bewijs te vergaren voor de gestelde betrokkenheid van [belanghebbende 5] bij EFKO. Bij beschikking van 4 juni 2015 heeft de rechtbank Amsterdam dit verzoek afgewezen.

1.21. Bij vonnis van 24 juni 2015 heeft de rechtbank Midden-Nederland, locatie Lelystad, uitspraak gedaan in de procedure die aanhangig is gemaakt met de onder 1.17 vermelde dagvaarding. Bij dat vonnis zijn de vorderingen van [belanghebbende 5] afgewezen en de (reconventionele) vorderingen van (onder meer) Leaderland c.s. en [eiser 1] c.s. tot opheffing van de gelegde conservatoire beslagen toegewezen. [belanghebbende 5] heeft hoger beroep ingesteld van dit vonnis.

1.22. Bij uitspraak van 10 augustus 2015 heeft de Russische appelinstantie “Dertiende arbitragerechtbank van beroep” te Sint Petersburg het hiervoor genoemde vonnis van 29 december 2014 vernietigd, de verkoop van aandelen in Soyuz TTM door Leaderland c.s. aan Soyuz Corporation ongeldig verklaard en teruglevering van de aandelen in Soyuz TTM bevolen.

1.23. Tegen de uitspraak van 10 augustus 2015 heeft [betrokkene 2] op 14 augustus 2015 in naam van Leaderland I, Leaderland II en Leaderland III cassatieberoep bij het “Arbitragehof van het Noordwest arrondissement” te Sint Petersburg ingesteld. [eiser 1] heeft op 7 oktober 2015 in naam van Leaderland TTM bij dat hof cassatieberoep ingesteld.

In de cassatieprocedure heeft op 11 november 2015 een zitting plaatsgevonden. De door [eiser 1] en [betrokkene 2] ingediende cassatieberoepschriften zijn door het Arbitragehof aanvaard. Er is reeds uitspraak gedaan, waarvan voor partijen ten tijde van de zitting in de onderhavige zaak slechts het dictum kenbaar was.

1.24. Naast procedures in Nederland en de hiervoor vermelde procedure in Rusland, zijn tussen [belanghebbende 5], Leaderland TTM en [eiser 1] (onder meer) ook sekweste- en beslagprocedures in België aanhangig (geweest).

1.25. [belanghebbende 5] heeft bij inleidend verzoekschrift, ingekomen ter griffie van de ondernemingskamer op 22 november 2013, de ondernemingskamer – zakelijk weergegeven – verzocht:

– een onderzoek te bevelen naar het beleid en de gang van zaken van Leaderland c.s. over de periode van 1 november 2012 tot en met de datum van beschikking;

– bij wijze van onmiddellijke voorziening en voor de duur van het geding nader in zijn verzoekschrift beschreven besluiten te schorsen;

– [eiser 2] te schorsen als bestuurder van Leaderland c.s.;

– een derde persoon tot bestuurder van Leaderland c.s. te benoemen en aan die bestuurder een aantal in zijn verzoekschrift nader omschreven opdrachten te geven;

– de door [eiser 1] en [belanghebbende 6] gehouden aandelen in Leaderland c.s. ten titel van beheer over te dragen aan de te benoemen bestuurder, althans de aan die aandelen verbonden stemrechten te schorsen, dan wel een andere maatregel te treffen die de ondernemingskamer geraden acht, alsmede

– Leaderland c.s. te veroordelen in de kosten van het geding.

1.26. Leaderland c.s. hebben bij verweerschrift, tevens houdende een voorwaardelijk zelfstandig verzoek, de ondernemingskamer – zakelijk weergegeven – verzocht [belanghebbende 5] niet-ontvankelijk te verklaren in zijn verzoeken, althans die verzoeken af te wijzen en, voorwaardelijk, voor het geval de ondernemingskamer een onderzoek mocht bevelen, –

op andere gronden – een onderzoek te gelasten naar het beleid en de gang van zaken van Leaderland c.s. over de periode 1 januari 2011 tot en met 19 april 2013, met veroordeling van [belanghebbende 5] in de kosten van het geding.

1.27. De verzoeken zijn behandeld ter openbare terechtzitting van 23 januari 2014. Bij die gelegenheid hebben de advocaten de standpunten van de onderscheiden partijen toegelicht en hebben partijen vragen van de ondernemingskamer beantwoord. [belanghebbende 5] heeft verklaard geen bezwaar te hebben tegen toewijzing van het voorwaardelijk zelfstandig verzoek.

1.28. De ondernemingskamer heeft bij beschikking van 18 maart 2014, onder meer en voor zover hier van belang, een onderzoek bevolen naar het beleid en de gang van zaken van Leaderland c.s. over de periode vanaf 1 oktober 2012 en mr. F.D. Stibbe en drs. N. van der Noll (hierna ook aan te duiden als: de onderzoekers) benoemd tot onderzoekers.

1.29. Het verslag van het door de onderzoekers verrichte onderzoek met bijlagen (hierna: het onderzoeksverslag) is op 28 april 2015 ter griffie van de ondernemingskamer neergelegd.

1.30. [belanghebbende 5] heeft bij verzoekschrift, ingekomen ter griffie van de ondernemingskamer op 26 juni 2015, de ondernemingskamer onder meer verzocht te verstaan dat (1) is gebleken van wanbeleid bij Leaderland c.s. en (2) [eiser 1], [belanghebbende 6] en [eiser 2] verantwoordelijk zijn voor dit wanbeleid.

1.31. De ondernemingskamer heeft bij beschikking van 5 oktober 2015 het verzoek van [belanghebbende 6] (dat werd ondersteund door [eiser 2] en [eiser 1]) tot – onder meer – vervanging van de onderzoekers en het opnieuw doen uitvoeren van het onderzoek, afgewezen.

1.32. Bij beschikking van diezelfde datum heeft de ondernemingskamer het bedrag dat het onderzoek ten hoogste mag kosten verhoogd tot € 100.250 en de vergoeding van de onderzoekers op genoemd bedrag bepaald, de omzetbelasting daarin niet begrepen.

1.33. [belanghebbende 6] heeft de ondernemingskamer bij verweerschrift verzocht nader onderzoek te gelasten en voorts verzocht het verzoek van [belanghebbende 5] tot vaststelling van wanbeleid af te wijzen en de in deze procedure getroffen onmiddellijke voorzieningen te beëindigen, met veroordeling van [belanghebbende 5] in de kosten.

1.34. [eiser 1] heeft bij verweerschrift tevens houdende een verzoek tot het doen van nader onderzoek, de ondernemingskamer verzocht de onderzoekers te verplichten – in het verweerschrift omschreven – nieuw, althans nader onderzoek te verrichten en de primaire en de subsidiaire verzoeken van [belanghebbende 5] af te wijzen, met veroordeling van [belanghebbende 5] in de proceskosten.

1.35. [eiser 2] heeft bij verweerschrift tevens houdende zelfstandig verzoek tot het doen van nader onderzoek, de ondernemingskamer verzocht [belanghebbende 5] niet-ontvankelijk te verklaren in zijn verzoeken, althans deze verzoeken af te wijzen en hem te veroordelen in de kosten van deze procedure en voorts de onderzoekers te bevelen nader (diepgaander) – in het verweerschrift omschreven – onderzoek uit te voeren, met bepaling dat geen aanvullende financiering beschikbaar behoeft te worden gesteld voor dit onderzoek.

1.36. De onder 1.30 en 1.33-1.35 genoemde verzoeken zijn behandeld ter openbare terechtzitting van de ondernemingskamer van 19 november 2015. Ter zitting heeft de ondernemingskamer [eiser 1] en [belanghebbende 6] in de gelegenheid gesteld binnen een week te laten weten of zij, indien de ondernemingskamer een nader onderzoek noodzakelijk zou achten, bereid zijn een dergelijk onderzoek te financieren.

1.37. Mr. Oosterhoff – toenmalig advocaat van [eiser 2] – heeft ter zitting al namens [eiser 2] laten weten dat deze hiertoe niet bereid en in staat is.

Bij faxbrief van 26 november 2015 heeft mr. Jager – toenmalig advocaat van [eiser 1] – de ondernemingskamer laten weten dat [eiser 1] bereid is te garanderen dat de kosten voor een aanvullend onderzoek zullen worden gefinancierd tot een maximum van € 50.000 exclusief btw.

1.38. De ondernemingskamer heeft bij beschikking van 22 april 2016:

– een aanvullend onderzoek naar het beleid en de gang van zaken van Leaderland c.s. bevolen met betrekking tot twee in het dictum van die beschikking omschreven vragen;

– (wederom) mr. F.D. Stibbe te Amsterdam en drs. N. van der Noll te Oosthuizen benoemd om het onderzoek te verrichten;

– het bedrag dat het onderzoek ten hoogste mag kosten vastgesteld op € 50.000, de verschuldigde omzetbelasting daarin niet begrepen;

– bepaald dat de kosten van het onderzoek ten laste komen van Leaderland c.s. en dat zij, dan wel – gelet op diens toezegging – [eiser 1], voor de betaling daarvan ten genoegen van de onderzoekers voor de aanvang van hun werkzaamheden zekerheid dienen te stellen;

– verstaan dat uit het verslag van het onderzoek in deze zaak blijkt van wanbeleid van Leaderland c.s. in de periode vanaf 1 oktober 2012, met betrekking tot de verkoop van de deelnemingen in Soyuz Corporation en Soyuz TTM;

– vastgesteld dat [eiser 2] en [eiser 1] hiervoor verantwoordelijk zijn;

– Leaderland c.s. niet-ontvankelijk verklaard in hun verzoek tot verhaal van de kosten van het onderzoek als bedoeld in art. 2:354 BW;⁶

– deze beschikking tot zover uitvoerbaar bij voorraad verklaard en iedere verdere beslissing aangehouden.

