

**JOR 2015/101 Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden zp Arnhem, 03-02-2015
Strijd met steunverbod ex art. 2:207c BW (oud), Partijen hadden met
kortingsregeling (ook) bedoeling om compensatie te bieden voor teveel
betaalde in verband met verkrijging aandelen in later gefailleerde
vennootschap, Kortingsregeling is derhalve nietig, Hoger beroep van
Rechtbank Gelderland zp Zutphen 12 juni 2013, «JOR» 2014/1, m.nt. Van
Thiel**

Ook gepubliceerd in:

[ECLI:NL:GHARL:2015:661](#), [JONDR 2015/426](#)

**JOR 2015/101, Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, 03-02-2015,
[ECLI:NL:GHARL:2015:661](#), [200.132.353](#) (annotatie)**

Inhoudsindicatie

Strijd met steunverbod ex art. 2:207c BW (oud), Partijen hadden met kortingsregeling (ook) bedoeling om compensatie te bieden voor teveel betaalde in verband met verkrijging aandelen in later gefailleerde vennootschap, Kortingsregeling is derhalve nietig, Hoger beroep van Rechtbank Gelderland zp Zutphen 12 juni 2013, «JOR» 2014/1, m.nt. Van Thiel

Ga direct naar

- [Samenvatting](#)
- [Uitspraak](#)
- [Beslissing/besluit](#)
- [Noot](#)

Gegevens

| | |
|----------------------------|--|
| Instantie | Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden zp Arnhem |
| Datum uitspraak | 03-02-2015 |
| Publicatie | JOR 2015/101 (Sdu Jurisprudentie Onderneming & Recht), aflevering 4, 2015 |
| Annotator | <ul style="list-style-type: none">• mr. S.C.M. van Thiel |
| ECLI | ECLI:NL:GHARL:2015:661 |
| Zaaknummer | 200.132.353 |
| Overige publicaties | <ul style="list-style-type: none">• ECLI:NL:GHARL:2015:661• JONDR 2015/426 |
| Rechtsgebied | Ondernemingsrechtpraktijk |
| Rubriek | Ondernemingsrecht |
| Rechters | <ul style="list-style-type: none">• mr. Evers• mr. Wattel• mr. Veerman |

| | |
|--------------------|---|
| Partijen | <p>Mr. K.E.H. de Klerk, in zijn hoedanigheid van curator in het faillissement van de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid Yall BV, appellant, advocaat: mr. E.L. de Haan, tegen de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid Triniventures BV te Apeldoorn, geïntimeerde, advocaat: mr. A.C.G. Reezigt.</p> |
| Regelgeving | <ul style="list-style-type: none"> • BW (oud) - 2:207c |

Samenvatting

Art. 2:207c BW is met de inwerkingtreding van de Wet vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht met ingang van 1 oktober 2012 komen te vervallen. Tussen partijen staat echter vast dat in verband met het bepaalde in de Overgangswet NBW dit verbod zijn relevantie heeft behouden, zodat het door de curator gedane beroep op nietigheid van de kortingsregeling moet worden getoetst aan het bepaalde in art. 2:207c lid 1 BW.

Partijen – waaronder de thans gefailleerde vennootschap Yall – hadden bij de tweede overeenkomst met de kortingsregeling in ieder geval óók de bedoeling om Trinicom te compenseren voor het feit dat zij achteraf gezien teveel heeft betaald voor 34% van de aandelen in Yall. Yall, als vennootschap in wier kapitaal Trinicom aandelen heeft verkregen, heeft met het oog op de verkrijging van die aandelen een deel van de koopprijs gefinancierd door mede met het oog daarop in de vorm van een kortingsregeling een bedrag aan Trinicom te betalen, waarbij tussen partijen vaststaat dat de gehele korting geheel aan Trinicom ten goede is gekomen. Daarmee heeft Yall bij het aangaan van de kortingsregeling gehandeld in strijd met het bepaalde in art. 2:207c lid 1 BW dat zulks immers verbiedt. Terecht heeft de curator derhalve de nietigheid van de kortingsregeling vanwege strijd met het bepaalde in art. 2:207c lid 1 BW ingeroepen.

Uitspraak

(...; red.)

3. De vaststaande feiten

3.1. Yall hield zich voornamelijk bezig met het verrichten van werkzaamheden op het gebied van informatica, waaronder het in opdracht ontwikkelen van programmatuur. Trinicom houdt zich voornamelijk bezig met het deelnemen in en besturen van andere ondernemingen.

