



**van poppel  
croonen**  
ADVOCATEN

**Gijs van Poppel**  
Advocaat

# **De ongeschreven non-concurrentienorm voor aandeelhouders, bestuurders en commissarissen (corporate opportunity): een keuze tussen loyaliteit of eigen belang**

[Commerciële contracten](#) & [Commercial Litigation](#), [Ondernemingsrecht](#)

17 september 2014

Het bestuur van een onderneming moet het belang van de vennootschap op exclusieve en onafhankelijke wijze dienen en bevorderen. Vennootschapsvreemde elementen, met name persoonlijke belangen van bestuurders die tegenstrijdig zijn aan het belang van de vennootschap, dienen de wijze waarop het bestuur zijn taakopdracht jegens de vennootschap vervult niet negatief te beïnvloeden.

Uit deze loyaliteitsplicht vloeit onder andere voort dat het voor een bestuurder of een andere functionaris van de vennootschap in beginsel niet is toegestaan om voor privédoeleinden een ondernemingskans van de vennootschap te ontnemen.

Ongeschreven non-concurrentienormen voor (voormalig) bestuurders en commissarissen, maar soms ook voor aandeelhouders, vloeien bijvoorbeeld voort uit artikel 2:8 Burgerlijk Wetboek en artikel 6:162 Burgerlijk Wetboek, zelfs indien de vennootschap inmiddels failliet is. Op hen blijft een bijzondere zorgplicht rusten. Afhankelijk van de betrokkenheid van de functionaris bij de vennootschap is er een verplichting corporate opportunity's aan zijn (voormalige) werkgever of vennootschap van hem en zijn mede-aandeelhouders te laten.

## **Definitie 'corporate opportunity'**

In de literatuur wordt een corporate opportunity gedefinieerd als een mogelijkheid voor de vennootschap om een transactie aan te gaan (een business opportunity) die past in het



**van poppel  
croonen**  
ADVOCATEN

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.

De Dyna Music-zaak ging over zo'n corporate opportunity, namelijk over een bestuurder die tijdens zijn bestuurderschap een met de vennootschap concurrerende uitvinding had gedaan en daarvoor op eigen naam intellectuele eigendomsrechten had geregistreerd. De rechtbank definieerde 'corporate opportunity' als "een mogelijkheid die zich 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." en oordeelde dat de uitvinding van de bestuurder moest worden aangemerkt als zo'n mogelijkheid en "dat bestuurders aan de vennootschap geen corporate opportunity mogen onthouden".

Andere voorbeelden van corporate opportunity's zijn het doorschuiven van klanten of het verhangen van activa of nieuwe/aanpalende business naar een privé vennootschap, waarna de corporate opportunity's niet meer ten gunste van de oude, maar de privé vennootschap komen. In veel gevallen resulteert zo'n actie in een procedure bij de Ondernemingskamer of een aansprakelijkheidsprocedure bij een rechtbank. Recent zijn twee uitspraken geweest die meer duidelijkheid geven wanneer sprake is van een bestuurder die een corporate opportunity ten onrechte aanwendt ten behoeve van zichzelf.

#### **Gerechtshof Amsterdam 13 maart 2014**

Uit een recente uitspraak van de Ondernemingskamer van het Gerechtshof Amsterdam blijkt dat een bestuurder de vennootschap, haar bestuurders (en eventueel aandeelhouders) "adequaat" dient te informeren over een business opportunity. Als de bestuurder dit nalaat zal dit (in belangrijke mate) meespelen bij het oordeel of onderzoek naar wanbeleid geboden is. Deze vaststelling van een vermoeden van wanbeleid is enkel een opmaat voor een persoonlijke aansprakelijkheidsstelling van het bestuur en dit oordeel heeft voor de bestuurder daarom minder vergaande consequenties dan de persoonlijke aansprakelijkheid, waartoe de Rechtbank Midden-Nederland recent oordeelde in de volgende casus.

