

8. Opvallend is overigens dat de rechtbank in r.o. 6.3 bij de inhoudelijke toets of aan de ontslaggronden is voldaan, refereert aan het criterium dat de belangen van de stichting zodanig zijn geschaad dat het niet langer verantwoord is om de toezichthouders van wie het ontslag was verzocht als toezichthouders van de stichting te handhaven. Dit is niet een criterium dat in art. 2:298 lid 1 BW wordt genoemd. Sterker nog, dit criterium stond wel in het ambtelijk voorontwerp uit 2014 maar is naar aanleiding van het advies van de Commissie Vennootschapsrecht (d.d. 19 oktober 2015, p. 3-4) geschrapt omdat het wellicht enger uitgelegd zou kunnen worden dan bedoeld. Het is dan ook beter deze terminologie te vermijden.

prof. mr. G.J.C. Rensen

5

Corporate opportunity en bestuurdersaansprakelijkheid

Voorzieningenrechter Rechtbank Oost-Brabant zp 's-Hertogenbosch
21 september 2021, nr. KG ZA 21-386,
ECLI:NL:RBOBR:2021:5059
(mr. Loesberg)
Noot mr. Ph.W. Schreurs

Bestuurdersaansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad. Onbehoorlijke taakvervulling. Ernstig verwijt. Tegenstrijdig belang. Bestuurder heeft eigen belang laten prevaleren boven dat van vennootschap. Voldoende aannemelijk is dat bestuurder onrechtmatig heeft gehandeld en vennootschap hierdoor schade dreigt te lijden.

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

Als corporate opportunity kan worden aangemerkt 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. Uit art. 2:8 en 2:9 BW vloeit voort dat de bestuurder

van de vennootschap deze mogelijkheden ten gunste van de vennootschap dient te benutten. Indien de bestuurder een corporate opportunity aanwendt ten behoeve van zichzelf of van derden zonder dat de vennootschap deze opportunity heeft vrijgegeven, 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 art. 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.

Uit de door Brand Social Group BV (hierna: Brandit) overgelegde producties kan genoegzaam worden afgeleid dat [gedaagde sub 2] tijdens zijn bestuurschap van Brandit, een concurrent van Brandit in het leven heeft geroepen (Menoki), daarbij gebruikmakend van de knowhow en het e-mailadres, logo en format van Brandit, alsmede van het octrooi van [A] en [gedaagde sub 2] en dat zij ten behoeve van deze concurrerende onderneming investeringen hebben aangetrokken zonder de aandeelhouders en bestuurders van Brandit daarvan op de hoogte te stellen.

Brandit heeft voldoende aannemelijk gemaakt dat Menoki (voorheen Emoki) een variant dan wel doorontwikkeling is van de Brandit-app, dat grote overeenkomsten bestaan qua concept, techniek en markt en dat gebruik wordt gemaakt van dezelfde gepatenteerde techniek. [Gedaagde sub 2] heeft zelf erkend dat hij bij de nieuwe investeerders in eerste instantie Brandit heeft gepitcht. Ook uit de overgelegde e-mailcorrespondentie blijkt dat Brandit en het octrooi van [A] en [gedaagde sub 2] aanleiding zijn geweest voor de gesprekken van [gedaagde sub 2] met de (nieuwe) investeerders.

[Gedaagde sub 1] c.s. hebben hun stelling dat Menoki en Brandit sterk van elkaar verschillen, tegenover de gemotiveerde en met bewijsstukken onderbouwde stellingen van Brandit onvoldoende onderbouwd. Daar komt bij dat, ook als zou moeten worden aangenomen dat de producten (op detailniveau) van elkaar verschillen, Brandit voldoende aannemelijk heeft gemaakt dat het [gedaagde sub 2] als bestuurder van Brandit niet vrijstond, zonder de andere bestuurder en de aandeelhouders daarvan op de hoogte te brengen, een investering aan te trekken voor een op zijn minst afgeleid product van Brandit, gebruikmakend van het door Brandit betaalde octrooi van

[A] en [gedaagde sub 2], gebruikmakend van het relatienetwerk van Brandit en de binnen Brandit opgedane knowhow en daartoe nieuwe entiteiten op te richten om de investeringen in onder te brengen.

Op grond hiervan kan geenszins worden uitgesloten dat de bodemrechter tot het oordeel komt dat [gedaagde sub 1] c.s. zijn tekortgeschoten in de uitoefening van de hun opgedragen taak als bedoeld in art. 2:9 BW. Daarvan kan hun een ernstig verwijt worden gemaakt, nu er sprake was van een tegenstrijdig belang en [gedaagde sub 2] zijn eigen belang heeft laten prevaleren boven dat van de vennootschap.