1.39. De onderzoekers hebben de ondernemingskamer bij e-mail van 12 september 2016 bericht geen zicht te hebben op zekerstelling van de funding van het onderzoek door [eiser 1] en om die reden verzocht hen te ontheffen uit hun benoeming.

1.40. Leaderland c.s. hebben de ondernemingskamer op 6 oktober 2016 verzocht (i) bij beschikking, uitvoerbaar bij voorraad, [eiser 1] en [eiser 2] hoofdelijk te veroordelen tot betaling aan Leaderland c.s. van een bedrag gelijk aan de kosten van het onderzoek van € 100.250,= (exclusief btw), met wettelijke rente, althans te bepalen dat Leaderland c.s. de kosten van het onderzoek van € 100.250,= geheel kunnen verhalen op [eiser 1] en [eiser 2] en (ii) [eiser 1] en [eiser 2] hoofdelijk te veroordelen in de kosten van het geding. Dit verzoek is geregistreerd onder zaaknummer 200.172.375/02.

1.41. [belanghebbende 6] heeft hij geconcludeerd tot afwijzing van dit verzoek.

1.42. Bij verweerschrift, tevens aangepast verzoek tot het treffen van onmiddellijke voorzieningen, bij de griffie ingekomen op 5 januari 2017, heeft [eiser 1] geconcludeerd tot afwijzing van het onder 1.40 omschreven verzoek om hem te veroordelen in de onderzoekskosten.

1.43. De ondernemingskamer heeft onder meer het onder 1.40 genoemde verzoek behandeld ter openbare terechtzitting van 19 januari 2017.

Vervolgens heeft ondernemingskamer bij beschikking van 31 maart 2017:

– mr. F.D. Stibbe en drs. N. van der Noll ontheven uit hun benoeming als onderzoekers bij de beschikking van 22 april 2016 om het bij die beschikking bevolen (aanvullende) onderzoek te verrichten;

– het bij de beschikking van 22 april 2016 bevolen (aanvullende) onderzoek naar het beleid en de gang van zaken van Leaderland c.s. beëindigd;

– [eiser 1] en [eiser 2] hoofdelijk veroordeeld om ter zake van onderzoekskosten aan Leaderland c.s. te voldoen een bedrag van € 75.187,50 (exclusief btw), te vermeerderen met de wettelijke rente over dit bedrag vanaf de dag van de beschikking;

– [eiser 1] en [eiser 2] hoofdelijk veroordeeld in de kosten van het geding.

1.44. [eiser 1] en [eiser 2] hebben tegen deze beschikking tijdig⁷ cassatieberoep ingesteld.

2. Bespreking van het cassatiemiddel

2.1. Het cassatiemiddel bevat twee onderdelen.

Onderdeel 1 is gericht tegen rov. 3.10, waarin de ondernemingskamer als volgt heeft geoordeeld:

“Leaderland c.s. hebben verzocht [eiser 2] en [eiser 1] hoofdelijk te veroordelen in de onderzoekskosten en in de kosten van de procedure op de voet van art. 2:354 BW. Zoals in de beschikking van 22 april 2016 is overwogen blijkt uit het verslag van wanbeleid en zijn [eiser 2] en [eiser 1] daarvoor (respectievelijk als bestuurder en als feitelijk bestuurder) verantwoordelijk te achten. Dat hun een persoonlijk verwijt valt te maken van het wanbeleid, ligt reeds in de overwegingen ter zake besloten: zij zijn degenen die het ertoe hebben geleid dat de Leaderlandvennootschappen zijn ontmanteld en dat in dat kader (vrijwel) alle activa zonder voldoende en betrouwbare waardering zijn verkocht aan [eiser 1] en [belanghebbende 6] gelieerde partijen. De vordering is – zoals toe te lichten: deels – toewijsbaar.”

2.2. Het onderdeel klaagt dat de ondernemingskamer met dit oordeel blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting, omdat zonder een uitdrukkelijke wetsbepaling niet kan worden aanvaard dat de kosten van het onderzoek (ook) kunnen worden verhaald op een feitelijk bestuurder als [eiser 1] en art. 2:354 BW alleen kostenverhaal toelaat op – voor zover hier relevant – een formele bestuurder. Indien de ondernemingskamer dit niet heeft miskend, is haar oordeel, aldus het onderdeel, niet begrijpelijk gemotiveerd.

2.3. Art. 2:350 lid 3 BW bepaalt dat, bij toewijzing van een enquêteverzoek, de kosten van het onderzoek door de rechtspersoon worden betaald. De rechtspersoon is dan ook direct aansprakelijk voor die kosten jegens de onderzoeker(s).⁸

Art. 2:354 BW biedt de rechtspersoon⁹ vervolgens de mogelijkheid om de ondernemingskamer te verzoeken deze kosten te verhalen op – voor zover hier van belang – een bestuurder, een commissaris of een ander die in dienst is van de rechtspersoon indien uit het verslag van de onderzoeker(s) blijkt dat deze verantwoordelijk is

6 Op de grond dat de door de ondernemingskamer benoemde bestuurder dit verzoek namens de verzoekers had ingediend in plaats van een advocaat (rov. 4.36).

7 Het cassatieverzoekschrift is ingekomen op 29 juni 2017 ter griffie van de Hoge Raad der Nederlanden.

8 HR 16 augustus 1996, ECLI:NL:HR:1996:AD2594, NJ 1997/37, m.nt. J.M.M. Maeijer, rov. 3.3.1 (VHS). Zie in dit verband de beschikkingen van het gerechtshof Amsterdam van 27 december 2012, ARO 2013/11 (Van Lier-Van der Lans) en van 8 december 2015, Aro 2016/11 (Phanos Reit), waarnaar B.F. Assink en M.J. Kroeze verwijzen in deel 134 van de Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2015-2016, p. 58.

9 Een redelijke uitleg van art. 2:354 BW brengt mee dat ook de verzoekers van de enquête kunnen verzoeken de door hen betaalde kosten van het onderzoek te kunnen verhalen, zie HR 18 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2614, JOR 2017/30 m.nt. A. Hammerstein (Meavita), rov. 3.5.2.

voor een onjuist beleid of een onbevredigende gang van zaken bij de rechtspersoon. De ondernemingskamer heeft een discretionaire bevoegdheid om daarover naar billijkheid te beslissen.¹⁰

2.4. Tijdens de parlementaire behandeling van het wetsvoorstel Herziening van het enquêterecht is in de memorie van antwoord bij het toenmalige voorschrift over kostenverhaal (art. 53 WvK) ten aanzien van de begrippen beleid en onbevredigende gang van zaken het volgende opgemerkt:¹¹

“Bij beleid denkt men in de eerste plaats aan de topleiding van de onderneming. Volgens het onderhavige artikel kunnen echter de kosten ook geheel of ten dele worden verhaald op lagere functionarissen, die niet het beleid hebben bepaald doch b.v. door verkeerd advies of onjuiste inlichtingen de aanleiding zijn geweest tot de onbevredigende gang van zaken. Vandaar, dat deze term in dit artikel naast ‘onjuist beleid’ is gehandhaafd.”

2.5. Volgens de Hoge Raad heeft het bepaalde in art. 2:354 BW het oog op de individuele draagplicht van een (rechts)persoon die in de sfeer van de rechtspersoon is opgetreden en die voor het slecht functioneren van de rechtspersoon verantwoordelijk wordt gehouden.¹² Geerts verwoordt het aldus dat aan art. 2:354 BW de gedachte ten grondslag ligt dat het niet redelijk is de rechtspersoon geheel de kosten van het onderzoek te laten dragen als een ander die in de sfeer van de rechtspersoon is opgetreden, voor het slecht functioneren van de rechtspersoon verantwoordelijk is en daarmee dus ook voor het ontstaan van die kosten.¹³

2.6. Hoewel art. 2:354 BW de term ‘verantwoordelijk’ bevat,¹⁴ gaat het om aansprakelijkheid voor de onderzoekskosten die bezien vanuit de vennootschap een schadepost zijn, en een daaraan gerelateerde plicht jegens de rechtspersoon tot vergoeding daarvan.¹⁵

In de art. 2:350 en 2:354 BW is, aldus de Hoge Raad in de VHS-beschikking,¹⁶ een bijzondere regeling getroffen voor een concrete casuspositie, hetgeen tot gevolg heeft dat de algemeen gestelde aansprakelijkheidsregeling van art. 2:9 BW niet meer aan bod komt. Art. 2:354 BW is derhalve een species van de algemene regeling van art. 2:9 BW¹⁷ en als zodanig een bijzon-

dere vorm van bestuurdersaansprakelijkheid.¹⁸

2.7. Uit de redactie van art. 2:354 BW volgt dat uit het onderzoeksverslag moet blijken dat de desbetreffende functionaris ‘verantwoordelijk’ is voor een ‘onjuist beleid’ of een ‘onbevredigende gang van zaken’¹⁹ van de rechtspersoon.

