

## CORPORATE OPPORTUNITY: (NOG STEEDS) WACHTEN OP DE DOORBRAAK

### 1 Inleiding

Het leerstuk van de “corporate opportunity” lijkt in het Nederlandse recht nog altijd geen vaste voet aan de grond te hebben gekregen. Sterker nog, op zoek naar een geschikte vertaling komen we doorgaans niet verder dan de weinig pakkende omschrijving “zakelijke kans”. Het leerstuk staat in Nederland inmiddels al zo’n 30 jaar<sup>1</sup> in de aandacht, maar vooralsnog met name in de literatuur<sup>2</sup>. Buiten de Ondernemingskamer hebben rechtbanken en gerechtshoven de afgelopen jaren niet veel met dit leerstuk gedaan. Ook de Hoge Raad kwam er nog nooit aan toe zich concreet over dit leerstuk uit te laten.

In 2010 en 2011 zijn wel weer enkele uitspraken geweest waarin de corporate opportunity problematiek een rol speelt. Dat wordt door partijen of de rechter echter niet steeds expliciet benoemd. Een uitzondering daarop vormt de Dyna Music-zaak.

- 
- \* Flip Schreurs en Lisanne van Driel zijn advocaten bij Boels Zanders te Eindhoven resp. Maastricht.
- 1 Verdam wijst er overigens op dat het probleem al veel langer teruggaat. Er kunnen al voorbeelden worden gevonden bij een van de voorgangers van de VOC. Zie A.F. Verdam, *Corporate Opportunities tussen loyaliteit en eigen belang*, SMO, februari 1997, p. 70.
  - 2 Zie in een niet uitputtende opsomming: C.AE. Uniken Venema, ‘Corporate opportunities; aspecten van loyaliteit in het kader van een onderneming naar Amerikaans en Nederlands recht’, in: B. Baardman e.a., *Jurist in bedrijf* (NGB-bundel), Deventer: Kluwer 1980, p. 158; A.F. Verdam, *Corporate Opportunities. Over de toeigening door functionarissen van aan de vennootschap toebehorende business opportunities*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995; J.D. Kleyn en S.G. Brummelhuis, ‘Corporate Opportunities’, *Vennootschap & Onderneming* januari 1993, aflevering 1, p. 6-8; M. Koelemeijer, ‘Redelijkheid en billijkheid in het vennootschapsrecht. Gebruik van corporate opportunities: een (on)geoorloofde gedraging van bestuurders?’, *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie* 94/6154, p. 714-719; A.F. Verdam, *Corporate Opportunities tussen loyaliteit en eigen belang*, SMO, februari 1997; L.G. Hoogerwerf, ‘Corporate Opportunities: aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen voor het toe-eigenen van Corporate Opportunities’, *Vennootschap & Onderneming* november 1999, aflevering 11, p. 134-135; M. Koelemeijer, ‘Belangenverstrengeling van bestuurders in kapitaalvennootschappen’, *Dossier* oktober 2001, nummer 48, p. 20-24; C.S. Goedèl, ‘De positie van de minderheidsaandeelhouder in geval van belangenverstrengeling tussen de vennootschap en de meerderheidsaandeelhouder’, *Vennootschap & Onderneming* april 2002, nummer 4, p. 65-69; D.R.A. Goris, ‘Corporate opportunity leer aanvaard?’, *Vennootschap & Onderneming* november 2006, nummer 11, p. 213-216; E.M. Soerjatin, ‘Begemann: tegenstrijdig belang en corporate opportunity’, *Tijdschrift voor de ondernemingsrechtpraktijk* maart 2007, p. 79-83; M.W.E. Evers, ‘Aandeelhouders en ongeschreven non-concurrentienormen’, *Tijdschrift voor de ondernemingsrechtpraktijk* juli 2011, p. 200-204.

In die zaak heeft het Hof Leeuwarden<sup>3</sup> als eerste Hof in een dagvaardingsprocedure de mogelijkheid gekregen om haar stempel op dit leerstuk te drukken. In tegenstelling tot de rechtbank Zwolle-Lelystad in die zaak in eerste aanleg, heeft het Hof die kans niet gegrepen. Auteurs van dit artikel zullen die uitspraak, enigszins teleurgesteld, behandelen samen met een aantal andere recente uitspraken waarin de corporate opportunity problematiek een rol speelt. Aan de hand daarvan zullen wij onderzoeken wat het leerstuk van de corporate opportunity betekent voor de Nederlandse ondernemingsrechtelijke procespraktijk. Er zal blijken dat het begrip in Nederland nog verre van volwassen is. Omdat het leerstuk impliciet regelmatig een rol speelt, is de vraag of het niet wenselijk is het leerstuk concreter uit te werken in de Nederlandse rechtspraktijk.

In de Nederlandse literatuur is bij het behandelen van de corporate opportunity problematiek van stond af aan verwezen naar normen die in rechtspraak in de Verenigde Staten zijn ontwikkeld. Het betreft van oorsprong ook een in Anglo Amerikaanse rechtsstelsels ontwikkeld leerstuk. In dit artikel zal daarom eveneens naar die normen worden gekeken, meer specifiek de normen zoals ontwikkeld in de staat Delaware, en bezien worden of deze een hernieuwde inspiratiebron kunnen vormen om het leerstuk in Nederland naar een hoger niveau te tillen.

Uniken Venema en Verdam hebben in Nederland als eersten uitgebreid aandacht besteed aan de problematiek en een grotere invloed daarvan op het Nederlandse ondernemingsrecht bepleit. Zij drongen daar met name op aan om het voor functionarissen van een vennootschap meer voorspelbaar te maken welke verplichtingen er op hen rusten in de uitoefening van hun taak in het geval hun persoonlijk belang strijdig wordt aan dat van de vennootschap.<sup>4</sup>

Verdam onderscheidt in zijn proefschrift uit 1995 een vijftal vragen die naar zijn mening moeten worden beantwoord om iets zinnigs over de corporate opportunity te zeggen: (1) wat is een corporate opportunity, (2) voor welke personen geldt het verbod tot het verkeerd aanwenden van een corporate opportunity, (3) op welke gronden moet dat worden getoetst, (4) welke sancties gelden voor overtreding van dat verbod en (5) hoe kan toestemming door de vennootschap worden verleend. Met uitzondering van de laatste komen deze vragen inderdaad aan de orde bij het bespreken van de Nederlandse rechtspraak.

