

Aandeelhouders en ongeschreven non-concurrentienormen

MR. M.W.E. EVERS¹

Aan aandeelhouders komt veel vrijheid toe om hun eigen belang na te streven. Dat is ook het geval als zij wensen te concurreren met de vennootschap waarin zij aandelen houden. Waar van bestuurders wordt gevergd dat zij 'corporate opportunities' laten toevallen aan de vennootschap, is het in veel gevallen ondenkbaar dat dit ook voor aandeelhouders zou gelden. Recent heeft het Hof Arnhem (nevenzittingsplaats Leeuwarden) in de zaak Dyna Music Systems² overwogen dat niet valt in te zien dat een aandeelhouder in het algemeen geen activiteiten zou mogen ontplooiën die concurreren met de vennootschap waarvan hij aandelen houdt. Interessant is uiteraard de vraag naar de eventuele bijzondere situaties, waarin het voorgaande anders kan zijn. In deze bijdrage ga ik – zowel voor zittende aandeelhouders als voor aandeelhouders die hun aandelen hebben vervreemd – in op situaties waarin (ex-)aandeelhouders wel te maken kunnen krijgen met (ongeschreven) non-concurrentienormen. Tevens zal voor die gevallen nader op enkele bijzonderheden worden ingegaan.

Corporate opportunity-doctrine

Het aandoen van concurrentie aan de vennootschap moet in de context worden geplaatst van het leerstuk van de *corporate opportunity*. Immers, door te concurreren met de vennootschap gaan *corporate opportunities* (veelal afzetmogelijkheden) niet naar de vennootschap, maar naar degene die de mogelijkheden buiten de vennootschap om benut.³ Daarbij dient bedacht te worden dat het ook mogelijk is om te concurreren met ondernemingsactiviteiten die de vennootschap weliswaar nu nog niet verricht, maar wel verwacht in de toekomst te zullen verrichten.

Als een *corporate opportunity* wordt aangemerkt een mogelijkheid die zich voor de vennootschap voordoet om een

transactie aan te gaan of om zakelijke activiteiten te ontplooiën die passen binnen het kader van de bedrijfsuitoefening van de vennootschap, en waarvan kenbaar is dat de vennootschap daarbij een redelijk belang heeft of zou kunnen hebben.⁴

Het onderwerp *corporate opportunities* vormt in Anglo-Amerikaanse rechtstelsels een eigen leerstuk. In navolging van de aandacht die daaraan in de Nederlandse rechtsliteratuur is besteed, is het leerstuk ook in de Nederlandse rechtspraak aan de orde gekomen.⁵ Ten aanzien van bestuurders heeft eveneens codificatie plaatsgevonden, in de Corporate Governance Code. Daarin is – als 'best practice' uitwerking op het principe dat belangenverstrengelingen moeten worden vermeden – onder meer bepaald (i) dat een bestuurder niet in concurrentie met de vennootschap zal

1 Met dank aan mr. Emelie Bruinsma voor haar bijdrage aan de totstandkoming van dit artikel.

2 Hof Arnhem (nevenzittingsplaats Leeuwarden) 29 maart 2011, LJN BQ0581.

3 Vergelijk 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 1980), Deventer: Kluwer, 1980, p. 192 e.v., die toelicht dat bij concurrentie bijna altijd ook sprake zal zijn van het ontnemen van een corporate opportunity.

4 Uniken Venema, t.a.p. p. 167 e.v., A.F. Verdam, *Corporate Opportunities: over de toeïgening door functionarissen van aan de vennootschap toebehorende business opportunities*, diss. 1995, p. 95 e.v. en Rb. Zwolle-Lelystad 30 januari 2008, «JOR» 2009/30 m.nt. P.M. Storms.