De Hoge Raad heeft deze maatstaven in de Meavita-beschikking²⁰ nader ingevuld en als volgt geoordeeld:

“3.6.2. Bij de beslissing of de kosten van het onderzoek geheel of ten dele kunnen worden verhaald op een individuele bestuurder, een commissaris of een ander die in dienst van de rechtspersoon is, dient de ondernemingskamer alle omstandigheden van het geval te betrekken. Uit haar overwegingen moet ten aanzien van de desbetreffende functionaris individueel en concreet blijken dat hij verantwoordelijk is voor het onjuiste beleid of de onbevredigende gang van zaken van de rechtspersoon (vgl. HR 19 mei 1999, ECLI:NL:HR:1999:AD3051, NJ 1999/658). Dit houdt niet alleen in dat de desbetreffende functionaris formele verantwoordelijkheid droeg, maar tevens dat hem persoonlijk van de onjuistheid van dat beleid of van de onbevredigende gang van zaken een verwijt kan worden gemaakt (vgl. HR 4 juni 1997, ECLI:NL:HR:1997:AG7240, NJ 1997/671, onder 4.1.1-4.1.3 en 4.16.1). (...)”

2.8. Anders dan in het geval van aansprakelijkheid op de voet van art. 2:9 BW, waarvoor is vereist dat aan de bestuurder een ernstig verwijt kan worden gemaakt, gaat het bij een beroep op art. 2:354 BW dus om een ongekwalificeerde vorm van (persoonlijke) verwijtbaarheid. Bij de beoordeling of daarvan sprake is, spelen alle omstandigheden van het geval een rol, zoals de ernst van de normschending, de mate van schuld en de omvang van de kosten.²¹

2.9. De ondernemingskamer heeft in de onderhavige zaak eisers tot cassatie als respectievelijk feitelijk bestuurder en bestuurder hoofdelijk in (een deel van) de onderzoekskosten verdeeld.

Dat een betrokkene onder omstandigheden als een bestuurder of een ander die in dienst is van de rechtspersoon als bedoeld in art. 2:354 BW kan worden aangemerkt, heeft de ondernemingskamer al eerder beslist. Zo oordeelde de ondernemingskamer in de beschikking van 19 juni 1997 (Bobel) dat hoewel sommige verweerders geen formele bestuurder van de rechtspersoon waren, voldoende duidelijk uit het verslag bleek dat zij in feite als bestuurders van de rechtspersoon optraden en daarom onder de werking van art. 2:354 BW vielen.²²

In de beschikking van 15 februari 2013 (Van der Moolen) werd een door het bestuur van de rechtspersoon aangestelde adviseur als feitelijk medebestuurder bestempeld die verantwoordelijk was voor het gevoerde wanbeleid en werd het verzoek tot

10 Kamerstukken II 1968/69, 9596, nr. 6, p. 16.

11 Kamerstukken II 1969/69, 9596, nr. 6, p. 16.

12 HR 16 augustus 1996, ECLI:NL:HR:1996:AD2594, NJ 1997/37, m.nt. J.M.M. Maeijer, rov. 3.3.1 (VHS); zo ook B.F. Assink & W.J. Slagter, *Compendium Ondernemingsrecht*, Deventer Kluwer: 2013, p. 1808.

13 P.G.F.A. Geerts, *GS Rechtspersonen*, art. 2:354 BW, aant. 2 (oud).

14 Volgens Assink, a.w., p. 1803, is art. 2:354 BW niet loepzuiver geregeerd. Hij voegt nog toe dat met art. 2:354 BW geen oordeel wordt geveld over de persoonlijke aansprakelijkheid van de desbetreffende persoon voor de (schadelijke) gevolgen van het geconstateerde wanbeleid als bedoeld in art. 2:355 lid 1 BW; ook het omgekeerde gaat niet op, zie p. 1809-1810.

15 Vgl. HR 4 juni 1997, ECLI:NL:HR:1997:AG7240, NJ 1997/671 m.nt. J.M.M. Maeijer (Text Lite), rov. 4.16.1; Assink & Slagter 2013, p. 1808; G. van Solinge, *Van wanbeleid naar aansprakelijkheid*, in: G. van Solinge e.a. (red.), *Aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen. Nadere terreinverkenning in een uitdijend rechtsgebied* (Serie Van der Heijden Instituut nr. 140), Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 511. Zie voor kritiek op de visie van kostenverhaal als vorm van aansprakelijkheid S.J. van Calker, *Wanbeleid, kostenverhaal en aansprakelijkheid: een fact check*, in: G. van Solinge e.a. (red.), *Aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen. Nadere terreinverkenning in een uitdijend rechtsgebied* (Serie Van der Heijden Instituut nr. 140), Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 521-545 met veel verwijzingen naar literatuur op dit punt.

16 HR 16 augustus 1996, ECLI:NL:HR:1996:AD2594, NJ 1997/37, m.nt. J.M.M. Maeijer, rov. 3.3.2 (VHS).

17 Conclusie A-G Timmerman (ECLI:NL:PHR:2016:856), nr. 3.36, voor HR 18 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2614, JOR 2017/30 m.nt. A. Hammerstein (Meavita). Van Solinge 2017, p. 512. B. Winters, *Commentaar op BW Boek 2 art 354, OR-algemeen*, onder C.2. J.

Winter, J.B. Wezeman, J. Schoonbrood & P. Van Schilfgaarde, *Van de BV en de NV*, Deventer: Kluwer 2017, p. 207.

18 Assink & Slagter 2013, p. 102, 270, 1808. Zie ook: C.J.A. Seinen, *Verhaal van onderzoekskosten: vreemde eend in de bijt van het enquêterecht*, *MvV* 2017/4, p. 134.

19 Volgens Van Calker, t.a.p., p. 521 zijn in de rechtspraak geen voorbeelden te vinden van toepassing van het begrip ‘onbevredigende gang van zaken’.

20 HR 18 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2614, JOR 2017/30 m.nt. A. Hammerstein (Meavita).

21 Assink & Slagter 2013, p. 1805. Volgens Van Solinge, t.a.p., p. 498, 511-512, blijft het onderscheid tussen aansprakelijkheid wegens onjuist beleid als bedoeld in art. 2:354 BW en aansprakelijkheid wegens onbehoorlijke taakvervulling in het kader van art. 2:9 BW “een moeizaam betoeg”. Hij heeft daarnaast kritiek op de onduidelijkheid over de verhouding tussen de termen ‘juist beleid’ en ‘wanbeleid’.

22 Gerechtshof Amsterdam 19 juni 1997, JOR 1997/83 (Bobel), rov. 4.2.

kostenverhaal door de ondernemingskamer op die persoon toegewezen.²³

2.10. In de beschikking van 18 oktober 2004 (NIBO) wees de ondernemingskamer het verzoek tot verhaal van de kosten daarentegen af op de grond dat betrokkenen niet konden worden beschouwd als een bestuurder, een commissaris of een ander die in dienst van de rechtspersoon is, zoals bedoeld in art. 2:354 BW, hoewel zij in belangrijke mate verantwoordelijk waren voor de onwerkbare situatie die het voortbestaan van de rechtspersoon bedreigde.²⁴

2.11. Uit de afwijzing van het verzoek tot kostenverhaal in de beschikking van de ondernemingskamer van 19 juli 2012 (Cancun) blijkt dat de stelling van de rechtspersoon dat een betrokkene als feitelijk bestuurder is opgetreden voldoende moet worden toegelicht.²⁵

2.12. Uit de hiervoor aangehaalde uitspraken blijkt dat de ondernemingskamer niet in alle gevallen een duidelijke maatstaf aanlegt. In de zaak Bobel werd (slechts) feitelijk vastgesteld dat de betrokken verweerders in feite als bestuurders van de rechtspersoon optraden, zodat zij als bestuurder konden worden aangemerkt althans als een ander die in dienst van de rechtspersoon is als bedoeld in art. 2:354 BW. In de zaak Cancun kon daarentegen feitelijk niet worden vastgesteld dat betrokkenden als bestuurder van de rechtspersoon waren opgetreden.

Alleen in de zaak Van der Molen is gemotiveerd waarom betrokkene als feitelijk bestuurder functioneerde: de door de ondernemingskamer in haar uitspraak vastgestelde omstandigheden tezamen en in hun onderlinge samenhang toonden aan dat betrokkene (oud CEO en oud commissaris van de rechtspersoon), die in april 2007 was aangetrokken als adviseur en vanaf mei 2008 “nadrukkelijk in de organisatie was neergezet”, in de periode tussen mei 2008 en medio juli 2009 een zodanige invloed had op het beleid en de gang van zaken van de rechtspersoon dat zijn positie gelijk te stellen is met die van een bestuurder. Daarvoor is, aldus de ondernemingskamer niet vereist dat aannemelijk is dat hij bij ieder bestuursbesluit in deze periode was betrokken.²⁶

2.13. In de literatuur wordt over de verruiming door de ondernemingskamer van het bereik van art. 2:354 BW tot (mede)beleidsbepalers verschillend gedacht.

