

JOR 2014/1 Rechtbank Gelderland, 12-06-2013 Verbod van financiële steunverlening ex art. 2:207c (oud) BW, Uitleg overgangsrecht Wet Flex-BV, Curator heeft tijdig (mogelijke) nietigheid ingeroepen, In casu financiële steunverlening

Wetsbepaling(en):

[BW BOEK 2 artikel 207C](#), [NBW artikel 81](#)

Ook gepubliceerd in:

[ECLI:NL:RBGEL:2013:1508](#), [JONDR 2013/1050](#), [RI 2013/104](#), [RO 2013/64](#)

JOR 2014/1, Rechtbank Gelderland, 12-06-2013, ECLI:NL:RBGEL:2013:1508, C-06-133939 - HA ZA 12-427 (annotatie)

Inhoudsindicatie

Verbod van financiële steunverlening ex art. 2:207c (oud) BW, Uitleg overgangsrecht Wet Flex-BV, Curator heeft tijdig (mogelijke) nietigheid ingeroepen, In casu financiële steunverlening

Ga direct naar

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

Gegevens

Instantie	Rechtbank Gelderland zp Zutphen
Datum uitspraak	12-06-2013
Publicatie	JOR 2014/1 (Sdu Jurisprudentie Onderneming & Recht), aflevering 1, 2014
Annotator	<ul style="list-style-type: none">• mr. S.C.M. van Thiel
ECLI	ECLI:NL:RBGEL:2013:1508
Zaaknummer	C-06-133939 - HA ZA 12-427
Overige publicaties	<ul style="list-style-type: none">• ECLI:NL:RBGEL:2013:1508• RO 2013/64• JONDR 2013/1050
Rechtsgebied	Ondernemingsrechtpraktijk
Rubriek	Ondernemingsrecht
Rechters	<ul style="list-style-type: none">• mr. Heenk• mr. Vergunst• mr. Spoor
Partijen	Mr. K.E.H. de Klerk, in zijn hoedanigheid van curator in het faillissement van Yall BV, eiser, advocaat: mr. E.L. de Haan ,

tegen
Trinicom Group BV te Apeldoorn,
gedaagde,
advocaat: mr. A.C.G. Reezigt.

Regelgeving

- BW Boek 2 - 207c (oud)
- Overgangswet NBW - 81

Samenvatting

i. Uitleg overgangsbepalingen

Art. 2:207c BW (oud, red.) is komen te vervallen met ingang van 1 oktober 2012 door de inwerkingtreding van de Wet Flex-BV. De dagvaarding is van na die datum. Bij brief van 7 december 2011 heeft de curator aan Trinicom meegedeeld dat hij “deze rechtshandeling (...) nietig” acht. In de Invoeringswet Flex-BV worden enkele algemene overgangsbepalingen uit de Overgangswet Nieuw Burgerlijk Wetboek (“Ow NBW”) van overeenkomstige toepassing verklaard op de wijzigingen ingevolge de Wet Flex-BV, waaronder de art. 80 en 81 Ow NBW. Art. 80 Ow NBW ziet op vernietigbare rechtshandelingen, art. 81 Ow NBW op nietige rechtshandelingen. Handelen in strijd met art. 2:207c BW is nietig (en niet vernietigbaar), zodat art. 81 Ow NBW van toepassing is. Nu de curator bij brief van 7 december 2011 de nietigheid heeft ingeroepen, is aan de voorwaarde van art. 81 lid 3 Ow NBW niet voldaan en mist dit artikel toepassing. Van een op grond van het Overgangsrecht onaantastbare rechtshandeling is derhalve geen sprake zodat ter beoordeling voorligt of het buitenrechtelijk door de curator gedane beroep op nietigheid rechtens effect sorteert.

ii. Geen financiële steunverlening

Uit vaste rechtspraak van de Hoge Raad volgt dat het in art. 2:207c lid 1 BW neergelegde verbod restrictief moet worden uitgelegd. In casu waren vennootschap Yall en aandeelhouder Trinicom in verband met een (eerdere) verwerving van aandelen in Yall een kortingsregeling overeengekomen. Deze regeling hield in dat Yall haar uurtarief voor projecten ten behoeve van klanten van Trinicom zou verlagen. Niet kan worden gezegd dat het doel van de kortingsregeling was om met deze steun van vennootschap Yall aan Trinicom haar in staat te stellen aandelen in Yall te verwerven. Daarmee mist art. 2:207c BW toepassing.

