

mei 2008, waarin aan partijen onder meer is opgedragen de Ondernemingskamer op uiterlijk 23 juni 2008 mededelingen te doen omtrent de uitkomst van het in die beschikking beschreven voortgezette overleg tussen partijen. Vervolgens is – kort gezegd – de termijn voor overleg op – telkens gemotiveerd – verzoek van partijen bij beschikkingen van 27 juni 2008 en 8 september 2008 verlengd, en heeft de Ondernemingskamer bij beschikking van 22 december 2008 op verzoek van alle betrokken partijen met uitzondering van VEB de periode voor overleg nogmaals verlengd. Partijen zijn in de periode van 14 mei 2008 tot begin maart 2009 bijna steeds daadwerkelijk in overleg geweest. Dat overleg was aanvankelijk vooral geconcentreerd op 'varianten voor een gewijzigde samenstelling van de raad van commissarissen en de raad van bestuur van ASMI' en op 'de toekenning van taken en verantwoordelijkheden aan de ene of andere persoon' (de brief van 20 juni 2008 van mr. Den Boogert aan de Ondernemingskamer, geciteerd in de beschikking van 13 mei 2009, 2.3). Het overleg is in ander vaarwater terechtgekomen nadat zich gegadigden voor overname van de front-end van ASMI hadden gemeld. De onderhandelingen met deze gegadigden werden medio november 2008 gestaakt en toen is het overleg voortgezet. Op 9 januari 2009 waren partijen elkaar zover genaderd dat het begin van een schikking is bereikt, waarna het overleg tot begin maart 2009 voor een belangrijk deel draaide om de personele bezetting van de raad van commissarissen en om de invulling van de 'versterking van het bestuur' van ASMI. In de loop van april 2009 is om voortzetting van de procedure verzocht. Op 14 mei 2009 heeft de algemene vergadering van aandeelhouders besloten (terwijl Stichting Continuïteit op last van de Ondernemingskamer niet heeft deelgenomen aan de besluitvorming) tot intrekking van de aan Stichting Continuïteit uitgegeven beschermingspreferente aandelen en tot verstrekking aan Stichting Continuïteit van een doorgaande optie tot verkrijging van een zodanige hoeveelheid preferente aandelen als ten tijde van het nemen van die aandelen overeenkomt met 50% van het nominale bedrag aan uitstaande gewone aandelen.

3.20 De hiervoor weergegeven gang van zaken leidt, gelet op het in 3.18 beschreven toetsingskader, niet tot het oordeel dat de beschermingsmaatregel in de gegeven omstandigheden zodanig verder gestrekt heeft dan met het oog op het – voortgaand – overleg tussen betrokken partijen nodig was, dat een onderzoek naar het beleid en de gang van zaken van ASMI geïndiceerd is.

3.21 Aan voormeld oordeel kan het betoog van Hermes c.s., dat zij op grond van een aan Stichting Continuïteit te wijten onjuiste voorstelling van zaken hebben ingestemd met voortzetting van het overleg, nog daargelaten of daarmee het beleid van ASMI gemoeid is, niet afdoen, reeds omdat zij hun stellingen op dit punt onvoldoende concreet hebben toegelicht. Hetzelfde geldt voor de stelling dat Stichting Continuïteit niet het belang van ASMI maar dat

van de familie Del Prado voorop gesteld heeft. Ook de omstandigheid dat Stichting Continuïteit en Hermes c.s. het niet eens zijn over de aard en de strekking van tijdens de periode van overleg gemaakte afspraken leidt niet tot een ander oordeel.

#### Slotsom en kosten

3.22 De Ondernemingskamer concludeert dat er gegronde redenen zijn om aan een juist beleid van ASMI te twijfelen ten aanzien van de informatieverzorging aan de algemene vergadering van aandeelhouders en ten aanzien van de gang van zaken bij de opvolging van Del Prado Sr. als CEO. Deze redenen rechtvaardigen echter noch afzonderlijk noch in onderling verband het bevelen van een onderzoek naar het beleid en de gang van zaken van ASMI. De Ondernemingskamer heeft daarbij mede in aanmerking genomen, dat uit het vorenoverwogene blijkt dat het gebrek in de informatievoorziening enige relativering behoeft, dat ook overigens slechts een beperkt deel van de uitgebreide verwijten van Hermes c.s. voormelde twijfel oproept, dat daarmee het 'gewicht' aan het breed opgezette geding is komen te ontvallen en voorts, dat – naar overigens mag worden aangenomen: mede als gevolg van het geding – de gebreken in de informatieverzorging inmiddels (gedeeltelijk) zijn geheeld doordat over verscheidene onderwerpen alsnog helderheid is verschaft, zodat het bevelen van een onderzoek te zeer aan belang heeft ingeboet.