In Nederlandse wetgeving is geen expliciete bepaling opgenomen voor gevallen waarin een functionaris van een vennootschap een corporate opportunity aantreft. De tegenstrijdig belang regeling is voor die gevallen niet relevant, omdat die regeling

---

3 Gerechtshof Arnhem (nvzp Leeuwarden) 29 maart 2011, *JOR* 2011/216 m.nt PS.

4 Onder andere A.F. Verdam, *Corporate Opportunities tussen loyaliteit en eigen belang*, SMO, februari 1997, p. 71.

geldt in gevallen waarin een bestuurder een rechtshandeling aangaat met “zijn” vennootschap. Bij het corporate opportunity vraagstuk gaat de vennootschap nu juist geen rechtshandeling aan, waarbij de vraag opkomt of dat is ingegeven doordat de functionaris zijn eigen belang laat prevaleren boven dat van de vennootschap. In veel gevallen speelt de corporate opportunity problematiek al voordat de tegenstrijdig belang regeling een rol gaat spelen. De corporate opportunity problematiek kan dus als species van de tegenstrijdig belang problematiek worden aangemerkt die buiten de wettelijke regeling valt.<sup>5</sup> Wel is in de Nederlandse corporate governance code een best-practice bepaling opgenomen die alleen geldt voor bestuurders van vennootschappen en niet voor andere functionarissen. Op grond van die bepaling II.3.1 sub d is het een bestuurder niet toegestaan zakelijke kansen die aan de vennootschap toekomen voor zichzelf, of directe aanverwanten, te benutten.

In tegenstelling tot rechtbanken en gerechtshoven in dagvaardingsprocedures, heeft de Ondernemingskamer de corporate opportunity met naam en toenaam genoemd in verschillende arresten<sup>6</sup>. De Ondernemingskamer bepaalde bijvoorbeeld in de Begemann enquête dat vanaf het moment dat “een acuut en niet te verwaarlozen risico dat zich een – onaanvaardbare – vermenging van belangen zou voordoen” bestond, een bijzondere zorgplicht op de meerderheidsaandeelhouder van Begemann rustte.<sup>7</sup> Die meerderheidsaandeelhouder had ten tijde van het mislopen van een zakelijke kans door Begemann de enige commissaris geleverd. Bovendien was die commissaris op dat moment tevens feitelijk enig bestuurder. Achtergrond van deze zorgplicht is artikel 2:8 BW. Dat het doorschuiven van een corporate opportunity van doorslaggevend belang kan zijn bij het vaststellen of sprake is van gegronde redenen om aan een juist beleid bij een vennootschap te twijfelen, kan op grond van rechtspraak van de Ondernemingskamer inmiddels wel worden aangenomen.<sup>8</sup> De Ondernemingskamer lijkt het leerstuk van de corporate opportunity dan ook als leerstuk te hebben erkend.<sup>9</sup>

5 Hetzelfde geldt voor de nieuwe tegenstrijdig belangregeling die volgt uit het Wetsvoorstel Bestuur en Toezicht (wetsvoorstel 31.763). De nieuwe regeling bepaalt dat een bestuurder niet deel mag nemen aan de beraadslaging en besluitvorming indien hij daarbij een persoonlijk belang heeft. Indien de bestuurder zijn vennootschap echter niet op de hoogte brengt van een corporate opportunity, zal de vennootschap niet toekomen aan enige besluitvorming hieromtrent.

6 Gerechtshof Amsterdam (OK) 31 augustus 2001, *JOR* 2001/208; Gerechtshof Amsterdam (OK) 24 februari 2006, *JOR* 2006/125.

7 Gerechtshof Amsterdam (OK) 28 december 2006, *JOR* 2007/68, r.o. 3.3.

8 In Gerechtshof Amsterdam (OK) 31 augustus 2001, *JOR* 2001/208 overwoog de Ondernemingskamer bijvoorbeeld: “Hetgeen hiervoor is overwogen met betrekking tot het “doorschuiven van opportuniteiten” en het functioneren van de raad van commissarissen van de vennootschap leidt tot de slotsom dat ten aanzien van die aspecten sprake is van gegronde redenen om aan een juist beleid van de vennootschap te twijfelen.”

9 Zie ook C.S. Goedél, ‘De positie van de minderheidsaandeelhouder in geval van belangenverstrengeling tussen de vennootschap en de meerderheidsaandeelhouder’, *Vennootschap & Onderneming* april 2002, nummer 4, p. 69.

## 2 Recente Nederlandse rechtspraak

In talloze uitspraken van rechters in dagvaardingszaken komen eveneens feitencomplexen aan de orde waarin corporate opportunities een rol spelen. Het gaat dan om situaties waarin een vennootschap en één of meerdere daarbij betrokken personen verwickeld zijn in een geschil, waarin zakelijke kansen die al dan niet bij die vennootschap thuishoren een rol spelen. Rechters komen vaak niet verder dan het signaleren dat sprake was van een zakelijke kans, zonder daarop het etiket van een corporate opportunity te plakken. De selectie uit recente uitspraken die door ons is gemaakt om hier te bespreken is tamelijk willekeurig; zij is gebaseerd op de wens de diverse invalshoeken te kunnen belichten. In de uitspraken komt de corporate opportunity vaak slechts zijdelings aan de orde. Té zijdelings: een beoordeling aan de hand van het leerstuk zou in van die uitspraken meer helderheid hebben verschaft.

### *Dyna Music*

In de Dyna Music zaak getroostte de rechtbank zich destijds<sup>10</sup> de moeite de problematiek van de corporate opportunity uitgebreid onderdeel te maken van haar overwegingen. De zaak betrof een procedure van de vennootschap tegen haar voormalig bestuurder Uiterlinden (op dat moment alleen nog 50% aandeelhouder). Deze had tijdens zijn eerdere bestuurschap een met de vennootschap concurrerende uitvinding gedaan en daarvoor op eigen naam<sup>11</sup> intellectuele eigendomsrechten aangevraagd. De rechtbank gaf een uitdrukkelijke definitie van een corporate opportunity:

*“een mogelijkheid die zich voor de vennootschap voordoet om een transactie aan te gaan of zakelijke activiteiten te ontplooien die passen binnen het kader van haar bedrijfsvoering, en waarvan kenbaar is dat de vennootschap daar een redelijk belang bij heeft of zou kunnen hebben.”*

De rechtbank oordeelde feitelijk dat de door de toenmalige DGA uitgevonden verbetering moest worden aangemerkt als een aldus gedefinieerde mogelijkheid en “dat bestuurders aan de vennootschap geen corporate opportunity mogen onthouden”.

---

<sup>10</sup> Rechtbank Zwolle-Lelystad 30 januari 2009, *JOR* 2009/30 m.nt. Storm.

<sup>11</sup> Althans op naam van een door hem alleen gecontroleerde vennootschap.