Uitspraak

(...; red.)

2. De feiten

2.1. Yall hield zich voornamelijk bezig met het verrichten van werkzaamheden op het gebied van informatica, waaronder het in opdracht ontwikkelen van programmatuur.

2.2. Trinicom houdt zich voornamelijk bezig met het deelnemen in en besturen van andere ondernemingen.

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

“(...) Partijen,

1. Y’All cv (...), in deze rechtsgeldig vertegenwoordigd door [naam 1] en [naam 2]

2. (...) *Trinicom* (...), ten deze rechtsgeldig vertegenwoordigd door haar directeur, de heer [naam 3].

Komen het volgende overeen:

– Trinicom koopt de 34% van de aandelen van Y'All, die (...) [naam 5] 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.

– (...) [naam 3] 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 [naam 1] en [naam 2].

– (...) [naam 4] van Trinicom zal (...) ondersteunen bij het verder professionaliseren van het financiële en HRM beleid.

– Voor de inzet van [naam 1], [naam 2], [naam 3] en [naam 4], 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 [naam 2] en [naam 1] te kopen, totdat zij een belang van 49% heeft opgebouwd. Indien Trinicom dit recht uitoefent, zijn [naam 2] en [naam 1] 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 vier (van de eerste overeenkomst). De in de aanhef genoemde personen zullen hierna

respectievelijk [naam 1], [naam 2] en [naam 3] genoemd worden. De onder de eerste bullit genoemde persoon zal [naam 5] genoemd worden.

2.4. Als productie 6 bij 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 (...) [naam 2] en (...) [naam 1], hierna te noemen *Y'all*

en

(…) *Trinicom* (...), ten deze rechtsgeldig vertegenwoordigd door (...) [naam 3], 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 d.d. 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 [naam 2] [naam 2] en [naam 1] 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 (van de tweede overeenkomst) zal hierna worden aangeduid als de korting of de kortingsregeling.

2.5. Op 14 juni 2011 is Yall is staat van faillissement verklaard met benoeming van de curator tot curator.

2.6. In de brief van 7 december 2011 (hierna de brief van 7 december 2011) van de curator aan Trinicom (productie 7 bij 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 [naam 2] en [naam 1] 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 (...) [naam 5] 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. (...)"

2.7. In de jaarrekeningen van 2007, 2008 en 2009 van Yall zijn structureel te lage bedragen ter zake van belastingschulden weergegeven.

3. De vordering en het verweer

3.1. De curator vordert – samengevat – dat de rechtbank bij uitvoerbaar bij voorraad te verklaren vonnis

A. voor recht zal verklaren dat de kortingsregeling rechtsgeldig is vernietigd d.d. 7 december 2011 dan wel nietig of vernietigbaar is;

B. Trinicom zal veroordelen om aan de curator te betalen een bedrag van € 37.500,00;

C. Trinicom zal veroordelen om aan de curator te betalen € 4.140,38 ter zake de wettelijke handelsrente over de hoofdsom tot en met 1 mei 2012 alsmede de wettelijke handelsrente over de hoofdsom vanaf 2 mei 2012, althans vanaf de dag van dagvaarding tot aan de dag van de algehele voldoening;

D. Trinicom zal veroordelen om aan de curator te betalen € 1.158,00 ter zake van buitengerechtelijke kosten, althans een in goede justitie te bepalen bedrag, te vermeerderen met de wettelijke rente daarover vanaf de 14e dag na de datum van dit vonnis tot aan de dag van de algehele voldoening;

E. Trinicom zal veroordelen om aan de curator te betalen de kosten van deze procedure, waaronder de nakosten van € 131,00 zonder betekening en € 199,00 in geval van betekening, indien Trinicom niet binnen twee dagen, althans binnen een door de rechtbank redelijk geachte termijn, na betekening van het vonnis, daaraan heeft voldaan, een en ander te vermeerderen met de wettelijke handelsrente daarover vanaf de 14e dag na de datum van het te wijzen vonnis tot aan de dag van de algehele voldoening.