3.2. Op 13 oktober 2009 hebben Yall en Trinicom een overeenkomst gesloten (productie 4 bij inleidende dagvaarding, hierna: de eerste overeenkomst) waarin onder meer het volgende staat:

“(…) Partijen

1. Y’All cv (...), in deze rechtsgeldig vertegenwoordigd door Patrick Storms en Jan Smulders
2. Trinicom ten deze rechtsgeldig vertegenwoordigd door haar directeur, de heer W.J. Rietberg.

Komen het volgende overeen:

– Trinicom koopt de 34% van de aandelen van Y'All die (...) Venema houdt, voor € 200.000,=. Levering en betaling vindt plaats op 1 oktober 2009.

– (...)

– (...)

– Indien in de toekomst onverhoopt mocht blijken dat de jaarrekening 2008, of het resultaat van de eerste zes maanden van 2009, naar beneden bijgesteld dient te worden als gevolg van bijvoorbeeld het terug moeten betalen van (WBSO-) subsidiegelden vindt, in overleg tussen de aandeelhouders, een correctie van het aandelenpercentage plaats.

– (...) Rietberg gaat deel uitmaken van het managementteam van Y'All en gaat zich richten op de focus, strategie en het beleid van Y'All in overleg met P. Storms en J. Smulders

– (...) Erbrink van Trinicom zal (...) ondersteunen bij het verder professionaliseren van het financiële en HRM beleid.

– Voor de inzet van P. Storms, J. Smulders, W. Rietberg en C. Erbrink worden over en weer geen verrekeningen/betalingen gedaan.

– Werknemers van Y'All b.v. zullen na de aandelenoverdracht deel kunnen (...) nemen aan het pensioenplan van Trinicom b.v. Voor de dga's zal in overleg naar een passende oplossing worden gezocht, mochten zij buiten het vigerende pensioenplan blijken te vallen.

– Trinicom kan gebruik maken van de door Y'All ontwikkelde of te ontwikkelen concepten en/of halffabrikaten, met het doel deze aan/in T5 (of Tx) toe te voegen. (...)

– (...)

– Y'All zal in principe alle maatwerk en integratie projecten voor Trinicom uitvoeren. (...)

– (...)

– De maatwerkprojecten die Y'all voor klanten van Trinicom doet, worden tegen een tarief van € 100,- p.u. (...) uitgevoerd (...)

– (...)

– De waardering van Y'All is steeds 3 maal de netto-winst na belasting van een volledig boekjaar (...). De eerste mogelijkheid tot aankoop van de resterende aandelen van Y'All zal na 01.01.2011 zijn.

– Trinicom krijgt elk jaar in februari het recht om aandelen van Jan en Patrick te kopen, totdat zij een belang van 49% heeft opgebouwd. Indien Trinicom dit recht uitoefent, zijn Jan en Patrick verplicht hun aandelen te leveren op basis van die waardering.

– (...)"

Hetgeen in deze overeenkomst is opgenomen achter de vierde bullit zal hierna worden aangeduid als artikel 4 van de eerste overeenkomst of de compensatieregeling.

3.3. Als productie 6 bij de inleidende dagvaarding (hierna: de tweede overeenkomst) is een overeenkomst overgelegd, versie 21 juni 2010, waarin onder meer staat:

“(…) Partijen:

(…) *Y'all* (...), ten deze rechtsgeldig vertegenwoordigd door (...) Smulders en (...) Storms, hierna te noemen Y'all

en

(…) *Trinicom* (...), ten deze rechtsgeldig vertegenwoordigd door (...) Rietberg, hierna te noemen Trinicom

Overwegende dat:

- Trinicom een belang heeft van 34% in de aandelen van Y'all BV
- Dit vastgelegd is in de aandeelhoudersovereenkomst dd. 13 oktober 2009
- Trinicom zich beroept op het vierde artikel uit voornoemde aandeelhoudersovereenkomst als gevolg van een correctie op de cijfers van Q1 en Q2 2009

Komen het volgende overeen:

1. Per 1 juli 2010 koopt Trinicom 15% van de aandelen Y'all van Jan Smulders en Patrick Storms voor € 1. Het totaal belang van Trinicom in Y'all komt daarmee op 49%. (...)

2. (...)