5 O.a. Pres. Rb. Amsterdam 1 augustus 1988, KG 1988/341; Hof Amsterdam (OK) 31 augustus 2001, «JOR» 2001/208; Hof Amsterdam (OK) 24 februari 2006, «JOR» 2006/125; Hof Amsterdam (OK) 28 december 2006, «JOR» 2007/68; Rb. Zwolle-Lelystad 30 januari 2008, «JOR» 2009/30 en Hof Arnhem (nevenzittingsplaats Leeuwarden) 29 maart 2011, LJN BQ0581.

treden en (ii) dat hij geen aan de vennootschap toekomende zakelijke kansen zal benutten voor (o.a.)⁶ zichzelf.⁷

De basis van het leerstuk is de loyaliteit aan de vennootschap die van bestuurders, maar ook van andere functionarissen,⁸ mag worden geëist. Vanwege deze loyaliteit moeten zij *corporate opportunities* laten toevallen aan de vennootschap. Slechts wanneer de vennootschap – na de mogelijkheid te zijn geboden om op basis van alle relevante informatie hieromtrent een besluit te nemen – besluit dat zij de *opportunity* niet wenst te ontplooiën, mag de functionaris deze zelf benutten.

Naar Nederlands recht wordt aangenomen dat voor een bestuurder de verplichting om de vennootschap geen *corporate opportunities* te onthouden voortvloeit uit de normstellingen van de artt. 2:8 en 2:9 BW. Aldus kan een bestuurder die een (niet prijsgegeven) *corporate opportunity* voor zichzelf aanwendt, door de vennootschap wegens onbehoorlijke taakvervulling aansprakelijk worden gehouden voor de schade.

In deze bijdrage is de vraag aan de orde in hoeverre ook aandeelhouders op grond van ongeschreven normen beperkt zijn in hun mogelijkheden om met de eigen vennootschap in concurrentie te treden. Deze vraag is juist ook relevant voor situaties waarin de betrokken partijen, al dan niet bewust, geen expliciet concurrentieverbod zijn overeengekomen (bijvoorbeeld in een aandeelhoudersovereenkomst). De werking van (geschreven) non-concurrentieverplichtingen valt daarmee buiten het bestek van deze bijdrage.

Aandeelhouders: hoofdregel

Bij een vennootschap met in aandelen verdeeld kapitaal is een aandeelhouder in beginsel tot niet meer verplicht dan het volstorten van zijn aandelen. Aan hem kunnen tegen zijn wil geen bijzondere verplichtingen worden opgelegd, zelfs niet door wijziging van de statuten.⁹ Daarmee is de hiervoor genoemde vrijheid voor aandeelhouders een feit. Uiteraard kunnen beperkingen van deze vrijheid voortvloeien uit de redelijkheid en billijkheid van art. 2:8 BW. Voor de vraag naar de eventuele grenzen aan de vrijheid voor aandeelhouders om de vennootschap concurrentie aan te doen, is het noodzakelijk om te kijken naar de concrete verschijningsvorm van de betrokken kapitaalvennootschap. Deze verschijningsvorm bepaalt immers in hoge mate de (maatschappelijke en persoonlijke) belangen die bij het geval betrokken zijn. Deze belangen zijn op grond van art. 3:12 BW relevant bij de invulling van hetgeen door de redelijkheid en billijkheid wordt geëist.¹⁰ Aan het ene uiterste

van het spectrum treffen we dan naamloze vennootschappen met gespreid en anoniem aandelenbezit van aandelen die zijn toegelaten tot de handel op een gereguleerde markt. Het andere uiterste wordt gevormd door de zeer besloten verhoudingen, bijvoorbeeld een besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid (bv) met twee 50% aandeelhouders die beiden tevens bestuurder zijn.