3.2. Trinicom voert verweer. Zij concludeert dat de rechtbank bij uitvoerbaar bij voorraad te verklaren vonnis de vorderingen van de curator zal afwijzen met zijn veroordeling in de kosten van het geding.

3.3. De onderbouwing van de vorderingen en het verweer zullen voor zover relevant bij de beoordeling worden besproken.

4. De beoordeling

Pauliana

4.1. De curator baseert zijn vorderingen allereerst op artikel 42 van de Faillissementswet (Fw). Dit artikel bepaalt dat de curator ten behoeve van de boedel elke rechtshandeling die de schuldenaar vóór de faillietverklaring onverplicht heeft verricht en waarvan deze bij dit verrichten wist of behoorde te weten dat daarvan benadeling van de schuldeisers het gevolg zou zijn, door een buitengerechtelijke verklaring kan vernietigen.

Onverplichte rechtshandeling

4.2. De curator stelt dat de kortingsregeling in de tweede overeenkomst een onverplichte rechtshandeling vormt nu deze niet op de wet of een overeenkomst berust. Uit de tekst van de tweede overeenkomst blijkt dat de kortingsregeling wordt overeengekomen “ter compensatie van de aankoopprijs”. Dat kan, aldus de curator, maar één aankoopprijs betreffen namelijk die van de aandelen die door [naam 2] en [naam 1] aan Trinicom werden verkocht nu een andere aankoopprijs in die overeenkomst niet wordt genoemd. Yall is dus niet gebaat bij deze rechtshandeling omdat Yall in het geheel geen tegenprestatie ontvangt.

4.3. Trinicom heeft aangevoerd dat geen sprake is van een onverplichte rechtshandeling. Bij de uitleg van de overeenkomst moet het totaalpakket van afspraken die zijn gemaakt en uitgevoerd, bekeken worden. Zo is met de overeenkomst van 21 juni 2010 niet uitsluitend de overdracht van de aandelen aan Trinicom tezamen met de gestelde kortingsregeling uitgewerkt. Er zijn beduidend meer afspraken gemaakt, onder welke de toezegging van Trinicom dat Yall zou worden ingezet bij de ontwikkeling van producten van Trinicom. Vanaf juli 2010 is ook een substantiële hoeveelheid extra werk en daarmee omzet aan Yall verschaft. De stelling van de curator dat Yall in het geheel geen tegenprestatie voor voormelde korting heeft ontvangen, is onjuist. Ter comparitie is hieraan namens Trinicom toegevoegd dat het bedrag van € 37.500,- een compensatie zou zijn voor tegenvallende projectresultaten en dat het niet bedoeld zou zijn als compensatie van de aankoopprijs van 15% van de aandelen in Yall.

4.4. Partijen verschillen derhalve over de uitleg van de overeenkomst van 21 juni 2010 en meer in het bijzonder van de zinsnede “ter compensatie van de aankoopprijs”. Weliswaar is voor de beantwoording van de vraag hoe een bepaling dient te worden uitgelegd naast de zuiver taalkundige uitleg van de bepaling ook de bedoeling van partijen relevant, maar in dit geval hebben partijen zich niet beroepen op een bepaalde bedoeling. Integendeel, zij hebben zich slechts geconcentreerd op de taalkundige inhoud van de overeenkomst(en). Waar partijen elkaar tegenspreken bij de uitleg van de beide overeenkomsten en geen der interpretaties past bij de tekst en samenhang van de overeenkomst – zie hierna – is het uiteindelijk de rechter die uitlegt en beslist.