In de hoger beroepsprocedure van dit vonnis<sup>12</sup> heeft het Hof duidelijk geen aandrang het leerstuk verder in het zadel te helpen.<sup>13</sup> Het acht géén verplichting aanwezig om de “*vinding direct, al dan niet om niet, aan Dyna ter beschikking te stellen*”. Wel vindt het Hof dat het aan Uiterlinden op grond van artikelen 2:8 en 2:9 BW “*als bestuurder niet vrijstond een rechtstreeks met Dyna concurrerende onderneming*” op te richten. Het Hof wilde uitdrukkelijk niet in algemeenheid zover gaan dat Uiterlinden, na zijn ontslag als bestuurder, als “*aandeelhouder niet in concurrentie met de vennootschap waarin hij aandelen houdt mag treden en dat dergelijke concurrentie in strijd is met art. 2:8 BW.*” Na een vergelijking met een aandeelhouder in een beursvennootschap – die volgens het Hof wél moet kunnen concurreren – oordeelt het Hof dat Uiterlinden, indien hij na zijn bestuurderschap “zijn” vennootschap (die in sterke mate het karakter van een personenvennootschap heeft) concurrentie aandoet, gedurende twee jaar in strijd met art. 2:8 BW handelt en daarmee schadelijktig wordt jegens die vennootschap<sup>14</sup>. Helaas voor de wetenschap lijkt er geen cassatie tegen het arrest van het Hof te zijn ingesteld. Het was interessant geweest om de visie van de Hoge Raad op deze zaak te krijgen.

#### *Ontvanger/Wesselman*

Een duidelijk geval van een corporate opportunity, speelde in Ontvanger/Wesselman<sup>15</sup>. Alhoewel de rechters in geen enkele instantie over het leerstuk repten, werd dit wel door procespartijen en de AG aangestipt. De curator van Steenbok Reuver BV trof een partij tegels in de boedel aan die was getaxeerd op 150.000 gulden liquidatiewaarde en 750.000 gulden onderhands. DGA Wesselman kocht de tegels van de curator voor een bedrag van 250.000 gulden maar vertelde de curator niet dat hij die tegels op dat moment al had doorverkocht voor een bedrag van maar liefst 850.000 gulden. De boedel liep dus 600.000 gulden mis. Vreemd genoeg was het niet de curator die daar wat tegen deed, maar de Ontvanger, die met een onbetaalde vordering van 100.000 gulden was blijven zitten.

Het Hof constateerde dat op een bestuurder en meerderheidsaandeelhouder als Wesselman weliswaar een bijzondere zorgplicht kan rusten ten opzichte van de

12 Hof Arnhem 29 maart 2011, *JOR* 2011/216.

13 Het Hof was door de opstelling van partijen merkbaar geïrriteerd Zie o.m. r.o. 5: Het Hof refereert aan het procesbelang van “*enige duizenden euro's, zijnde een fractie van de inmiddels door beide partijen gemaakte proceskosten*”. En r.o. 7: “*Dat Dyna zich niet tot de hoofdzaken kan beperken en zich verliest in al maar uitdijende processtukken, brengt voor de rechter niet de verplichting mee om al deze stellingen, relevant of niet, in extenso weer te geven.*” De zaak draait geheel om een verbetering aan het mondstuk van een dwarsfluit. Het enige dat in het arrest van het Hof ontbreekt, is een voor de hand liggende woordspeling op “dwars”.

14 Daarvoor trekt het Hof in r.o. 15 enigszins gezocht een parallel met een overtreding van het mededingingsrecht.

15 HR 11 februari 2011, *JOR* 2011/114 m.nt Van Aniel, *NJ* 2011/305 m.nt. Van Schilfgaarde. Ook besproken in A Corporate Cloak, Ph.W. Schreurs in Jaarboek Insolad 2011, De Ondernemende Curator.

gezamenlijke schuldeisers, maar dat in casu niet vaststond of Wesselman door de curator was benaderd<sup>16</sup> als een dergelijke DGA of (zoals Wesselman daartegenover stelde) als een in de branche goed ingevoerde handelaar. De Hoge Raad stelde daarentegen dat de bijzondere hoedanigheid van bestuurder óók op een bestuurder blijft rusten als hij in een andere hoedanigheid betrokken is bij een zakelijke kans. De Hoge Raad achtte Wesselman derhalve wel aansprakelijk. Opvallend genoeg als eerste: zowel Rechtbank, Hof als AG achtten Wesselman niet aansprakelijk. Het lijkt er derhalve op (al zal dat na verwijzing door het Hof Den Haag moeten worden vastgesteld) dat de Hoge Raad vindt dat de DGA deze corporate opportunity aan de vennootschap had moeten laten toevallen. De Hoge Raad formuleert dit door te stellen dat op een DGA in dit soort gevallen een *bijzondere zorgplicht* jegens (individuele of gezamenlijke) crediteuren rust.

#### *Frank's Security*

Er zijn betrekkelijk veel<sup>17</sup> zaken als de volgende<sup>18</sup>. Het betreft een klassiek geval waarbij – in dit geval kennelijk om de gezamenlijke crediteuren, maar vaak ook om een individuele crediteur of een niet langer gewaardeerde medeaandeelhouder buitenspel te zetten – de activa rücksichtslos verhangen worden naar een Newco in de veronderstelling<sup>19</sup> dat het leven daarna geruisloos zijn gang zal hernemen. Feitelijk verandert na zo'n transactie niets; de achterliggende persoon gaat op dezelfde wijze door met ondernemen alleen via een andere vennootschap en laat vanaf dat moment alle corporate opportunities niet bij de oude maar alleen bij de nieuwe vennootschap landen.

Frank's BV Security was actief in de beveiligings- en bewakingswereld. Op enig moment kwam de vennootschap in liquiditeitsproblemen. Alle activa en enkele schulden aan gelieerde crediteuren, maar niet de schulden aan de belastingdienst, bedrijfsvereniging, pensioenfondsen en handelscrediteuren, werden overgenomen door de vrijwel gelijknamige Frank's Security BV. Een klassieke katvanger werd bestuurder, met weinig anders te doen dan het faillissement afwachten. Zodra dat zich aandeede vorderde de curator (vanzelfsprekend) ongedaanmaking van de overdracht op grond van de pauliana alsmede aanzuivering van het boedeltekort op grond van bestuurdersaansprakelijkheid.<sup>20</sup> De rechtbank oordeelde ten aanzien van de benadeling dat sprake was "*van een zodanige evidentie dat er welhaast geen*

---

16 In deze benadering zag de AG het "vrijgeven" van de opportunity door de curator. Naar onze mening was de opportunity echter de verzwegen mogelijkheid voor een lucratieve doorverkoop.