Op grond hiervan is voldoende aannemelijk gemaakt dat [gedaagde sub 1] c.s. onrechtmatig hebben gehandeld en dat Brandit als gevolg daarvan schade dreigt te lijden. Het belang van Brandit om vooralsnog gevrijwaard te blijven van concurrentie van de Menoki-app dient in de gegeven omstandigheden zwaarder te wegen dan de belangen van [gedaagde sub 1] c.s. om hun product (verder) te exploiteren.

Brand Social Group BV te Helmond,
eiseres,
advocaat: mr. M.J.G. Pennings,
tegen

1. [gedaagde sub 1],
2. [gedaagde sub 2],
gedaagden,
bijgestaan door: mr. P.J.P.J. van Riet.

(...; red.)

2. De feiten

2.1. De heren [A] (hierna: [A]) en [gedaagde sub 2] (hierna: [gedaagde sub 2]) hebben vanaf 2017 samengewerkt aan de ontwikkeling van een foto/video app – Brandit – die bedrijven en particulieren in staat stelt om klanten, medewerkers en fans te activeren als influencers en omzet te genereren uit persoonlijke netwerken die tot dan toe onbereikbaar waren.

2.2. Op 19 april 2017 hebben [A] en [gedaagde sub 2] daartoe een octrooiaanvraag ingediend voor het “systeem en toestel voor persoonlijke berichtenuitwisseling”. Het octrooi is op 4 september 2018 verleend, waarbij [A] en [gedaagde sub 2] gezamenlijke octrooihouders zijn en gezamenlijk als uitvinders worden aangemerkt.

2.3. Op 18 december 2018 hebben [A] en [gedaagde sub 2] via hun persoonlijke Holdings ([Holding A] en [gedaagde sub 1]) samen met een tweetal investeerders, [bedrijf 1] en [bedrijf 2] een besloten vennootschap opgericht, Brand Social Group B.V., tevens handelend onder de naam Brandit.

2.4. Sinds de oprichting van Brandit zijn [Holding A] en [gedaagde sub 1] gezamenlijk bevoegd bestuurder van Brandit. Brandit heeft het exclusieve gebruiksrecht van het gezamenlijke octrooi van [A] en [gedaagde sub 2].

2.5. Op 16 oktober 2019 zijn een tweetal Chinese investeerders, mevrouw [B] en de heer [C], aandeelhouder geworden van Brandit. Zij hebben in totaal € 250.000,00 ingebracht in de vorm van een geldlening en 17 % van het aandelenkapitaal. Na toetreding van mevrouw [B] en de heer [C] houden [Holding A] en [gedaagde sub 1] elk 37,5 % van de aandelen in Brandit, [bedrijf 1] en [bedrijf 2] ieder 4,5 % en mevrouw [B] en de heer [C] elk 8,5 % van het aandelenkapitaal van Brandit.

2.6. Na deze investeringen heeft een externe ontwikkelaar [D] de app verder ontwikkeld en verbeterd. [D] heeft de app medio 2019 opgeleverd. De kosten daarvan beliepen in totaal € 130.000,00.

2.7. De uitrol van de Brandit app verliep niet zoals gehoopt. De kosten van de appontwikkeling bleken fors hoger uit te vallen en de omzet bleef achter bij de verwachtingen.

2.8. Vanaf medio 2020 is de relatie tussen [A] en [gedaagde sub 2] bekoeld. Tijdens een gesprek op 10 december 2020 heeft [gedaagde sub 2] aan [A] aangegeven dat hij geen verdere toekomst meer zag in de samenwerking met [A] en dat hij die zou willen beëindigen. Daarbij heeft hij ondermeer de optie geschetst om Brandit te liquideren, waarna ieder afzonderlijk van elkaar met (een kopie van) het product de eigen visie zou kunnen volgen. [A] is op het voorstel van [gedaagde sub 2] niet ingegaan.

2.9. Op 12 april 2021 heeft een aandeelhoudersvergadering plaatsgevonden, waarbij het ontslag van [gedaagde sub 1] als bestuurder van Brandit was geagendeerd. Alle vergadergerechtigden zijn op de vergadering verschenen, met uitzondering van [gedaagde sub 1]. Tijdens de vergadering is unaniem besloten tot het ontslag van [gedaagde sub 1] als bestuurder van Brandit.

2.10. [gedaagde sub 1] heeft de rechtsgeldigheid van het ontslag betwist, omdat zij de uitnodiging voor de algemene aandeelhoudersvergadering

niet had ontvangen en dus geen geldige oproeping heeft plaatsgevonden.