4.5. De rechtbank constateert dat de eerste overeenkomst een gemengd karakter heeft. De kop van die overeenkomst vermeldt dat het gaat om een aandeelhoudersovereenkomst. De heren [naam 2] en [naam

1] verbinden zich bij die overeenkomst tot verkoop van een deel van hun aandelen in Yall aan Trinicom, onder bepaalde voorwaarden. De overeenkomst behelst echter ook afspraken tussen Yall en Trinicom, in die zin dat Trinicom zich verplicht twee van haar werknemers in te zetten ten behoeve van Yall. De heer [naam 3] van Trinicom zou deel gaan uitmaken van het managementteam van Yall en de heer [naam 4] van Trinicom zou ondersteuning geven bij het verder professionaliseren van het financiële- en HRM-beleid. Uit de overeenkomst blijkt dat daar geen (geldelijke) tegenprestatie van Yall tegenover stond. Voorts is tussen Yall en Trinicom overeengekomen dat werknemers van Yall zouden kunnen gaan deelnemen aan het pensioenplan van Trinicom en dat Yall de nodige omzet zou krijgen. Daartegenover staat dat Yall zich er bij deze overeenkomst toe verplicht om het aandelenpercentage te corrigeren als mocht blijken dat de jaarrekening 2008 of het resultaat van de eerste zes maanden van 2009 naar beneden bijgesteld dient te worden. Voor een dergelijke correctie was uiteraard ook de medewerking van de heren [naam 1] en [naam 2] nodig. Zij waren op basis van deze overeenkomst al gebonden om per februari van ieder jaar aandelen aan Trinicom te verkopen totdat deze een belang zou hebben verworven van 49%.

4.6. Tussen partijen is niet in discussie dat de jaarrekening van 2008 naar beneden diende te worden bijgesteld. Trinicom heeft bovendien onbetwist ter comparitie gesteld dat eerdere projecten waren tegengevallen. Vervolgens – aldus Trinicom ter comparitie – zijn er nadere afspraken tussen haar en Yall gemaakt die zijn vastgelegd in de tweede overeenkomst.

De rechtbank constateert dat uit de considerans van deze overeenkomst expliciet blijkt dat uitvoering is gegeven aan de verplichting van Yall uit de eerste overeenkomst om “in overleg met de aandeelhouders” het aandelenpercentage van Trinicom te corrigeren, waartoe Yall zich had verplicht, indien de jaarrekening 2008 en/of het resultaat over de eerste zes maanden van 2009 naar beneden diende te worden bijgesteld. Die correctie heeft feitelijk plaatsgevonden door een financiële bijdrage van Yall, kennelijk ter compensatie van de achteraf gezien te hoge prijs die Trinicom had betaald voor de aandelen die zij van [naam 5] had overgenomen, en door het feitelijk om niet – immers slechts voor € 1,-- – overdragen van aandelen door [naam 1] en [naam 2]. De bewoordingen “ter compensatie van de aankoopprijs” in de overeenkomst van 21 juni 2010 kunnen, gezien de prijs van € 1,-, slechts slaan op de aankoop van aandelen van [naam 5] en niet op de aankoop van aandelen van [naam 1] en [naam 2]. In dat geval viel er immers niet te compenseren.

Anders dan de curator meent is hier dus geen sprake van een onverplichte rechtshandeling en overigens evenmin van een rechtshandeling om niet of van een overeenkomst waarbij de waarde der verbintenis aan de schuldenaar aanmerkelijk die der verbintenis aan de andere zijde overtrof. De financiële bijdrage van € 37.500,- van Yall werd immers gegoten in de vorm van een prijsverlaging van € 15,- voor maatwerkprojecten ten behoeve van klanten van Trinicom, op welke projecten Yall niet onvoorwaardelijk aanspraak kon maken. In de overeenkomst van 13 oktober 2010 staat immers slechts dat Yall “in principe alle maatwerk en integratie projecten voor Trinicom zou uitvoeren”.

4.7. Nu Yall en Trinicom uitvoering hebben gegeven aan een tussen hen overeengekomen verplichting is geen sprake van het onverplicht verrichten van een rechtshandeling zodat het beroep van de curator op artikel 42 Fw faalt.

