

Bb 2025/7

Non-concurrentiebeding, boete en bad leaver: een giftige combinatie

Mr. A.M.M. Huijg & mr. H.M.C. van der Linden, datum 27-01-2025

Datum	27-01-2025
Auteur	Mr. A.M.M. Huijg & mr. H.M.C. van der Linden ^[1]
JCDI	JCDI:ADS996160:1
Vakgebied(en)	Burgerlijk procesrecht / Algemeen Milieurecht / Algemeen

1. Inleiding

Om de activiteiten van de vennootschap en de waarde van de onderneming te beschermen, is het gebruikelijk om in de aandeelhoudersovereenkomst een non-concurrentiebeding op te nemen. Om naleving van het non-concurrentiebeding af te dwingen wordt hieraan vrijwel altijd een boetebeding gekoppeld. Indien de aandeelhouder ook manager is, leidt niet-naleving van het non-concurrentiebeding door de aandeelhouder doorgaans ook tot een aanbiedingsverplichting, al dan niet op basis van de (bad) leaver regeling.

Eerder schreven wij een artikel waarin we schetsten dat de bad leaver regeling ingrijpende gevolgen kan hebben voor de manager.^[2] Als de vertrekkende manager ook concurreert kan dit ertoe leiden dat (i) de managementvergoeding eindigt, (ii) de manager de gehouden aandelen moet aanbieden tegen een flinke korting, (iii) een hoge boete wordt verbeurd en (iv) de manager gebonden blijft aan een non-concurrentiebeding.

In dit artikel gaan wij eerst in op de formulering van het non-concurrentiebeding (en het bijbehorende boetebeding) met het oog op de mogelijk verstrekkende gevolgen van overtreding hiervan. Dit zullen we doen aan de hand van de uitspraak van Rechtbank Amsterdam van 26 april 2023^[3] (de 'Infinitespace-uitspraak') en de uitspraak van de Rechtbank Limburg van 10 april 2024^[4] (de 'QES-uitspraak' en samen 'de Uitspraken'). In beide Uitspraken staat de vraag centraal in hoeverre sprake is van een schending van het non-concurrentiebeding, met als gevolg dat de aandeelhouder boetes verbeurd en tevens verplicht is om de door haar gehouden aandelen aan te bieden op grond van een bad leaver regeling. Daarna gaan we in op de mogelijkheid van matiging van een boete en de vraag of een beroep op matiging met het oog op de overige consequenties van de bad leaver regeling succesvol zou kunnen zijn. We sluiten af met onze conclusie.

2. De Infinitespace-uitspraak

2.1 Feiten

De oprichters van Infinitespace Holding B.V. ('Infinitespace') besluiten gedaagde aan te stellen als bestuurder van Infinitespace en aan haar 12% van de aandelen in Infinitespace over te dragen. In dat kader komen partijen een managementovereenkomst ('MO') en een aandeelhoudersovereenkomst ('SHA') overeen. In de SHA en

de MO is een non-concurrentiebeding met een daaraan gekoppeld boetebeding overeengekomen. In de SHA is verder een leaver regeling opgenomen op grond waarvan de door gedaagde gehouden aandelen dienen te worden aangeboden ingeval de samenwerking eindigt. Wegens haperingen in de samenwerking is besloten tot ontslag van gedaagde. Na het ontslag en de beëindiging van de MO lijkt sprake te zijn van een schending van het non-concurrentiebeding waarna Infinitespace gedaagde sommeert zich te houden aan dit beding op straffe van de overeengekomen boete. Hierna volgt een procedure bij de Rechtbank Amsterdam waarin Infinitespace onder meer het volgende vordert: een schadevergoeding en verbeurde boetes wegens schending van het non-concurrentiebeding, het opleggen van de verplichting tot aanbieder van de door gedaagde gehouden aandelen in Infinitespace tegen nominale waarde en een verbod om voor een periode van twaalf maanden na het overdragen van de aandelen met Infinitespace concurrerende activiteiten te verrichten. Gedaagde vordert op haar beurt onder meer dat de boetes - indien deze worden toegekend - worden gematigd.