3. (...)

4. Y'all vergoedt Trinicom een bedrag van € 37.500,- ter compensatie van de aankoopprijs.

Dit bedrag wordt met ingang van 1 januari 2010 als volgt betaald:

a. Y'All verlaagt het uurtarief met € 15,= voor maatwerkprojecten die ten behoeve van klanten van Trinicom worden uitgevoerd;

b. Deze korting op het uurtarief voor maatwerkprojecten blijft van kracht totdat het gehele bedrag gecompenseerd is.

c. Het gehele bedrag van € 37.500,- is voor 31 december 2010 door Y'all aan Trinicom betaald.

5. (...)

6. De post/factuur van SenterNovem (...) wordt uit de jaarrekening 2009 gehaald, daarmee is de discussie over de jaarrekening 2009 gesloten. Overige correcties voor zover nu bekend worden aangepast (...)

7. (...)

8. In juli 2010 maken Trinicom en Y'All concrete afspraken over de inzet van Y'All bij de ontwikkeling van producten van Trinicom, te weten T5, Tx, X-server en gerelateerde modules.

9. (...)

10. Per 1 juli 2010 zal een nieuwe aandeelhoudersovereenkomst worden opgemaakt waarin bovenstaande zaken onder andere zullen worden vervat.

(...)"

Hetgeen in deze overeenkomst is opgenomen achter drie liggende streepjes onder de kop "Overwegende dat:" zal hierna worden aangeduid als: de considerans. Hetgeen is opgenomen in artikel 4 zal hierna worden aangeduid als: de korting of de kortingsregeling.

3.4. De kortingsregeling is in haar geheel uitgevoerd vóór 31 december 2010.

3.5. Op 14 juni 2011 is Yall is staat van faillissement verklaard met benoeming van de curator tot curator. In de brief van 7 december 2011 van de curator aan Trinicom (productie 7 bij de inleidende dagvaarding) staat onder meer het volgende:

"(...) Uit de overeenkomst met als datum 21 juni 2010 leid ik af dat Y'all aan Trinicom een bedrag van € 37.500,00 heeft vergoed ten titel van 'compensatie van de aankoopprijs' van naar ik aanneem de aandelen in Y'all (15%) die Trinicom van de heren Smulders en Storms voor een bedrag van € 1,00 heeft gekocht.

Uit diverse gesprekken (...) is mij gebleken dat dit bedrag (...) feitelijk door Y'all aan u is betaald omdat u medio 2009 te veel zou hebben betaald voor de aandelen van de heer Venema in Y'all. (...) Naar mijn mening heeft de vennootschap derhalve onverplicht een bedrag van € 37.500,00 aan Trinicom betaald.

Door deze rechtshandeling bent u bevoordeeld ten opzichte van andere crediteuren en zijn deze dus benadeeld. Derhalve is mijns inziens sprake van een paulianeuze rechtshandeling, die ik hierbij (...) vernietig.

Bovendien acht ik deze rechtshandeling (...) nietig op grond van het in artikel 2:207c BW opgenomen verbod tot financiële steunverlening van de vennootschap aan anderen ter verkrijging door die andere van aandelen in haar vennootschap. (...)"

4. De motivering van de beslissing in hoger beroep

4.1. Uit de processtukken in hoger beroep is gebleken dat Trinicom B.V., gedaagde in eerste aanleg, lopende deze procedure door een fusie is opgegaan in Triniventures B.V. en dat daarmee Trinicom B.V. heeft opgehouden te bestaan. Partijen zijn het erover eens dat als formele procespartij thans Triniventures B.V. heeft te gelden, die (voor de leesbaarheid van dit arrest naast de processtukken en het bestreden vonnis) wordt aangeduid als: Trinicom.

4.2. De curator is van mening dat de kortingsregeling tussen Yall en Trinicom nietig is, althans rechtsgeldig door hem is vernietigd bij brief van 7 december 2011. Daartoe heeft hij in deze procedure – kort samengevat – een verklaring voor recht gevorderd dat de kortingsregeling nietig is, althans rechtsgeldig vernietigd is en gevorderd dat Trinicom wordt veroordeeld tot betaling van € 37.500,-, met wettelijke (handels)rente en (buitengerechtelijke) kosten. De curator baseerde deze vorderingen in eerste aanleg primair op het bepaalde in artikel 42 e.v. Faillissementswet (Fw) en subsidiair op strijd met artikel 2:207c Burgerlijk Wetboek (BW).