In het hiervoor al aangehaalde arrest van het Hof Arnhem (nevenzittingsplaats Leeuwarden) inzake Dyna Music Systems overwoog het hof:

“Het hof deelt niet het standpunt dat een aandeelhouder niet zou mogen concurreren met de vennootschap waarin hij aandelen houdt. Talloze bedrijven hebben (minderheids)belangen in concurrerende ondernemingen, zonder dat zulks problemen oplevert. Het hof laat mededingingsaspecten thans daar. Bezitters van aandelen Philips, al dan niet via belegging- of pensioenfondsen, kunnen probleemloos voor andere elektronica-bedrijven werkzaam zijn. Niet valt dan ook in te zien dat de redelijkheid en billijkheid vorderen dat in het algemeen een aandeelhouder geen activiteiten mag ontplooiën die concurreren met de vennootschap waarvan hij aandelen houdt.”

De situatie van houders van aandelen Philips is inderdaad duidelijk. Dergelijke aandeelhouders kunnen probleemloos betrokken zijn bij concurrerende activiteiten, of deze zelf verrichten. Dit brengt de keuze voor een beursnotering, met anoniem en vrij verhandelbaar aandelenbezit, ook mee. Echter, naarmate de vennootschappelijke verhouding meer besloten wordt, en de betrokkenheid van de aandeelhouders groter, dringt – aan het andere uiterste van het zojuist geschetste spectrum – de vergelijking met de vennootschap onder firma (vof) zich op.

Vergelijking met de vof

Bij een vof geldt als hoofdregel – ook wanneer de vennootschapsakte geen uitdrukkelijk concurrentieverbod bevat – dat de vennoten de vof geen concurrentie mogen aandoen. Al in een arrest uit 1921 (firma De Leeuw en Brouwer)¹¹

“Niet valt in te zien dat een aandeelhouder in het algemeen geen concurrerende activiteiten zou mogen ontplooiën.”

besliste de Hoge Raad dat concurrentie door een vennoot in strijd is met de goede trouw die hij (ook) jegens zijn mede-vennoten in acht moet nemen. Concurrentie was, aldus de Hoge Raad in die zaak, “niet overeen te brengen met de door hem aanvaarde verplichting om zijn arbeid en vlijt tot bevordering van het doel der vennootschap aan te wenden”. Het ging om een vennoot die zelf zogenaamde trekingslijsten van de Staatsloterij was gaan uitgeven, terwijl dat binnen het bestek van de activiteiten van de vof viel. In dezelfde lijn heeft de Hoge Raad in het arrest Koghee/

6 Ook: zijn echtgenoot, geregistreerde partner of een andere levensgezel, pleegkind en bloed- of aanverwanten tot in de tweede graad.

7 Nederlandse Corporate Governance Code, best practice bepaling II.3.1. (a) en (d).

8 Vergelijk A.F. Verdam, t.a.p., die de toepasselijkheid voor verschillende betrokkenen behandelt.

9 Art. 2:81/2:192 BW.

10 Op grond van de schakelbepaling van art. 3:15 BW vindt deze bepaling in beginsel ook toepassing buiten het vermogensrecht, zoals in het vennootschapsrecht.

11 HR 4 februari 1921, NJ 1921, 409.

Akkoca¹² ten aanzien van de vof beslist dat concurrentie door een vennoot geacht wordt in strijd te zijn met de verplichting van de vennoten om zich in te zetten voor de verwezenlijking van het doel van de vof, alsook met de goede trouw in de hiervoor al genoemde zin. In die zaak hadden twee van de drie vennoten buiten de vof (Goal Fashion) om voor de vof bestemde confectiekleding direct aan afnemers verkocht.