2.14. Van Solinge ziet geen ruimte voor kostenverhaal op een feitelijk bestuurder die niet in dienst is van de rechtspersoon omdat de feitelijk bestuurder dan wordt gelijkgesteld met een medebeleidsbepaler als bedoeld in de regeling van de faillissementsaansprakelijkheid, hetgeen volgens Van Solinge verboden terrein is voor de ondernemingskamer. Hij bespreekt dit argument in de bredere context van zijn pleidooi voor een duidelijke(r) scheiding tussen het enquêterecht en het aansprakelijkheidsrecht (de aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen).²⁷

2.15. Ook Josephus Jitta behoort tot de tegenstanders. Hij veronderstelt in zijn noot onder de beschikking van de ondernemingskamer van 19 juli 2012 (Cancun) dat de ondernemings-

kamer ruimte lijkt te zien om ook personen die feitelijk als bestuurder als bedoeld in art. 2:354 BW zijn aan te merken, te veroordelen om de onderzoekskosten te betalen en dat de ondernemingskamer zich daarbij mogelijk laat leiden door het civielrechtelijke aansprakelijkheidsrecht. Hij wijst er vervolgens echter op dat de gelijkstelling van feitelijk medebeleidsbepalers aan bestuurders in art. 2:138/248 BW op een uitdrukkelijke wetsbepaling berust, namelijk op het zevende lid van art. 2:138/248 BW. Omdat die gelijkstelling ontbreekt in art. 2:354 BW meent hij dat medebeleidsbepalers op grond van art. 2:354 BW niet in de kosten van het onderzoek kunnen worden veroordeeld.²⁸

2.16. Analoge toepassing van art. 2:138/248 lid 7 BW op art. 2:354 BW was nu juist het argument van Van der Vlis om in het geval dat uit het onderzoeksverslag met zoveel woorden blijkt dat het onjuiste beleid mede is bepaald door personen die formeel geen bestuurders waren maar zich wel als zodanig hebben gedragen, ten aanzien van die personen de mogelijkheid van kostenverhaal toe te passen. Hij acht dat een logische stap gelet op het feit dat een feitelijk beleidsbepaler verantwoordelijk kan zijn voor wanbeleid.²⁹

2.17. Assink meent dat voor toepassing van art. 2:354 BW op een medebeleidsbepaler niet zonder meer bepalend is dat art. 2:354 BW niet een met art. 2:138/248 lid 7 BW vergelijkbaar gelijk-schakelingsmechanisme kent. Volgens hem is art. 2:354 BW een regeling van eigen aard met een open karakter, die moet worden bezien in het licht van de doeleinden van een enquête(-procedure). Hij schrijft verder dat voor een door de ondernemingskamer voorgestane ruime toepassing van art. 2:354 BW pleit dat de gedragslijn van een (mede)beleidsbepaler ook – mede – object kan zijn van onderzoek als bedoeld in art. 2:345 lid 1 BW (en dus ook meegewogen kan worden in het kader van art. 2:350 lid 1 BW en art. 2:355 lid 1 BW). Een ruime toepassing zou bovendien passen bij de regulerende zijde van het ondernemingsrecht, waarvan het enquêterecht een belangrijk onderdeel vormt.³⁰

2.18. Om een idee te hebben om hoeveel verzoeken tot kostenverhaal het in de praktijk gaat, is het recente onderzoek van Van Calker naar de toepassing van art. 2:354 BW interessant.³¹ Van Calker heeft de periode van de invoering van de regeling tot 1 januari 2017 onderzocht en heeft daarbij 60 beschikkingen gevonden die betrekking hadden op het verhaal van de onderzoekskosten op bestuurders of commissarissen. Daarvan zijn er 16 toegewezen en 43 afgewezen, terwijl van één beschikking de uitkomst niet kon worden achterhaald. In alle gevallen van een toewijzing was ook sprake van wanbeleid.

In het aantal verzoeken in verschillende tijdvakken en het aantal toewijzingen daarvan ziet Van Calker onder meer de trend dat er steeds meer verzoeken tot kostenverhaal worden ingediend.³²

23 Gerechtshof Amsterdam 15 februari 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:BZ1149, JOR 2013/102 m.nt. D.A.M.H.W. Strik (Van der Moolen), rov. 11.11.

24 Gerechtshof Amsterdam 18 oktober 2004, ECLI:NL:GHAMS:2004:AR7318, ARO 2004, 130 (NIBO), rov. 3.20 en 3.15 slot.

25 Gerechtshof Amsterdam 19 juli 2012, ECLI:NL:GHAMS:2012:BY5611, JOR 2013/7, m.nt. M.W. Josephus Jitta, rov. 3.62-3.66 (Cancun).

26 Gerechtshof Amsterdam 15 februari 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:BZ1149, JOR 2013/102 m.nt. D.A.M.H.W. Strik, rov. 9.1.4, 9.4.1 en 9.4.10. (Van der Moolen).

27 Van Solinge t.a.p., p. 508 en 517.

28 Annotatie van M.W. Josephus Jitta bij gerechtshof Amsterdam 19 juli 2012, ECLI:NL:GHAMS:2012:BY5611, JOR 2013/7 (Cancun), onder 11. Zie voor kritiek op deze visie P. van Schilfgaarde, Partners in het enquêterecht, In: C.D.J. Bulten e.a. (red.), Marius geannoteerd, Opstellen aangeboden aan mr. M.W. Josephus Jitta, Deventer Kluwer: 2016, p. 333. Ook Van Calker meent in zijn noot onder de thans bestreden beschikking, JOR 2017/196, dat een verruiming van art. 2:354 BW tot feitelijke beleidsbepalers weinig tekstgetrouw is, maar wel redelijk.

29 P. van der Vlis, De kosten van een enquête; wie zal dat betalen?, TVVS 1997, nr. 97/8, p. 228 met verwijzing naar gerechtshof Amsterdam 13 april 1995, TVVS 1995, p. 308-309 (Heron) en gerechtshof Amsterdam 17 juni 1997, (Bobel).

30 Assink & Slagter 2013, p. 1814-1815.

31 Van Calker, t.a.p., p. 527 e.v.

2.19. Een verklaring voor dat gegeven is volgens Van Calker in de eerste plaats de vrij late ontdekking van de regeling, pas in 1976 werd het voor het eerst gebruikt, eerst in 1993 met succes. Daarnaast past de trend goed in de 'individualisering van het enquête-recht'. De toename in verzoeken hangt volgens hem mogelijk ook deels samen met de omstandigheid dat curatoren als verzoeker eerder geneigd zijn een verzoek tot kostenverhaal in te dienen omdat het hun taak is de omvang van de boedel te maximaliseren. Hij merkt echter op dat deze hypothesen nader onderzoek verdienen.³²

De onderhavige zaak

2.20. Onderdeel 1 stelt de rechtsvraag aan de orde of een verzoek tot kostenverhaal als bedoeld in art. 2:354 BW kan worden toegewezen jegens een feitelijk medebestuurder.

Ik ben het Assink³⁴ eens dat beantwoording van deze vraag een afweging van rechtspolitieke aard vergt.

Uw Raad zal daarbij argumenten moeten wegen.

2.21. Het, ook door het onderdeel bepleite, argument tegen de uitbreiding van de mogelijkheid van kostenverhaal op de feitelijk bestuurder, is het ontbreken van een wettelijke grondslag.

2.22. Een argument voor uitbreiding betreft de ratio van art. 2:354 BW. In zijn beschikking van 16 augustus 1996 (VHS) heeft de Hoge Raad in vrij algemene bewoordingen geoordeeld dat de bepaling van art. 2:354 BW het oog heeft op de individuele draagplicht van een (rechts)persoon die in de sfeer van de rechtspersoon is opgetreden en die voor het slecht functioneren van de rechtspersoon verantwoordelijk wordt gehouden.³⁵ Veroordeling van een feitelijk bestuurder van wie in het onderzoeksverslag wordt vastgesteld dat hij in de sfeer van de rechtspersoon is opgetreden en die voor het slecht functioneren van de rechtspersoon verantwoordelijk wordt gehouden, stemt overeen met deze ratio van art. 2:354 BW.

2.23. Uit de (summiere) parlementaire toelichting blijkt dat de wetgever de ondernemingskamer een discretionaire bevoegdheid heeft gegeven om een beoordeling naar billijkheid te geven. Daarin past het om de ondernemingskamer de ruimte te geven onder omstandigheden de feitelijk bestuurder als bestuurder in de zin van art. 2:354 BW aan te merken.

2.24. Bij de weging van argumenten kan de constatering van Van Calker wellicht nog een rol spelen dat het onjuist is om te spreken van een toenemende bereidheid van de ondernemingskamer om verzoeken tot kostenverhaal toe te kennen, omdat het aantal toekenningen ongeveer gelijkloopt met het aantal ingediende verzoeken en het percentage toekenningen vanaf 2010 bovendien nog steeds lager is dan tussen 1990 en 2000.³⁶

2.25. Gelet op het voorgaande meen ik dat er gereede argumenten zijn om een feitelijk bestuurder onder omstandigheden voor de toepassing van art. 2:354 BW gelijk te stellen met een bestuurder.

2.26. Daarbij is dan nog wel het volgende van belang.

In zijn hiervoor geciteerde beschikking van 18 november 2016 (Meavita)³⁷ heeft de Hoge Raad overwogen dat de ondernemingskamer bij de beslissing op het verzoek tot verhaal van de kosten van het onderzoek op een individuele bestuurder, een

commissaris of een ander die in dienst is van de rechtspersoon, in haar motivering dient te betrekken of de desbetreffende functionaris (formele) verantwoordelijkheid droeg voor het onjuiste beleid en of hem persoonlijk van de onjuistheid van dat beleid of van de onbevredigende gang van zaken een verwijt kan worden gemaakt.

2.27. Deze motiveringseis geldt m.i. ook indien de desbetreffende functionaris een feitelijke bestuurder is.

2.28. In haar beschikking in de onderhavige zaak van 22 april 2016 heeft de ondernemingskamer allereerst in rov. 4.17 het zonder voldoende en betrouwbare waarderungen verkopen van (vrijwel) alle activa van de Leaderlandvennootschappen aan [eiser 1] en [belanghebbende 6] gelieerde partijen aangemerkt als wanbeleid, welk oordeel, zo vervolgt de ondernemingskamer, nog wordt versterkt doordat is bewilligd in voor de Leaderlandvennootschappen onvoordelige betalingscondities en ten onrechte geen serieuze aandacht is geschonken aan de juridische status van Leaderland TTM als rechthebbende op de aandelen Soyuz TTM.