2.11. [A] heeft, naar aanleiding van de ontkenning door [gedaagde sub 1] van de ontvangst van de e-mail met de oproeping voor de algemene aandeelhoudersvergadering op 12 april 2021 een onderzoek ingesteld naar het zakelijke e-mailadres [emailadres] dat door [gedaagde sub 2] ten behoeve van Brandit werd gebruikt.

2.12. Bij brief van 11 mei 2021 heeft de advocaat van Brandit een aantal constatering op basis van dit onderzoek met [gedaagde sub 1] c.s. gedeeld. Dit betreft – onder andere – de volgende zaken:

– Op 23 april 2020 heeft [gedaagde sub 2] een e-mailbericht met presentatie gestuurd aan Label A, een app producent waarmee Brandit contact heeft gehad. Hij maakt daarin melding dat hij wil kijken hoe en of de volgende stap met Brandit te maken is, BRANDIT NEXT. In de mail geeft [gedaagde sub 2] aan dat hij de samenwerking zelfstandig zal doen onder een andere naam.

– Op 8 december 2020 heeft de heer [E] een e-mail gestuurd naar [F] (een potentiële investeerder) met de mededeling dat hij graag Brandit wil pitchten.

– Naar aanleiding van de presentatie van [gedaagde sub 2] op 21 december 2020 (vergelijk prod. 17A van Brandit) heeft de heer [F] bij e-mailbericht van 24 december 2020 meerdere vragen gesteld die betrekking hebben op Brandit.

– Bij e-mailbericht van 21 februari 2021 heeft de heer [F] aan [gedaagde sub 2] bevestigd dat hij samen met andere investeerders € 275.000,00 wil investeren in Emoki.

– Op 4 februari 2021 is [gedaagde sub 2] in contact gekomen met een potentiële Indiase investeerder, de heer [G]. [gedaagde sub 2] heeft de heer [G] op 16 februari 2021 een link gestuurd die verwijst naar het octrooi van [A] en [gedaagde sub 2].

2.13. De advocaat van Brandit heeft [gedaagde sub 2] in de gelegenheid gesteld op de constatering te reageren en [gedaagde sub 2] aansprakelijk gesteld voor alle schade die Brandit lijdt ten gevolge van de in de brief geschetste gedragingen.

2.14. Op 19 maart 2021 is Stickers License B.V. opgericht. Deze vennootschap is ingeschreven op hetzelfde adres als waar tot voor kort Brandit was gevestigd en kantoor hield. [gedaagde sub 1] is enig aandeelhouder en bestuurder van Stickers License B.V.

2.15. Op 11 juni 2021 is Menoki B.V. opgericht met als omschrijving van de bedrijfsactiviteit: het exploiteren van de menoki stickerboard app en het designen van digitale stickers voor afnemers (personen en instellingen met een aanzienlijke fanbase).

3. *Het geschil*

3.1. Brandit vordert samengevat – bij vonnis uitvoerbaar bij voorraad [gedaagde sub 1] c.s. te verbieden (al dan niet door middel van Stickers License B.V. en/of Menoki B.V.) direct of indirect als aandeelhouder, certificaatouder, bestuurder of anderszins betrokken te zijn bij Menoki, dan wel een daarop gelijkend of aanverwant product, zijnde een digitaal sticker/emoticon toetsenbord, met een andere naam waarbij al dan niet gebruik wordt gemaakt van het gezamenlijk octrooi van de heren [A] en [gedaagde sub 2], op straffe van verbeurte van een dwangsom.

3.2. Brandit legt daaraan ten grondslag dat [gedaagde sub 1] haar bestuurstaak grovelijk heeft veronachtzaamd. Als bestuurder van Brandit had [gedaagde sub 1] de belangen van Brandit en niet enig ander (eigen) belang dienen te behartigen. Zij had vanaf eind 2019 omzet dienen te genereren voor Brandit en investeerders moeten zoeken. Ook hadden technische doorontwikkelingen en creatieve inzichten, zeker voor zover gestoeld op het gezamenlijke octrooi van [A] en [gedaagde sub 2], ten goede moeten komen aan Brandit. In plaats daarvan hebben [gedaagde sub 1] c.s. Brandit en haar aandeelhouders buitenspel gezet op het moment dat [gedaagde sub 1] c.s. voor een nieuwe variant op de Brandit app, (Menoki) gestoeld op het gezamenlijke octrooi van [A] en [gedaagde sub 2], investeerders bereid hadden gevonden om daarin te investeren. Toen zij er rond de jaarwisseling 2020/2021 wel in slaagden een zeer aanzienlijke investering aan te trekken, hebben zij die investering niet aangewend voor Brandit, maar in plaats daarvan hebben zij meerdere entiteiten opgericht teneinde een directe concurrent voor Brandit op te zetten. [gedaagde sub 1] c.s. hebben daarmee aan Brandit een corporate opportunity ontnomen en daarmee gehandeld in strijd met de artikelen 2:9 BW, dan wel 6:162 BW. Op grond van artikel 2:11 BW is [gedaagde sub 2] hoofdelijk aansprakelijk.