Bespreking van de overige vereisten van artikel 42 Fw en hetgeen partijen te dien aanzien hebben gesteld en aangevoerd kan achterwege blijven nu dit niet tot toewijzing van de vorderingen kan leiden.

Verboden financiële steun verlenen

4.8. Subsidiair heeft de curator zijn vordering gebaseerd op artikel 2:207c van het Burgerlijk Wetboek (hierna BW). Dit beroep gaat evenmin op.

4.9. De curator stelt dat de tweede overeenkomst regelt dat Trinicom 15% van de aandelen in Yall koopt van [naam 2] en [naam 1] voor een aankoopprijs van € 1,00, dat Trinicom ter compensatie van die aankoopprijs € 37.500,00 vergoedt en dat Yall aldus verboden geldelijke steun als bedoeld in artikel

2:207c BW verleent aan Trinicom met het oog op het kopen van haar aandelen door Trinicom. De rechtshandeling is nietig en de curator heeft daarop voor 1 oktober 2012 een beroep gedaan, aldus de curator.

4.10. Trinicom betwist dit. Zij voert aan dat zij met de tweede overeenkomst niet het oogmerk heeft gehad om een verboden constructie in het leven te roepen. Zij geeft aan dat er meer is overeengekomen dan de kortingsregeling en dat de overeenkomst daarnaast ook verdergaande samenwerking beoogde. Ook is het vermogen van Yall door de overeenkomst niet verslechterd nu de overeenkomst Yall een extra omzet gunde voor interne werkzaamheden (door Yall voor Trinicom) als aanvulling op de reeds overeengekomen externe werkzaamheden (door Yall voor klanten van Trinicom), aldus Trinicom. Met betrekking tot het overgangsrecht refereert zij zich.

4.11. Artikel 2:207c BW is komen te vervallen met ingang van 1 oktober 2012 door de inwerkingtreding van de Wet Flex-BV van 18 juni 2012 (Stb. 2012, 299, kamerstukken 31 058). De dagvaarding is van na die datum, namelijk van 8 oktober 2012. Bij brief van 7 december 2011 heeft de curator aan Trinicom meegedeeld dat hij “deze rechtshandeling (...) nietig” acht.

4.12. In de Invoeringswet Flex-BV van 18 juni 2012 (Stb. 2012, 300, kamerstukken 32 426) worden enkele algemene overgangsbepalingen uit de Overgangswet Nieuw Burgerlijk Wetboek (hierna Ow NBW) van overeenkomstige toepassing verklaard op de wijzigingen ingevolge de Wet Flex-BV, waaronder de artikelen 80 en 81 Ow NBW. Artikel 80 Ow NBW ziet op vernietigbare rechtshandelingen, artikel 81 Ow NBW op nietige rechtshandelingen. Handelen in strijd met artikel 2:207c BW is nietig (en niet vernietigbaar), zodat artikel 81 Ow NBW van toepassing is.

4.13. Artikel 81 Ow NBW luidt als volgt:

“1. Een nietige rechtshandeling wordt op het tijdstip waarop de wet op haar van toepassing wordt, met terugwerkende kracht tot een onaantastbare bekrachtigd, indien zij heeft voldaan aan de vereisten die de wet voor een zodanige rechtshandeling stelt.

(...)

3: De vorige leden gelden slechts, indien alle onmiddellijk belanghebbenden die zich op de nietigheid hadden kunnen beroepen, de handeling voordien als geldig hebben aangemerkt.”

4.14. Nu de curator bij brief van 7 december 2011 de nietigheid heeft ingeroepen (vergelijk: Hoge Raad 31 mei 2013, LJN CA1641), is aan de voorwaarde van artikel 81 lid 3 Ow NBW niet voldaan en mist dit artikel toepassing.

Van een op grond van het Overgangsrecht onaantastbare rechtshandeling is derhalve geen sprake zodat ter beoordeling voorligt of het buitenrechtelijk door de curator gedane beroep op nietigheid rechtens effect sorteert.

4.15. Artikel 2:207c BW bepaalt:

“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. (...)

2. Leningen met het oog op het nemen of verkrijgen van aandelen in haar kapitaal (...), mag de vennootschap slechts verstrekken (...).