2.2 Uitspraak

De Rechtbank Amsterdam oordeelt dat het non-concurrentiebeding is geschonden, waardoor gedaagde een contractuele boete heeft verbeurd ter hoogte van € 602.000. De rechter oordeelt ten aanzien van de hoogte van de boete dat deze tot een onaanvaardbaar resultaat leidt met als gevolg dat de boete wordt gematigd tot een bedrag van € 100.000 en dat gedaagde gehouden is haar aandelen aan te bieden tegen nominale waarde. Tot slot oordeelt de Rechtbank Amsterdam dat gedaagde tot twaalf maanden na het einde van de MO kan worden gehouden aan het non-concurrentiebeding.

3. De QES-uitspraak

3.1 Feiten

De aandeelhouders van QES Holding B.V. ('QES'), waaronder Petel Tech Limited ('Petel Tech'), hebben op 1 maart 2019 een aandeelhoudersovereenkomst met betrekking tot QES gesloten (de 'SHA'). Op dezelfde datum hebben QES, Petel Tech en gedaagde ('Petel Tech c.s.') een managementovereenkomst gesloten (de 'MO'). In de SHA zijn onder meer een bad leaver regeling, een non-concurrentiebeding en een boetebeding opgenomen. In de MO is eveneens een non-concurrentiebeding en een boetebeding opgenomen. Vanwege zorgen over de resultaatsontwikkeling van de onderneming heeft de algemene vergadering van aandeelhouders van QES in oktober 2020 besloten om Petel Tech te ontslaan als statutair bestuurder van QES en de MO op te zeggen met inachtneming van de opzegtermijn van zes maanden. Een maand later ontvangt gedaagde een schrijven van QES waarin wordt gesteld dat de MO met onmiddellijke ingang wordt beëindigd wegens schending van het non-concurrentiebeding opgenomen in de MO en de SHA. In de daaropvolgende procedure vordert QES onder meer een verklaring voor recht dat Petel Tech c.s. het non-concurrentiebeding van de SHA en de MO hebben geschonden op basis waarvan Petel Tech c.s. een schadevergoeding en boetes verschuldigd zijn en Petel Tech de verplichting heeft de door haar gehouden aandelen in QES aan te bieden voor een bedrag van € 1 per aandeel.

3.2 Uitspraak

Naar het oordeel van de rechtbank zijn er onvoldoende aanknopingspunten voor de stelling dat sprake is van concurrerend handelen van Petel Tech c.s. Ook kan niet worden geconcludeerd dat Petel Tech c.s. enige bepaling in de SHA en/of de MO hebben geschonden. De rechtbank oordeelt dan ook dat Petel Tech c.s. geen boetes verschuldigd zijn en niet schadelijkt zijn en Petel Tech niet gehouden is haar aandelen aan te bieden voor € 1 per aandeel.

4. Het non-concurrentiebeding in de aandeelhoudersovereenkomst

Het is over het algemeen onwenselijk dat een aandeelhouder activiteiten gaat verrichten die concurrerend zijn met de onderneming van de vennootschap. In dat kader is het in de praktijk gebruikelijk om een non-concurrentiebeding en een daaraan gekoppeld boetebeding op te nemen in de aandeelhoudersovereenkomst.^[5] Verder wordt in aandeelhoudersovereenkomsten geregeld opgenomen dat een schending van het non-concurrentiebeding leidt tot een aanbiedingsverplichting, al dan niet op basis van een (bad) leaver regeling. Dit was ook het geval in de Uitspraken. Het is dan ook van belang om kritisch te zijn op de formulering van het non-concurrentiebeding, gezien de verstrekkende gevolgen die overtreding van het beding kan hebben.

4.1 Gebonden partijen

Doorgaans worden niet alleen de directe aandeelhouders (vaak holding- of managementvennootschappen) gebonden aan het non-concurrentiebeding maar ook hun UBO's, die de aandeelhoudersovereenkomst voor dit doel medeondertekenen. De aandeelhouder en diens UBO('s) staan er in dat geval voor in dat zij, en vaak ook de aan hen gelieerde partijen, niet (in)direct zullen concurreren met de onderneming. Indien de aandeelhouders en diens UBO's instaan voor de aan hen gelieerde partijen is het verstandig om goed te kijken naar de definitie van gelieerde partijen en hierbij alert te zijn op verwijzingen naar levenspartners en familieleden tot in de eerste of de tweede graad.