De rechtbank heeft de vorderingen van de curator afgewezen. Zij heeft die afwijzing gebaseerd op haar oordeel dat noch het bepaalde in artikel 42 e.v. Fw, noch het verbod van artikel 2:207c BW is geschonden.

4.3. Trinicom is met veertien grieven die, blijkens de toelichting daarop, beogen het geschil in volle omvang aan het hof voor te leggen; tegen het eindoordeel van de rechtbank in beroep gekomen. De grieven 1 tot en met 7, waaruit blijkt dat de curator zich thans primair op schending van het bepaalde in artikel 2:207c, lid 1 BW baseert, lenen zich grotendeels voor gezamenlijke behandeling.

4.4. Artikel 2:207c BW, dat met de inwerkingtreding van de Wet vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht (Stb. 2012, 299 en 301) met ingang van 1 oktober 2012 is komen te vervallen, bepaalde in lid 1:

“De vennootschap mag niet, met het oog op het nemen of verkrijgen door anderen van aandelen in haar kapitaal (...), zekerheid stellen, een koersgarantie geven, zich op andere wijze sterk maken of zich hoofdelijk of anderszins naast of voor anderen verbinden. (...)”

Tussen partijen staat vast dat in verband met het bepaalde in de Overgangswet Nieuw Burgerlijk Wetboek dit verbod voor het onderhavige geschil zijn relevantie heeft behouden, zodat het door de curator in zijn brief van 7 december 2011 gedane beroep op nietigheid van de kortingsregeling, dat thans ook de primaire inzet van deze procedure vormt, moet worden getoetst aan het bepaalde in artikel 2:207c, lid 1 BW.

4.5. Het hof oordeelt als volgt. De eerste overeenkomst heeft een gemengd karakter in die zin dat in die overeenkomst zowel verplichtingen voor Yall en Trinicom als voor de aandeelhouders van Yall, Smulders en Storms, zijn opgenomen. Enerzijds heeft deze overeenkomst de samenwerking tussen Trinicom als opdrachtgever en Yall als opdrachtnemer als onderwerp. Anderzijds wordt in deze overeenkomst de deelname door Trinicom in het kapitaal van Yall geregeld, in die zin dat Trinicom 34% van de aandelen in Yall verwerft van Venema en daarmee naast Smulders en Storms aandeelhouder in Yall wordt. Yall als vennootschap is geen partij bij dat laatste onderdeel van de eerste overeenkomst en heeft in die zin in de eerste overeenkomst geen verplichtingen op zich genomen ten aanzien van de verwerving van aandelen in haar kapitaal door Trinicom. Dat niet Yall, maar haar aandeelhouders zich in het kader van deze aandelentransactie hebben verplicht tot overleg over een correctie van het aandelenpercentage dat Trinicom in Yall houdt indien de jaarrekening van 2008 of het resultaat over het eerste halfjaar van 2009, achteraf moest worden bijgesteld, blijkt reeds uit de tekst van artikel 4 van de eerste overeenkomst waarin is bepaald:

“Indien in de toekomst onverhoopt mocht blijken dat de jaarrekening 2008, of het resultaat van de eerste zes maanden van 2009, naar beneden bijgesteld dient te worden als gevolg van bijvoorbeeld het terug moeten betalen van (WBSO-) subsidiegelden vindt, in overleg tussen de aandeelhouders, een correctie van het aandelenpercentage plaats.”

Ook uitleg van de eerste overeenkomst, waarbij bepalend is hetgeen partijen jegens elkaar hebben verklaard en over en weer uit elkaars gedragingen en verklaringen hebben mogen afleiden, leidt het hof tot de conclusie dat niet Yall, maar de aandeelhouders van Yall zich in de eerste overeenkomst hebben verplicht tot (overleg over) de bedoelde correctie van het aandelenpercentage van Trinicom in Yall. Dat blijkt onder meer uit de uitlatingen namens Trinicom tijdens de op 23 april 2013 bij de rechtbank gehouden comparitie van partijen, waarbij namens Trinicom over de eerste overeenkomst wordt gesproken als over “de aandeelhoudersovereenkomst” en daarnaast uit de considerans van de tweede overeenkomst, waarin eveneens wordt gesproken van “de aandeelhoudersovereenkomst d.d. 13 oktober 2009”.

