

**JOR 2018/69, Gerechtshof Amsterdam, 26-10-2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:4637,
200.204.254/03 OK (annotatie)**

Instantie: Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer)
Datum uitspraak: 26-10-2017
Publicatie: JOR 2018/69 (Sdu Jurisprudentie Onderneming & Recht), aflevering 3, 2018
Annotator: <ul style="list-style-type: none"> • mr. D.-J.F.F.M. Duynstee
ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2017:4637
Zaaknummer: 200.204.254/03 OK
Overige publicaties: <ul style="list-style-type: none"> • ECLI:NL:GHAMS:2017:4637 • AR 2017/6096 • ARO 2018/26 • JONDR 2018/142
Rechtsgebied: Ondernemingsrecht
Rubriek: Ondernemingsrecht
Rechters: <ul style="list-style-type: none"> • mr. Makkink • mr. Wolfs • mr. Beltzer • mr. drs. Boon RA • prof. dr. mr. Ten Have RA
Partijen: Inter-Burgo Netherlands BV te Rotterdam, verzoekster, advocaat: mr. J. van der Kraan, tegen S. Kuen Kweon, zonder bekende vaste woon- of verblijfplaats, verweerder, niet verschenen, en tegen C. Kwon Kim te Moana, Spanje, belanghebbende, advocaat: mr. J. van der Kraan.
Regelgeving: <ul style="list-style-type: none"> • BW Boek 2 - 354

Inhoudsindicatie

Enquêteprocedure, Verhaal van onderzoekskosten, Bestuurder treft persoonlijk verwijt ten aanzien van onjuiste beleid en onbevredigende gang van zaken, Veroordeling tot voldoen van kosten aan vennootschap

Ga direct naar

- [Samenvatting](#)
- [Uitspraak](#)
- [Beslissing/besluit](#)
- [Noot](#)

Samenvatting

De OK is van oordeel dat uit het – niet bestreden – onderzoeksverslag genoegzaam is gebleken van een onjuist beleid of een onbevredigende gang van zaken van Inter-Burgo in de onderzochte periode. Uit het verslag blijkt onder meer: (i) de ernstig verstoorde persoonlijke verhouding tussen Kwon en Kweon in hun hoedanigheid van bestuurders en aandeelhouders; (ii) dat Kweon gebruik heeft gemaakt van corporate opportuniteiten van Inter-Burgo en daarbij zijn eigen belangen heeft laten prevaleren boven de belangen van (de onderneming van) Inter-Burgo; (iii) dat de financiële verslaglegging onvoldoende is geweest met als gevolg dat een onjuiste voorstelling gegeven is van de toestand van Inter-Burgo.

Deze feiten en omstandigheden kunnen tot geen andere conclusie leiden dan dat Kweon zich zodanig laakbaar heeft onttrokken aan zijn uit de wet voortvloeiende verantwoordelijkheid als bestuurder en zodanig ernstige beleidsfouten heeft gemaakt dat hij verantwoordelijk is voor het onjuiste beleid en de onbevredigende gang van zaken. Kweon draagt niet slechts als bestuurder van Inter-Burgo formele verantwoordelijkheid; uit de aard en inhoud van genoemde gedragingen van Kweon volgt dat hem persoonlijk van de onjuistheid van dat beleid en van de onbevredigende gang van zaken een verwijt kan worden gemaakt.

De OK veroordeelt Kweon om de kosten van het onderzoek ex art. 2:354 BW aan Inter-Burgo te voldoen.

Uitspraak

(...; red.)

1. Het verloop van het geding

1.1. Verzoekster, verweerder en belanghebbende worden hierna respectievelijk (ook) aangeduid met Inter-Burgo, Kweon en Kwon.

1.2. Voor het verloop van het geding verwijst de Ondernemingskamer naar haar beschikkingen met nr. 200.176.230/01 OK van 11 en 14 januari 2016 en 28 september 2016, met nr. 200.204.254/01 OK van 24 maart 2017 en met nr. 200.204.254/02 OK van 25 april 2017. 1.3 Bij de beschikking van 11 januari 2016 heeft de Ondernemingskamer – voor zover thans van belang – een onderzoek bevolen naar het beleid en de gang van zaken van Inter-Burgo vanaf 1 januari 2006, een nader aan te wijzen en aan partijen bekend te maken persoon benoemd teneinde het onderzoek te verrichten, alsmede bij wijze van onmiddellijke voorzieningen en vooralsnog voor de duur van het geding een nader aan te wijzen en aan partijen bekend te maken persoon tot bestuurder van Inter-Burgo benoemd en bepaald dat de aandelen in Inter-Burgo – met uitzondering van één aandeel van ieder van de aandeelhouders – ten titel van beheer zijn overgedragen aan een nader aan te wijzen en aan partijen bekend te maken persoon.