Doorgaans wordt een kwaliteitseis opgenomen in de statuten van de vennootschap op basis waarvan een aandeelhouder partij moet zijn bij de aandeelhoudersovereenkomst. Op die wijze kan ook van opvolgend aandeelhouders worden verlangd dat zij zich binden aan het non-concurrentiebeding.

4.2 Verboden activiteiten

Een ander aandachtspunt is de omschrijving van de onderneming van de vennootschap. Vaak wordt de onderneming gedefinieerd in de overwegingen van de aandeelhoudersovereenkomst. Deze definitie bepaalt de omvang van het non-concurrentiebeding. Daarbij is het goed om erop bedacht te zijn dat in de praktijk het non-concurrentiebeding wel eens verder wordt opgerekt door ook "met de onderneming vergelijkbare activiteiten" te verbieden. In de QES-zaak was zo'n brede formulering opgenomen in de aandeelhoudersovereenkomst ("*activities that are similar to or comparable with those of the QES Group*").

Vanuit het perspectief van de vennootschap en/of andere aandeelhouders is het ook goed om bij het formuleren van het non-concurrentiebeding scherp te zijn op mogelijke toekomstige activiteiten van de onderneming, bijvoorbeeld als gevolg van *buy and build*. Het is dan wel van belang om die activiteiten concreet te definiëren. Dit kan bijvoorbeeld door het non-concurrentiebeding (ook) te koppelen aan voorgenomen activiteiten conform een door de aandeelhouders goedgekeurd businessplan.

4.3 Het kartelverbod

De vraag of het non-concurrentiebeding mededingingsrechtelijk überhaupt is toegestaan, wordt in de praktijk nogal eens over het hoofd gezien. Het beding zorgt ervoor dat een partij gedurende een bepaalde duur een bepaalde markt niet betreedt waardoor de mededinging wordt beperkt. In beginsel is een dergelijke afspraak in strijd met het kartelverbod ex artikel 6 lid 1 Mw en artikel 101 lid 1 VWEU met als resultaat dat het beding nietig is (en betrokken partijen beboet kunnen worden door de mededingingsautoriteiten). Het kartelverbod is echter niet van toepassing op non-concurrentiebedingen die rechtstreeks verband houden met en noodzakelijk zijn voor de totstandbrenging van een concentratie (het noodzakelijkheidsvereiste).^[6] Hieraan wordt voldaan als het beding vereist is om het opstarten en/of floreren van de onderneming mogelijk te maken.^[7]

In zijn algemeenheid geldt dat een non-concurrentiebeding in een aandeelhoudersovereenkomst toelaatbaar is voor zover het beding (i) geldt tussen een moedermaatschappij en de joint venture, (ii) zich beperkt tot de producten/diensten en het geografische (werk)gebied van de joint venture en (iii) in beginsel niet langer duurt

dan het aandeelhouderschap.^[8] In de praktijk zien we geregeld dat partijen een non-concurrentiebeding overeenkomen dat geldt gedurende het aandeelhouderschap en voor een periode van één of twee jaar daarna. Voor zover de afspraak ziet op de periode na het aandeelhouderschap bestaat het risico dat die afspraak nietig is. Het lijkt wel toegestaan om overeen te komen dat bij uittreding een vergelijkbaar non-concurrentiebeding ten gunste van de vennootschap en de overige aandeelhouders wordt opgenomen in de koopovereenkomst.

Een belangrijk aandachtspunt voor het non-concurrentiebeding is verder dat de beperking in beginsel alleen is toegelaten voor aandeelhouders die in mededingingsrechtelijke zin (gezamenlijke) zeggenschap hebben over de joint venture. Hiervoor is relevant of beslissende invloed kan worden uitgeoefend over de activiteiten van de onderneming. Voor de invulling van het mededingingsrechtelijke begrip is relevant of een aandeelhouder beslissende invloed kan uitoefenen over het commercieel en strategisch beleid van een onderneming. Daarbij is onder meer van belang hoe de besluitvorming binnen de onderneming tot stand komt ten aanzien van (i) benoeming en ontslag van bestuurders, (ii) het vaststellen van de begroting en het ondernemingsplan en (iii) het goedkeuren van belangrijke investeringen. Een minderheidsaandeelhouder die vetorechten heeft over de genoemde onderwerpen, kan in mededingingsrechtelijke zin toch zeggenschap over de joint venture hebben. Voor de aandeelhouders die géén zeggenschap hebben over de joint venture, is er een risico dat een non-concurrentiebeding in strijd is met het kartelverbod en dat ten aanzien van hen sprake is van een nietig non-concurrentiebeding.^[9]

