

Annotatie bij Rechtbank Midden-Nederland 19 februari 2014 C-16-316233 (JOR 2014/124) en de OK van het Gerechtshof Amsterdam 13 maart 2014 200.138.441 OK (JOR 2014/125)

1. In beide hiervoor opgenomen uitspraken speelt het verwijt van het toe-eigenen van een corporate opportunity door een bestuurder, tevens aandeelhouder, van een vennootschap een rol. Deze uitspraken passen in de steeds bredere erkenning van het leerstuk van de corporate opportunity in het Nederlandse vennootschapsrecht.
2. In de procedure bij de OK (opgenomen onder JOR 2014/125) speelde het volgende. Een bestuurder en tevens indirect aandeelhouder (via een certificeringsconstructie) van een concern dat zich bezig houdt met het verwerken en verzorgen van mailings richtte, nadat een klant van het concern verzocht eveneens de opslag van het drukwerk te verzorgen, een afzonderlijke vennootschap buiten het concern op om die werkzaamheden uit te voeren. Feitelijk bestonden er echter wel degelijk banden met het concern. Zo was de nieuwe vennootschap gevestigd op hetzelfde adres. Daarnaast was sprake van aanzienlijke, ongesecureerde rekening-courantvorderingen tussen de concern-vennootschappen en de nieuwe vennootschap en zou de nieuwe vennootschap bedrijfsmiddelen van het concern gebruiken zonder daarvoor een passende vergoeding te betalen. De indirecte medeaandeelhouder van het concern kreeg naar eigen zeggen te weinig informatie over de precieze verhoudingen met de nieuwe vennootschap.
3. De OK meent dat het voorshands aannemelijk is dat de onderneming van de nieuwe vennootschap voortkomt uit een corporate opportunity die tot het domein van concern-vennootschap Direkt Mail behoorde. De OK trekt bovendien in twijfel of de bestuurder zich op een juiste wijze van zijn taak als bestuurder heeft gekweten, omdat het niet denkbeeldig is dat zijn eigen belang bij de keuze voor het oprichten van de nieuwe vennootschap een oneigenlijke rol heeft gespeeld. De OK gelast dan ook een onderzoek naar het beleid en de gang van zaken. Hoewel de OK, zoals zij tot nu toe steeds heeft gedaan, niet uitdiept wat zij verstaat onder een corporate opportunity, merkt zij in r.o. 3.6 wel op dat het op de weg van een bestuurder tevens aandeelhouder ligt om zijn medeaandeelhouder *adequaate te informeren*. Begrijpelijk vindt de OK dat een dergelijke informatieplicht uitdrukkelijk ook geldt in het geval van het onttrekken van een corporate opportunity.
4. Daarmee gaat de OK net iets minder ver dan hetgeen wij eerder hebben bepleit: verplicht een functionaris ertoe vooraf instemming te vragen voordat hij de kans buiten de vennootschap zal exploiteren. Wij gaven daarvoor het volgende richtsnoer: *"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." (Ph.W. Schreurs en L.A. van Driel, Corporate opportunity: (nog steeds) wachten op de doorbraak, Geschriften vanwege de Vereniging *Corporate Litigation* 2011-2012, Deel 112 Serie VDHI, p. 225 e.v.).

5. Is de OK bereid genoeg te nemen met het *uitsluitend* vooraf *informeren* van de medeaandeelhouder? Of vloeit het voort uit het feit dat de OK geen definitief oordeel hoeft te vellen, maar slechts een *vermoeden* van wanbeleid dient vast te stellen? Wij menen in ieder geval dat uitsluitend informeren niet voldoende is. Het is onontkoombaar om mee te wegen hoe een partij reageert op de informatie die zij ontvangt. Maakt zij geen bezwaar dan kan zij door een dergelijk nalaten haar rechten hebben verspeeld (vergelijk artikel 3:35 BW): de vennootschap heeft dan de corporate opportunity "vrijgegeven". Maar bij het succesvol voeren van verweer tegen het verwijt dat op oneigenlijke gronden een corporate opportunity aan een vennootschap is onthouden zal voor ogen gehouden moeten worden dat de stelplicht en bewijslast behoren te rusten op de partij die een corporate opportunity in zijn eigen belang zou hebben aangewend.
6. De rechtbank Midden-Nederland (JOR 2014/124) spreekt in haar vonnis niet over een verplichting tot het informeren. De rechtbank spreekt over het *vrijgeven* van een corporate opportunity door de vennootschap (r.o. 4.11). Daaruit zou kunnen worden afgeleid dat de rechtbank verder gaat dan de OK. Het komt ons voor dat voor het vrijgeven van een corporate opportunity ten minste het verstrekken van informatie is vereist. Daarnaast dient uit bijkomende omstandigheden te kunnen worden afgeleid dat de vennootschap de corporate opportunity vrijgaf. Niet in de laatste plaats in het eigen belang van de aangesproken bestuurder/aandeelhouder geniet het daarom de voorkeur schriftelijk (bij voorkeur in notulen van een algemene vergadering van aandeelhouders) vast te leggen wat ter zake precies is medegedeeld, besproken en besloten.
7. De feiten in de uitspraak van de rechtbank Midden-Nederland waren – kort gezegd – als volgt. Twee bestuurders en tevens voormalig indirect aandeelhouders van een vennootschap bleken die vennootschap tijdens hun bestuurderschap jarenlang met gebruik van know-how van de vennootschap heimelijk te hebben beconcurrereerd via gecontroleerde vennootschappen en bevriende rechtspersonen. De vennootschappen hielden zich bezig met de verkoop- en distributie van automaterialen en gereedschappen. Daarbij neemt de rechtbank op grond van de feiten en omstandigheden aan dat het doel van de bestuurders is geweest het concurreren verborgen te houden. De concurrentie zou onder andere hebben bestaan uit het doorschuiven van (potentiële) klanten naar de vennootschappen door gunstigere prijzen te bieden. Eiseres meent daarom dat sprake is van onrechtmatig handelen van de bestuurders. Bovendien zou een bestuurder eveneens zijn zorgplicht als goed werknemer in de zin van artikel 7:611 BW hebben geschonden. Er bestond eveneens een arbeidsovereenkomst met eiseres.
8. Gezien het feitencomplex en de opzet die volgens de rechtbank een rol heeft gespeeld, bevreedt het niet dat de rechtbank de bestuurders hun handelen zwaar aanrekent. Interessant is echter dat de rechtbank expliciet ingaat op de stelling