1.4. Bij de beschikking van 14 januari 2016 heeft de Ondernemingskamer mr. F.D. Stibbe (verder: de onderzoeker) aangewezen als onderzoeker. Verder heeft de Ondernemingskamer bij die beschikking mr. G. van de Weert (verder: Van de Weert) als bestuurder en mr. W. Bekkers (verder: Bekkers) als beheerder aangewezen.

1.5. Bij de beschikking van 28 september 2016 heeft de Ondernemingskamer – voor zover thans van belang:

– het bedrag dat het bij de beschikking van 11 januari 2016 bevolen onderzoek naar het beleid en de gang van zaken van Inter-Burgo ten hoogste mag kosten verhoogd tot € 50.185,50, de omzetbelasting daarin niet begrepen;

– bepaald dat de vergoeding van de onderzoeker € 50.185,50, de daarover verschuldigde omzetbelasting daarin niet begrepen, bedraagt;

– bepaald dat het verslag met bijlagen van het bij de beschikking van 11 januari 2016 bevolen onderzoek naar het beleid en de gang van zaken van Inter-Burgo ter griffie van de Ondernemingskamer ter inzage ligt voor belanghebbenden.

1.6. Kwon heeft bij op 29 november 2016 ingekomen verzoekschrift met producties de Ondernemingskamer verzocht, bij beschikking uitvoerbaar bij voorraad, vast te stellen dat zich in de periode vanaf 1 januari 2006 bij Inter-Burgo wanbeleid heeft voorgedaan en dat Kweon als bestuurder hiervoor verantwoordelijk is.

1.7. Bij beschikking van 24 maart 2017 heeft de Ondernemingskamer Kwon in zijn verzoek niet ontvankelijk verklaard omdat dit verzoek niet is gedaan binnen de termijn genoemd in art. 2:355, tweede lid BW.

1.8. Bij op 19 april 2017 ter griffie van de Ondernemingskamer binnengekomen verzoekschrift met producties heeft mr. Van der Kraan namens Inter-Burgo de Ondernemingskamer – zakelijk weergegeven – verzocht, bij beschikking, uitvoerbaar bij voorraad, Kweon te veroordelen tot betaling aan Inter-Burgo van de kosten van het onderzoek ad € 50.185,50, de omzetbelasting daarin niet inbegrepen, verhoogd met de wettelijke rente vanaf de dag van indienen van het verzoek tot aan de dag der algehele voldoening.

1.9. Bij beschikking van 25 april 2017 heeft de Ondernemingskamer de bij haar beschikking van 11 januari 2016 getroffen onmiddellijke voorzieningen bij Inter-Burgo beëindigd.

1.10. Het verzoek bedoeld in 1.8 is behandeld ter openbare terechtzitting van de Ondernemingskamer van 14 september 2017. Kweon is, ondanks oproeping daartoe onder meer op de voet van art. 54 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, niet verschenen. Mr. Van der Kraan heeft het standpunt van Inter-Burgo nader toegelicht aan de hand van aan de Ondernemingskamer overgelegde pleitaantekeningen. Voorts heeft mr. Van der Kraan vragen van de Ondernemingskamer beantwoord.

2. De feiten

2.1. De Ondernemingskamer blijft (met een enkele aanpassing en correctie) bij hetgeen zij in haar beschikking van 11 januari 2016 onder 2.1 tot en met 2.18 ten aanzien van de feiten heeft overwogen. Deze houden het volgende in.

2.2. Inter-Burgo is op 24 november 1995 opgericht. De vennootschap houdt zich bezig met de import en distributie van Koreaanse etenswaren. Tevens exploiteert zij direct en indirect enkele Koreaanse supermarkten. Bij Inter-Burgo werken 15-19 mensen.