In het verlengde hiervan is ten aanzien van een bv door de Ondernemingskamer van het Hof Amsterdam (Ondernemingskamer) in de zaak Ramp/Lensen¹³ in het kader van de geschillenregeling overwogen dat de omzet en winst van de vennootschap moeten worden behaald door de *loyale* inzet van – in die zaak: beide – directeuren/aandeelhouders. De Ondernemingskamer overwoog dat het in dat geval niet aangaat dat een van hen de activiteiten die hij tot dan toe binnen de vennootschap bedreef voor zich (en samen met anderen) gaat bedrijven, in volle concurrentie met de vennootschap. Ook hier werd het feit dat partijen geen concurrentieverbod waren overeengekomen niet aanvaard als rechtvaardiging voor de handelwijze van de concurrerende bestuurder/aandeelhouder (Ramp). In een andere zaak, eveneens onder de geschillenregeling (Van Eyk/Nootebos),¹⁴ had de Ondernemingskamer al eens in gelijke zin beslist ten aanzien van een architectenbureau waarvan de aandeelhouders, met uitzondering van één, een zogenaamde nevenvennootschap hadden opgericht. In die nevenvennootschap werden concurrerende activiteiten uitgeoefend. Geoordeeld werd dat dit ten opzichte van de aandeelhouder die niet betrokken werd bij de nevenvennootschap zodanige gedragingen opleverde dat van hem in redelijkheid niet kon worden gevergd dat hij zijn aandeelhouderschap zou voortzetten (wat het criterium ex art. 2:343 BW is waaraan moet worden voldaan bij een vordering tot gedwongen overname van aandelen).

Belang van kapitaal ondergeschikt

Ook elders is wel betoogd dat aandeelhouders zich dienen te onthouden van concurrentie wanneer de intensiteit van hun samenwerking die van een vof nadert.¹⁵ Ik meen dat een en ander in ieder geval beperkt moet blijven tot situaties waarin het belang van de persoonlijke betrokkenheid van de aandeelhouders (arbeid), groter is dan het belang van het kapitaal dat zij verschaffen. Ik zie hiervoor ook steun in de termen die in de hiervoor besproken jurisprudentie worden gebezigd in verband met de betrokkenheid bij de bedrijfsactiviteiten, zoals ‘inzet’, ‘arbeid’, ‘vljijt’ en ‘het bedrijven van activiteiten binnen de vennootschap’. Dat zijn begrippen die een actieve betrokkenheid bij de ondernemingsactiviteiten veronderstellen, wat niet het geval is bij een aandeelhouder die uitsluitend of voornamelijk kapitaal

verschafft. Ten aanzien van een dergelijke aandeelhouder (bijvoorbeeld een investeringsmaatschappij) lijkt mij het enkele feit dat sprake is van een besloten verhouding dan ook onvoldoende om een op hem rustend ongeschreven concurrentieverbod aan te nemen.¹⁶

Art. 2:8 BW of 6:162 BW; hoedanigheid

Hiervoor noemde ik al de redelijkheid en billijkheid als bron van beperking van de vrijheid die aandeelhouders toekomt. Op het eerste gezicht lijkt art. 2:8 BW dan de rechtsgrond waaruit de (ongeschreven) non-concurrentienorm voor aandeelhouders, in het geval de samenwerking tussen aandeelhouders die van een vof nadert (wat hierna voor de praktijk nader wordt geduid), voortvloeit. Echter, er bestaat verschil van inzicht over de vraag of concurrerende handelingen zich al dan niet afspelen in de sfeer van de rechtspersoon, zoals bedoeld in art. 2:8 BW.¹⁷ Maar waar art. 2:8 BW als ‘interne’ norm niet toereikend wordt geacht, wordt aangenomen dat art. 6:2 BW of de betamelijkheidsnorm van art. 6:162 BW toepassing kan vinden. In een concreet geval zal de exacte grondslag weinig verschil maken voor het antwoord op de vraag of een aandeelhouder al dan niet mag concurreren. Want de ongeschreven normen van de redelijkheid en billijkheid van art. 2:8 BW, die een belangenafweging ex art. 3:12 BW impliceren zoals hiervoor genoemd, verschillen niet van de ongeschreven normen die de in het maatschappelijk verkeer in acht te nemen betamelijkheid als bedoeld in art. 6:162 BW invullen.¹⁸