3.3. [gedaagde sub 1] voert verweer.

4. De beoordeling

4.1. De vordering in kort geding kan alleen worden toegewezen als Brandit daarbij een spoedeisend belang heeft. Gelet op de aard van de vorderingen is hiervan sprake.

4.2. Uitgangspunt in dit geding is dat [gedaagde sub 2] in de periode van 18 december 2018 tot 12 april 2021 (indirect) aandeelhouder en (indirect) bestuurder is geweest van Brandit. Voorts staat vast dat op 19 maart 2021 Stickers License B.V. is opgericht en dat [gedaagde sub 1] enig aandeelhouder en bestuurder is van Stickers License B.V. Op 11 juni 2021 is Menoki B.V. opgericht met als omschrijving van de bedrijfsactiviteit: het exploiteren van de menoki stickerboard app en het designen van digitale stickers voor afnemers (personen en instellingen met een aanzienlijke fanbase). Tegen de achtergrond van deze feiten heeft Brandit gesteld dat [gedaagde sub 1] c.s. tussen 2020 en 20021 met gebruikmaking van know how vanuit Brandit heimelijk een met de Brandit app concurrerend product hebben ontwikkeld (Menoki) en ten koste van Brandit een corporate opportunity (potentiële investeerders) hebben aangewend voor een concurrerende vennootschap. Toen zich een zakenkans voordeed die geheel paste binnen de doelstelling en daadwerkelijke activiteiten van Brandit, hebben zij de medebestuurder en aandeelhouders van Brandit niet geïnformeerd en in plaats daarvan deze kans aangewend ten behoeve van zichzelf.

4.3. De voorzieningenrechter stelt voorop dat als corporate opportunity kan worden aangemerkt 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. Uit de artikelen 2:8 en 2:9 BW vloeit voort dat de bestuurder van de vennootschap deze mogelijkheden ten gunste van de vennootschap dient te benutten. 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 BW. Van een ernstig verwijt is in beginsel sprake indien de bestuurder zijn eigen belang

heeft laten prevaleren boven dat van de vennootschap.

4.4. Naar het oordeel van de voorzieningenrechter kan niet worden uitgesloten dat de bodemrechter tot het oordeel komt dat [gedaagde sub 2] is tekortgeschoten in de uitoefening van de hem opgedragen taak als bedoeld in artikel 2:9 BW. Uit de door Brandit overgelegde producties kan genoegzaam worden afgeleid dat [gedaagde sub 2] tijdens zijn bestuurderschap van Brandit, een concurrent van Brandit in het leven heeft geroepen (Menoki), daarbij gebruikmakend van de know how en het e-mailadres, logo en format van Brandit, alsmede van het octrooi van [A] en [gedaagde sub 2] en dat zij ten behoeve van deze concurrerende onderneming investeringen hebben aangetrokken zonder de aandeelhouders en bestuurders van Brandit daarvan op de hoogte te stellen.

4.5. [gedaagde sub 1] c.s. hebben het voorgaande niet met zoveel woorden betwist, maar hebben het verweer gevoerd dat geen sprake is van vergelijkbare producten, waardoor de belangen van Brandit door de activiteiten van Sticker License B.V. en Menoki B.V. niet zouden zijn geschaad. Dit verweer faalt. Brandit heeft voldoende aannemelijk gemaakt dat Menoki (voorheen Emoki) een variant dan wel doorontwikkeling is van de Brandit app en dat grote overeenkomsten bestaan qua concept, techniek en markt en dat gebruik wordt gemaakt van dezelfde gepatenteerde techniek. De voorzieningenrechter wijst er in dat verband op dat [gedaagde sub 2] zelf heeft erkend dat hij bij de nieuwe investeerders in eerste instantie Brandit heeft gepitcht. Ook uit de overgelegde e-mailcorrespondentie blijkt dat Brandit en het octrooi van [A] en [gedaagde sub 2] aanleiding is geweest voor de gesprekken van [gedaagde sub 2] met de (nieuwe) investeerders. Hiervoor wordt verwezen naar het e-mailbericht vanuit het e-mailadres [emailadres] van [E] aan de toen potentiële investeerder de heer [F] van 8 december 2020 (prod. 20 van Brandit). Hierin deelt de heer [E] mee dat hij Brandit bij de heer [F] wil pitchen. Na de pitch heeft de heer [F] bij e-mailbericht van 24 december 2020 een aantal vragen gesteld die evident zagen op Brandit. Zo wordt er gerefereerd aan het patent, het aantal downloads van de Brandit app en de lange looptijd van de ontwikkeling van de Brandit-app. De presentatie (prod. 22 van Brandit) bevat een verwijzing naar het persoonlijke keyboard (Emoki), waarbij is aangegeven dat het een gepatenteerd concept betreft. Dit is een