Uitgangspunt bij de verdere beoordeling van de in de tweede overeenkomst opgenomen kortingsregeling is derhalve dat niet Yall zelf, maar haar aandeelhouders in de eerste overeenkomst zijn overeengekomen dat indien de jaarrekening van 2008 of het resultaat over het eerste halfjaar van 2009 achteraf moest worden bijgesteld, een correctie van het aandelenpercentage van Trinicom zou plaatsvinden.

4.6. Tegen die achtergrond moet de tweede overeenkomst, waarbij Trinicom 15% van de aandelen in Yall koopt van Smulders en Storms voor het bedrag van € 1,- en een kortingsregeling voor een bedrag van € 37.500,- wordt overeengekomen tussen Yall en Trinicom, worden beoordeeld. Voor de beantwoording van de vraag of, zoals de curator stelt, Yall met het overeenkomen van de kortingsregeling de facto achteraf Trinicom met het oog op het verwerven van aandelen in haar kapitaal een bedrag van € 37.500,- heeft betaald, is voorts nog het volgende relevant. Uit de tekst van de considerans van de tweede overeenkomst blijkt dat de compensatieregeling (in ieder geval mede) aanleiding vormde voor het aangaan van de tweede overeenkomst. Daarin is immers uitdrukkelijk vermeld dat:

“Trinicom zich beroept op het vierde artikel uit voornoemde aandeelhoudersovereenkomst als gevolg van een correctie op de cijfers van Q1 en Q2 2009”

De tekst van artikel 1, lid 1 en lid 4 van de tweede overeenkomst, luidende:

“1. Per 1 juli 2010 koopt Trinicom 15% van de aandelen Y'all van Jan Smulders en Patrick Storms en voor € 1. Het totaal belang van Trinicom in Y'all komt daarmee op 49%.

(...)

2. (...)

3. (...)

4. Y'all vergoedt Trinicom een bedrag van € 37.500,= ter compensatie van de aankoopprijs (...)”

en met name de zinsnede “ter compensatie van de aankoopprijs” vormt daarnaast een belangrijke taalkundige aanwijzing dat Trinicom niet alleen door haar medeaandeelhouders Smulders en Storms is gecompenseerd voor de achteraf te hoge aankoopprijs voor 34% aandelen in Yall, maar eveneens door Yall zelf met een bedrag van € 37.500,- in de vorm van de kortingsregeling. Dat het ook de uitdrukkelijke bedoeling van Yall en Trinicom was om in de tweede overeenkomst (mede) ter compensatie van de te hoge aankoopprijs van de aandelen een korting van € 37.500,- aan Trinicom te verlenen, wordt in hoger beroep ook onderschreven door Trinicom zelf, onder meer in de memorie van antwoord (onder randnummer 17), waarin zij stelt:

“Nog los van het feit dat de kortingsregeling deel uitmaakt van een omvangrijk pakket van afspraken tussen partijen met als doel tot verdergaande samenwerking te komen, is tevens van belang dat de korting van € 37.500,- ook gezien heeft compensatie van de achteraf gezien te hoge prijs die Triniventure had betaald voor de aandelen die zij van partij Venema reeds had overgenomen”,

en in haar pleitnota in hoger beroep waarin namens Trinicom het standpunt wordt ingenomen (onder randnummers 5 en 8) dat de kortingsregeling meerdere doelen had en:

“niet uitsluitend (hof heeft) gezien op het nemen en Verkrijgen door Triniventures van aandelen in het kapitaal van Yall B.V.”

Naar het oordeel van het hof blijkt daaruit dat partijen bij de tweede overeenkomst, waaronder Yall, met de kortingsregeling in ieder geval óók de bedoeling hadden om Trinicom te compenseren voor het feit dat zij achteraf gezien teveel heeft betaald voor 34% van de aandelen in Yall. Dat de kortingsregeling, zoals Trinicom heeft gesteld, daarnaast ook nog een ander doel diende en ook moet worden gezien als een incentive voor de verdere samenwerking tussen Yall en Trinicom doet daaraan niet af en maakt de beoordeling bij de toetsing aan het verbod aan artikel 2:207c, lid 1 BW in ieder geval niet anders. Dat de kortingsregeling eerst bij de tweede overeenkomst in 2010 tot stand kwam, terwijl een deel van de aandelen al krachtens de eerste overeenkomst in 2009 door Trinicom werd verworven doet daaraan evenmin af nu het bepaalde in artikel 2:207c, lid 1 BW geen nadere bepalingen kent over of eisen stelt aan het tijdstip van verboden steunverlening en bovendien in dit geval de (bij de tweede overeenkomst uitgevoerde) compensatieregeling reeds in de eerste overeenkomst is vastgelegd.