4.4 Conversie van een nietig non-concurrentiebeding

In het *Prisma*-arrest heeft de Hoge Raad geoordeeld dat automatische conversie op basis van de regeling van artikel 3:42 BW onverenigbaar is met het uitbannen van ongeoorloofde concurrentiebeperkende overeenkomsten.^[10] Gelet hierop kan het verstandig zijn om in de *boilerplate*-bepalingen niet op te nemen dat een nietig beding geacht wordt te zijn vervangen door een geldig beding, maar op te schrijven dat partijen in geval van nietigheid een geldig beding overeen zullen komen dat qua strekking zo dicht mogelijk bij de nietige bepaling in de buurt komt. Met een dergelijke bepaling worden partijen verplicht om actief met elkaar te onderhandelen over een nieuwe afspraak, waarbij - indien geen overeenstemming wordt bereikt - er geen non-concurrentiebeding geldt. Overigens ontnemt zo'n bepaling niet het boeterisico dat de betrokken partijen lopen ten aanzien van het 'oude' non-concurrentiebeding indien dat beding in strijd was met het mededingingsrecht.

5. Boetebeding

5.1 De formulering van het boetebeding

Het boetebeding is geregeld in artikel 6:91 tot en met 6:94 BW en heeft twee verschillende functies indien het wordt gekoppeld aan het non-concurrentiebeding. Ten eerste wordt de schade die partijen verwachten te lijden bij niet-nakoming op voorhand gefixeerd, waardoor een discussie over het bestaan en de omvang van de schade wordt voorkomen. Daarnaast zal een partij sneller aan het non-concurrentiebeding voldoen op het moment dat bij niet-naleving een fikse boete wordt verbeurd (prikkeling tot nakoming). Het is niet vereist dat enige schade is geleden, de enkele overtreding van het non-concurrentiebeding is voldoende voor het invoeren van de boete.

Artikel 6:92 BW regelt de verhouding tussen het boetebeding en andere remedies die een partij kan invoeren. Uitgangspunt is dat (i) niet zowel nakoming van de hoofdverbintenis als betaling van de boete kan worden gevorderd (artikel 6:92 lid 1 BW) en (ii) de boete in de plaats treedt van de schadevergoeding (artikel 6:92 lid 2 BW). Nu artikel 6:92 BW van regeland recht is, staat het partijen vrij om andersluidende afspraken te maken. Om iedere discussie te voorkomen over de vraag of zowel nakoming van het non-concurrentiebeding als de boete kan worden gevorderd, doen partijen er verstandig aan om expliciet op te nemen dat dit is toegestaan.

Partijen kunnen verder een zuiver boetebeding overeenkomen, waarbij naast de verbeurde boete het recht bestaat op een volledige schadevergoeding (cumulatie van een schadevergoeding en de contractuele boete). Ook kan worden afgesproken dat de boete slechts een minimumbedrag aan schadevergoeding is en wanneer méér schade kan worden bewezen, deze schade ook voor vergoeding in aanmerking komt. Dat er in de praktijk wordt afgeweken van de wet blijkt onder meer uit de QES-uitspraak waarin partijen een zuiver boetebeding zijn overeengekomen en zich het recht op nakoming hebben voorbehouden (*'without prejudice to the right of each Party to claim compensation of the full loss and/or compliance'*). In de Infinitespace-uitspraak is er voor gekozen om enkel op te nemen dat er bij overtreding boetes verschuldigd zijn, en zullen de boetes op basis van artikel 6:92 lid 2 BW in de plaats treden van de schadevergoeding.