#### **Rechtbank Midden-Nederland, locatie Utrecht 19 februari 2014**

Een bestuurder heeft potentiële klanten doorgezet of laten doorzetten naar een vennootschap waarin hij een privé belang had, waarbij hij gebruik gemaakt had van informatie die hij uit hoofde van zijn bestuurderschap bekend was, zoals klantgegevens en gegevens omtrent prijsstelling en assortiment. Daarmee is hij, aldus de rechtbank, tekortgeschoten in de uitoefening van de hem opgedragen taak als bedoeld in artikel 2:9 Burgerlijk Wetboek. Voor de bestuurder van een vennootschap vloeit uit artikel 2:8 en 2:9



**van poppel  
croonen**  
ADVOCATEN

Burgerlijk Wetboek vloeit voort dat de bestuurder van de vennootschap business opportunity's ten gunste van de vennootschap moet benutten, indien de vennootschap daarbij een redelijk belang kan hebben.

Indien de bestuurder een corporate opportunity aanwendt ten behoeve van zichzelf of van derden, zonder dat de vennootschap deze opportunity heeft vrijgegeven, dan schiet hij tekort in de uitoefening van de hem opgedragen taak. 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 Burgerlijk Wetboek. Van een ernstig verwijt is in beginsel sprake indien de bestuurder zijn eigen belang heeft laten prevaleren boven dat van de vennootschap.

In deze uitspraak wordt niet nader gedefinieerd wat verstaan moet worden onder "vrijgeven" van de opportunity door de vennootschap, maar veronderstellende wijs mogen wij aannemen dat met de gehanteerde term "vrijgeven" méér bedoeld is dan enkel melding maken van de opportunity bij de aandeelhoudersvergadering, eventuele mede-bestuurders en/of een eventuele raad van commissarissen, om aan persoonlijke aansprakelijkheid te ontkomen. Er zal derhalve meer moeten gebeuren dan dat een vennootschap enkel niet (direct) handelt om de opportunity aan te grijpen.

### **Aandeelhouders**

Bij een vennootschap met in aandelen verdeeld kapitaal, zijn aandeelhouders niet tot meer verplicht dan de volstorting van hun aandelen, maar ook voor hen gelden ongeschreven non-concurrentienorm voortvloeiende uit een corporate opportunity, met de beperkingen voortvloeiende uit de redelijkheid en billijkheid, in die zin dat hun handelen niet als onrechtmatig aangemerkt kan worden (artikel 2:8 en 6:162 Burgerlijk Wetboek).

Een ongeschreven non-concurrentienorm kan ook voortvloeien uit de redelijkheid en billijkheid ex artikel 6:248 Burgerlijk Wetboek, namelijk voor een aandeelhouder die zijn aandelen heeft verkocht en onder omstandigheden tegenover de koper gebonden is aan een ongeschreven non-concurrentienorm. Immers, door een (substantiële) betaling voor aanwezige goodwill mag verwacht worden dat de aan die goodwillpositie verbonden winstpotentie na de overdracht niet direct wordt aangetast door de verkoper zelf.

Tot een persoonlijke aansprakelijkheid van een aandeelhouder in een kapitaalvennootschap vanwege schending van een ongeschreven concurrentieverbod, is het bij mijn weten nog niet gekomen. Indien een aandeelhouder tevens bestuurder is, zal die rol van bestuurder al zelfstandig tot loyaliteitsverplichtingen leiden. Wel oordeelde de Ondernemingskamer dat



**van poppel  
croonen**  
ADVOCATEN

een architectenbureau waarvan de aandeelhouders, met uitzondering van één, een zogenaamde nevenvennootschap hadden opgericht, waarin concurrerende activiteiten werden uitgeoefend, gehouden waren tot overname van de aandelen van die aandeelhouder (ex art. 2:343 Burgerlijk Wetboek).

### **Conclusie**

Niet alleen bestuurders maar ook commissarissen en aandeelhouders zijn steeds vaker doelwit in juridische procedures over aansprakelijkheid. Als functionarissen van een vennootschap willen weten welke ongeschreven non-concurrentieverplichtingen er op hen rusten in de uitoefening van hun taak, in het geval hun persoonlijk belang strijdig wordt aan dat van de vennootschap, is het sterk aan te raden niet alleen goed gedocumenteerd een opportunity voor te leggen bij de aandeelhoudersvergadering, eventuele mede-bestuurders en/of een eventuele raad van commissarissen, maar óók om een inhoudelijke reactie te vragen.