2.3. Vanaf 8 oktober 1996 tot 4 november 2003 was Yung Ho Kwon, de vader van Kwon (hierna: vader Kwon) enig aandeelhouder van de vennootschap. Vanaf 1 mei 1996 tot 25 maart 2014 was vader Kwon bestuurder van de vennootschap (zie hierna). Op 1 augustus 1998 is Kweon tot medebestuurder van de vennootschap benoemd.

2.4. Op 4 november 2003 heeft vader Kwon de aandelen in de vennootschap (in totaal 40) overgedragen aan zijn zoon Kwon (16 aandelen), zijn neef Kweon (12 aandelen) en aan zijn twee dochters (elk 6 aandelen).

2.5. Op 4 februari 2006 heeft Inter-Burgo een Engelse deelneming opgericht: Han Kook Foods Limited (hierna: Hankook). Hankook is een 100% dochtervennootschap van Inter-Burgo. Zij exploiteert twee supermarkten in Groot Brittannië onder de handelsnaam K-Mart. Kweon is bestuurder van Hankook.

2.6. Op 19 oktober 2006 heeft Kweon K-Mart S.A.R.L (hierna: K-Mart), een vennootschap naar Frans recht, opgericht. De aandelen in deze vennootschap worden voor 90% gehouden door Kweon. Kweon heeft een bedrag van € 600.000 geïnvesteerd in K-Mart. K-Mart exploiteert twee supermarkten in Parijs en koopt haar producten voornamelijk in bij Inter-Burgo en bij de hierna te noemen Franse deelneming van de vennootschap I.B. France S.A.S. (hierna: IB France).

2.7. Op 5 mei 2009 hebben de dochters van vader Kwon hun aandelen in Inter-Burgo overgedragen aan Kwon en aan Kweon, waarna de aandelenverhouding aldus is geworden dat Kwon en Kweon ieder 50% van de aandelen houden in Inter-Burgo.

2.8. Op 21 december 2012 is IB France opgericht (ingeschreven in het betreffende Franse register op 22 mei 2013). Bestuurder van IB France is Kweon.

2.9. In de jaarrekening van 2012 van Hankook staat dat Hankook zowel in 2011 als in 2012 een negatief eigen vermogen heeft.

2.10. Op 7 november 2013 had Inter-Burgo een vordering van USD 895,754,52 op World Wide International Lda, gevestigd te Spanje (hierna: World Wide). De familie Kwon heeft (indirect, via Inter-Burgo S.A.) 50% van de aandelen in deze vennootschap, de overige 50% is in handen van een Angolese vennootschap.

2.11. Bij brief van 23 december 2013 heeft de advocaat van Kwon aan Kweon verzocht een aandeelhoudersvergadering te houden met als agendapunten onder andere shareholder meetings in the past 10 years, en foreign operations (van Inter-Burgo in Groot Brittannië en Frankrijk).

2.12. Op 11 februari 2014 heeft een algemene vergadering van aandeelhouders van Inter-Burgo plaatsgevonden. Kweon heeft daarin onder meer naar voren gebracht dat er de afgelopen jaren geen aandeelhoudersvergaderingen zijn gehouden omdat de informatievoorziening aan Kwon en vader Kwon op informele basis plaatsvond en dat vader Kwon en Kwon hun invloed moeten aanwenden om er voor te zorgen dat World Wide de schuld aan de vennootschap betaalt.

2.13. Op 25 maart 2014 is vader Kwon afgetreden als bestuurder van Inter-Burgo en is Kwon bestuurder geworden van Inter-Burgo. Hij is evenals Kweon zelfstandig bevoegd bestuurder van de vennootschap.

2.14. Bij e-mailbericht van 4 december 2014 heeft Kweon aan Kwon kenbaar gemaakt, zakelijk weergegeven, dat hij zich niet diende te bemoeien met de gang van zaken van Inter-Burgo. Bij e-mailbericht van 17 december 2014 heeft Kweon aan Kwon geschreven "not disturbing for my daily management rights. I would like you to confirm you again that I do not accept your participating in the business meeting."

2.15. Volgens de conceptjaarrekening 2014 van Inter-Burgo bedroeg het netto resultaat in 2013 € 82.483,98 en in 2014 € 68.267,98.

2.16. Op 2 februari 2015 bedroeg de vordering van Inter-Burgo op Hankook € 1.863.551,52, welke vordering (met enigszins wisselende bedragen) sinds 2011 openstaat. Op 2 februari 2015 bedroeg de vordering van Inter-Burgo op World Wide € 689.601,89.