2.29. In rov. 4.25 en 4.26 overweegt de ondernemingskamer voorts dat het verzoek van [belanghebbende 5] om te verstaan dat van wanbeleid bij Leaderland c.s. is gebleken, in ieder geval toewijsbaar is met betrekking tot de wijze waarop Leaderland c.s. zijn ontmanteld door overdracht van achtereenvolgens haar belang in Soyuz Corporation aan SC Investment Group BVBA en haar belang in Soyuz TTM aan Soyuz Corporation en dat [eiser 2], die in de relevante periode bestuurder was van de vennootschappen, voor dat geconstateerde wanbeleid verantwoordelijk is.

2.30. Ten aanzien van [eiser 1] heeft de ondernemingskamer vervolgens het volgende geoordeeld:

"4.27. Tevens acht de Ondernemingskamer [eiser 1] voor dat wanbeleid verantwoordelijk, die (zowel in de periode voorafgaand aan de transacties als daarna) als feitelijk bestuurder van de vennootschappen kan worden aangemerkt. [eiser 1] heeft betwist dat hij feitelijk bestuurder was in de periode na het aantreden van [eiser 2] als statutair bestuurder, maar in het licht van de in het verslag geschetste omstandigheden acht de Ondernemingskamer die betwisting onvoldoende gemotiveerd. Uit het verslag blijkt onder meer dat

(a) [eiser 1] feitelijk leiding gaf aan Leaderland c.s. in de periode tussen het feitelijk vertrek van [belanghebbende 5] in oktober 2012 en de aanstelling van [eiser 2] als statutair bestuurder in april 2013 (verslag pagina 6),

(b) dat [eiser 1] [eiser 2], die voorheen niet betrokken was bij Leaderland c.s., heeft gevraagd statutair bestuurder van Leaderland c.s. te worden,

[c] dat [eiser 2] door [eiser 1] werd betaald en

[d] dat de daarop volgende transacties die hierboven als wanbeleid zijn aangemerkt, telkens plaatsvonden met aan [eiser 1] gelieerde (rechts)personen. Deze omstandigheden rechtvaardigen het vermoeden dat de door [eiser 2] als statutair bestuurder verrichte transacties feitelijk op instructie van [eiser 1] hebben plaatsgevonden. Het had daarom op de weg van [eiser 1] gelegen om tot zijn domein behorende feiten en omstandigheden te stellen ter motivering van zijn betwisting dat hij ook na 19 april 2013 als feitelijk bestuurder is aan te merken. Nu [eiser 1] daartoe geen concrete feiten en omstandigheden heeft gesteld, merkt de Ondernemingskamer hem aan als feitelijk bestuurder, ook in de periode waarin de gewraakte transacties plaatsvonden. De gedragingen van [eiser 1] in de periode na het voltooien van het onderzoek (...), onderstrepen zijn verregaande bemoeienis met Leaderland c.s."

2.31. De kwalificatie van [eiser 1] als feitelijk bestuurder berust naar het oordeel van de ondernemingskamer dus op (i) het door

32 Ook P.G.F.A. Geerts, *GS Rechtspersonen*, art. 2:354 BW, aant. 2 (oud), vermeldt dat "men zich geen overdreven voorstelling moet maken" van het aantal verzoeken op de voet van art. 2:354 BW, omdat er "jaarlijks een tot twee art. 2:354 BW-beschikkingen worden gewezen."

33 Van Calker, t.a.p., p. 541-542, 545.

34 A.w., p. 1814.

35 HR 16 augustus 1996, ECLI:NL:HR:1996:AD2594, NJ 1997/37, m.nt. J.M.M. Maeijer, rov. 3.3.1 (VHS).

36 Van Calker, t.a.p., p. 541-542.

37 HR 18 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2614, JOR 2017/30 m.nt. A. Hammerstein (Meavita).

[eiser 1] onvoldoende gemotiveerd betwisten van de stelling dat hij feitelijk bestuurder was in de periode van het aantreden van [eiser 2] als statutair bestuurder, (ii) het door [eiser 1] onvoldoende concreet weersproken, op het onderzoeksverslag gebaseerde, vermoeden dat de door [eiser 2] als statutair bestuurder verrichte transacties feitelijk op instructie van [eiser 1] hebben plaatsgevonden en (iii) zijn gedragingen in de periode na het voltooiën van het onderzoek zijn verregaande bemoeienis met Leaderland c.s. onderstrepen.

De ondernemingskamer heeft in deze zaak dus zowel feitelijk vastgesteld dat [eiser 1] feitelijk bestuurder van Leaderland c.s. was als gemotiveerd waarom uit zijn optreden kan worden afgeleid dat hij als bestuurder optrad in de zin van art. 2:354 BW. In zoverre is deze beschikking een combinatie van de hiervoor onder 2.10-2.13 besproken, eerdere uitspraken van de ondernemingskamer.

2.32. In de onder 2.30 en 2.31 vermelde oordelen ligt het oordeel besloten dat [eiser 1] verantwoordelijkheid droeg voor het onjuiste beleid.

2.33. De ondernemingskamer heeft daarnaast in de door onderdeel 1 bestreden rov. 3.10 geoordeeld dat [eiser 2] en [eiser 1] een persoonlijk verwijt valt te maken van het wanbeleid omdat zij degenen zijn die het ertoe hebben geleid dat de Leaderlandvennootschappen zijn ontmanteld en in dat kader (vrijwel) alle activa zonder voldoende en betrouwbare waardering zijn verkocht aan [eiser 1] en [belanghebbende G] gelieerde partijen. Daarmee is voldaan aan de eis dat de ondernemingskamer ook in haar overwegingen dient te betrekken of de desbetreffende functionaris persoonlijk van de onjuistheid van dat beleid of van de onbevredigende gang van zaken een verwijt kan worden gemaakt.

2.34. Het oordeel van de ondernemingskamer dat en waarom [eiser 1] en [eiser 2] van het in de beschikking van 16 april vastgestelde wanbeleid een persoonlijk verwijt valt te maken, wordt in onderdeel 1 niet bestreden. Nu voorts de beschikking van de ondernemingskamer van 22 april 2016 in cassatie niet is bestreden, is in cassatie uitgangspunt dat [eiser 1] feitelijk bestuurder was, dat uit het verslag blijkt van wanbeleid alsmede dat en waarom [eiser 1] en [eiser 2] daarvan een persoonlijk verwijt valt te maken.

2.35. Onderdeel 1 kan, het voorgaande in overweging nemend, m.i. dus niet tot cassatie leiden.

2.36. *Onderdeel 2* is gericht tegen rov. 3.11, waarin de ondernemingskamer als volgt heeft geoordeeld:

“De Ondernemingskamer acht niet de volledige onderzoekskosten toewijsbaar, nu het wanbeleidoordeel – zoals hierna nog zal blijken – alleen is gebaseerd op het ‘leeghalen’ van de vennootschap en de onderzoekers ook overige onderwerpen hebben onderzocht (de hierna nog te bespreken kwesties van [A] en de Soyuz-claim). Nu al het onderzochte echter onderling samenhang en het zwaartepunt lag bij het ‘leeghalen’, acht de Ondernemingskamer toewijzing van 75% van de onderzoekskosten passend, derhalve een bedrag van € 75.187,50 exclusief btw. Het betreft aansprakelijkheid voor dezelfde schade, zodat [eiser 2] en [eiser 1] hoofdelijk zullen worden veroordeeld. De (gevorderde) rente zal worden toegewezen als verzocht.”

2.37. Het onderdeel klaagt in de eerste plaats dat dit oordeel blijk geeft van een onjuiste rechtsopvatting omdat (i) hoofdelijke verbondenheid moet zijn gegrond op de wet (art. 6:6 lid 2 BW) of omdat (ii) voor de onderzoekskosten bedoeld in art. 2:354 BW niet geldt dat degenen op wie de kosten kunnen worden verhaald daarvoor hoofdelijk zijn verbonden of door de ondernemingskamer hoofdelijk kunnen worden verbonden. Het onderdeel betoogt daartoe dat die onderzoekskosten in het bijzonder “niet als schade kwalificeren in de zin van art. 6:96 BW, zodat ook van hoofdelijke verbondenheid op grond van art. 6:102 lid 1

BW geen sprake kan zijn.” Als de ondernemingskamer het voorgaande niet heeft miskend is haar oordeel niet begrijpelijk gemotiveerd, aldus het onderdeel.

2.38. De klacht dat een hoofdelijke veroordeling met betrekking tot het kostenverhaal van art. 2:354 BW niet mogelijk is, is al eens aan de Hoge Raad voorgelegd. Dienaangaande heeft de Hoge Raad in zijn beschikking van 4 juni 1997 (Text Lite)³⁸ het volgende overwogen:

“4.16.1 Ingevolge het bepaalde in art. 2:354 BW kan de Ondernemingskamer een geheel of gedeeltelijk kostenverhaal toelaten. Van iedere persoon op wie de kosten verhaald kunnen worden, zal moeten worden vastgesteld of hij voor het geheel, dan wel voor een bepaald gedeelte van de kosten aansprakelijk is. Kennelijk is de Ondernemingskamer in de onderhavige beschikking ervan uitgegaan dat ieder der genoemde personen voor het geheel aansprakelijk is. Gezien de ongegrondbevinding van de klachten omtrent de persoonlijke verwijtbaarheid is dat oordeel niet onbegrijpelijk.”