4.7. Dit betekent dat Yall, als vennootschap in wier kapitaal Trinicom aandelen heeft verkregen, met het oog op de verkrijging van die aandelen een deel van de koopprijs heeft gefinancierd door mede met het oog daarop in de vorm van een kortingsregeling een bedrag van € 37.500,- aan Trinicom te betalen, waarbij het hof opmerkt dat tussen partijen vaststaat dat de gehele korting ook daadwerkelijk vóór 31 december 2010 op de in de tweede overeenkomst voorziene wijze is uitgevoerd en daarmee geheel aan Trinicom ten goede is gekomen. Daarmee heeft Yall bij het aangaan van de kortingsregeling gehandeld in strijd met het bepaalde in artikel 2:207c, lid 1 BW dat zulks immers verbiedt.

Terecht heeft de curator op 7 december 2011 derhalve de nietigheid van de kortingsregeling vanwege strijd met het bepaalde in artikel 2:207e, lid 1 BW ingeroepen. Dit betekent dat de grieven 1 tot en met 7 en 13 van de curator slagen en de (onder II van het gewijzigde petitum) gevorderde terugbetaling van het aldus zonder titel door Yall aan Trinicom betaalde bedrag van € 37.500,- voor toewijzing gereed ligt, nu er geen (op grond van de devolutieve werking opnieuw te beoordelen) verweren van Trinicom uit de eerste aanleg aan die toewijzing in de weg staan.

Aan de beoordeling van de grieven 8 tot en met 12 en daarmee van de subsidiaire grondslag van de curator (artikel 42 e.v. Fw) komt het hof, bij gebrek aan belang daarbij aan de zijde van de curator, niet meer toe.

4.8. Door Trinicom is niet, althans niet voldoende concreet en specifiek bewijs aangeboden van feiten, die indien bewezen tot een andere uitkomst kunnen leiden. Haar bewijsaanbod wordt daarom gepasseerd.

4.9. Ten aanzien van de door de curator gevorderde wettelijke handelsrente vanaf 31 december 2010 over het bedrag van € 37.500,- oordeelt het hof als volgt. Het verweer van Trinicom dat niet de wettelijke handelsrente van artikel 6:119a BW maar hoogstens de "gewone" wettelijke rente van 6:119 BW is verschuldigd, slaagt. De grondslag van de vordering van de curator is niet gelegen in een vertraging in de voldoening van verplichtingen uit een handelsovereenkomst en daarmee mist het bepaalde in artikel 6:119a BW toepassing. Tegen de ingangsdatum van de wettelijke rente, 31 december 2010, heeft Trinicom zich niet verzet, zodat de gevorderde wettelijke rente vanaf die datum zal worden toegewezen.

4.10. Ten aanzien van de door de curator gevorderde (en door Trinicom bij gebrek aan wetenschap betwiste) buitengerechtigde kosten geldt dat zij op de voet van artikel 6:96 lid 2 BW voor vergoeding in aanmerking komen, onder meer als het gaat om redelijke kosten ter verkrijging van voldoening buiten rechte, behoudens ingeval krachtens artikel 241 Rv de regels omtrent proceskosten van toepassing zijn. De curator heeft op dit punt niet aan zijn stelplicht voldaan. Zijn (enkele) verwijzing naar het Rapport Voorwerk II is daarvoor onvoldoende omdat de in dit rapport genoemde forfaitaire vergoedingsregeling voor niet bedongen buitengerechtigde incassokosten eerst toepassing vindt wanneer de schuldeiser stelt en bij betwisting bewijst dat kosten zijn gemaakt die betrekking hebben op verrichtingen die meer omvatten dan een (eventueel herhaalde) aanmaning, het enkel doen van een (niet aanvaard) schikkingsvoorstel, het inwinnen van eenvoudige inlichtingen of het op gebruikelijke wijze samenstellen van het dossier.

De kosten waarvan de curator vergoeding vordert moeten dan ook worden aangemerkt als betrekking hebbend op verrichtingen waarvoor de proceskosten een vergoeding plegen in te houden en zullen daarom worden afgewezen.