In min of meer dezelfde context vindt, in het kader van de geschillenregeling, de discussie plaats over de vraag of concurrerende handelingen al dan niet in de hoedanigheid van aandeelhouder worden verricht. De in de wetsgeschiedenis opgenomen toelichting op de huidige geschillenregeling maakt duidelijk dat het bij een uitstotingsvordering op de voet van art. 2:336 BW¹⁹ moet gaan om gedragingen in hoedanigheid van aandeelhouder. Het ontstaan van een concurrentieverhouding wordt daarin genoemd als voorbeeld van een handeling die buiten de hoedanigheid van aandeelhouder plaatsvindt.²⁰

12 HR 19 oktober 1990, *NJ* 1991, 21.

13 Hof Amsterdam (OK) 16 maart 1995, «JOR» 1996/54.

14 Hof Amsterdam (OK) 9 december 1993, *NJ* 1994, 296.

15 F.J.P. van den Ingh in de noot onder Hof Amsterdam (OK) 16 maart 1995, «JOR» 1996/54.

16 Vergelijk L. Timmerman, ‘Vennootschappelijke samenwerking en concurrentie’, *Dossier Ondernemingszaken* 1999/36, p. 37 e.v., die meent dat voor een commanditaire vennoot de verplichting tot non-concurrentie in beginsel niet geldt.

17 Dat hierover verschillend wordt gedacht volgt o.a. uit: Hof Arnhem 26 mei 1992, *NJ* 1993/182; Hof Amsterdam (OK) 25 maart 2005, «JOR» 2005/178; B.C.M. Waaijer, *Aandeelhoudersovereenkomsten*, Ars Notariatus LXXVIII, Deventer: Kluwer 1996, p. 60 e.v.; M.J.G.C. Raaijmakers (1991), ‘Koghee/Akkoca’, *Ars Aequi* 40 5, p. 425 e.v.; C.W. de Monchy en L. Timmerman, *De nieuwe algemene bepalingen van Boek 2 BW*, Preadvies van de Vereniging ‘Handelsrecht’ 1991, Zwolle: Tjeenk Willink 1991, p. 51 en 52 en A.F. Verdam, t.a.p. p. 231 e.v.

18 Vergelijk: HR 17 mei 1991, *NJ* 1991, 645.

19 Aangenomen wordt dat deze eis niet geldt bij een vordering ex art. 2:343 BW – vergelijk Hof Amsterdam (OK) 22 oktober 1992, *NJ* 1993, 411, r.o. 4.8.

20 *Kamerstukken II* 1984-1985, 18 905, nrs. 1-3, p. 16 en 17. In Hof Amsterdam (OK) 10 april 2003, «JOR» 2003/144 werd geoordeeld dat de

Praktijk: dubbelrollen

In de praktijk betekent de vergelijking met de vof dat aspecten van non-concurrentie zich ten aanzien van aandeelhouders zullen voordoen als zij een 'dubbelrol' vervullen. Een dubbelrol die inhoudt dat de aandeelhouder tevens in een andere hoedanigheid betrokken is bij de activiteiten van de vennootschap, of dit is geweest. Voorbeelden zijn situaties waarin aandeelhouders tevens bestuurder zijn of waarin een samenwerking tussen beroepsbeoefenaars in de vorm van een vennootschap is gegoten. Als voorbeeld kan gelden een advocaten-nv of het hiervoor al genoemde geval van een architectenbureau, waarbij de aandeelhouders zelf in de praktijk werkzaam zijn. De betrokkenheid in de andere hoedanigheid zal zelfstandig tot loyaliteitsverplichtingen leiden, bij uitstek in het geval die andere hoedanigheid een rol als bestuurder inhoudt. Die loyaliteitsverplichtingen zullen dan primair gelden.