2.39. Hoofdelijke veroordeling is dus mogelijk indien de ondernemingskamer op het verzoek tot kostenverhaal ten laste van verschillende betrokkenen tot het oordeel komt dat deze betrokkenen in gelijke mate verwijtbaar hebben gehandeld.³⁹

2.40. De ondernemingskamer heeft in haar in cassatie bestreden beschikking van 31 maart 2017 in rov. 3.10 haar overwegingen in de beschikking van 22 april 2016 herhaald dat uit het onderzoeksverslag blijkt dat sprake is van wanbeleid en dat [eiser 2] en [eiser 1] daarvoor verantwoordelijk zijn te achten. De ondernemingskamer heeft vervolgens geoordeeld dat [eiser 2] en [eiser 1] een persoonlijk verwijt valt te maken van het wanbeleid omdat zij degenen zijn die het ertoe hebben geleid dat de Leaderlandvennootschappen zijn ontmanteld en vrijwel alle activa zonder voldoende en betrouwbare waarderingen zijn verkocht (in rov. 3.11 omschreven als het ‘leeghalen’ van de rechtspersoon). In dit oordeel ligt besloten dat [eiser 2] en [eiser 1] in gelijke mate een persoonlijk verwijt daarvan valt te maken en dus in gelijke mate verantwoordelijk zijn te houden.

2.41. Het onderdeel bevat voorts de klacht dat de ondernemingskamer met de veroordeling tot (hoofdelijke verschuldigheid van) schadevergoeding haar wettelijke taak te buiten gaat en dat Leaderland c.s. zich voor schadevergoeding dienen te wenden tot de gewone (burgerlijke) rechter, dan wel dat het oordeel van ondernemingskamer niet begrijpelijk is gemotiveerd.

2.42. Ook hierover heeft de Hoge Raad in genoemde beschikking van 4 juni 1997 (Text Lite) al beslist, en wel als volgt:

“4.3.1 Art. 2:354 BW strekt ertoe dat een rechtspersoon op grond van een beslissing van de Ondernemingskamer kosten kan verhalen op een of meer van de in het artikel genoemde personen. Het desbetreffende dictum kan dan ook een veroordeling tot betaling van de kosten inhouden. Het is niet in overeenstemming met de strekking van genoemd artikel, en ook overigens niet zinvol, indien naast de uitspraak van de Ondernemingskamer, voor de feitelijke veroordeling de beslissing van een andere rechter zou zijn vereist. (...)”

2.43. Ik zie niet waarom de Hoge Raad van zijn hiervoor geciteerde oordelen zou moeten terugkomen, en ook het onderdeel

38 HR 4 juni 1997, ECLI:NL:HR:1997:AG7240, NJ 1997/671, m.nt. Maeijer (Text Lite). De desbetreffende klacht in die zaak is opgenomen in rov. 4.16.

39 Zie in gelijke zin Y. Borrius, Individualisering van wanbeleid; verhaal van onderzoekskosten en aansprakelijkheid, In: C.D.J. Bulten (red.), Marius geannoteerd, Opstellen aangeboden aan mr. M.W. Josephus Jitta, Deventer Kluwer: 2016, p. 61. Zie verder in dit kader Assink & Slagter 2013, p. 1805-1806. P.G.F.A. Geerts, GS Rechtspersonen, art. 2:354 BW, aant. 6 (versie 1-2-2010); B. Winters, Commentaar op BW Boek 2 art 354, OR-algemeen, onder C.2.

betoogt niet waarom dat het geval zou moeten zijn. Beide klachten van onderdeel 2 stuiten mitsdien op genoemde beschikking van 4 juni 1997 af.

3. Conclusie

De conclusie strekt tot verwerping van het cassatieberoep.

Hoge Raad:

(...; *Red.*)

3. Beoordeling van het middel

3.1. Wat betreft de feiten en het verloop van de procedure verwijst de Hoge Raad naar de punten 1.1-1.44 van de conclusie van de Advocaat-Generaal. In cassatie gaat het, zeer kort weergegeven, om het volgende.

Leaderland hield zich bezig met inkoop en verkoop van ruwe grondstoffen (vetten en oliën) en de (intercompany-)doorlevering daarvan aan Russische vennootschappen. [eiser 1] en [belanghebbende 6] waren aandeelhouders en [belanghebbende 5] was aandeelhouder en bestuurder van vennootschappen binnen Leaderland c.s. Op 19 april 2013 is [belanghebbende 5] ontslagen als bestuurder van de vennootschappen en is [eiser 2] als bestuurder benoemd. Tussen [belanghebbende 5] enerzijds en Leaderland c.s. anderzijds is geprocedeerd over de onrechtmatigheid jegens [belanghebbende 5] van zijn ontslag en van de overdracht van vennootschappen en handelsactiviteiten door Leaderland, respectievelijk over het onrechtmatig optreden van [belanghebbende 5] als bestuurder.

3.2.1. In de onderhavige procedure heeft de ondernemingskamer een onderzoek bevolen naar het beleid en de gang van zaken bij Leaderland c.s. over de periode vanaf 1 oktober 2012 en onderzoekers benoemd.

3.2.2. Nadat de onderzoekers verslag hadden uitgebracht, heeft de ondernemingskamer in haar eindbeschikking, voor zover in cassatie van belang, het door Leaderland c.s. gedane verzoek tot verhaal van de kosten van het onderzoek toegewezen voor 75% van die kosten, zijnde € 75.187,50.

Zij heeft [eiser] c.s. hoofdelijk veroordeeld dit bedrag aan Leaderland c.s. te voldoen.

De ondernemingskamer heeft daartoe als volgt overwogen.

“3.10 Leaderland c.s. hebben verzocht [eiser 2] en [eiser 1] hoofdelijk te veroordelen in de onderzoekskosten en in de kosten van de procedure op de voet van art. 2:354 BW. Zoals in de beschikking van 22 april 2016 is overwogen blijkt uit het verslag van wanbeleid en zijn [eiser 2] en [eiser 1] daarvoor (respectievelijk als bestuurder en als feitelijk bestuurder) verantwoordelijk te achten. Dat hun een persoonlijk verwijt valt te maken van het wanbeleid, ligt reeds in de overwegingen ter zake besloten: zij zijn degenen die het ertoe hebben geleid dat de Leaderland-vennootschappen zijn ontmanteld en dat in dat kader (vrijwel) alle activa zonder voldoende en betrouwbare waardering zijn verkocht aan aan [eiser 1] en [belanghebbende 6] gelieerde partijen. De vordering is – zoals toe te lichten: deels – toewijsbaar.

3.11. De Ondernemingskamer acht niet de volledige onderzoekskosten toewijsbaar, nu het wanbeleidoordeel – zoals hierna nog zal blijken – alleen is gebaseerd op het ‘leeghalen’ van de vennootschap en de onderzoekers ook overige onderwerpen hebben onderzocht (de hierna nog te bespreken kwesties van [A] Inc. en de Soyuz-claim). Nu al het onderzochte echter onderling samenhang en het zwaartepunt lag bij het ‘leeghalen’, acht de Ondernemingskamer toewijzing van 75% van de onderzoekskosten passend, derhalve een bedrag van € 75.187,50 exclusief btw. Het betreft aansprakelijkheid voor dezelfde schade, zodat [eiser 2] en [eiser 1] hoofdelijk zullen worden veroordeeld.

De (gevorderde) rente zal worden toegewezen als verzocht.”

3.3.1. Onderdeel 1 van het middel is gericht tegen rov. 3.10. Het onderdeel klaagt dat dit oordeel blijk geeft van een onjuiste rechtsopvatting omdat de kosten van het onderzoek niet zonder een uitdrukkelijke wetsbepaling (ook) op een feitelijk bestuurder als [eiser 1] kunnen worden verhaald. Art. 2:354 BW laat slechts kostenverhaal toe op een formeel bestuurder, aldus de klacht.

3.3.2. Ingevolge art. 2:345 lid 1 BW kan de ondernemingskamer een of meer personen benoemen tot het instellen van een onderzoek naar het beleid en de gang van zaken van een rechtspersoon. Art. 2:350 lid 3 BW bepaalt dat de rechtspersoon de kosten van dat onderzoek betaalt. Op grond van art. 2:354 BW kan de ondernemingskamer, na kennisneming van het verslag van het onderzoek, op verzoek van de rechtspersoon beslissen dat deze de kosten van het onderzoek geheel of gedeeltelijk kan verhalen op (voor zover hier van belang) een bestuurder, een commissaris of een ander die in dienst van de rechtspersoon is, indien uit het verslag blijkt dat deze verantwoordelijk is voor een onjuist beleid of een onbevredigende gang van zaken van de rechtspersoon.

Zoals is overwogen in HR 16 augustus 1996,

ECLI:NL:HR:1996:AD2594, NJ 1997/37 (VHS), rov. 3.3.1, strekt art. 2:354 BW ertoe om verhaal van onderzoekskosten mogelijk te maken ten laste van de individuele persoon die in de sfeer van de rechtspersoon is opgetreden en voor het slecht functioneren van de rechtspersoon verantwoordelijk wordt gehouden.

In overeenstemming met deze strekking is in HR 18 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2607, NJ 2017/202 (Meavita), rov. 3.6.2, beslist dat de ondernemingskamer bij haar beslissing op de voet van art. 2:354 BW alle omstandigheden van het geval dient te betrekken en dat uit haar overwegingen ten aanzien van de desbetreffende functionaris individueel en concreet moet blijken dat hij verantwoordelijk is voor het onjuiste beleid of de onbevredigende gang van zaken van de rechtspersoon, hetgeen inhoudt dat hem persoonlijk van de onjuistheid van dat beleid of van de onbevredigende gang van zaken een verwijt kan worden gemaakt.