17 Zie bijvoorbeeld ook *LJN* BO8168, Rechtbank Maastricht 8 december 2010 (hier niet besproken omdat deze overigens niet gepubliceerd is). Daarin verhingen drie aandeelhouders de activiteiten van de vennootschap ten detrimente van een vierde aandeelhouder.

18 Rechtbank Den Bosch 27 januari 2011, *JOR* 2011/154.

19 Die soms uitkomt, vaak door een tekort aan strijdlust.

20 Hier had de curator wellicht ook een vordering gebaseerd op de tegenstrijdig belang regeling kunnen overwegen.

woorden aan gewijd hoeven te worden.”<sup>21</sup> Ook de 2:248 BW-vordering verliep voorspelbaar. De betrokken bestuurder eindigde dit (tussen)vonnis derhalve met een serieus vooruitzicht op veroordeling tot betaling van een boedeltekort van ruim 6 ton.

#### *Erco*

De reden dat wij de volgende uitspraak bespreken is gelegen in het feit dat hier niet een bestuurder of aandeelhouder een rol speelt, maar een werknemer in een situatie die (minst genomen) dicht tegen de corporate opportunity problematiek aanligt.

Het betrof een kort geding<sup>22</sup> van X BV (“Newco”) tegen Y. Y was als gewone werknemer in dienst geweest van Erco BV. Met hem was nota bene géén concurrentie- of relatiebeding overeengekomen, maar uitsluitend een geheimhoudingsbeding. Erco ging failliet en de curator verkocht de gehele onderneming inclusief goodwill aan Newco. Y sloeg de hem door Newco aangeboden betrekking af en trad dezelfde dag in dienst van Z BV. Y was bij Erco projectleider geweest voor alle (kennelijk zeer aanzienlijke) opdrachten die Erco verrichtte voor diverse Rabobanken. De Voorzieningenrechter vond Y’s enkele indiensttreding bij Z (uiteraard) niet onrechtmatig tegenover Newco. Maar, omdat (1) Y “*gezicht en aanspreekpunt van Erco naar de Rabobank-Coöperaties was geweest*”; (2) Y bij Z exact dezelfde functie ging vervullen; (3) die Rabobanken nadien ook allemaal klant bij Z waren geworden, zelfs indien zij nog projecten bij Erco hadden lopen die Newco had willen overnemen; (4) Y direct na het faillissement alle Rabobanken en andere klanten had aangeschreven met de suggestie betrokken te zijn bij een doorstart; (5) Y direct na het faillissement allerlei commerciële gegevens van Erco naar zijn privé e-mailadres had verstuurd; en ten slotte (6) hij zijn zakelijk mobiele nummer van Erco op zijn eigen naam had laten overschrijven; vond de Voorzieningenrechter toch dat Y jegens Newco een concurrentieverbod moest worden opgelegd voor de duur van 6 maanden<sup>23</sup>. Op een werknemer rust geen verplichting om na een doorstart in dienst te treden bij de nieuwe vennootschap. Maar is er afhankelijk van de eerdere (in casu grote) betrokkenheid van de functionaris bij de vennootschap wel een verplichting de corporate opportuniteiten aan zijn voormalige werkgever te laten.

<sup>21</sup> R.o. 7.2.3.

<sup>22</sup> Voorzieningenrechter Den Bosch 30 juli 2010 (Mr. Loesberg), *JOR* 2011/65.

<sup>23</sup> Een redelijk opvallende uitspraak, afgezet tegen vergelijkbare uitspraken in het verleden. Eiser Newco had in dit geval goed feitenonderzoek gedaan en maakte het de Voorzieningenrechter daarom niet moeilijk. Overigens komt in deze uitspraak het woord “corporate opportunity” niet voor. De advocaat van één der partijen berichtte ons dat in appèl de zaak volledig de andere kant is uitgegaan en de voormalige werknemer alsnog (achteraf) volledige vrijheid van handelen kreeg. Dat is overigens in lijn met enkele andere recente uitspraken gepubliceerd ná het afsluiten van dit artikel: Voorzieningenrechter Dordrecht 20 augustus 2010, *JOR* 2012/26 (VanDoClean/van Dijk c.s.) en Rechtbank Almelo sector Kanton 30 augustus 2011, *JOR* 2012/27 (Boomkamp/Stekelenburg q.q.).

### *Induna en Client First*

Zoals gezegd komen ook in aandeelhoudersgeschillen veelvuldig corporate opportunity aspecten aan de orde. Zo stelde een van de twee 50%-aandeelhouders tevens gezamenlijk bevoegde bestuurders in de Induna-beschikking<sup>24</sup> dat de andere DGA een “zakelijke kans” die de vennootschap toekwam zelf had benut. Bij de mondelinge behandeling bleek echter dat de ene DGA verwerving van die kans door de vennootschap expliciet had tegengehouden en de ander de opportunity te baat had genomen onder het gelijktijdige aanbod die voor de aankoop som naar de vennootschap door te stoten<sup>25</sup>.

In de volgende recente enquêtezaak<sup>26</sup> ging het wél inhoudelijk over de corporate opportunity. Het betrof een al tamelijk ver gevorderd aandeelhoudersgeschil. De betrokkenen waren het er over eens dat minderheidsaandeelhouder Boevé uitgekocht moest worden uit vennootschap Client First, maar verschilden nog van mening over de prijs<sup>27</sup>. De meerderheidsaandeelhouder/enig bestuurder, Paanakker, werd echter ongeduldig en richtte een nieuwe vennootschap op, First Company. Deze vennootschap benutte, aldus Boevé, een aantal door Client First om onbegrijpelijke redenen onbenut gelaten corporate opportunities. De OK overwoog dat Client First:

*“jegens Boevé als minderheidsaandeelhouder een bijzondere zorgvuldigheid in acht te nemen heeft en meer in het bijzonder ervoor heeft te waken dat verstrengeling van haar belangen met die van Paanakker wordt voorkomen. (...) Client First en Paanakker hebben niet op bevredigende wijze opgehelderd waarom Paanakker deze activiteiten in de daartoe opgerichte First Company heeft ondergebracht en niet in Client First. (...) Daar komt bij dat er aanwijzingen bestaan dat activiteiten zijn overgeheveld van Client First naar First Company.”*

Kortom, corporate opportunities of daarop gelijkende feitencomplexen vormen regelmatig een bron van geschillen en procedures. Desalniettemin heeft alleen de rechtbank Zwolle-Lelystad in een dagvaardingsprocedure dit concrete label op het geschil geplakt en grijpen rechters bij de beoordeling van dergelijke geschillen naar verschillende leerstukken. De afloop van dergelijke procedures is daardoor wat moeilijk te voorspellen en voor een functionaris van een vennootschap is lastig te voorzien welk gedrag wel en niet door de beugel kan in het Nederlandse recht. De gang van zaken bij de rechtbank en het hof in Ontvanger/Wesselman maakt duidelijk dat dat zeer wel in het voordeel van bestuurders kan zijn.