3. (...)”

4.16. Uit vaste rechtspraak van de Hoge Raad (onder meer Hoge Raad 7 mei 2004, NJ 2004, 360) volgt dat het in artikel 2:207 c lid 1 BW neergelegde verbod restrictief moet worden uitgelegd.

Gezien hetgeen de rechtbank hiervoor over de pauliana-vordering heeft overwogen, kan niet gezegd worden dat het doel van de kortingsregeling was om met deze steun van Yall aan Trinicom haar in staat te stellen aandelen in Yall te verwerven. Daarmee mist artikel 2:207c BW toepassing, nog daargelaten dat de kortingsregeling niet kan worden aangemerkt als “zekerheid stellen”, “een koersgarantie geven”, “zich hoofdelijk of anderszins naast of voor anderen verbinden” of “het verstrekken van een lening”, als bedoeld in artikel 2:207c BW. Evenmin kan deze worden aangemerkt als de in dat artikel genoemde omstandigheid dat de B.V. “zich op andere wijze sterk maakt”. De curator heeft dat niet, althans onvoldoende onderbouwd, gesteld.

Van de omstandigheid dat de B.V. “zich op andere wijze sterk maakt” kan ook geen sprake zijn omdat die omstandigheid gezien moet worden in het licht van de in voormeld wetsartikel direct daarvoor genoemde omstandigheden van “zekerheid stellen” of “een koersgarantie geven”. Van een daarmee vergelijkbare situatie is in dit geval geen sprake.

Ook miskent de curator dat de compensatie ziet op het verleden en dus niet te beschouwen is als de omstandigheid dat de B.V. “zich op andere wijze sterk maakt” omdat die omstandigheid op het heden en de toekomst lijkt te duiden en niet op het verleden en een reeds aangepane participatie.

4.17. Ten slotte was het ten tijde van het sluiten van de tweede overeenkomst niet zeker of Trinicom zou kunnen profiteren van een korting van in totaal € 37.500,00 omdat dat afhing van de opdrachten die Yall voor klanten van Trinicom zou kunnen uitvoeren en op Trinicom niet de verplichting rustte om Yall die opdrachten te gunnen. Daarbij komt dat Yall zelf ook rechten verkreeg uit de eerste overeenkomst zodat de verplichting om eventueel een aandelenverhouding te helpen compenseren niet gezien kan worden als handelen in strijd met artikel 2:207c BW.

4.18. Aldus is geen sprake van de in artikel 2:207c BW verboden steun van Yall aan Trinicom.

4.19. Nu ook de subsidiaire rechtsgrond niet tot toewijzing van de vorderingen van de curator kan leiden, moeten deze worden afgewezen.

Proceskosten

4.20. De curator zal als de in het ongelijk gestelde partij in de proceskosten worden veroordeeld. (...; *red.*)

5. De beslissing

De rechtbank

5.1. wijst de vorderingen af,

5.2. veroordeelt de curator in de proceskosten (...; *red.*),

5.3. verklaart dit vonnis wat betreft de kostenveroordeling uitvoerbaar bij voorraad.

Noot

1. In deze zaak probeert de curator een betaling van € 37.500 van het failliete softwarebedrijf Y'all BV aan haar 49%-aandeelhouder Trinicom Group BV ongedaan te maken. De curator baseert zijn vordering primair op art. 42 Fw, de faillissementspauliana, en subsidiair op art. 2:207c BW, het verbod op

financiële steunverlening. De rechtbank wijst de vordering echter af. Ik beperk mij in dit commentaar tot de behandeling door de rechtbank van de subsidiaire grondslag, de vermeende financiële steunverlening.