2.17. Op 1 maart 2015 heeft Kweon de vennootschap naar Frans recht Ocean Bleu Holding S.A.S. (verder: Ocean Bleu Holding) opgericht. Kweon is 100% aandeelhouder en bestuurder van deze vennootschap. Blijkens art. 2 van de statuten houdt deze vennootschap zich bezig met "vente au détail, en gros, l'importation-exportation de produits alimentaires ou non alimentaires exotiques, légumes, boucherie, traiteur." Ocean Bleu Holding is een klant van Inter-Burgo.

2.18. Ocean Bleu F&C S.A.S. is in 2015 opgericht door Ocean Bleu Holding die 60% van de aandelen houdt en Kweon die 40% van de aandelen houdt. Ocean Bleu F&C exploiteert net als K-Mart een supermarkt.

2.19. Op 1 november 2015 bedroegen de vorderingen van Inter-Burgo op Hankook en Worldwide respectievelijk € 1.743.346,86 en (nog steeds) € 689.601,89.

2.20. Kwon en Kweon spreken niet meer met elkaar.

3. De inhoud van het verslag

De onderzoeker is in zijn verslag tot de volgende conclusies gekomen:

"10. Samenvatting en aanbevelingen

10.1. Naar het oordeel van de onderzoeker zijn in ieder geval de volgende zaken Kweon in ernstige mate te verwijten:

- a. Kweon heeft gebruik gemaakt van een corporate opportunity van IBN Inter-Burgo] door voor eigen rekening en risico K-Mart en Ocean Bleu F&C te beginnen, waarbij ten aanzien van K-Mart de schijn is gewekt dat K-Mart wel degelijk onderdeel uitmaakte van IBN;
- b. Hij heeft dat gedaan op een wijze waarbij het er minst genomen de schijn van heeft dat in de handelsrelatie tussen IBN en K-Mart, de belangen van K-Mart zijn gesteld boven de belangen van IBN. Zo zijn er aan K-Mart (structureel) hogere kortingen gegeven dan aan andere klanten van IBN (Hankook Food buiten beschouwing gelaten), hebben medewerkers van IBN werkzaamheden verricht ten behoeve van het opzetten van de winkels van K-Mart, heeft K-Mart gebruik kunnen maken van de software van IBN en heeft IBN ten behoeve van K-Mart een bankgarantie gesteld. Daarnaast heeft Kweon zijn aandacht in toenemende mate verschoven naar het managen van de winkels in Parijs ten koste van de aandacht voor IBN en heeft hij zich daar ook door K-Mart voor laten betalen;
- c. Kweon heeft Kwon niet toegelaten als mededirecteur, machtskaarten getrokken naar medewerkers (zoals blijkt uit de processtukken), met alle gevolgen voor de bestuurbaarheid van IBN van dien;
- d. Door geen voorzieningen te nemen voor de vorderingen op Hankook Food en door verschillende posten niet of onjuist te boeken, zijn de jaarrekeningen onjuist opgemaakt en misleidend.

10.2. Mocht op basis van dit verslag tot het oordeel worden gekomen van wanbeleid, dan lijkt het voor de hand te liggen dat Kweon wordt ontslagen als directeur. Hem is het wanbeleid dan toe te rekenen (...)"

4. De gronden van de beslissing

4.1. Inter-Burgo heeft verzocht Kweon te veroordelen in de onderzoekskosten op de voet van art. 2:354 BW. Aan haar verzoek heeft Inter-Burgo ten grondslag gelegd dat, naar uit het onderzoeksverslag blijkt, Kweon verantwoordelijk is voor een onjuist beleid of een onbevredigende gang van zaken van Inter-Burgo. Daarbij heeft zij verwezen naar verschillende passages in het onderzoeksverslag.