---

24 Hof Amsterdam (OK) 8 september 2011, *ARO* 2011/139.

25 Zoals wij hierna nog zullen stellen een relevant element om latere aansprakelijkstelling te voorkomen.

26 Hof Amsterdam (OK) 22 september 2011, *ARO* 2011/145 (Boevé International/Client First Beheer BV)

27 Daarover liep separaat een arbitrage.



### 3 Rechtspraak uit Delaware

Alvorens algemene conclusies te trekken uit de hiervoor besproken casus, is het interessant om een uitstap te maken naar een ander rechtstelsel waar de corporate opportunity al vele jaren uitgebreid in rechtspraak aan de orde is gekomen. Dit geldt in het algemeen voor Anglo-Amerikaanse rechtstelsels en specifiek voor de Amerikaanse staat Delaware. Die staat is in de Verenigde Staten een voorloper op het gebied van corporate litigation vanwege de grote hoeveelheid vennootschappen die naar het recht van die staat zijn opgericht.

Een van de landmark cases uit Delaware die ook in Nederlandse literatuur al vele malen is genoemd is Guth v. Loft Inc uit 1939. De zaak betrof het volgende. De onderneming van Loft hield zich bezig met het produceren en verkopen van o.m. frisdrank. Loft verkocht haar producten in meer dan 100 eigen winkels aan de Oostkust van de Verenigde Staten. Omdat Loft geen beschikking had over een recept om cola te maken, kocht zij daarvoor siroop in bij Coca Cola.

In 1931 werd Guth President van Loft. Kort na het aantreden van Guth ontstond er wrijving tussen Loft en Coca Cola, omdat Loft van mening was dat Coca Cola een te hoge prijs vroeg voor haar siropen. Bij Loft onderzocht men daarom of Loft niet kon overstappen naar de goedkopere siroop van (het op dat moment relatief onbekende) Pepsi cola. Concreet verzocht Guth op 19 mei 1931 aan een van de vicepresidenten van Loft om te onderzoeken of het mogelijk was over te stappen op Pepsi cola. Toevalligerwijs bleek later dat Pepsi cola een dag eerder op 18 mei 1931 haar faillissement had aangevraagd.

Kort na het faillissement van Pepsi cola werd Guth benaderd om van de curator van Pepsi cola de geheime formule van Pepsi cola en het merkenrecht te verwerven. Guth wilde van die mogelijkheid gebruik maken en richtte – geheel buiten Loft om<sup>28</sup> – samen met een zakenpartner Pepsi-Cola Company op.

Het lukte Guth echter niet om Pepsi-Cola Company volledig te financieren en ook zijn zakenpartner kon niet voldoende bijdragen. Guth gebruikte vervolgens vrijwel het volledige werkkapitaal van Loft, net als haar fabrieken, materialen en personeel, om Pepsi-Cola Company van de grond te krijgen. Daarbij hield hij bij welke

---

28 Overigens stelde Guth in de procedure dat hij wel degelijk overleg het gevoerd met het bestuur van Loft alvorens tot de aankoop over te gaan. Hij slaagde echter niet in die bewijslast. Daarbij speelde een rol, zoals later ook aan de orde zal komen, dat Guth een erg overheersende rol binnen Loft innam en geen tegenspraak dulde. De Delaware Supreme Court achtte daarom de kans dat Loft tegenspraak had gekregen van het bestuur indien Guth daar wel melding had gemaakt van de corporate opportunity, zeer klein en wierp dat aan hem tegen. “*Guth was not merely a director and the president of Loft. He was its master. It is admitted that Guth manifested some of the qualities of a dictator. (...) Guth, of course, was Loft.*”

bedrijfsmiddelen van Loft voor Pepsi-Cola Company werden aangewend en op het moment dat Pepsi-Cola Company wat winst begon te maken, werd daarvoor een bescheiden vergoeding aan Loft afgedragen. De kosten kwamen aanvankelijk dus geheel voor risico van Loft.

Ondertussen was Guth in de uitvoering van zijn werkzaamheden voor Loft nog bezig met het uitwerken van het eerdere plan om Loft geheel over te laten stappen van Coca Cola naar Pepsi cola. De overstap naar het op dat moment nog veel minder bekende Pepsi cola vond plaats en Loft leed hierop aanzienlijke verliezen.

Gevoelsmatig is duidelijk dat het gedrag van Guth niet door de beugel kon. In eerste aanleg bepaalde de Chancellor in Delaware dat Guth een corporate opportunity aan Loft had ontnomen en dat hij die opportunity op onrechtmatige wijze (*wrongfully*) aan zichzelf had toegeëigend. Guth moest daarom zijn aandelen, dividend en loon zoals ontvangen voor zijn werkzaamheden voor Pepsi aan Loft betalen.

Ook de Delaware Supreme Court oordeelde dat het gedrag van Guth de toets der kritiek niet kon doorstaan. De Court overwoog als volgt:

*“if there is presented to a corporate officer or director a business opportunity which the corporation is financially able to undertake, which is, from its nature, in the line of the corporation’s business and is of practical advantage to it, is one in which the corporation has an interest or a reasonable expectancy, and, by embracing the opportunity, the self-interest of the officer or director will be brought into conflict with that of his corporation, the law will not permit him to seize the opportunity for himself.”*

De uitspraak van de Delaware Supreme Court in de zaak Guth v. Loft, Inc. is in de jaren erna nog regelmatig aangehaald bij het beoordelen van situaties waarin sprake was van een corporate opportunity.<sup>29</sup>

Een nieuwe bevestiging van de overweging van de Supreme Court of Delaware in de zaak Guth v. Loft, Inc. kwam in de zaak Equity Corporation v. Milton<sup>30</sup>. Daarin werd bovendien overwogen dat de corporate opportunity leer niet alleen zou moeten gelden voor bestuurders en functionarissen van de vennootschap, maar onder omstandigheden ook voor andere bij de vennootschap betrokken partijen zoals aandeelhouders. Waar op het bestuur een bepaalde verplichting rust uit hoofde van zijn taak als beleidsbepaler van de vennootschap, moet een dergelijke verplichting ook gelden voor andere betrokkenen die in een bijzondere vertrouwensrelatie tot de

---

29 Zie bijvoorbeeld Broz v. Cellular Information Systems, Inc. 673 A.2d 148 (Del. 1996) en Johnston v. Greene, 121 A.2d 919, 922 (Del. Ch. 1956).