verwijzing naar het gezamenlijke octrooi van de [A] en [gedaagde sub 2]. Bovendien wordt op pagina 10 van de presentatie Brandit als concurrent van Emoki genoemd. Tenslotte blijkt uit de e-mailcorrespondentie die [gedaagde sub 2] heeft gevoerd (vanuit het e-mailadres [emailadres]) met een potentiële Indiase investeerder, de heer [G], over een demo van Emoki, dat [gedaagde sub 2], op de vraag van de heer [G] over de “patent rights” een link heeft doorgestuurd naar het gezamenlijke octrooi van [gedaagde sub 2] en [A].

4.6. [gedaagde sub 1] c.s. hebben hun stelling dat Menoki en Brandit sterk van elkaar verschillen tegenover de gemotiveerde en met bewijsstukken onderbouwde stellingen van Brandit onvoldoende onderbouwd. De verwijzing naar een overzicht van verschillen, overgelegd als prod. 30, zonder enige verdere concrete onderbouwing, is daarvoor onvoldoende. Daar komt bij dat, ook als zou moeten worden aangenomen dat de producten (op detailniveau) van elkaar verschillen, Brandit in dit kort geding voldoende aannemelijk heeft gemaakt dat het [gedaagde sub 2], als bestuurder van Brandit niet vrijstond, zonder de andere bestuurder en de aandeelhouders daarvan op de hoogte te brengen, een investering aan te trekken voor een op zijn minst afgeleid product van Brandit, gebruikmakend van het door Brandit betaalde octrooi van [A] en [gedaagde sub 2], gebruikmakend van het relatienetwerk van Brandit en de binnen Brandit opgedane know how en daartoe nieuwe entiteiten op te richten om de investeringen in onder te brengen.

4.7. Op grond van het voorgaande kan geenszins worden uitgesloten dat de bodemrechter tot het oordeel komt dat [gedaagde sub 1] c.s. zijn tekortgeschoten in de uitoefening van de hen opgedragen taak als bedoeld in artikel 2:9 BW. Daarvan kan hen een ernstig verwijt worden gemaakt, nu er sprake was van een tegenstrijdig belang en [gedaagde sub 2] zijn eigen belang heeft laten prevaleren boven dat van de vennootschap.

4.8. Voor zover [gedaagde sub 1] c.s. nog hebben aangevoerd dat het onderzoek van Brandit in de mailbox van [gedaagde sub 2] onrechtmatig is en daarmee sprake is van onrechtmatig verkregen bewijs overweegt de voorzieningenrechter als volgt. Als er al sprake is van onrechtmatig verkregen bewijs, betekent dat niet dat dit bewijs in deze civiele procedure geen rol mag spelen. In het civiele recht geldt immers de vrije bewijsleer (artikel 152 Rv). In beginsel wegen het algemene

maatschappelijke belang dat de waarheid in rechte aan het licht komt en het belang dat partijen erbij hebben hun stellingen in rechte aannemelijk te kunnen maken, zwaarder dan het belang van uitsluiting van bewijs dat op onrechtmatige wijze is verkregen. Slechts indien sprake is van bijkomende omstandigheden, is uitsluiting van dat bewijs gerechtvaardigd. Dergelijke bijkomende omstandigheden zijn de voorzieningenrechter hier niet gebleken.

4.9. De voorzieningenrechter ziet in het voorgaande voldoende grond de vorderingen van Brandit toe te wijzen als na te melden. Zij hebben voldoende aannemelijk gemaakt dat [gedaagde sub 1] c.s. onrechtmatig hebben gehandeld en dat Brandit als gevolg daarvan schade dreigt te lijden. Het belang van Brandit om voorsnog gevrijwaard te blijven van concurrentie van de Menoki app dient in de gegeven omstandigheden zwaarder te wegen dan de belangen van [gedaagde sub 1] c.s. hun product (verder) te exploiteren. Er bestaat eveneens aanleiding de ter versterking van het verbod gevorderde dwangsom toe te wijzen als na te melden.

4.10. [gedaagde sub 1] c.s. zullen als de in het ongelijk gestelde partij in de proceskosten worden veroordeeld. (...; *red.*).