Mij zijn geen zaken bekend waarin een – uit ongeschreven normen voortvloeiend – concurrentieverbod is aangenomen ten aanzien van een aandeelhouder die verder, direct of indirect, geen enkele andere rol binnen de vennootschap vervulde of had vervuld. De zaken gaan over aandeelhouders die nog een andere hoedanigheid hebben. Vaker nog lijken de zaken te gaan over aandeelhouders wier andere hoedanigheid al is geëindigd, in de nasleep waarvan bepaalde betekenis wordt toegekend aan de (dan nog voortdurende) betrokkenheid als aandeelhouder. Die betekenis wordt bijvoorbeeld toegekend bij het bepalen van de hoogte van de schadevergoeding die moet worden betaald wegens de schending van de loyaliteitsverplichting die in de andere hoedanigheid heeft plaatsgevonden.²¹

In de zaak Dyna Music Systems speelde het volgende. Unterlinden en De Bruin (de laatste via zijn holdingvennootschap) richtten in 2003 Dyna Music Systems BV op. De vennootschap zou zich blijkens de statutaire doelomschrijving toeleggen op o.a. de handel in en productie van (onderdelen van) muziekinstrumenten en het houden van octrooien. Unterlinden heeft in 2004 een octrooi aangevraagd (en verkregen) op een nieuw fluitkopsysteem. Echter, in plaats van het octrooi onder te brengen in Dyna Music Systems heeft hij het ingebracht in Flauto Forte BV. Dit blijkt een vennootschap waarvan de echtgenote van Unterlinden de enige bestuurder en aandeelhouder is. Unterlinden is eind 2005, bij beschikking van de Ondernemingskamer gegeven in de door De Bruin Holding geïnitieerde enquêteprocedure, als bestuurder ontslagen. In de onderhavige procedure spreekt Dyna Music Systems Unterlinden, zijn echtgenote en Flauto Forte aan voor de schade die is geleden als gevolg van de onrechtmatige toe-eigening van de bedoelde *corporate opportunity*.

Aan de hand van deze zaak sta ik kort stil bij twee voor de praktijk interessante aspecten.

Profiteren van normschending of vereenzelviging

Allereerst het aspect dat de aandeelhouder/bestuurder niet zelf, maar via een aan hem gelieerde persoon of vennootschap in concurrentie treedt. In de Dyna Music Systems zaak kwam dit aspect aan de orde doordat Unterlinden de *corporate opportunity* (het door hem geöctrooieerde fluitkopsysteem) niet had ondergebracht in Dyna Music Systems, maar in Flauto Forte. Het hof oordeelt, net als de rechtbank, dat de norm van art. 2:8 BW niet van toepassing is op Flauto Forte, die formeel als derde moet worden gezien. Het hof beziet de kwestie vanuit de invalshoek van het gebruikmaken van andermans wanprestatie of schending van een verbintenis uit de wet.²² In dit geval ging het dan om het profiteren door Flauto Forte van een schending door Unterlinden van de artt. 2:8 en 2:9 BW. Voor het aannemen van het onrechtmatig profiteren van een wanprestatie of een schending van een verbintenis uit de wet is onvoldoende dat de profiteur weet of behoort te weten van de wanprestatie of schending. Er moet sprake zijn van bijkomende omstandigheden. Het hof acht bijkomende omstandigheden in deze zaak aanwezig doordat in de procedure onbetwist was komen vast te staan dat Unterlinden als feitelijk beleidsbepaler betrokken was bij Flauto Forte. Daardoor werd Flauto Forte eveneens veroordeeld voor de schade waartoe Unterlinden ook zelf werd veroordeeld. Een andere manier om de rol van de 'derde' te beschouwen is om te kijken of deze kan worden vereenzelvigd met de (aandeelhouder)/bestuurder die de *corporate opportunity* onrechtmatig onttrekt. Op die manier kan deze partij direct op grond van de normen van art. 2:8 (en 2:9) BW worden aangesproken. Wat mij betreft is vereenzelviging een (te) zwaar middel, maar in de praktijk komt het in de context van non-concurrentievraagstukken toch wel voor.²³

Uitlooperperiode

Het tweede aspect is de zogenaamde uitlooperperiode. Uitgaande van een dubbelrol gaat het dan om de periode die bij het bepalen van de schade als gevolg van de onrechtmatige toe-eigening van de *corporate opportunity* in aanmerking wordt genomen nadat de hoedanigheid waarin de onrechtmatige gedraging primair heeft plaatsgevonden, is geëindigd. In de context daarvan wordt rekening gehouden met de (dan nog) voortdurende betrokkenheid als aandeelhouder. In de zaak Dyna Music overwoog het hof ten aanzien daarvan als volgt:

"Het hof is van oordeel dat in dit geval door het ontslag van [Unterlinden] als bestuurder hij niet vanaf dat moment van zijn aansprakelijkheid voor de schade als gevolg van het onrechtmatig in het leven roepen van een concurrent is bevrijd. Het hof acht in dit geval, gelet

concurrerende aandeelhouder wel handelde in zijn hoedanigheid van aandeelhouder.

21 Hof Arnhem (nevenzittingsplaats Leeuwarden) 29 maart 2011, LJN BQ0581 r.o. 16 en Rb. Arnhem 4 april 1996, «JOR» 1996/55, r.o. 5.3.

22 O.a. HR 17 mei 1985, NJ 1986, 760 en HR 26 januari 2007, NJ 2007, 78.

23 O.a. Hof Amsterdam (OK) 9 december 1993, NJ 1994/296; Vrzngr. Rb. Arnhem 26 januari 1996, «JOR» 1996/30 en Vrzngr. Rb. Alkmaar 24 september 1998, «JOR» 1999/115.

op de handelwijze van [Unterlinden] als bestuurder, de wijze waarop aan zijn bestuurderschap een einde is gekomen en zijn optreden als grootaandeelhouder nadien,²⁴ termen aanwezig om de (...) aanspraak op schadevergoeding van Dyna niet te laten stoppen op het moment dat [Unterlinden] werd ontslagen als bestuurder bij Dyna, maar deze aanspraak ook daarna nog enige periode te laten voortduren.”

Vervolgens stelt het hof de bedoelde uitlooperperiode op twee jaar na het ontslag van Unterlinden als bestuurder. Dat doet het hof naar eigen zeggen naar analogie van de maximale periode waarin op grond van het mededingingsrecht non-concurrentieafspraken als nevenrestrictie bij een fusie of overname zijn toegestaan.²⁵

In de hiervoor al genoemde zaak Ramp/Lensen werd door de Rechtbank Arnhem,²⁶ na terugverwijzing door de Ondernemingskamer, een uitlooperperiode aangenomen van één jaar. Deze periode ging in op het moment dat de con-

In de praktijk zullen aspecten van non-concurrentie zich ten aanzien van aandeelhouders voordoen als zij een dubbelrol vervullen.

currende aandeelhouder/bestuurder (Ramp) een verbod opgelegd had gekregen om de vennootschap nog langer te besturen.

Non-concurrentie na overdracht

Ten slotte behandel ik nog kort het ongeschreven concurrentieverbod waarmee een voormalig aandeelhouder onder bepaalde omstandigheden te maken kan krijgen na overdracht van zijn aandelenbelang. In die omstandigheden rust dit verbod op hem in zijn hoedanigheid van verkoper van de aandelen, en dus niet in die van aandeelhouder. De Hoge Raad heeft in het arrest Kolkman/Cornelisse²⁷ beslist dat de aard en strekking van een overnameovereenkomst, waarbij iemand een handelsonderneming aan een ander overdraagt, zich er in de regel tegen verzetten dat de overdrager zijn rechtsopvolger concurrentie aandoet door in de directe omgeving dezelfde werkzaamheden te blijven verrichten die hij voor de overdracht in de onderneming verrichtte. Plaatselijke bekendheid van de overdrager speelt daarbij (mede) een belangrijke rol. In de bedoelde zaak ging het om een activa/passiva transactie (verkoop van een assurantieportefeuille). Ook hier werd weer uit-

drukkelijk overwogen dat het ontbreken van een overeengekomen concurrentieverbod geen vrijbrief inhoudt om de wederpartij concurrentie aan te doen. Deze ongeschreven non-concurrentienorm vloeit voort uit de redelijkheid en billijkheid van art. 6:248 BW.