30 Equity Corp v Milton, 213 A2d 439 (Ch Ct 1965), aff d, 22/ A2d 494 (1966).

vennootschap staan ongeacht welk etiket op hun functie kan worden geplakt: “*Ordinarily the directors speak for and determine the policy of the corporation. When the majority of the stockholders do this, they are, for the moment, the corporation.*”

Uit de rechtspraak volgt dat in Delaware vrij consequent drie tests worden meegewogen aan de hand waarvan wordt bepaald of sprake is van een corporate opportunity:

1. capacity test: in welke hoedanigheid kwam de zakelijke kans de functionaris ter kennis, in privé of in de uitoefening van zijn functie?
2. line of business test: past de zakelijke kans in de bedrijfsuitoefening van de vennootschap?
3. interest and expectancy test: is de zakelijke kans in het belang van en nuttig voor de bedrijfsuitoefening van de vennootschap?

Wanneer aan de hand van bovengenoemde criteria wordt geoordeeld dat sprake is van een corporate opportunity, kan een bestuurder in Delaware alleen nog aan aansprakelijkheid ontkomen, als (i) het gaat om een opportunity waarvoor het de vennootschap aan de financiële middelen ontbrak om hem te gebruiken, of (ii) de vennootschap toestemming heeft gegeven voor het gebruik van de zakelijke kans door de functionaris.

De uiteindelijke uitwerking van deze criteria is niet een vastomlijnd gegeven. Daarvoor vallen rechters terug op alle feiten en omstandigheden van het geval. Het is belangrijk om daarbij in het oog te houden dat het systeem in Delaware is gebaseerd op zogenaamde fiduciary duties. Die duties zijn een uitvloeisel van het feit dat het systeem in Delaware is gebaseerd op het trustrecht, dat zich op haar beurt in het equity recht heeft ontwikkeld. Uitgangspunt is daarbij een toetsing aan de billijkheid en aan het geweten.<sup>31</sup> Aan de hand van de fiduciary duties wordt steeds weer bepaald of een bepaald gedrag van een stakeholder van een vennootschap is toegestaan. De belangrijkste plichten die op betrokkenen bij een vennootschap rusten zijn de loyaliteitsplicht (duty of loyalty) en de zorgplicht (duty of care). Daarnaast speelt ook de goede trouw (good faith) een rol. Het leerstuk van de corporate opportunity is voornamelijk een afgeleide van de loyaliteitsplicht. Uit hoofde van die verplichting moet een functionaris onder andere steeds nagaan of hij een conflicterend belang heeft bij een transactie van de vennootschap. In dat geval gelden er voor de functionaris bijzondere zorgvuldigheidsnormen.

---

<sup>31</sup> A.F. Verdam, *Corporate Opportunities. Over de toeigening door functionarissen van aan de vennootschap toebehorende business opportunities*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995, p. 12 e.v.

Over de uitleg van deze criteria in concrete casus aan de hand van de loyaliteitsplicht valt dan ook nog wel het een en ander te zeggen. Dat is inmiddels ook gebleken uit de uitspraken die in Delaware zijn gevolgd. Alhoewel rechters nog altijd teruggrijpen op de testen zoals geformuleerd in de zaak Guth v. Loft, is de concrete toepassing daarvan nog in ontwikkeling. Rechters lijken elkaar bovendien niet steeds te volgen. De feiten en omstandigheden van het geval blijven van grote invloed.<sup>32</sup>

#### 4 Mogelijkheden voor Nederland en problemen

Het Dyna Music arrest van het Hof Leeuwarden illustreert dat de corporate opportunity problematiek in vergelijking met de rechtspraak in Delaware hier nog in de kinderschoenen staat. De Nederlandse uitspraken die wij hiervoor hebben aangehaald, tonen aan dat het begrip corporate opportunity in Nederland vanuit zeer verschillende invalshoeken aan de orde kan komen: non-concurrentie, pauliana, bestuurdersaansprakelijkheid, tegenstrijdig belang, onrechtmatige daad, zorgplicht en redelijkheid en billijkheid. Die invalshoeken zijn toegesneden op de individuele zaak. Oog hebben voor de corporate opportunity aspecten zou meer eenheid scheppen in de uitkomst van die zaken en dat zou goed zijn voor de rechtszekerheid. Daarvoor dient echter allereerst vast te worden gesteld wat als corporate opportunity dient te worden aangemerkt.

##### 4.1 Wat is een corporate opportunity?

Verdam sloot aan bij Uniken Venema toen hij de corporate opportunity definieerde als:

*“een mogelijkheid voor de vennootschap om een transactie aan te gaan (een business opportunity) die past in het kader van de huidige of in de toekomst te verwachten ondernemingsactiviteiten van de vennootschap, of die anderszins in verband staat met de activiteiten van de vennootschap.”*<sup>33</sup>

---

32 Het gevolg is dat inmiddels in Amerikaanse literatuur ook onvrede is ontstaan over de toepassing van de criteria en voorstellen worden gedaan om de voorzienbaarheid van de toepassing van de criteria te vergroten. Zie bijvoorbeeld S.M. Bainbridge, *Rethinking Delaware's Corporate Opportunity Doctrine*, *UCLA School of Law Law & Economics Research Paper Series*, no. 08-17 en M.J. Lane, *Representing Corporate Officers, Directors, Managers, and Trustees*, Second Edition, Aspen Publishers, P. 5-2. Er worden zelfs volledige wiskundige formules geïntroduceerd om de benodigde helderheid te scheppen. E. Talley, 'Turning Servile Opportunities to Golf A Strategic Analysis of the Corporate Opportunities Doctrine', *The Yale Law Journal*, 1998-1999, Volume 108:277, p. 277-375.

33 A.F. Verdam, *Corporate Opportunities. Over de toeigening door functionarissen van aan de vennootschap toebehorende business opportunities*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995, p. 1.

De rechtbank Zwolle Lelystad voegde daar een belangcriterium aan toe:

*“een mogelijkheid die zich voor de vennootschap voordoet om een transactie aan te gaan of zakelijke activiteiten te ontplooien die passen binnen het kader van haar bedrijfsvoering, en waarvan kenbaar is dat de vennootschap daar een redelijk belang bij heeft of zou kunnen hebben.”*

De rechtbank Zwolle Lelystad voegt aan de definitie van Uniken Venema en Verdam derhalve de Angelsaksische “interest and expectancy test” toe. Deze toevoeging lijkt ons onontkoombaar omdat het niet in alle gevallen onredelijk is om een zakelijke kans niet voor een vennootschap aan te wenden, nl. wanneer deze niet past in de te verwachten ondernemingsactiviteiten van de vennootschap. Een vennootschap kan bijvoorbeeld al hebben besloten tot het op korte termijn afstoten van bepaalde ondernemingsactiviteiten. De vennootschap zou op dat moment geen belang meer kunnen hebben bij het aangaan van de transactie, terwijl dit wel binnen de huidige ondernemingsactiviteiten valt.