5. De beslissing

De voorzieningenrechter

5.1. verbiedt [gedaagde sub 1] c.s. (al dan niet door middel van Stickers License B.V. en/of Menoki B.V.) direct of indirect als aandeelhouder, certificaathouder, bestuurder of anderszins betrokken te zijn bij Menoki, dan wel een daarop gelijkend of aanverwant product, zijnde een digitaal sticker/emoticon toetsenbord, met een andere naam waarbij al dan niet gebruik wordt gemaakt van het gezamenlijk octrooi van de heren [A] en [gedaagde sub 2],

5.2. veroordeelt [gedaagde sub 1] c.s. om aan Brandit een dwangsom te betalen van € 50.000,00 voor iedere keer dat zij niet aan de in 5.1. uitgesproken hoofdveroordeling voldoen, te vermeerderen met een dwangsom van € 5.000,00 per dag dat die overtreding voortduurt,

5.3. veroordeelt [gedaagde sub 1] c.s. in de proceskosten (...; *red.*),

5.4. verklaart dit vonnis tot zover uitvoerbaar bij voorraad,

5.5. wijst het meer of anders gevorderde af.

NOOT

1. A en X werken samen aan een *social media app* Brandit. Een octrooi wordt aan hen samen verstrekt in september 2018. In december 2018 richten ze samen met twee investeerders een bv op, Brand Social Group BV h.o.d.n. Brandit. A BV en X BV zijn samen bestuurder van Brandit, dat bovendien een exclusief gebruiksrecht van het octrooi heeft. B en C brengen nieuw eigen en vreemd vermogen in om de app verder te ontwikkelen. Na uitrol valt de omzet echter zwaar tegen.

2. Medio 2020 bekoelt de relatie tussen A en X. X geeft aan de samenwerking te willen beëindigen, maar partijen bereiken geen overeenstemming. In 2021 wordt het ontslag van X BV als bestuurder van Brandit geagendeerd. Buiten diens aanwezigheid wordt dat besluit aangenomen. Nadien blijkt uit diens mailbox dat X al in 2020 contacten heeft gelegd met derden over een vervolg op Brandit. Bovendien blijkt dat X in 2021 twee andere vennootschappen heeft opgericht.

3. In kort geding vordert Brandit dat X (BV) geen aan Brandit verwant product ontwikkelt al dan niet met gebruik van het octrooi, op straffe van een dwangsom. Brandit vindt namelijk dat X als bestuurder van Brandit niet zijn eigen maar Brandits belangen had te dienen, door omzet te genereren en verbeteringen ten goede te laten komen aan Brandit, in plaats van nieuwe investeerders te betrekken bij verwante producten en een potentiële concurrent op te zetten. X heeft zijn medebestuurder en -aandeelhouders niet geïnformeerd over een corporate opportunity en die ontnemen aan Brandit ten behoeve van zichzelf.

4. Dezelfde voorzieningenrechter wees in 2011 een enigszins vergelijkbare vordering toe, die evenwel in appel volledig onderuit ging (Vzngr. Rb. 's-Hertogenbosch 30 juli 2010, «JOR» 2011/65; Hof 's-Hertogenbosch 19 april 2011, HD 200.072.456, ongepubliceerd). Daar betrof het overigens een werknemer, geen bestuurder. Ik beschreef die zaak in 2012 met Van Driel: 'Corporate opportunity: (nog steeds) wachten op de doorbraak', in: M. Holtzer, A.F.J.A. Leijten, D.J. Oranje (red.), *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2011-2012*, Deventer: Kluwer, p. 225-241. Toen was er nog geen duidelijke lijn in de rechtspraak. In de afgelopen acht jaar is er weliswaar nog geen bepalende uitspraak gewe-

zen door de Hoge Raad, maar wel veel lagere rechtspraak. Het begrip kreeg sedertdien bijvoorbeeld in 33 uitspraken van de OK aandacht en lijkt geheel geaccepteerd.

5. Deze beslissing zal in een eventueel hoger beroep vermoedelijk wel standhouden. De voorzieningenrechter volgt immers de inmiddels redelijk gebaande paden die nodig zijn voor de beoordeling van een corporate opportunity-zaak.

In de eerste plaats definieert de voorzieningenrechter in r.o. 4.3 nauwkeurig de corporate opportunity als "de 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". Zo'n mogelijkheid dient de bestuurder (of meer in het algemeen en hierna: "de betrokkene") voor de vennootschap te benutten. Wendt hij die aan voor zichzelf zonder dat de vennootschap (of degene met wie de betrokkene samenwerkt, hierna "de partner") die heeft vrijgegeven, dan schiet hij tekort.

6. X verweerde zich met de stelling dat het geen vergelijkbare producten waren (r.o. 4.5) maar ontkomt niet aan de vaststelling dat hij zijn partners, de andere bestuurder en aandeelhouders van een en ander niet op de hoogte heeft gebracht.