4.2. Kwon ondersteunt het verzoek van Inter-Burgo.

4.3. De Ondernemingskamer is met Inter-Burgo van oordeel dat uit het – niet bestreden – verslag genoegzaam is gebleken van een onjuist beleid of een onbevredigende gang van zaken van Inter-Burgo in de onderzochte periode. Uit het verslag blijkt onder meer:

(i) dat de persoonlijke verhouding tussen Kwon en Kweon in hun hoedanigheid van bestuurders en aandeelhouders ernstig is verstoord, dat de verstandhouding zich kenmerkt door groot onderling wantrouwen en dat Kweon Kwon niet de gelegenheid heeft geboden tezamen met hem de vennootschap te besturen hetgeen zich niet verdraagt met het vereiste van collegiaal bestuur. Kweon was verantwoordelijk voor de gang van zaken bij Inter-Burgo en achtte zich vrij om zonder inmenging van Kwon het beleid te bepalen.

(ii) dat Kweon gebruik heeft gemaakt van corporate opportuniteiten van Inter-Burgo door (a) K-Mart op te richten, waarbij door Kweon de schijn is gewekt jegens Kwon dat K-Mart een 100% dochtervennootschap was van Inter-Burgo, terwijl de aandelen in K-Mart in werkelijkheid voor 90% door Kweon en zijn vrouw worden gehouden en (b) zonder toestemming Ocean Bleu F&C op te richten waarin Kweon via Ocean Bleu Holding 60% en rechtstreeks 40% van de aandelen houdt. De groothandels-/winkelactiviteiten die plaatsvinden in K-Mart en Ocean Bleu F&C concurreren evident met die van Inter-Burgo. Kweon heeft bij een en ander zijn eigen belangen laten prevaleren boven de belangen van (de onderneming van) Inter-Burgo. Inter-Burgo heeft aan K-Mart hogere kortingen gegeven dan aan haar andere klanten (Hankook buiten beschouwing gelaten) en K-Mart werd operationeel ondersteund door Inter-Burgo. Zo hebben medewerkers van Inter-Burgo werkzaamheden verricht ten behoeve van het opzetten van de winkels van K-Mart, heeft K-Mart gebruik kunnen maken van de software van Inter-Burgo en heeft Inter-Burgo onverplicht een bankgarantie van € 72.500 ten behoeve van K-Mart gesteld voor de huur van een winkelpand. Daarnaast heeft Kweon zijn aandacht in toenemende mate verschoven naar het managen van de winkels in Parijs ten koste van de aandacht voor Inter-Burgo.

(iii) dat de financiële verslaglegging onvoldoende is geweest met als gevolg dat een onjuiste voorstelling gegeven is van

de toestand van Inter-Burgo. Daarbij gaat het niet om verwaarloosbare onjuistheden in de financiële verslaglegging. Er zijn geen voorzieningen getroffen voor de vorderingen van Inter-Burgo op Hankook (van circa € 1,7 miljoen in 2012) en deze vorderingen zijn ook niet afgeschreven, terwijl de financiële positie van Hankook in de loop der jaren verslechterde. Verder is een lening van £120.000, die Inter-Burgo in 2012 is aangegaan voor Hankook, niet opgenomen in de jaarrekening en is de betaling van Inter-Burgo S.A. voor leveringen van World Wide in 2012 en in volgende jaren ten onrechte geboekt als rentedragende schuld (ten bedrage van € 516.846 in 2014) van Inter-Burgo S.A. aan Inter-Burgo in plaats van als betaling op de schuld van World Wide.

Deze feiten en omstandigheden kunnen tot geen andere conclusie leiden dan dat Kweon zich zodanig laakbaar heeft onttrokken aan zijn uit de wet voortvloeiende verantwoordelijkheid als bestuurder en zodanig ernstige beleidsfouten heeft gemaakt dat hij verantwoordelijk is voor het onjuiste beleid en de onbevredigende gang van zaken. Kweon draagt niet slechts als bestuurder van Inter-Burgo formele verantwoordelijkheid; uit de aard en inhoud van genoemde gedragingen van Kweon volgt dat hem persoonlijk van de onjuistheid van dat beleid en van de onbevredigende gang van zaken een verwijt kan worden gemaakt.

4.4. Op grond van het vorenstaande is het verzoek van Inter-Burgo om de kosten van het onderzoek ad € 50.185,50, op de voet van art. 2:354 BW op Kweon te kunnen verhalen, voor toewijzing vatbaar zoals hierna te vermelden.