In beide definities moet er sprake zijn van een mogelijkheid die ligt in de lijn van de bestaande bedrijfsvoering van de vennootschap. Dit komt overeen met de in Delaware gehanteerde “line of business test”. In de hierboven besproken Nederlandse uitspraken gaat het in de faillissementszaken steeds om *bestaande* activiteiten: de identiteit geeft de doorslag in deze zaken. In de aandeelhoudersgeschillen gaat het om activiteiten die *verwant* zijn aan de activiteiten van de gelaedeerde vennootschap. Zo onderscheidt de OK in de Client First zaak een trits van activiteiten “*die nagenoeg hetzelfde zijn als, althans ten dele overlappend en ieder geval aanpalend*”<sup>34</sup> aan de bestaande activiteiten.

In Nederland is geen rechtstreekse (wettelijke) verplichting om een corporate opportunity in te brengen in de vennootschap waarbij degene die zich van die opportunity bewust wordt nauw betrokken is. Zo kan een DGA uiteraard niet verplicht worden een nieuwe vinding in te brengen in zijn ene vennootschap als hij plausibele redenen heeft om die in een andere vennootschap onder te brengen. Te denken valt aan fiscale of aansprakelijkheidsoverwegingen of welke andere normale overweging iemand<sup>35</sup> ook maar kan hebben om een activiteit in een separate entiteit onder te brengen. Wel komt in Nederland de zorgplicht van een functionaris van een vennootschap in het geding, wanneer hij zonder goede reden, niet overgaat tot een corporate opportunity benutten voor die vennootschap.<sup>36</sup>

---

34 R.o. 3.4

35 Of een concern.

36 Zie over de zorgplicht in het Nederlandse vennootschapsrecht: A.F. Verdam, De zorgplicht van de bestuurder van een rechtspersoon’, *Onderneming & Financiering* 2010, nummer 2, p. 93.

In het slot van de definitie van de Rechtbank Zwolle-Lelystad (“*en waar zij een redelijk belang bij heeft*”) lijkt ervan te worden uitgegaan dat de vennootschap onder alle omstandigheden zelf aanspraak kan maken op de corporate opportunity, zolang zij daarbij maar een redelijk belang heeft. Ook in bepaling II.3.1 sub d van de Corporate Governance Code wordt inbreng van de corporate opportunity zonder verdere nuancering opgelegd aan de bestuurder. De in de Nederlandse rechtspraak figurerende “zorgplicht” tot inbreng van de opportunity ontstaat echter pas ten gevolge van de *betrokkenheid van anderen* bij de reeds bestaande vennootschap, althans door die betrokkenheid van derden ontstaat er een (door de Rechtbank Zwolle-Lelystad genoemd) *redelijk* belang. In de hiervoor bedoelde aandeelhoudersgeschillen (Dyna, Induna en Client First) zijn die derden de mede- of minderheidsaandeelhouders en in de faillissementskwesties (Wesselman en Frank’s Security) zijn dat de gezamenlijke crediteuren of een specifieke crediteur.

In het geval de betrokken derden buitenstaanders (vermoedelijk vrijwel altijd crediteuren, maar onder omstandigheden wellicht ook werknemers of klanten) zijn, kunnen zij rechtstreeks degene aanspreken die de corporate opportunity aan de vennootschap heeft onthouden. Een dergelijke vordering zal slagen indien diegene daarmee jegens de buitenstaander een onrechtmatige daad heeft gepleegd of een op hem rustende zorgplicht heeft geschonden.

#### 4.2 Voor welke personen geldt het verbod?

De belangrijkste vraag is *wie* nu zijn of kunnen worden gehouden om een corporate opportunity aan de vennootschap te laten toevallen<sup>37</sup>. De desbetreffende persoon zullen we aanduiden met de term “functionaris”. In de hiervoor behandelde alsmede eerder gewezen rechtspraak in Nederland zijn de volgende functionarissen de revue gepasseerd:

- bestuurder;
- aandeelhouder;
- bedrijfsleider.

Voor een zittend bestuurder lijkt het vanzelfsprekend dat er een verbod bestaat om corporate opportunities ten behoeve van zichzelf aan te wenden, in ieder geval als daarvoor geen expliciete toestemming is gegeven door de vennootschap. Dit vloeit rechtstreeks voort uit de kerntaak van het bestuur.<sup>38</sup> Op hem rust de verplichting om corporate opportunities te signaleren en voor de vennootschap bruikbaar te maken.

---

<sup>37</sup> Dat zal immers degene zijn tegen wie de rechtsmaatregel moet worden ingesteld.

<sup>38</sup> Artikel 2:239 BW.

In Ontvanger/Wesselman kwam ter sprake of de zakelijke kans aan de bestuurder als zodanig of in een andere hoedanigheid werd aangeboden. Dit is één van de tests die men in Delaware aanlegt (de “capacity test”). Het komt ons voor dat het onderscheid of een zakelijke kans onder de aandacht van de functionaris is gekomen in zijn hoedanigheid van privé persoon of in de uitoefening van zijn functie in de praktijk moeilijk te maken is.<sup>39</sup> De Hoge Raad acht dat onderscheid in Ontvanger/Wesselman ons inziens dan ook terecht irrelevant.

In Nederlandse rechtspraak hebben wij niet teruggezien dat wordt overwogen dat een bestuurder een zakelijke kans (per definitie) zelf mag gebruiken wanneer de vennootschap op het moment dat de kans zich voordoet financieel niet in de gelegenheid is om de kans zelf op te pakken. Het is ook lastig om vast te stellen wanneer een vennootschap financieel niet in de gelegenheid is om gebruik te maken van een corporate opportunity. Wij pleiten er daarom voor dat een beroep op dit verweer alleen toekomt aan degene die de vennootschap *voorafgaand* op de hoogte heeft gesteld van de opportunity en deze daarmee heeft aangeboden. Daarmee ontstaat een situatie die enigszins vergelijkbaar is met Linders/Hofstee,<sup>40</sup> met de Staleman/Van de Ven<sup>41</sup>-regel bij décharge en de conflicterende belangenregeling zoals die uitpakte in Brandao/Joral.<sup>42</sup> Daarin is immers relevant dat de bestuurder de aandeelhoudersvergadering op voorhand in de gelegenheid stelt zich een oordeel te vormen omtrent de relevante feiten en omstandigheden. Dat maakt derhalve niet alleen dat deze zaken met een verwante problematiek eenzelfde oplossingsmanier krijgen, maar ook dat voor bestuurders de voorspelbaarheid van de gevolgen van hun handelen groter wordt.