3.23 De Ondernemingskamer ziet in het voorgaande aanleiding de kosten als hierna volgt tussen partijen te compenseren.

3.24 ASMI heeft ter terechtzitting doen verklaren van mening te zijn dat, indien als gevolg van de vernietiging van de beschikking van 5 augustus 2009 de grondslag aan het onderzoek zou komen te ontvallen, de onderzoekers niet de dupe daarvan zouden mogen worden. Zij heeft voorts verklaard dat zij, ASMI, daarom de kosten van het onderzoek – de Ondernemingskamer begrijpt: tot en met voormelde brief van 8 juli 2010 – zal dragen.

#### 4. De beslissing

De Ondernemingskamer:

wijst het verzoek af;

compenseert de kosten van het geding aldus dat ieder van de verschenen partijen de eigen kosten draagt;

verklaart deze beschikking uitvoerbaar bij voorraad.

#### RO 2011/46

##### HOF ARNHEM (HANDELSKAMER)

29 maart 2011, nr. 107.002.444/01

(Mrs. J.H. Kuiper, H. de Hek, R. Weening)

BW art. 2:8, 2:9, 6:162

LJN BQ0581

**Bestuurdersaansprakelijkheid. Onrechtmatige daad.**

**Is sprake van onbehoorlijk bestuur in het geval een bestuurder een rechtstreeks met de vennootschap concurrerende onderneming opzet? Handelt een aandeelhouder onrechtmatig indien hij in concurrentie treedt met een vennootschap waarin hij aandelen houdt?**

Geïntimeerde sub 1 ('geïntimeerde') en A hebben in 2003 Dyna Music Systems B.V. ('Dyna') opgericht. Geïntimeerde en A waren beide aandeelhouders van Dyna, terwijl geïntimeerde ook bestuurder van de vennootschap was. Deze vennootschap hield zich bezig met de exploitatie van een fluitkopsysteem voor dwarsfluiten. Na enige tijd is tussen A en geïntimeerde onenigheid ontstaan, wat uiteindelijk als gevolg heeft gehad dat geïntimeerde eind 2005 door de Ondernemingskamer als bestuurder is ontslagen.

In de tijd dat geïntimeerde bestuurder was van Dyna heeft hij octrooi aangevraagd op een ander fluitkopsysteem, hetgeen hij in een vennootschap heeft ondergebracht. Dyna heeft geïntimeerde en zijn vennootschap aangesproken op grond van bestuurdersaansprakelijkheid en onrechtmatige daad.

**Hof:** Het uitvinden en octrooieren van het Flauto Forte-systeem levert geen onrechtmatige daad jegens Dyna op, evenmin is sprake van schending van art. 2:8 en 2:9 BW.

Het inbrengen van deze vinding in een andere vennootschap levert wel een schending van die bepalingen op, aangezien het geïntimeerde niet vrijstond een rechtstreeks met Dyna concurrerende onderneming in het leven te roepen; geïntimeerde treft een ernstig verwijt op dit punt. Dyna kan aldus het hof aanspraak maken op vergoeding van de schade die het gevolg is van omzetsderving bij Dyna voor zover die verband houdt met de vermarkting van het fluitkopsysteem van de nieuwe vennootschap.

Geïntimeerde was tevens aandeelhouder van Dyna. Het Hof oordeelt dat er geen algemene regel bestaat dat een aandeelhouder niet in concurrentie mag treden met de vennootschap waarin hij aandelen houdt; één en ander wegens strijd met art. 2:8 BW. In het onderhavige geval oordeelt het hof dat dit, gelet op de bijzondere omstandigheden van het geval, anders ligt. Dit brengt met zich dat de hiervoor beschreven aanspraak op schadevergoeding niet stopt op het moment dat geïntimeerde als bestuurder werd ontslagen, maar dat dit voor een periode van twee jaar na het ontslag doorloopt.