4.5 De Ondernemingskamer zal Kweon, als de in het ongelijk te stellen partij, veroordelen in de kosten van het geding.

5. De beslissing

De Ondernemingskamer:

- veroordeelt Kweon om ter zake van de onderzoekskosten aan Inter-Burgo Netherlands B.V. te voldoen een bedrag van € 50.185,50, te vermeerderen met de wettelijke rente over dit bedrag vanaf de dag van deze beschikking;
- veroordeelt Kweon in de kosten van het geding (...; *red.*);
- verklaart deze beschikking uitvoerbaar bij voorraad.

Noot

1. In deze beschikking wordt een voormalige bestuurder van Inter-Burgo Netherlands BV ("Inter-Burgo"), Kweon, veroordeeld om de kosten van het onderzoek op voet van art. 2:354 BW te vergoeden. Een dergelijke beschikking komt geregeld voor, maar de voorgeschiedenis van deze zaak maakt haar opvallend.

2. Inter-Burgo is een familiebedrijf dat zich bezighoudt met de import en distributie van Koreaanse etenswaren en exploiteert eveneens enkele supermarkten. Kweon was ten tijde van de relevante feiten zowel zelfstandig (vertegenwoordigings)bevoegd bestuurder als aandeelhouder van Inter-Burgo. Dat gold ook voor zijn neef Kwon, die op 3 september 2015 het oorspronkelijke enquêteverzoek indiende.

3. Bij beschikking van 11 januari 2016 beveelt de OK een onderzoek naar het beleid en de gang van zaken van Inter-Burgo en benoemt zij bij wijze van onmiddellijke voorziening een tijdelijk bestuurder met beslissende stem. Tevens worden de aandelen met uitzondering van één aandeel van ieder van de aandeelhouders ten titel van beheer overgedragen aan een beheerder.

4. Bij beschikking van 28 september 2016 bepaalt de OK dat het verslag ter griffie van de OK ter inzage ligt voor belanghebbenden. Kwon dient op 29 november 2016 om 00:08 uur – dus twee maanden en 8 minuten na de dag van de eerdere beschikking van de OK – per e-mail een verzoekschrift ex art. 2:355 BW in, waarbij hij verzoekt dat wordt vastgesteld dat zich bij Inter-Burgo wanbeleid heeft voorgedaan en dat Kweon als bestuurder daarvoor verantwoordelijk was. Kwon verzoekt ook om Kweon te veroordelen tot vergoeding van de onderzoekskosten en om Kweon te ontslaan als bestuurder, al wordt niet duidelijk wat de rechtsgrond daarvoor zou zijn. Uit de eerdere beschikkingen lijkt immers te volgen dat de kosten door Inter-Burgo worden gedragen; alsdan is alleen de vennootschap bevoegd tot een dergelijk

verzoek ex art. 2:354 BW.

5. De mondelinge behandeling wordt gepland voor 2 februari 2017. De advocaat van Kwon krijgt daags voor de zitting bericht van de secretaris van OK – kennelijk als waarschuwing – dat de vraag aan de orde zal komen of Kwon ontvankelijk is in zijn verzoek. Deze voelt nattigheid en schrijft dat ziekte en een technische (e-mail)storing aan de zijde van zijn advocaat de reden zijn dat het verzoekschrift niet op 28 november 2016, maar eerst op 29 november 2016 is ingediend.

6. Bij beschikking van 24 maart 2017 verklaart de OK Kwon niet-ontvankelijk in zijn verzoek, gelet op de overschrijding van de tweemaandstermijn van art. 2:355 lid 2 BW. Het beroep op overmacht als gevolg van ziekte en een technische storing met betrekking tot het e-mailaccount van Kwons advocaat en het verweer dat zowel Inter-Burgo als Kweon geen nadeel hebben ondervonden van de te late indiening, slaagt niet. De OK is onverbiddelijk en stelt dat zij de termijn ambtshalve moet bewaken en Kwon dus niet-ontvankelijk is in zijn verzoek.

7. Dit oordeel lijkt me juist, nu sprake is van een vervaltermijn van openbare orde. Een vervolgvraag is of de uitkomst anders zou zijn geweest als de e-mail met het verzoekschrift de dag ervoor om 23:59 uur was ontvangen, omdat de indiening van een verzoekschrift per e-mail strikt genomen niet toegestaan lijkt onder het toepasselijke art. 1.1.1.4 van het Procesreglement. Mogelijk wel, omdat de OK doorgaans geen bezwaar maakt tegen het indienen van stukken per e-mail (met gelijktijdige verzending van de stukken in hard copy).