Uit de Dyna Music zaak blijkt dat een bestuurder die nog slechts aandeelhouder is ook kan worden geacht een bijzondere zorgplicht te hebben. Dat lijkt ons juist. Het is ook in lijn met de rechtspraak in Delaware. In beginsel rust op een aandeelhouder natuurlijk niet meer dan een verplichting tot volstorting van zijn aandelen.<sup>43</sup> Onder omstandigheden zou echter ook een aandeelhouder kunnen worden verweten dat hij onzorgvuldig heeft gehandeld door een corporate opportunity voor zichzelf aan te wenden. Dergelijke omstandigheden kunnen vooral zijn gelegen in de mate waarin de aandeelhouders middels de vennootschap samenwerken. Daarvan is geen sprake bij anonieme aandeelhouders in een beursvennootschap, maar juist zeer

---

39 Is iets een zakelijke kans wanneer het uit het netwerk op LinkedIn komt, terwijl een Facebook “vriend” in de privésfeer valt?

40 OK 26 mei 1983, *NJ* 1984, 481.

41 HR 10 januari 1997, *NJ* 1997, 360 m.nt J.M.M. Maeijer.

42 HR 3 mei 2002, *NJ* 2002, 393. Ook bij de toekomstige tegenstrijdige belangenregeling (art. 2:129/239, lid 6 BW nieuw) zal de bestuurder immers de RvC (of bij afwezigheid daarvan de AvA) moeten informeren zodat die in plaats van de bestuurder het besluit kan nemen.

43 Artikel 2:192 BW.

intensief bij een aan een personenvennootschap verwante samenwerking in een joint-venture. Ook kan een rol spelen dat een aandeelhouder middels stromannen feitelijk dezelfde macht als een bestuurder kan uitoefenen zoals in de Begemann enquête het geval was.

Bijzondere aandacht verdient wellicht nog de commissaris. Commissarissen bevinden zich qua verplichtingen ten opzichte van de vennootschap tussen het bestuur en de aandeelhouder in.<sup>44</sup> Op een commissaris rust een minder grote zorgplicht ten opzichte van de vennootschap dan op een bestuurder, maar een verdergaande zorgplicht dan op een aandeelhouder. Hoe groot die verplichting is, hangt af van de omstandigheden van het geval, waarbij van belang is hoe de betreffende commissaris zijn adviserende en toezichthoudende functie invult. Een concreet probleem ontstaat wanneer een commissaris niet uitsluitend voor één vennootschap werkzaam is. De kans op belangenverstremming neemt dan toe. Het verdient daarom aanbeveling met de commissaris in diens overeenkomst van opdracht afspraken te maken over het omgaan met zakelijke kansen die aan de vennootschap zouden kunnen toebehoren.

Voor andere functionarissen van een vennootschap is nog moeilijker vast te stellen of en zo ja, wanneer de zorgplicht zover reikt dat een corporate opportunity aan de vennootschap moet worden aangeboden. Het betreft mogelijk werknemers en opdrachtnemers van een vennootschap, die niet tevens in vennootschapsrechtelijke betrekking tot de vennootschap staan. In het arbeidsrecht is geen andere wettelijke bepaling waaruit de invulling van zo'n zorgplicht kan worden afgeleid dan het algemene begrip "goed werknemerschap" uit artikel 7:611 BW. Voor opdrachtnemers zou daarvoor kunnen worden aangesloten bij artikel 4:401 BW. De omstandigheden van het geval zullen naar onze mening zeer bijzonder moeten zijn om te constateren dat de functionaris zodanig nauw betrokken is bij de vennootschap dat een hem bekende zakelijke kans als corporate opportunity aan de vennootschap gegund moet worden.

Een functionaris die zeer nauw betrokken is bij de vennootschap kan derhalve onder bepaalde omstandigheden door het verbod van het gebruiken van een corporate opportunity worden geraakt. Dit blijkt uit de hierboven besproken (in onze ogen: erg vérgaande) Erco-zaak. Daarbij geldt als uitgangspunt de vennootschapsrechtelijke positie van de functionaris en de daarbij behorende taak, aangevuld door de feitelijke invulling van die positie door de functionaris.

---

<sup>44</sup> Artikel 2:250 lid 2 BW.



## 5 Afronding en herdefiniëring

Uit het voorgaande blijkt dat er nog heel wat mitsen en maren bestaan als het aankomt op het leerstuk van de corporate opportunity. Helaas, heeft het gerechtshof Leeuwarden de Dyna Music zaak niet aangegrepen om een doorbraak op dat gebied te forceren. Idealiter zou voorzienbaar moeten zijn voor een functionaris van een vennootschap hoe hij zich, geconfronteerd met een corporate opportunity, behoort te gedragen. Zeker in een tijdperk, waar de tendens meer en meer is om functionarissen van een onderneming aan te spreken en waar mogelijk af te rekenen op de uitvoering van hun taak, zou voor de praktijk een duidelijke rechtsregel voor gevallen waarin een corporate opportunity speelt een goede aanvulling zijn. Daarbij zou de volgende regel kunnen worden gehanteerd:

*“Indien een bij een vennootschap nauw betrokken functionaris ten gevolge van die betrokkenheid op de hoogte raakt van een zich voor de vennootschap voordoende mogelijkheid om een transactie aan te gaan of zakelijke activiteiten te ontplooiën die passen in het kader van haar bedrijfsvoering en waarvan voor hem kenbaar is dat de vennootschap daar een redelijk belang bij heeft of zou kunnen hebben (corporate opportunity) dient hij deze aan de vennootschap aan te bieden en niet zonder voorafgaande instemming van de vennootschap te eigen bate aan te wenden. Indien de functionaris een bestuurder is dient hij eventuele medebestuurders, aandeelhouders en/of commissarissen te informeren.”*

Zolang er echter nog geen dergelijke vastomlijnde definities worden gehanteerd, is het devies voor een functionaris dat voorzichtigheid is geboden. Indien er twijfels bestaan over de positie van die functionaris vanwege het uitbaten van een corporate opportunity is de veilige weg om in ieder geval hiervan vooraf gedocumenteerd melding te maken aan de vennootschap.