**Zie ook:****Corporate opportunity:**

- Hof Amsterdam (OK) 25 mei 2005, ARO 2005/83 en Hof Amsterdam (OK) 29 november 2005, ARO 2005/210 (Dyna Music Systems B.V.);
- Rb. Zwolle-Lelystad 30 januari 2008, RO 2009/14 en JOR 2009/30, m.nt. P.M. Storm (uitspraak in eerste aanleg);

- B.F. Assink, *Rechterlijke toetsing van bestuurlijk gedrag*, Deventer, Kluwer 2007, p. 509-514;
  - D.R.A. Goris, 'Corporate opportunity leer aangaand?', *V&O* 2006, p. 213-216;
  - C.S. Goedèl, 'De positie van de minderheidsaandeelhouder in geval van belangenverstrengeling tussen de vennootschap en de meerderheidsaandeelhouder', *V&O* 2002, p. 65-69;
  - L.G. Hoogerwerf, 'Corporate opportunities: aansprakelijkheid van bestuurders voor het toegenomen van Corporate Opportunities', *V&O* 1999, p. 134-135p;
  - A.F. Verdam, *Corporate Opportunities*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995.
- Concurrentie (bestuurder):**
- HR 20 juni 2008, RO 2008, 57 en JOR 2008/620, m.nt. Y. Borrius (*Willemsen Beheer / NOM*);
  - HR 10 januari 1997, NJ 1997/360, m.nt. Ma (*Staleman / Van de Ven*);
  - HR 29 november 2002, NJ 2003/455 (*Berghuizer Papierfabriek*);
  - B.F. Assink, 'Over vrijheid van ondernemingsbeleid en het enquêterecht – Divergentie en convergentie van bestuurlijke gedragsnormen en rechterlijke toetsingsnormen nader bezien', *Ondernemingsrecht* 2006, 91.
- Concurrentie (aandeelhouder):**
- Hof Amsterdam 16 maart 1995, JOR 1996/54, m.nt. Van den Ingh;
  - Hof Arnhem 26 mei 1992, NJ 1993/182, m.nt. Ma (*Uniwest*);
  - Groene serie Rechtspersonen, aant. 4 e.v. bij Burgerlijk Wetboek Boek 2.

**Wenk:**

In eerste aanleg beoordeelde de rechtbank dit geschil langs de lijnen van het leerstuk van de corporate opportunity. In hoger beroep wil het hof dat (omstreden) leerstuk niet toepassen en gooit het over een andere boeg.

Kort het feitelijk kader. Geïntimeerde heeft in de periode dat hij bestuurder en aandeelhouder was van Dyna (appellante) een vennootschap opgericht waarin activiteiten werden ontwikkeld die concurreerden met de activiteiten van Dyna. Sterker nog: het fluitkopsysteem voor dwarsfluiten dat geïntimeerde in zijn nieuwe vennootschap had ondergebracht, was sterk geïnspireerd op (om niet te zeggen: een kopie van) het product dat door Dyna op de markt werd gebracht.

De Rechtbank Zwolle-Lelystad toetste de aansprakelijkheidsvraag aan het idee dat ten grondslag lag aan het handelen, of anders gezegd: welke mogelijkheden zag geïntimeerde voor de nieuwe vennootschap? Het hof baseerde zijn oordeel op het resultaat van het handelen, namelijk wat is het gevolg van het inbrengen van dat systeem in een andere vennootschap: onrechtmatige concurrentie. De twee instanties gebruiken een ander leerstuk als grondslag voor hun oordeel, maar hun oordelen hebben gemeen dat de basis

is dat de activiteit van de tweede vennootschap teveel overeenkomsten heeft met die van Dyna.

Het corporate opportunity-leerstuk heeft in Nederland nauwelijks voet aan de grond gekregen. Eén van de eerste uitspraken waarin een Nederlandse rechterlijke instantie uitgebreid op deze materie ingaat, was het vonnis van de Rechtbank Zwolle-Lelystad. Het hof wil er niet aan en overweegt dat het leerstuk niet onomstreden is. De in het corporate opportunity-leerstuk geïnteresseerde lezer wordt verwezen naar de hiervoor genoemde literatuur en jurisprudentie en in het bijzonder naar de noot van Storm, in welke annotatie veel bronnen over dit leerstuk worden aangehaald en ook op buitenlandse rechtstelsels wordt ingegaan.

Het hof baseert zijn oordeel op (eenvoudig weergegeven) 'onrechtmatige concurrentie', waarbij zowel aandacht wordt besteed aan onrechtmatige concurrentie door een bestuurder (r.o. 14) als ook door een aandeelhouder (r.o. 15).