5.2 Opeisbaarheid van de boete

Het is van belang of de boetes direct opeisbaar zijn of dat eerst een ingebrekestelling dient te worden verstuurd. In de praktijk wordt in een boetebeding vaak een onderscheid gemaakt tussen twee verschillende soorten boetes: (i) een boete die direct opeisbaar is bij overtreding van het non-concurrentiebeding en (ii) een boete voor iedere dag dat de overtreding voortduurt. Met name de boete genoemd onder (i) dient zowel direct opeisbaar als een stevig bedrag te zijn, zodat deze voldoende afschrikkende werking heeft. Voorkomen dient te worden dat de aandeelhouder (of de UBO) tot de conclusie komt dat het loont om (stil) te concurreren en de eventuele boete voor lief te nemen, doordat de boete onvoldoende hoog is en/of voor opeisbaarheid eerst een ingebrekestelling moet worden verstuurd. Verder zien we vaak dat de dagboete pas begint te lopen nadat de overtredende partij op de hoogte is gebracht van de overtreding. Dit om te ondervangen dat de niet-overtredende partij 'op zijn handen blijft zitten' en de boete onredelijk hoog laat oplopen. Indien de wens bestaat voor een sterke prikkel tot nakoming, kan ervoor worden gekozen om op te nemen dat de dagboete direct opeisbaar is zonder dat een ingebrekestelling hoeft te worden gestuurd.

In de boetebedingen die centraal staan in de Uitspraken is ervoor gekozen om zowel een boete ineens als een dagboete op te nemen. Interessant is dat in beide boetebedingen is opgenomen dat - voordat de boetes opeisbaar zijn - de mogelijkheid tot herstel dient te worden geboden aan de overtredende partij. Zo is in het boetebeding van de QES-uitspraak opgenomen *'if it can be remedied'*. Vraag is of de schending van een non-concurrentiebeding überhaupt hersteld kan worden. Wij zijn er geen voorstander van om een mogelijkheid tot herstel op te nemen, omdat het ruimte laat voor discussie of herstel mogelijk is en dit afbreuk doet aan de afschrikkende werking van het non-concurrentiebeding.

5.3 Artikel 1:88 BW

Indien zowel de aandeelhouder als de UBO zijn gebonden aan het non-concurrentiebeding, is het van belang dat zij ook gebonden zijn aan het daaraan gekoppelde boetebeding. Aandachtspunt hierbij is de formulering van het boetebeding. Kan enkel de overtredende partij worden aangesproken tot betaling van de boete of zijn de aandeelhouder en de UBO hoofdelijk aansprakelijk (ongeacht of zij zelf of de aan hen gelieerde partijen in overtreding zijn)? Afhankelijk van de formulering zou in dat laatste geval betoogd kunnen worden dat sprake is van een rechtshandeling waarbij de UBO zich als borg of hoofdelijk medeschuldenaar verbindt, waarbij artikel 1:88 lid 1 onder c BW een rol kan spelen. Op grond van dit artikel is voor zo'n rechtshandeling (die niet onder de normale uitoefening van beroep of bedrijf valt) de toestemming van de echtgenoot^[11] vereist. Als die toestemming ontbreekt, kan de rechtshandeling (met terugwerkende kracht) worden vernietigd (artikel 1:89 lid 1 BW), als gevolg waarvan de UBO niet kan worden gehouden aan het beding. Het is dus raadzaam om alert te zijn op de formulering van de verplichtingen van de UBO.

5.4 Kwalificatie van de bad leaver regeling als boete

Ieder beding waarin is bepaald dat de schuldenaar indien hij in de nakoming van zijn verbintenis tekortschiet, gehouden is een geldsom of een andere prestatie te voldoen, wordt op basis van artikel 6:91 BW aangemerkt als boetebeding. Daarbij is niet van belang of de bepaling strekt tot vergoeding van schade of enkel tot aansporing om tot nakoming over te gaan. Hoewel dat standpunt nog niet eerder lijkt te zijn ingenomen,

menen wij dat de verplichting tot aanbidding van aandelen tegen nominale waarde in geval van een bad leaver situatie kan worden gekwalificeerd als een boetebeding. En ook als deze verplichting niet als zodanig zou kwalificeren, vertoont de bad leaver regeling wat ons betreft toch een zodanige overeenstemming hiermee dat de regels inzake het boetebeding analoog kunnen worden toegepast.^[12] Wij geven dan ook ter overweging om op te nemen in de aandeelhoudersovereenkomst dat partijen de bad leaver regeling redelijk achten en dat de regeling niet in de plaats treedt van het recht op schadevergoeding - vergelijkbaar met hoe dat geregeld in aandeelhoudersovereenkomsten wordt opgenomen ten aanzien van de boete op overtreding van het non-concurrentiebeding.