2. Het verbod op financiële steunverlening voor de BV (tekst weergegeven in r.o. 4.15) is door de inwerkingtreding van de Flex BV-wet op 1 oktober 2012 komen te vervallen. De Minister van Justitie (*Kamerstukken II*, 2006-2007, 31 058 nr. 3, p. 65-66) gaf hiervoor als reden dat het een ingewikkelde bepaling is die in de praktijk tot veel onduidelijkheid heeft geleid. Zo is het in een voorkomend geval onduidelijk hoe de voorwaarde “met het oog op” moet worden geïnterpreteerd. Het verbod is volgens de minister ook niet noodzakelijk als specifieke bescherming van crediteuren of aandeelhouders. Redres kan plaatsvinden via de algemene regels van bestuurdersaansprakelijkheid. In dat verband wijs ik bijvoorbeeld op Hof Leeuwarden 31 juli 2012, «JOR» 2013/34, m.nt. Bartman (toewijzend) en Hof 's-Hertogenbosch, «JOR» 2013/169, m.nt. Van Thiel (afwijzend). Voor de NV bestaat het financiële steunverbod nog wel vanwege de verplichting in de Tweede Richtlijn. Een ruime meerderheid in de literatuur verdedigt dat een schending van het verbod leidt tot nietigheid en niet tot vernietigbaarheid (zie bijvoorbeeld Assink/Slagter 2013 (Deel 1), par. 33, Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIa 2013/246 en Van der Heijden/Van der Grinten/Dortmond 2013, par. 317). De Hoge Raad heeft de sanctie van nietigheid op 4 juli 2013 impliciet bevestigd in het kader van een prejudiciële vraag ex art. 392 Rv van de Rechtbank Rotterdam («JOR» 2013/228, m.nt. Steneker, r.o. 3.6). Omdat het om nietige rechtshandelingen gaat, is via art. V.1 van de Invoeringswet Flex BV art. 81 Overgangswet NBW overeenkomstig van toepassing: een nietige rechtshandeling wordt op het moment van inwerkingtreding van de nieuwe wet (in dit geval de Flex BV-wet) met terugwerkende kracht tot een onaantastbare bekrachtigd. Dit geldt echter niet indien een belanghebbende zich voordien op de ongeldigheid van de rechtshandeling heeft beroepen (zie lid 3 van art. 81 Overgangswet NBW). Rechtshandelingen in strijd met art. 2:207c BW die zijn verricht vóór 1 oktober 2012 zijn daarom met terugwerkende kracht onaantastbaar geworden, tenzij een belanghebbende zich vóór 1 oktober 2012 op de nietigheid heeft beroepen. Als die belanghebbende een ander is dan de vennootschap dan zal hij zijn mededeling (het beroep op nietigheid) in elk geval aan de vennootschap moeten richten om zijn effect te hebben, zie Rechtbank Amsterdam 22 mei 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:CA3184. In het onderhavige geval was het echter juist de vennootschap, vertegenwoordigd door de curator, die zich op de nietigheid beriep en wel bij brief van 7 december 2011, dus ruim vóór 1 oktober 2012. De rechtbank past daarom terecht het inmiddels vervallen art. 2:207c BW toe (r.o. 4.14).