Onder verwijzing naar het arrest *Willemsen Beheer/Nom* heeft het hof geoordeeld dat sprake is van een ernstig verwijt terzake van het op poten zetten van een rechtstreekse concurrent. Deze uitkomst lijkt voor de hand te liggen maar is enigszins kort gemotiveerd. Op basis van vaste jurisprudentie (zie hiervoor) is een bestuurder gehouden tot een behoorlijke vervulling van de hem opgedragen taak. Voor aansprakelijkheid is vereist dat de bestuurder een ernstig verwijt kan worden gemaakt van deze tekortkoming. Bij de beoordeling daarvan dienen alle omstandigheden te worden meegewogen, waaronder de aard van de door de rechtspersoon uitgeoefende activiteiten, de in het algemeen daaruit voortvloeiende risico's, de taakverdeling binnen het bestuur, de eventueel voor het bestuur geldende richtlijnen, de gegevens waarover de bestuurder beschikte of behoorde te beschikken ten tijde van de aan hem verweten beslissingen en/of gedragingen, alsmede het inzicht en de zorgvuldigheid die mogen worden verwacht van een bestuurder die voor zijn taak berekend is en deze nauwgezet vervult.

Het hof overweegt dit niet met zoveel woorden, maar de kern van de aansprakelijkheidsvraag is terug te voeren op schending van de op de bestuurder rustende loyaliteitsverplichting. In onderhavig geval heeft de bestuurder de hem opgedragen taak niet behoorlijk vervuld omdat hij zijn eigen belang heeft vooropgesteld. Vergelijk in dit verband bepaling II.3.1 van de Nederlandse Corporate Governance Code waarin is bepaald dat een bestuurder niet in concurrentie zal treden met de vennootschap en voorts dat de bestuurder 'geen zakelijke kansen die aan de vennootschap toekomen voor zichzelf' zal benutten.

Het is opvallend dat het hof verwijst naar *Willemsen Beheer/Nom* aangezien dat arrest betrekking had op de aansprakelijkheid van een bestuurder ten opzichte van een individuele aandeelhouder. Daarvan is hier geen sprake; dit ar-

rest gaat over de 'gewone' interne aansprakelijkheid: een vennootschap (Dyna) die haar bestuurder (geïntimeerde) aanspreekt op grond van art. 2:9 BW.

Op enig moment is geïntimeerde door ingrijpen van de Ondernemingskamer als bestuurder ontslagen. Appellante heeft aangevoerd dat geïntimeerde ook in haar hoedanigheid van aandeelhouder aansprakelijk is voor de schade als gevolg van onrechtmatige concurrentie. Het hof meent dat geen algemene rechtsregel bestaat dat een aandeelhouder niet mag concurreren met een vennootschap waarin hij aandelen houdt. Slechts in bijzondere gevallen, zoals dit geval, is dit anders, aldus het hof.

Naar analogie van gebruikelijke concurrentiebedingen (duur twee jaar) is het geïntimeerde, als oud-bestuurder van de vennootschap, niet toegestaan concurrerende activiteiten te verrichten. Kennelijk waren geïntimeerde en Dyna een dergelijk concurrentiebeding niet overeengekomen. Het hof heeft vervolgens op creatieve wijze dit oordeel gebaseerd op aansprakelijkheid van een aandeelhouder op de voet van art. 2:8 BW. Of de Hoge Raad een dergelijk oordeel in stand zou laten, is niet duidelijk. Er is namelijk nauwelijks jurisprudentie voorhanden over de vraag of gedragingen, in dit geval concurrerende activiteiten, van een aandeelhouder van een vennootschap in strijd zijn met de redelijkheid en billijkheid die de aandeelhouder jegens de vennootschap in acht had moeten nemen. In het kader van een procedure op grond van de geschillenregeling heeft de Ondernemingskamer in 1995 geoordeeld dat concurrerende activiteiten in strijd met de redelijkheid en billijkheid kunnen zijn. De noot van Van den Ingh bij dit arrest is interessant.

Dyna? Music Systems B.V., te Zwolle, appellante in het principaal en geïntimeerde in het incidenteel appel, in eerste aanleg: eiseres, hierna te noemen: Dyna, adv. mr. F.A.M. Knüppe, voor wie gepleit heeft mr. F. Rense, adv., tegen

1. Geïntimeerde 1, te Zwolle,
2. Geïntimeerde 2, te Zwolle, mede handelende onder de naam Firma X,
3. Flauto Forte B.V., te Zwolle, hierna te noemen: Flauto Forte, geïntimeerden in het principaal en appellanten in het incidenteel appel, in eerste aanleg: gedaagden, hierna gezamenlijk te noemen: geïntimeerden, adv. mr. A.J. ter Wee, die ook gepleit heeft.

**Hof:**

*Het geding in eerste instantie*

In eerste aanleg is geprocedeerd en beslist zoals weergegeven in de vonnissen uitgesproken op 14 maart 2007 en 30 januari 2008 door de rechtbank Zwolle-Lelystad (hierna: de rechtbank).