6. Matiging van de boete

Een boete kan op grond van artikel 6:94 lid 1 BW worden gematigd indien 'de billijkheid dit klaarblijkelijk eist'. Op basis van artikel 6:94 lid 3 BW kan matiging van de boete niet worden uitgesloten. Indien dit toch wordt gedaan, is slechts het gedeelte van het beding dat matiging uitsluit ongeldig.

De bevoegdheid van de rechter om de boete te matigen vindt haar grondslag in het feit dat over een boeteclausule in de regel niet wordt onderhandeld. Daardoor kan het boetebeding excessieve gevolgen hebben. Van de bevoegdheid van de rechter om in te grijpen dient spaarzaam gebruik te worden gemaakt. Deze terughoudendheid komt voort uit het feit dat partijen erop mogen vertrouwen dat hetgeen uitdrukkelijk is overeengekomen tussen hen in de eerste plaats bepalend is. Voor matiging is ruimte als onverkorte toepassing van het boetebeding in de gegeven omstandigheden zou leiden tot een buitensporig en daarom onaanvaardbaar resultaat (artikel 6:94 BW).^[13] Daarbij moet onder andere rekening worden gehouden met de verhouding tussen (i) de werkelijke schade en de hoogte van de boete, (ii) de aard van de overeenkomst, (iii) de inhoud en de strekking van het beding, (iv) de mate waarin sprake is van opzet en schuld, (v) de omstandigheden waaronder het beding is ingeroepen, (vi) de reden waarom het beding in de overeenkomst is opgenomen en (vii) de aard en de verdere inhoud van de overeenkomst waarin het beding voorkomt.^[14]

In de Infinitespace-uitspraak is door gedaagde een beroep gedaan op matiging van de contractuele boete nu de billijkheid dit volgens gedaagde klaarblijkelijk eist. Hoewel de rechter deze maatstaf terughoudend dient toe te passen, oordeelt de Rechtbank Amsterdam dat de gevolgen van onverkorte toepassing van de gevorderde boete van € 602.000 in onderhavige situatie groot zijn. Dat gedaagde als particulier gebonden is aan het boetebeding en dat over het boetebeding niet is onderhandeld maakt onder meer dat de contractuele boete wordt gematigd tot een bedrag van € 100.000. Opvallend is dat uit de uitspraak niet blijkt dat de omstandigheid dat gedaagde de door hem gehouden aandelen in de vennootschap (op basis van de leaver regeling) dient aan te bieden tegen nominale waarde is meegenomen bij de beoordeling van het beroep op matiging. Wij denken dat deze omstandigheid een grote rol kan spelen, omdat betaling van een (hoge) boete in combinatie met het verlies van de aandelen tegen een flinke korting sneller leidt tot een buitensporig en daarom onaanvaardbaar resultaat.

Overigens lijkt de rechter ook de mogelijkheid te hebben om de boete ambtshalve te matigen indien deze naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid (artikel 6:248 BW) onaanvaardbaar zou zijn. Het toetsingskader hiervoor is vergelijkbaar, omdat ook deze norm terughoudend wordt getoetst.^[15]

7. Samenvattend

In dit artikel hebben we omschreven waarom het van belang is om aandacht te besteden aan de formulering van het non-concurrentiebeding in de aandeelhoudersovereenkomst. Niet alleen omdat aan het non-concurrentiebeding vaak een boetebeding is gekoppeld, maar ook omdat schending van een dergelijk beding vaak leidt tot een verplichting tot aanbidding van aandelen tegen een lage prijs.