5. Slotsom

5.1. De slotsom is dat de grieven 1 tot en met 7 en 13 slagen. Het bestreden vonnis zal worden vernietigd en het gevorderde zal grotendeels, met uitzondering van de wettelijke handelsrente en de buitengerechtigde incassokosten worden toegewezen.

5.2. Trinicom zal als de in het ongelijk gestelde partij worden veroordeeld in de kosten van beide instanties, waaronder de nakosten en de wettelijke rente bij niet tijdige voldoening, nu daartegen geen verweer is gevoerd.

Als de overwegend in het ongelijk te stellen partij zal Trinicom in de kosten van beide instanties worden veroordeeld.

(...; *red.*)

5.3. Als niet weersproken zal het hof ook de gevorderde wettelijke rente over de proceskosten en de nakosten toewijzen zoals hierna vermeld.

6. De beslissing

Het hof, recht doende in hoger beroep:

vernietigt het eindvonnis van de rechtbank Gelderland, zittingsplaats Zutphen, van 12 juni 2013 en doet opnieuw recht:

verklaart voor recht dat de kortingsregeling zoals opgenomen in artikel 4 van de overeenkomst van 21 juni 2010 nietig is;

veroordeelt Trinicom om tegen behoorlijk bewijs van kwijting aan curator een bedrag te betalen van € 37.500,- te vermeerderen met de wettelijke rente daarover vanaf 31 december 2010 tot de dag der algehele voldoening;

veroordeelt Trinicom in de kosten van beide instanties (...; *red.*);

verklaart dit arrest uitvoerbaar bij voorraad;

wijst het meer of anders gevorderde af.

Noot

1. De curator van Yall BV stelt dat de kortingsregeling die de vennootschap met haar aandeelhouder Trinicom BV (thans: Triniventures BV) aanging, in strijd was met het verbod op financiële steunverlening bij de BV, art. 2:207c (oud) BW. De curator vordert een verklaring voor recht dat de kortingsregeling nietig is. De rechtbank wees de vordering af (Rb. Gelderland 12 juni 2013, «JOR» 2014/1, m.nt. Van Thiel). In het onderhavige arrest vernietigt het hof het vonnis van de rechtbank en verklaart het de kortingsregeling alsnog nietig.

2. Art. 2:207c BW is met de inwerkingtreding van de Wet Flex-BV per 1 oktober 2012 komen te vervallen. Steunverleningshandelingen van vóór die datum zijn op grond van het overgangsrecht in beginsel met terugwerkende kracht geheeld. De sanctie van nietigheid blijft slechts dreigen in gevallen waarin een onmiddellijk belanghebbende zich vóór 1 oktober 2012 op de nietigheid van de handeling heeft beroepen. Dit volgt uit art. 81 lid 3 Overgangswet Nieuw BW. In dergelijke gevallen blijft art. 2:207c BW dus relevant. Ik vermoed dat het in totaal om een handvol zaken gaat. De onderhavige zaak is er daar één van. Art. 2:207c BW blijft voorts relevant in gevallen waarin een handelen in strijd met art. 2:207c BW de basis vormt voor bestuurdersaansprakelijkheid op grond van art. 2:9, 2:248 en 6:162 BW. Deze aansprakelijkheidsvorderingen worden door het overgangsrecht niet geraakt. A-G Timmerman heeft hierover in par. 3.8 van zijn conclusie bij HR 10 oktober 2014 (*FSM*, «JOR» 2014/327, m.nt. Harmsen) uitgeweid. Ten slotte blijft art. 2:207c BW, althans de jurisprudentie daarover, voor de rechtspraktijk relevant omdat de pendant voor de NV, art. 2:98c BW, van kracht blijft vanwege de verplichtingen uit de herziene Tweede Richtlijn (2006/68/EG).