3.3.3. De wetsgeschiedenis van (de voorloper van) art. 2:354 BW (aangehaald in de conclusie van de Advocaat-Generaal onder 2.4) bevat geen aanwijzingen dat de wetgever heeft beoogd verhaal van onderzoekskosten ten laste van personen die geen formele verantwoordelijkheid droegen, uit te sluiten. Voorts strookt het met de hiervoor in 3.3.2 bedoelde strekking van art. 2:354 BW om deze bepaling van toepassing te achten op alle personen die in de sfeer van de rechtspersoon zijn opgetreden en verantwoordelijk kunnen worden gehouden voor het slecht functioneren van de rechtspersoon, ook zonder dat zij een formele verantwoordelijkheid droegen.

Opmerking verdient dat ook voor verhaal van onderzoekskosten op de voet van art. 2:354 BW ten laste van een persoon die geen formele verantwoordelijkheid droeg, slechts plaats is indien is voldaan aan de hiervoor in 3.3.2 bedoelde maatstaf dat ten aanzien van deze persoon individueel en concreet blijkt dat hij verantwoordelijk is voor het onjuiste beleid of de onbevredigende gang van zaken van de rechtspersoon, hetgeen inhoudt dat hem persoonlijk van de onjuistheid van dat beleid of van die onbevredigende gang van zaken een verwijt kan worden gemaakt.

3.3.4. Op grond van het hiervoor in 3.3.2-3.3.3 overwogene faalt onderdeel 1.

3.4.1. Onderdeel 2 is gericht tegen rov. 3.11. Het klaagt dat dit oordeel blijk geeft van een onjuiste rechtsopvatting omdat het verschuldigd zijn van onderzoekskosten niet valt te begrijpen als aansprakelijkheid voor schade en er om die reden geen wettelijk

ke grond is voor hoofdelijke verbondenheid. Het oordeel van de ondernemingskamer geeft bovendien blijk van een onjuiste rechtsopvatting omdat het uitspreken van een veroordeling tot schadevergoeding haar wettelijke taak te buiten gaat, aldus het onderdeel.

3.4.2. Beide klachten van het onderdeel falen.

Een kostenveroordeling op de voet van art. 2:354 BW strekt, voor zover hier van belang, tot vergoeding van de schade van de rechtspersoon die bestaat in het betalen van de kosten van het onderzoek op de voet van art. 2:350 lid 3 BW. Indien de ondernemingskamer oordeelt dat kosten voor het geheel of ieder van twee of meer personen kunnen worden verhaald, zijn die personen krachtens art. 6:6 lid 2 BW hoofdelijk verbonden.

Zoals is geoordeeld in HR 4 juni 1997,

ECLI:NL:HR:1997:AG7240, NJ 1997/671 (Text Lite), rov. 4.3.1, kan het dictum van een beslissing van de ondernemingskamer waarin een verzoek tot verhaal van onderzoekskosten op de voet van art. 2:354 BW is toegewezen, een veroordeling tot betaling van die onderzoekskosten inhouden. Anders dan het onderdeel aanvoert, valt het uitspreken van een dergelijke veroordeling binnen de wettelijke taak van de ondernemingskamer.

4. Beslissing

De Hoge Raad:

verwerpt het beroep;

veroordeelt [eiser] c.s. in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van Leaderland c.s. begroot op nihil.

NOOT

De HR beantwoordt in deze Leaderland-beschikking twee interessante vragen in het kader van de kostenverhaalsregeling van art. 2:354 BW:

1. Kunnen de onderzoekskosten naast op een formele ook op een feitelijk bestuurder worden verhaald (ervan uitgaande dat aan de verantwoordelijkheidseis wordt voldaan)?

2. Kan een veroordeling in de genoemde onderzoekskosten een hoofdelijke zijn (art. 6:6 lid 2 BW)?

De eerste vraag is nog niet eerder door de Hoge Raad beantwoord. Bij de Ondernemingskamer zijn al wel enkele aanverwante gevallen ter sprake gekomen. In 1997 overwoog de Ondernemingskamer inzake Bobel dat “de betrokken verweerders in feite als bestuurders van Bobel optraden, zodat aangenomen moet worden dat zij moeten worden aangemerkt als ‘bestuurder’ althans als ‘een ander die in dienst van de rechtspersoon is’ als bedoeld in art. 2:354 BW” (OK 19 juni 1997, NJ 1997/673). Het ging in die zaak echter niet om feitelijke, maar om *indirecte* bestuurders, oftewel die van een rechtspersoon-bestuurder. In de Van der Moolen-beschikking overwoog de Ondernemingskamer dat “Kroon als feitelijk medebestuurder verantwoordelijk is voor het (...) aangewezen onjuiste beleid van VDM”, waarna hij in de onderzoekskosten werd veroordeeld (OK 15 februari 2013, ARO 2013/55). Uit de gebruikte woorden ‘onjuist beleid’ kan worden afgeleid dat hij tot de categorie ‘bestuurder’ moet worden gerekend. Uit de beperkte wetsgeschiedenis bij art. 2:354 BW (artikel 53e WvK (oud)) volgt namelijk dat de categorie ‘onjuist beleid’ is gereserveerd voor de ‘toeleiding’ van de onderneming (*Kamerstukken II* 1968/69, 9596, nr. 6 (MvA), p. 16), waarbij in ieder geval moet worden gedacht aan de bestuurders en commissarissen van de rechtspersoon (zie Asser 2-II* 2009, nr. 779).

In de enquêteprocedure die aan de onderhavige beschikking voorafging (OK 31 maart 2017, «JOR» 2017/196) kwam het onderwerp van kostenverhaal op een feitelijk bestuurder

(opnieuw) ter sprake. De Ondernemingskamer oordeelde daarin dat uit het onderzoeksverslag van wanbeleid is gebleken en dat Vasilyev en Ustinov daarvoor (respectievelijk als bestuurder en feitelijk bestuurder) verantwoordelijk te achten zijn. Dat hun een persoonlijk verwijt valt te maken van het wanbeleid, lag volgens de Ondernemingskamer reeds in de overwegingen ter zake besloten. De Ondernemingskamer lijkt daarmee – niet voor het eerst – de termen ‘onjuist beleid’ en ‘wanbeleid’ inwisselbaar te achten (vgl. bijv. OK 15 december 2011, ARO 2012/9 (*Landis*); OK 28 juli 2011, ARO 2011/133 (*Königsberg*)). Naar mijn idee ten onrechte, omdat voor de invulling van deze begrippen niet dezelfde maatstaf geldt en zij gericht zijn op het bewerkstelligen van verschillende rechtsgevolgen (in vergelijkbare zin: Borrius, *Serie VHI*, nr. 133, p. 60). Een aantal jaren geleden meende de Ondernemingskamer nog dat een onjuist beleid niet hoefde te betekenen dat er ook sprake was van wanbeleid (vgl. OK 7 maart 1996, «JOR» 1996/24 (*Verto*)), maar kennelijk is zij hierover van mening veranderd (bijv. OK 22 maart 2005, ARO 2005/67 (*Van Doorn*); Geerts/Veenstra, *GS Rechtspersonen*, art. 2:354 BW, aant. 16.2). Omgekeerd geldt ook dat vaststelling van wanbeleid niet automatisch leidt tot toewijzing van een verzoek ex art. 2:354 BW, in ieder geval niet als uit het onderzoeksverslag niet individueel en concreet blijkt welke personen verantwoordelijk zijn te achten voor het onjuiste beleid of de onbevredigende gang van zaken (vgl. HR 18 november 2016, NJ 2017/202 (*Meavita*); HR 19 mei 1999, NJ 1999/658 (*Bobel*); zie voorts Borrius, t.a.p., p. 61). Het is weliswaar aannemelijk dat wanbeleid in veel gevallen ook een onjuist beleid impliceert, maar vanzelfsprekend is dat niet. Deze begrippen dienen naar mijn idee dus niet door elkaar te worden gebruikt; hetzelfde geldt voor de daarmee verband houdende begrippen ‘verantwoordelijkheid’ en ‘aansprakelijkheid’ (Hermans, *Serie VHI*, nr. 145, p. 241).

Zoals uit mijn vorenstaande vraagstelling al blijkt, was de aanleiding voor de onderhavige HR-beschikking niet het onderscheid tussen de begrippen onjuist beleid en wanbeleid, maar dat tussen formeel en feitelijk bestuurder. Dit is een belangrijk onderdeel van de vraag welke (rechts)personen in de onderzoekskosten kunnen worden veroordeeld, hetgeen kortweg ook wel als de ‘personele reikwijdte’ van art. 2:354 BW kan worden aangeduid. De HR schetst in deze beschikking eerst het beoordelingskader van art. 2:354 BW onder verwijzing naar zijn eerdere beschikkingen inzake VHS en Meavita (r.o. 3.3.2). Vervolgens oordeelt de Hoge Raad, goeddeels in lijn met de VHS-beschikking, dat art. 2:354 BW van toepassing is op alle personen die in de sfeer van de rechtspersoon zijn opgetreden en verantwoordelijk kunnen worden gehouden voor het slecht functioneren van de rechtspersoon, ook als zij geen formele verantwoordelijkheid droegen. Voor het grootste gedeelte is dit dus niets nieuws, maar het laatste zinsdeel over de formele verantwoordelijkheid is dat wel. Voor een geslaagd verzoek ex art. 2:354 BW is dus niet nodig dat de desbetreffende persoon formele verantwoordelijkheid droeg. Uit de context van de rechtsoverweging valt af te leiden dat dit oordeel vooral is gebaseerd op de aangehaalde wetsgeschiedenis; die bevat volgens de Hoge Raad geen aanwijzingen dat de wetgever heeft beoogd verhaal van onderzoekskosten ten laste van personen die geen formele verantwoordelijkheid droegen, uit te sluiten. Verder strookt het met de strekking van art. 2:354 BW om deze bepaling op alle bedoelde personen toe te passen, aldus de Hoge Raad. Dit oordeel gaat vrij ver, maar lijkt mij wel juist. De wetsgeschiedenis bepaalt namelijk met betrekking tot art. 2:354 BW dat de “kosten ook geheel of ten dele [kunnen] worden verhaald op lagere functionarissen, die niet het beleid hebben bepaald doch b.v. door verkeerd advies of onjuiste inlichtingen de aanleiding zijn geweest tot de onbevredigende gang van zaken”.