Het is belangrijk om bij de formulering van het non-concurrentiebeding kritisch te zijn op (i) de partijen die

gebonden zijn aan het beding, (ii) de omschrijving van de onderneming van de vennootschap en (iii) of het beding zich uitstrekt tot met de onderneming vergelijkbare activiteiten en/of voorgenomen toekomstige activiteiten. Daarnaast moet het non-concurrentiebeding vanuit mededingingsrechtelijk oogpunt worden getoetst, om het risico te voorkomen dat het beding nietig is.

Ook het aan het non-concurrentiebeding gekoppelde boetebeding mag niet worden vergeten. Partijen dienen oog te hebben voor (i) de keuze om af te wijken van artikel 6:92 BW, (ii) de hoogte en de opeisbaarheid van de boetes, (iii) de eventuele rol van artikel 1:88 BW en (iv) de mogelijkheid tot matiging van de boete op grond van artikel 6:94 BW.

Als een vertrekkende manager ook concurreert, kan dit ertoe leiden dat (i) de managementvergoeding eindigt, (ii) de manager de gehouden aandelen moet aanbieden tegen een flinke korting, (iii) een hoge boete wordt verbeurd en (iv) de manager gebonden blijft aan een non-concurrentiebeding. Een giftige combinatie. Wij zijn ervan overtuigd dat een beroep op matiging van de boete in een dergelijk geval een goede kans van slagen heeft, gelet op de verstrekkende consequenties van de bad leaver regeling. We raden de vennootschap en de overige aandeelhouders dan ook aan om bij aanvang van de samenwerking expliciet vast te leggen dat de manager deze consequenties redelijk acht en accepteert.

Voetnoten

[1] Anne Monique Huijg en Anne-Rieke van der Linden zijn beiden werkzaam als advocaat bij BarentsKrans te Den Haag. De auteurs danken Tim Raats voor zijn kritische blik op een eerdere versie van dit artikel.

[2] A.M.M. Huijg & H.M.C. van der Linden, 'De bad leaver regeling: it better be good', *Bb* 2022/18.

[3] Rb. Amsterdam 26 april 2023, ECLI:NL:RBAMS:2023:3079.

[4] Rb. Limburg 10 april 2024, ECLI:NL:RBLIM:2024:1845.

[5] Waar in dit artikel wordt verwezen naar de aandeelhoudersovereenkomst, kan ook worden gelezen de voorwaarden van een stichting administratiekantoor voor de situatie dat certificaten van aandelen worden gehouden door een manager.

[6] *PbEU* 2005, C-56/24.

[7] Zie Mr. L.E. Haanraads & mr. drs. G. de Jong, 'Het non-concurrentiebeding in de ondernemingsrechtpraktijk: vergeet het mededingingsrecht niet!', *MvO* 2019, nummer 3 & 4.

[8] Mededeling van de Commissie betreffende beperkingen die rechtstreeks verband houden met en noodzakelijk zijn voor de totstandbrenging van concentraties (2005/C 56/03).

[9] In die situatie kan een non-concurrentiebeding worden aangemerkt als een marktverdelingsafpraak tussen concurrenten. Dergelijke afspraken hebben over het algemeen de strekking de mededinging te beperken en zijn nietig op grond van lid 2 van het kartelverbod (artikel 6 Mededingingswet, artikel 101 Verdrag betreffende de Werking van de Europese Unie).

[10] HR 18 december 2009, ECLI:NL:HR:2009:BJ9439.

[11] Op grond van artikel 1:80b BW is artikel 1:88 BW ook van toepassing op de geregistreerde partner.

[12] Zie ook *Parl. Gesch. BW Boek 6* 1981, p. 321.

[13] HR 27 april 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ6638 (*Intrahof/Bart Smit*).

[14] *Groene Serie Verbintenissenrecht*, artikel 6:94 BW, aantekening 5.

[15] Zie ook HR 25 juni 1999, ECLI:NL:PHR:1999:AD3069 (*VvE/CSM*), HR 25 februari 2000, ECLI:NL:PHR:2000:AA4942 (*FNV/Frans Maas*) en HR 12 juni 2002, ECLI:NL:PHR:2002:AE0659 (*Bramer/Hofman Beheer*), welke arresten ook betekenis hebben voor de matigingsbevoegdheid ten aanzien van het boetebeding.