3. In r.o. 4.16-4.18 komt de rechtbank vervolgens tot het oordeel dat er in casu geen sprake is van financiële steunverlening. Daar valt wel het een en ander op af te dingen. Trinicom had op grond van de eerste overeenkomst, waarin de aankooptitel voor haar initiële aandelenbelang van 34% was vervat, aanspraak op een “correctie van het aandelenpercentage” in geval van een neerwaartse aanpassing van de jaarrekening 2008 of van de resultaten over de eerste zes maanden van 2009. Die correctie moest weliswaar plaatsvinden “in overleg tussen de aandeelhouders” maar uit r.o. 4.5 volgt dat de correctieverplichting zelf op Y'all (de vennootschap) rustte. Enige tijd later heeft Trinicom aanspraak op de correctieverplichting gemaakt. De correctie werd vervolgens op twee manieren vormgegeven: (i) Trinicom mocht voor € 1 een aanvullend aandelenpakket van twee andere aandeelhouders overnemen, waarmee haar belang in Y'all steeg naar 49% en (ii) Y'all verbond zich jegens Trinicom tot een financiële bijdrage van € 37.500. Die bijdrage zou Y'all betalen door Trinicom € 15 per uur korting te geven op het werk dat Y'all voor klanten van Trinicom zou verrichten (r.o. 4.6). De rechtbank overweegt dat deze kortingsregeling niet ten doel had om Trinicom met steun van Y'all in staat te stellen om aandelen in Y'all te verwerven (r.o. 4.16). De rechtbank vond de kortingsregeling kennelijk niet overeengekomen “met het oog op” in de zin van art. 2:207c BW. Ik volg de rechtbank daarin niet. Een constructie is “met het oog op” als de bedoeling bestaat om daardoor de koop van de aandelen te financieren (vgl. Van de Heijden/Van der Grinten/Dortmond t.a.p.). Of die bedoeling bestaat, moet holistisch worden onderzocht. In het onderhavige geval betekent dit dat de twee overeenkomsten als één geheel moeten worden beschouwd. De tweede overeenkomst is immers, zo blijkt uit de preambule, aangegaan omdat Trinicom aanspraak maakte op haar recht op correctie uit de eerste overeenkomst. Die correctieverplichting rustte zoals vermeld op Y'all. Volgens mij kan de conclusie dan niet anders zijn dan dat de vennootschap (Y'all) een deel van de koopprijs die de verkrijger (Trinicom) voor zijn aandelen in de vennootschap heeft betaald, voor haar rekening heeft genomen. Dat is in strijd met art. 2:207c BW. Dat de correctie plaatsvond door betaling in de vorm van de kortingsregeling en niet in contanten, maakt dat niet anders. Ik vind deze casus in verschillende opzichten vergelijkbaar met die in

Rechtbank Utrecht 4 mei 2012 («JOR» 2012/137, m.nt. Van Boxel (*Falk/X*)). In die zaak had de financiële steun de vorm van een verplichting van de vennootschap om gedurende enkele jaren een managementvergoeding aan de verkoper te betalen. De nadere motivering van de rechtbank dat het onzeker was dat Trinicom van de kortingsregeling zou profiteren omdat zij niet verplicht was om opdrachten aan Y'all te gunnen (r.o. 4.17), snijdt geen hout. De tweede overeenkomst bepaalde immers nadrukkelijk dat Y'all het gehele bedrag van € 37.500 voor 31 december 2010 aan Trinicom moest hebben betaald (r.o. 2.4). Y'all had dus een harde betalingsverplichting jegens Trinicom. Evenmin juist is het argument van de rechtbank dat geen sprake kan zijn van financiële steunverlening omdat de vergoeding (de "compensatie") betrekking heeft op een participatie uit het verleden. Het tijdstip van de steunverlening doet immers niet ter zake (vgl. Oostwouder, *Management Buy-out*, diss., p. 273) en overigens was de basis voor de vergoeding, het recht op correctie, reeds bij het verwerven van de aandelen overeengekomen.

4. Mijn conclusie is dat de rechtbank in dit geval het verbod op financiële steunverlening te restrictief heeft uitgelegd. De expliciete overweging aan het begin van r.o. 4.16 dat het verbod van art. 2:207c lid 1 BW volgens de Hoge Raad restrictief moet worden uitgelegd, onder verwijzing naar HR Muller/Rabobank («JOR» 2004/161, m.nt. Bartman), was daarvan al een voorbode. Uit dat arrest volgt slechts dat het de vennootschap is toegestaan om zekerheden te verstrekken voor een door haar aangetrokken lening waarna die gelden binnen de grenzen van lid 2 van art. 2:207c BW geheel of gedeeltelijk aan een derde worden doorgeleend ter financiering van de aankoop van aandelen in de vennootschap (een zogenoemde doorleenconstructie). De restrictieve uitleg van de Hoge Raad zat hem erin dat art. 2:207c BW zich niet uitstrekte tot dergelijke indirecte zekerheidstellingen. In het onderhavige geval ging het echter niet om een doorleenconstructie en werd er geen indirecte, maar directe steun door de vennootschap verleend. Met haar oordeel heeft de rechtbank daarom ten onrechte afbreuk gedaan aan het doel van de regeling.

mr. S.C.M. van Thiel, advocaat bij Loyens & Loeff NV in Amsterdam