Hieruit kan worden afgeleid dat de wetgever formele verantwoordelijkheid wellicht inderdaad niet als een vereiste voor het beroep op art. 2:354 BW ziet en een brede toepassing van die bepaling heeft beoogd. Feitelijk bestuurders vallen daar dus ook onder, ondanks dat de Hoge Raad die term zelf niet gebruikt. De personele reikwijdte van deze bepaling blijft daarmee erg groot. Wel blijft onzeker wat in deze context nu precies moet worden verstaan onder een feitelijk bestuurder, een term die HR hier kennelijk heeft vermeden. Is dit een verwijzing naar de feitelijk bestuurder/medebeleidsbepaler zoals bedoeld in art. 2:138/248 lid 7 BW? Dit verdient opheldering.

Ten slotte merkt ik over dit onderwerp nog op dat het betoog van eisers in cassatie, dat art. 2:354 BW niet van toepassing is op de feitelijk bestuurder, niet uit de lucht gegrepen is. In de bewoordingen van de Meavita-beschikking zou namelijk ook kunnen worden gelezen dat art. 2:354 BW alleen van toepassing is op formele bestuurders, nu daarin nog uitdrukkelijk werd gesproken over de functionaris met “formele verantwoordelijkheid” (r.o. 3.6.2). Het lijkt me dat de HR die woordkeuze met de onderhavige beschikking heeft willen verduidelijken.

De tweede vraag die de moeite waard is om te bespreken, is of een kostenveroordeling van twee of meer personen ex art. 2:354 BW een hoofdelijke kan zijn. De desbetreffende cassatieklacht betoogde dat dit niet het geval is, omdat de onderzoekskosten niet als aansprakelijkheid voor schade zouden kunnen worden aangemerkt en er derhalve geen wettelijke grond zou zijn voor hoofdelijke verbondenheid. De Hoge Raad wijdt slechts enkele regels aan de verwerping van deze klacht. Die overweegt dat indien de Ondernemingskamer oordeelt dat kosten voor het geheel op ieder van twee of meer personen kunnen worden verhaald, die personen krachtens art. 6:6 lid 2 BW hoofdelijk verbonden zijn. Dit oordeel sluit aan bij de conclusie van A-G Wesseling-van Gent voor deze beschikking (ECLI:NL:PHR:2018:87, punt 2.5-2.6), alsmede bij de opvatting van de HR inzake *Text Lite* (HR 4 juni 1997, *NJ* 1997/671, r.o. 4.16.1) en verschillende beschikkingen van de Ondernemingskamer over de hoofdelijkheid van de veroordeling ex art. 2:354 BW (bijv. OK 2 november 2015, *ARO* 2015/232 (*Meavita*), r.o. 15.1-15.3; OK 28 juni 2001, ECLI:NL:GHAMS:2001:AB2343 (*De Vries Robbé*), r.o. 3.26 en OK 10 december 1998, *NJ* 1999/390 (*Spiegelburg*), r.o. 3.11-3.12). Hoewel art. 2:354 BW de term ‘verantwoordelijkheid’ bevat, gaat het bij deze bepaling in feite om een vorm van aansprakelijkheid (zo overwoog ook de A-G). De Hoge Raad bevestigt dit door te verwijzen naar art. 6:6 lid 2 BW, welke bepaling veronderstelt dat er sprake is van aansprakelijkheid voor een schuld. Deze impliciete bevestiging is van belang in het kader van de uitgebreide discussie in de literatuur over de vraag of (en de mate waarin) de Ondernemingskamer zich moet bezighouden met aansprakelijkheidsvraagstukken. Het is vaste rechtspraak dat het niet tot de taak van de Ondernemingskamer behoort om zich uit te laten over de persoonlijke aansprakelijkheid van betrokken personen voor de gevolgen van geconstateerd wanbeleid (zie HR 4 juni 1997, *NJ* 1997/671 (*Text Lite*); HR 4 april 2003, *NJ* 2003/538 (*Skipper Club Charter*)), maar met de kostenverhaalsregeling van art. 2:354 BW begint de enquêteprocedure wel steeds meer trekken te vertonen van een aansprakelijkheidsprocedure (in vergelijkbare zin: Van Solinge, *Serie VHI*, nr. 140, punt 2). Dit is onwenselijk, want de vaststelling van wanbeleid kan niet automatisch tot persoonlijke aansprakelijkheid leiden). Nu de gemiddelde onderzoekskosten in de afgelopen decennia flink zijn gestegen (aldus Van Calker, *Serie VHI*, nr. 140), is het voor functionarissen des te wranger dat bij de beoordeling van een verzoek ex art. 2:354 BW niet wordt aangesloten bij het criterium van ernstige verwijtbaarheid uit art. 2:9 BW. Dit criterium zou ze

namelijk meer bescherming bieden, nu dit een zwaardere toets is dan die van onjuist beleid. Uit de eerder vermelde VHS-beschikking kan worden afgeleid dat art. 2:9 BW niet van toepassing is bij de beoordeling van een verzoek ex art. 2:354 BW, omdat met de laatstgenoemde bepaling een ‘bijzondere regeling’ is getroffen voor een concrete casuspositie (HR 16 augustus 1996, *NJ* 1997/37, r.o. 3.3.2). Een erg sterke argumentatie is dat naar mijn idee niet. Een betere oplossing zou kunnen zijn dat de Ondernemingskamer bij de beoordeling van een verzoek ex art. 2:354 BW een (groter) onderscheid hanteert tussen onjuist beleid en wanbeleid en slechts in uitzonderlijke situaties overgaat tot toewijzing daarvan of, zoals door sommige schrijvers wordt voorgesteld, dat de kostenverhaalsregeling wordt geschrapt uit het enquêterecht en tot de exclusieve bevoegdheid van de civiele rechter gaat behoren (zie Geerts/Veenstra, t.a.p. nr. 18 en de aldaar vermelde auteurs; zie voorts Van Calker, t.a.p., punt 4). Een schrapping zou weliswaar een extra horde opleveren voor het kostenverhaal, nu dit een afzonderlijke gang naar de civiele rechter nodig zou maken, maar komt de rechtszekerheid voor functionarissen des te meer ten goede.

Uitgangspunt van art. 6:6 lid 2 BW is dat hoofdelijkheid ontstaat op het moment dat twee of meer schuldenaren aansprakelijk zijn voor dezelfde schuld. Ervan uitgaande dat de veroordeling op grond van art. 2:354 BW inderdaad een hoofdelijke kan zijn, moet voor het bepalen van de hoofdelijkheid worden gekeken naar de mate waarin ieder van de aangesproken personen heeft bijgedragen aan en verantwoordelijk is voor het onjuiste beleid. Dit volgt ook uit de wetsgeschiedenis bij art. 2:354 BW: “De toewijzing wordt door de regels van billijkheid beheerst; vandaar het woord ‘kan’ en de mogelijkheid van een slechts gedeeltelijk verhaal. De rechter moet hier naar omstandigheden beslissen, waarbij hij alle omstandigheden, zoals de mate van schuld en de omvang van de kosten tegen elkaar moet afwegen” (*Kamerstukken II* 1968/69, 9596, nr. 6 (MvA), p. 16). Het is inmiddels al jarenlang de praktijk in enquêteprocedures dat als ieder van de aangesproken personen volledig verantwoordelijk is voor het onjuiste beleid, zij voor 100% hoofdelijk worden veroordeeld in de onderzoekskosten (zie bijv. OK 19 juni 1997, *NJ* 1997/673 (*Bobel*)). Als zij niet ieder voor het geheel verantwoordelijk zijn voor het onjuiste beleid, dan kan voor het gedeelte waarin zij *wel* gezamenlijk daaraan hebben bijgedragen alsnog een hoofdelijke veroordeling worden uitgesproken. Stel dat een van hen bijvoorbeeld voor 50% verantwoordelijk is en een ander voor 25%, dan kunnen zij op grond van art. 6:6 lid 2 BW voor 25% hoofdelijk verbonden zijn; in zoverre zijn zij immers aansprakelijk voor dezelfde schuld (zie bijv. OK 2 november 2015, *ARO* 2015/232 (*Meavita*) welke beschikking gedeeltelijk door de Hoge Raad is vernietigd; OK 10 december 1998, *NJ* 1999/390 (*Spiegelburg*)). De Ondernemingskamer zal naar redelijkheid moeten beslissen. Het zal in veel gevallen niet eenvoudig zijn om het handelen van specifieke personen uit te drukken in een percentage waarvoor zij verantwoordelijk zijn voor het onjuiste beleid (dit ging bijvoorbeeld mis in de aangehaalde OK-beschikking inzake *Meavita*). Juist om die reden – en mede gelet op de soms erg hoge bedragen aan onderzoekskosten – moeten er mijns inziens hoge(re) eisen worden gesteld aan de motivering van de OK bij de beoordeling van verzoeken ex art. 2:354 BW. Temeer nu de uitkomst van de enquêteprocedure een belangrijke rol speelt in een opvolgende aansprakelijkheidsprocedure.

E.P.C. Duinkerke
De Kempenaer Advocaten N.V.