8. Over de aanvang van de tweemaandstermijn nog het volgende. Art. 2:353 lid 1 BW bepaalt dat het onderzoeksverslag ter griffie van het Gerechtshof Amsterdam wordt nedergelegd. Hieruit blijkt niet door wie de nederlegging geschiedt: de onderzoeker(s) of de griffier. Het is evenwel vaste rechtspraak dat dit door de griffier geschiedt. Bij beschikking van dezelfde dag stelt de OK dan vast voor wie het verslag ter inzage ligt, zoals hier gebeurde op 28 september 2016. In casu was het verslag op 21 september 2016 (al) door de onderzoeker verstuurd aan de OK en bij laatstgenoemde op 22 september 2016 ontvangen (zie nader de kritiek van Hermans op deze praktijk in R.M. Hermans, *Het onderzoek in de enquêteprocedure* (diss., VHI nr. 145) 2017/11.2.5 en Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/788).

9. Deze discrepantie tussen ontvangen en nedergelegd is niet relevant in de onderhavige casus. Hermans (p. 601) stelt de interessante vraag wat er zou gebeuren indien een partij een tweedefaseverzoek indient *nadat* twee maanden sinds de inlevering van het verslag zijn verstreken, maar *binnen* de termijn van twee maanden nadat de griffier het verslag ter griffie heeft neergelegd. Om het risico uit te sluiten dat een rechtspersoon of belanghebbende zich op niet-ontvankelijkheid beroept en bij de Hoge Raad in het gelijk zou worden gesteld, is het mijns inziens voor de praktijk aan te bevelen dat een verzoeker het tweedefaseverzoek indient binnen twee maanden na ontvangst van het verslag.

10. De zaak krijgt een nieuwe wending als de advocaat van Kwon, echter nu namens Inter-Burgo, op 19 april 2017 een nieuw verzoek indient, ditmaal op grond van art. 2:354 BW, om Kweon te veroordelen in de onderzoekskosten. Zoals ik hiervoor in nr. 4 al schreef, kan een dergelijk verzoek in beginsel alleen worden gedaan door de vennootschap nu zij de kosten van het onderzoek zal hebben voldaan. In uitzonderingsgevallen kan dit ook geschieden door bijvoorbeeld de verzoekers van de enquête die de kosten van het onderzoek hebben voldaan; zie HR 18 november 2016, **«JOR» 2017/30**, m.nt. Hammerstein (*Meavita*), r.o. 3.5.2. Dit verzoek onderbouwt Inter-Burgo met het onderzoeksverslag in de hand, waaruit zou volgen dat Kweon verantwoordelijk is voor een onjuist beleid en de onbevredigende gang van zaken. Uit het verslag blijkt inderdaad dat de onderzoeker zeer kritisch is over de rol van Kweon. Op 13 maart 2017, dus voor de indiening van het verzoek ex art. 2:354 BW, heeft Kweon zich overigens doen uitschrijven als bestuurder van Inter-Burgo.

11. Na behandeling ter openbare terechtzitting op 14 september 2017 (waarbij Kweon niet verschijnt) oordeelt de OK inderdaad dat Kweon verantwoordelijk is voor het onjuiste beleid en de onbevredigende gang van zaken van Inter-Burgo. Zij overweegt in r.o. 4.3 dat Kweon niet slechts formele verantwoordelijkheid draagt als bestuurder van Inter-Burgo, maar dat uit de aard en inhoud van de gedragingen van Kweon volgt dat hem persoonlijk van de onjuistheid van dat beleid en van de onbevredigende gang van zaken een verwijt kan worden gemaakt. Deze overweging is letterlijk terug te leiden op de overweging van de Hoge Raad op dit punt in *Meavita* (r.o. 3.6.2).

12. Opvallend is dat de strak gehandhaafde tweemaandstermijn die geldt voor het verzoek tot vaststelling van wanbeleid niet geldt voor het verzoek tot kostenveroordeling van art. 2:354 BW; dit artikel kent in het geheel geen termijn. Mijns inziens zijn er echter goede argumenten om de tweemaandstermijn van art. 2:355 lid 2 BW analoog toe te passen op het verzoek tot kostenveroordeling. Het is moeilijk voorstelbaar dat geen termijn zou gelden voor een verzoek ex art. 2:354 BW (anders dan een beroep op rechtsverwerking). Dit zou immers betekenen dat verzoekers, bestuurders, commissarissen of anderen in dienst van de rechtspersoon in beginsel tot in het einde der dagen geconfronteerd zouden kunnen worden met een verzoek tot kostenverhaal. Naast de rechtsonzekerheid laat het zich voorstellen dat dat een negatief effect op hun bewijspositie zal hebben in een dergelijke procedure.