7. Dat zou mijn enige aanmerking zijn op deze verder puntgave uitspraak: de essentie van het corporate opportunity-leerstuk is gelegen in de *samenwerking* tussen de betrokken partners. Die samenwerking dwingt een betrokkene tot *loyaliteit* (zie meer daarover in het hiervoor sub 4 aangehaalde artikel, p. 235 e.v.). De vraag of de opportunity aangemerkt moet worden als corporate kan alleen maar worden beantwoord door de samenwerkende partners en dat vereist dus te betrachten transparantie. Hierom wordt het corporate opportunity-leerstuk ook aangemerkt als een species van het genus conflicterende belangen-leerstuk: het eigen belang van de betrokkene conflicteert met het belang van de vennootschap waarin hij samenwerkt.

8. Overigens is ook een bestuurder die enig aandeelhouder is gehouden tot enige loyaliteit ten opzichte van de vennootschap en de daarbij betrokken stakeholders, maar daarbij gelden andere maatstaven. Zie daarover mijn artikel 'A Corporate Cloak', in: J.G. Princen & A. van der Schee,

De Ondernemende Curator (Insolad Jaarboek 2011), Deventer: Kluwer, 2011, p. 221-230.

9. Het enkele feit dat betrokkene X zijn partners niet heeft geïnformeerd, betekent al dat hij in dit kort geding op achterstand staat. Hij heeft de vennootschap daarmee de gelegenheid ontnomen de opportunity te beoordelen en vervolgens aan te pakken of daarvan af te zien. Daarom is het ook redelijk dat X in een casus als deze in feite het bewijsnadeel draagt doordat het aan hem is om aan te tonen dat géén sprake is van een corporate opportunity.

10. En daarmee kom ik aan de handleiding voor hoe wél te handelen in een situatie als deze. Gemakshalve moet de lezer het sluimerende aandeelhoudersgeschil nu eerst nog wegdenken, ik ga daarop in in alinea 13 e.v.

11. In een situatie waarin wordt samengewerkt dient een betrokkene zich eventueel voordoeende kansen te bespreken met zijn partner(s). Daarbij dient de informatie die wordt verschaft juist en volledig te zijn. Indien de partner het niet als een kans voor de vennootschap beschouwt, kan de betrokkene aangeven dat wel te vinden en zich daarom vrij te achten. Ook ten aanzien van het zelf wel nemen van die kans moet dus openheid worden betracht. Voorkomen moet namelijk worden dat de partner bezwaar heeft tegen de aandacht die de betrokkene besteedt aan deze (door de partner als laag aangeslagen) kans, terwijl de gezamenlijke onderneming vanzelfsprekend aandacht vraagt. Wie volstrekt transparant is, heeft eigenlijk geen claim te duchten, want van de partner mag wel verlangd worden dat die zelf tot handelen overgaat. Passiviteit wordt niet beloond.

12. Het gebrek aan loyaliteit van de bestuurder kan aanleiding geven tot een vordering op grond van art. 2:9 BW. Dat doet zich bijvoorbeeld voor bij degene die bestuurder is van een vennootschap waarin anderen aandelen houden. Naarmate de betrokkenheid groter is, is de verlangde loyaliteit ook groter. Voor een aandeelhouder/bestuurder geldt de hoogste maatstaf. Maar ook voor iemand die "slechts" 50%-aandeelhouder is, is het leerstuk naar mijn mening relevant. Ook op hem kunnen binnen het kader van een samenwerking loyaliteitsverplichtingen rusten. Het kan aanleiding vormen te twijfelen aan het beleid en de gang van zaken in het kader van een enquêteprocedure, kan zowel een rol spelen in een procedure waarin tegen een aandeelhouder een

uitstotingsvordering wordt ingesteld als een procedure waarin een uittredingsvordering wordt ingesteld of in zaken als de onderhavige waarin een verbod gevraagd wordt.

13. Kwesties als deze spelen zich natuurlijk vrijwel uitsluitend af tegen de achtergrond van een sluimerend of escalerend aandeelhoudersgeschil. Partijen in een dergelijk geschil kunnen de verleiding maar zelden weerstaan een onverwachte kans op een of andere manier voor zichzelf te houden (ook wel aangeduid als "tunnelen") en krijgen dan niet zelden het deksel op de neus.