In navolging van dit arrest zijn diverse uitspraken gedaan waarin dezelfde maatstaf is toegepast op een verkoop van aandelen, die dan in materiële zin werd gelijkgesteld met de verkoop van een onderneming.²⁸ Aldus is een aandeelhouder die zijn aandelen heeft verkocht onder omstandigheden tegenover de koper gebonden aan een ongeschreven concurrentieverbod. Daarbij is een belangrijke veronderstelling dat een koper die een substantieel bedrag heeft betaald voor aanwezige goodwill, mag verwachten dat de aan die goodwillpositie verbonden winstpotentie na de overdracht niet direct wordt aangetast door de verkoper zelf. Uit deze rechtspraak blijkt dat het niet uitmaakt of de verkochte aandelen een meerderheids- of minderheidsbelang vormen. Ook blijkt dat de duur van het verbod dat in voorkomend geval wordt aangenomen per geval (en rechter?) sterk verschilt, van enkele maanden tot maar liefst 5 jaar.²⁹ Die laatste termijn vind ik niet erg realistisch. Waarom als koper dan überhaupt nog een contractueel concurrentieverbod bedingen, zou je zeggen. Bovendien lijkt mij dat (ook) rechters zich in ieder geval moeten houden aan het mededingingsrecht (lees: de maximale duur van non-concurrentieafspraken zoals deze als nevenrestricties bij het vormen van concentraties zijn toegestaan).

Afronding

In het algemeen mogen aandeelhouders concurreren met de vennootschap waarin zij aandelen houden. Eventuele uitzonderingen op deze regel zullen zich in de praktijk voordoen bij een intensieve samenwerking waarbij de aandeelhouder een dubbelrol vervult, of heeft vervuld. Wanneer in die andere rol dan een normschending plaatsvindt door in concurrentie te treden met de vennootschap wordt bij de bepaling van de schade als gevolg van die schending rekening gehouden met de nog voortdurende betrokkenheid als aandeelhouder. Zoals ook het geval was in de zaak Dyna Music Systems, waarin op die manier in het kader van de schadebepaling een zogenaamde uitlooperperiode van 2 jaar (te rekenen vanaf het ontslag als bestuurder) werd aangenomen. Na overdracht van aandelen – wanneer vergoeding voor goodwill is betaald en sprake is van plaatselijke bekendheid – geldt een tegenovergestelde ongeschreven hoofdregel, namelijk dat de verkopend aandeelhouder (jegens de koper) gehouden is om enige tijd niet te concurreren in de directe omgeving.

Over de auteur

Mr. Marcel W.E. Evers is advocaat bij De Breij Evers Boon te Amsterdam.

24 Op basis van de uitspraak kan ik de verwijzing van het hof naar het optreden van Unterlinden als grootaandeelhouder nadien (dus na zijn ontslag als bestuurder) niet goed plaatsen. Uit het arrest blijkt immers (r.o. 1.20) dat gelijktijdig met het door de Ondernemingskamer uitgesproken ontslag de overdracht ten titel van beheer van de door Unterlinden gehouden aandelen is bevolen.

25 Vergelijk o.a.: de Mededeling van de Europese Commissie betreffende beperkingen die rechtstreeks verband houden met en noodzakelijk zijn voor de totstandbrenging van concentraties, *PbEU* 2005/C56/03, paragraaf 20 e.v.

26 Rb. Arnhem 4 april 1996, «JOR» 1996/55.

27 HR 1 juli 1997, «JOR» 1997/109.

28 Vergelijk o.a.: *Vrzngr. Rb. Leeuwarden* 9 april 2008, LJN: BC9175; *Vrzngr. Rb. Alkmaar* 24 september 1998, «JOR» 1999/115 en *Hof 's-Hertogenbosch* 10 november 2009, «JOR» 2010/121.

29 *Vrzngr. Rb. Leeuwarden* 9 april 2008, LJN: BC9175.