13. Het betoog van Geerts dat de tweemaandstermijn van art. 2:355 lid 2 BW te kort zou zijn voor het verzoek op grond van art. 2:354 BW, dat een heel ander karakter zou hebben, volg ik niet. Het verzoek kent mijns inziens een sterk soortgelijk karakter en onderwerp en is daarnaast eerder eenvoudiger en minder tijdrovend om op te stellen dan een tweedefaseverzoek (zie Geerts, *Enkele formele aspecten van het enquêterecht*, Kluwer: Deventer 2004, p. 226).

14. Een laatste bezwaar is dat een 2:354 BW-beschikking, waarin bijvoorbeeld wordt vastgesteld dat een bestuurder “*zich zodanig laakbaar heeft onttrokken aan zijn uit de wet voortvloeiende verantwoordelijkheid als bestuurder en zodanig ernstige beleidsfouten heeft gemaakt dat hij verantwoordelijk is voor het onjuiste beleid en de onbevredigende gang van zaken*” en dat hem “*persoonlijk van de onjuistheid van dat beleid en van de onbevredigende gang van zaken een verwijt kan worden gemaakt*” (r.o. 4.3), vergaande gevolgen hebben voor de aansprakelijkheidspositie van een bestuurder in toekomstige procedures. Ook al gebruikt de OK naar aanleiding van de Meavita-beschikking niet meer de bewoording “*ernstig verwijt*” (zoals nog gebruikt in HR 4 april 2014, «**JOR**» **2014/290**, m.nt. De Haan (*Cancun*), r.o. 4.7.11) maar “*verwijt*”. Zie daarover ook A-G Timmerman in zijn conclusie voor Meavita onder nr. 3.40, waarin hij overigens stelt dat “*art. 2:354 BW een soort van lex specialis van art. 2:9 BW is*”. Voor dat onderwerp verwijs ik naar de kritiek van Van Solinge op de ontwikkeling van het verband tussen het oordeel wanbeleid en de toewijzing van het verzoek tot kostenverhaal enerzijds en de aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen anderzijds (Van Solinge, ‘Wanbeleid naar aansprakelijkheid’, in: *Aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen*, VDHI 2017, nr. 140, paragraaf 9). Dit verband is mijns inziens een aanvullende reden voor analoge toepassing van de tweemaandstermijn.

15. Inhoudelijk schurkt een dergelijk art. 2:354 BW-oordeel, ook in de formulering uit Meavita, overigens nogal dicht aan tegen een wanbeleidoordeel, waarvoor de tweemaandstermijn dus wel uitdrukkelijk geldt. Met Van Solinge en Van Calker kan ik me maar moeilijk voorstellen dat een succesvol kostenverhaal mogelijk zou zijn op een bestuurder die in een tweede fase niet verantwoordelijk zou zijn gehouden voor wanbeleid (Van Solinge (2017), paragraaf 5 en Van Calker, ‘Wanbeleid, kostenverhaal en aansprakelijkheid: een fact check’, in: *Aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen*, VDHI 2017, nr. 140, paragraaf 2). In dat licht lijkt het me onwenselijk dat er enerzijds strak de hand wordt gehouden aan de termijn van het instellen van een verzoek tot vaststelling van wanbeleid, maar dat er anderzijds, als partijen dat niet doen, er in voorkomende gevallen door de vennootschap of door verzoekers van de enquête die de kosten van het onderzoek hebben voldaan, via de achterdeur van art. 2:354 BW na afloop van die twee maanden alsnog een verkapt oordeel van wanbeleid gehaald kan worden. Er zou bij gebreke aan analoge toepassing van de OK van de tweemaandstermijn op een verzoek ex art. 2:354 BW, een wetswijziging voor nodig zijn om deze sluiproute te remediëren.

mr. D.-J.F.F.M. Duynstee, advocaat bij Clifford Chance LLP te Amsterdam