14. Aan X mag worden toegegeven dat hij aangestuurd heeft op beëindiging van de samenwerking. En daar zit natuurlijk ook het echte probleem. Beëindiging van de samenwerking in een maatschap of vof is doorgaans eenvoudig, omdat overeenkomsten daarin vrijwel altijd voorzien en de wet in ieder geval de mogelijkheid biedt. Maar beëindiging van de samenwerking binnen het verband van een besloten of naamloze vennootschap is veel moeilijker. Aanbieding van de aandelen aan de medeaandeelhouder volstaat meestal niet, omdat deze nu eenmaal geen plicht tot afname heeft. Men mag zich afvragen of notarissen die meewerken aan de oprichting van een vennootschap met meerdere aandeelhouders of verkoop van een gedeelte van aandelen aan een toetredende aandeelhouder, zonder aan te dringen op een statutaire geschillenregeling of uittredingsmogelijkheid, daarmee geen beroepsfout maken.

15. X had er desondanks beter aan gedaan om, nadat hij medio 2020 had aangegeven de samenwerking te willen beëindigen, nog even vol te houden, bijvoorbeeld door gedocumenteerd te wijzen op de kans maar tegelijkertijd aan te geven dat hij niet bereid was verdere inspanningen in de samenwerking te willen verrichten.

16. Om ook voor de niet-volhouders een oplossing te hebben, zou er een verbeterde wettelijke geschillenregeling (Boek 2, Titel 8, afdeling 1) moeten komen. Medio 2020 bekoelde de relatie tussen de Brandit-partners en zou zo nodig een zogenoemde *no fault divorce* uitgesproken moeten hebben kunnen worden, waarin de rechter desgevraagd uitspreekt aan wie de vennootschap moet worden toebedeeld en tegen betaling waarvan. Het consultatievoorstel Wagevoe bood voor situaties als de onderhavige geen soelaas. Ik ondersteun het voorstel dat Makkink doet in par. 6

van zijn recente artikel 'De kortste weg naar een vennootschappelijk scheidingsrecht' (in: *Vernieuwing van het Enquêterecht*, 2021). Hij bepleit daar in feite een samenvoeging van het enquêterecht met de geschillenregeling in één instantie. Het enkele bestaan van een heldere wettelijke uitweg uit aandeelhoudersgeschillen zou onderhandelingen daarover al aanzienlijk vereenvoudigen. Nu gijzelen partijen elkaar vaak en eindigt een van hen of beiden met het deksel op de neus.

17. De Brandit-app probeerde ik inmiddels, maar ik heb wel aarzelingen over de gebruiksvriendelijkheid en daarmee de slagingskans in het woud van sociale media. De concurrerende app van X is dankzij dit vonnis in ieder geval niet te vinden. Maar voor het overige zijn partijen nog niet veel opgeschoten. De advocaat van eiser liet me weten dat appel is ingesteld tegen het vonnis en dat de aandeelhoudersbanden nog niet verbroken zijn.

mr. Ph.W. Schreurs
advocaat corporate litigation bij Boels Zanders te Eindhoven

6

Groepsaansprakelijkheid bestuurders wegens opzettelijke benadeling van aandeelhouder

Rechtbank Zeeland-West-Brabant
4 mei 2021, nr. HA ZA 20-386,
ECLI:NL:RBZWB:2021:2275
(mr. Schild, mr. Van Alphen,
mr. Verhagen-Coopmans)
Noot prof. mr. S.M. Bartman

Bestuurdersaansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad. Specifiek onzorgvuldig handelen jegens aandeelhouder. Geen afgeleide schade. Toerekening van gedragingen. Persoonlijk ernstig verwijt in verband met gewraakte collectieve handelwijze. Hoofdelijke aansprakelijkheid voor de als gevolg hiervan door aandeelhouder geleden schade.

[BW art. 2:11, 6:162, 6:166]

MHC is een joint venture van de vennootschappen EPI en Handpicked Investments.

[Gedaagde sub 2] heeft als middellijk bestuurder van MHC actief getracht het faillissement van MHC te bewerkstelligen met het oogmerk om zich aldus te kunnen ontdoen van EPI als aandeelhouder van MHC en daarmee de weg vrij te maken voor een nieuwe investeerder.

EPI kan [gedaagde sub 1] van het door haar gewraakte handelen als bestuurder van MHC persoonlijk een ernstig verwijt maken. [Gedaagde sub 2] is als bestuurder van [gedaagde sub 1] vervolgens jegens EPI aansprakelijk op grond van art. 2:11 BW.

De rechtbank stelt vast dat tussen partijen niet in geschil is dat [gedaagde sub 6] c.s. (allen middellijk bestuurder en aandeelhouder van Handpicked Investments) van de gewraakte handelwijze van [gedaagde sub 2] op de hoogte waren en deelnamen aan gesprekken met potentiële investeerders. [Gedaagde sub 6] c.s. hebben, met [gedaagde sub 2], [naam 1] (als medebestuurder) daarvan onkundig gehouden.