3. De feiten in de onderhavige zaak waren als volgt. Trinicom kocht 34% van de aandelen in Yall van X. De koop werd in een overeenkomst van 13 oktober 2009 vastgelegd (de eerste overeenkomst). Deze overeenkomst had een gemengd karakter omdat zij ook afspraken tussen de aandeelhouders onderling bevatte en afspraken tussen de aandeelhouders en Yall zelf. Doordat een bepaalde omstandigheid zich voordeed (neerwaartse bijstelling jaarrekening 2008 van Yall), kreeg Trinicom na enige tijd op grond van de eerste overeenkomst het recht op een “correctie van het aandelenpercentage” die “in overleg tussen de aandeelhouders” zou moeten plaatsvinden. Dat overleg leidde tot de overeenkomst van 21 juni 2010 (de tweede overeenkomst). Daarin werd overeengekomen (i) dat Trinicom voor € 1 een aanvullend

aandelenpakket van aandeelhouders Y en Z kocht en (ii) dat Yall een bedrag van € 37.500 aan Trinicom zou vergoeden “ter compensatie van de aankoopprijs”. Yall zou de vergoeding betalen door Trinicom € 15 per uur korting te geven op het werk dat Yall voor klanten van Trinicom zou verrichten, net zo lang tot het volledige bedrag van € 37.500 zou zijn vergoed (r.o. 3.3). Yall is de kortingsregeling voor het volledige bedrag nagekomen. Toen Yall een jaar later failliet ging, stelde de curator dat Yall zich door de kortingsregeling sterk had gemaakt voor de aankoop door Trinicom van haar oorspronkelijke belang van 34% in Yall en daardoor in strijd met art. 2:207c BW had gehandeld. De rechtbank verwierp deze stelling. Volgens haar had de kortingsregeling niet ten doel steun aan Trinicom te bieden voor de aankoop van haar aandelen in Yall. Voorts was er volgens de rechtbank geen sprake van een vennootschap die “zich op andere wijze sterk maakt” en heeft art. 2:207c BW geen betrekking op participaties die ten tijde van de beweerde steunverlening reeds zijn aangegaan. Ten slotte liet de rechtbank meewegen dat het bij het aangaan van de kortingsregeling onzeker was of het volledige kortingsbedrag genoten zou worden. Deze overwegingen van de rechtbank waren niet goed te volgen, wat werd versterkt door de summiere motivering. Ik verwijs naar mijn annotatie bij het vonnis. Het hof pakt het begrijpelijker aan. In r.o. 4.6 legt het hof de (evidente) verbinding tussen de eerste en de tweede overeenkomst. Het hof wijst bijvoorbeeld op de considerans van de tweede overeenkomst waarin het recht op correctie uit de eerste overeenkomst wordt vermeld. Voorts wijst het hof op de zinsnede “ter compensatie van de aankoopprijs” uit de tweede overeenkomst die natuurlijk betrekking heeft op de aandelenkoop uit de eerste overeenkomst. Het hof koppelt de kortingsregeling uit de tweede overeenkomst dus aan de aandelenkoop uit de eerste overeenkomst om deze vervolgens in onderlinge samenhang te beschouwen. Terecht, want de vraag of een constructie beoogt steun te verlenen, moet integraal worden onderzocht. Men dient het gehele samenstel van rechtshandelingen te bekijken. Vooral de zinsnede “ter compensatie van de aankoopprijs” vindt het hof, zeer begrijpelijk, een sterke aanwijzing voor de steunverlening door Yall. Ik geef toe dat het hof wel stelliger kon oordelen dan de rechtbank omdat Trinicom in het hoger beroep, anders dan in eerste aanleg, had toegegeven dat de kortingsregeling mede ten doel had om haar te compenseren voor de koopprijs die zij op grond van de eerste overeenkomst had betaald (r.o. 4.6). Trinicom had de steunverlening in het hoger beroep dus feitelijk erkend. Dat de kortingsregeling pas *na* de bewuste koop werd overeengekomen, is voor het hof, anders dan de rechtbank, begrijpelijkerwijs geen punt. Het tijdstip waarop de steun wordt geboden, doet immers niet ter zake (vgl. Oostwouder, *Management Buy-out*, diss; p. 273). Bepalend is het feit *dat* er door de vennootschap steun wordt geboden. Het hof concludeert dat Yall door het aangaan van de kortingsregeling in strijd heeft gehandeld met art. 2:207c BW. Het hof vernietigt het vonnis van de rechtbank en verklaart voor recht dat de kortingsregeling nietig is. Trinicom wordt veroordeeld tot betaling van € 37.500 vermeerderd met wettelijke rente vanaf 31 december 2010, de dag waarop Yall de kortingsregeling volledig was nagekomen.

mr. S.C.M. van Thiel, advocaat bij De Breij Evers Boon te Amsterdam