van eiseres dat gedaagden aansprakelijk zouden zijn vanwege het onttrekken van een corporate opportunity aan de vennootschap en met name omdat de rechtbank definieert wanneer sprake is van een corporate opportunity. Daarmee is de rechtbank Midden-Nederland na de rechtbank Zwolle-Lelystad voor zover ons bekend de tweede rechtbank die het aandurft een definitie te geven (Rechtbank Zwolle-Lelystad 30 januari 2009, JOR 2009/30 m.nt. Storm). Dat terwijl advocaten die een beroep doen op het leerstuk veel vaker een voorzet geven in hun processtukken. Het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden oordeelde bijvoorbeeld net als in eerste aanleg de rechtbank Leeuwarden uitsluitend dat sprake was van het onthouden van een corporate opportunity, maar liet zich niet inhoudelijk uit over de door eiseres herhaalde definitie van de rechtbank Zwolle-Lelystad dat sprake is van een corporate opportunity als zich *"een mogelijkheid (...) voor de vennootschap voordoet om een transactie aan te gaan of zakelijke activiteiten te ontplooiën 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."* (Hof Arnhem-Leeuwarden 23 juli 2013, JOR 2013/304 m.nt. Holtzer).

9. De rechtbank Midden-Nederland sluit zich blijkens deze uitspraak aan bij de eerder door de rechtbank Zwolle-Lelystad gegeven omschrijving. Zij trekt bovendien net als de rechtbank Zwolle-Lelystad een rechtstreekse lijn naar de invloed van het leerstuk op de artikelen 2:8 en 2:9 BW. Indien sprake is van het toe-eigenen of aanwenden door de bestuurder ten behoeve van zichzelf of van derden van een corporate opportunity zonder dat de vennootschap die opportunity heeft vrijgegeven, heeft dat volgens de rechtbank direct tot gevolg dat een bestuurder tekort schiet in de hem opgedragen taak in de zin van artikel 2:9 BW. Kan de bestuurder daarvan een ernstig verwijt worden gemaakt, dan is hij jegens de vennootschap voor diens schade aansprakelijk op grond van artikel 2:9 BW. Van een ernstig verwijt is in beginsel sprake indien de bestuurder zijn eigen belang heeft laten prevaleren boven dat van de vennootschap, aldus letterlijk ro. 4.11. Het aanwenden van de corporate opportunity is dus de omstandigheid die direct ernstige verwijtbaarheid oplevert. De rechtbank oordeelt bovendien dat het toe-eigenen van een corporate opportunity door een werknemer een schending van zijn verplichting ex artikel 7:611 BW oplevert om als goed werknemer te handelen.
10. Het is aardig dat een rechtbank hiermee opnieuw op duidelijke wijze inzage heeft gegeven in haar gedachtegang. Die komt ons juist voor: van een bestuurder mag verwacht worden dat hij bij het aanwenden van een corporate opportunity een verzwaarde zorgplicht in acht neemt door ten minste bepaalde informatie aan de vennootschap te verstrekken. Dat bij het achterwege blijven daarvan vrijwel steeds sprake zal zijn van tekortschieten in de een bestuurder opgedragen taak, lijkt niet meer dan logisch. Niet voor niets betreft de rechtbank in r.o. 4.11 slotzin belangenverstrengeling in haar overwegingen.
11. Omdat het vonnis van de rechtbank Midden-Nederland een tussenvonnis betreft, zal zich voorlopig geen appelrechter buigen over deze overweging van de rechtbank. In het belang van de verdere ontwikkeling van het leerstuk is te hopen dat dit uiteindelijk alsnog gebeurt. Ook een nadere inhoudelijke overweging van de OK waarin zij meer inzicht geeft in haar gedachten met betrekking tot het leerstuk zou zeer welkom zijn. Wellicht kan dat in de tweede fase van de enquêteprocedure aan de orde komen. Daarbij is het ondernemingsrecht(elijke procesrecht) gebaat.

Ph.W. Schreurs en L.A. van Driel, advocaten bij Boels Zanders Advocaten te Eindhoven
respectievelijk Maastricht