zwakke(re) concurrent) niet tegen. De markt zal en moet haar werk doen. Aandeelhouders hebben recht op rendement op hun investering. Het rendement op aandelen AkzoNobel bleef in vergelijking tot het rendement op aandelen PPG de afgelopen jaren fors achter. Volgens een bericht in het *FD* van 10 mei 2017 was het rendement op AkzoNobel-aandelen sinds 2007 127% en dat op PPG-aandelen 420%. Terecht dat Tweedy Browne, dat al 25 jaar in AkzoNobel belegt, in haar brief aan AkzoNobel daarbij vraagtekens zet (zie r.o. 2.51 en 3.30). Overigens staat die 25 jaar in schril contrast tot de periode die Elliott in AkzoNobel belegt, namelijk eerst vanaf eind 2016.
65. PPG had, zoals gezegd, tot 2 juni 2017 de tijd om bij de AFM een biedingsbericht ter goedkeuring in te dienen. In haar persbericht van 1 juni 2017 heeft PPG laten weten dat zij haar voorstel tot een voorgenomen bod intrekt en dat zij geen openbaar bod zal uitbrengen. PPG mag nu gedurende zes maanden geen nieuwe overnamepoging doen (zie art. 7 lid 7 Besluit openbare biedingen Wft).
66. Is met deze beschikking voor AkzoNobel de kous af? In juridisch opzicht wellicht eventjes. Elliott is echter nog steeds aandeelhouder en heeft inmiddels haar belang van 3 procent naar 5 procent uitgebreid. De toekomst zal leren wat haar intenties zijn. Wenst zij te profiteren van het superdividend van AkzoNobel na afsplitsing van Specialty Chemicals of komt er over enige tijd toch nog een (vijandig) bod van PPG, ondersteund door Elliott, nadat de hiervoor genoemde termijn van zes maanden is verstreken? Deze beschikking verhindert een mogelijke nieuwe overnamepoging van PPG niet.

R.A. Wolf
UdinkSchepel, Universiteit Leiden en Maastricht University (ICGI)

117

Rechtbank Den Haag
10 mei 2017, nr. C/09/504538/HA ZA 16-112
ECLI:NL:RBDHA:2017:4885
(mr. Vogels)
Noot A.M. Dumoulin-Siemens

Inkoop eigen aandelen. Beperkte balanstest. Uitkeringstest. Besluitvorming.

Inkoop eigen aandelen in vaststellingsovereenkomst, met verklaring dat voldaan is aan balanstest en uitkeringstest. Dat staat tussen partijen in onderlinge verhouding vast. Beroep nietigheid afgewezen.

[BW art. 2:14, 2:207a, 7:900, 7:902]

Art. 2:207a lid 1 BW bepaalt dat de verkrijging van aandelen ten laste van de in art. 2:207 lid 2 BW genoemde wettelijke reserves of in strijd met een uitsluiting of beperking als bedoeld in art. 2:207 lid 4 BW nietig is. Bestuurders zijn hoofdelijk aansprakelijk jegens de vervreemder te goeder trouw die door de nietigheid schade leidt.
Art. 2:207 lid 2 BW bepaalt dat de vennootschap, behalve om niet, geen volgestorte eigen aandelen mag verkrijgen indien het eigen vermogen, verminderd met de verkrijgingsprijs, kleiner is dan de reserves die krachtens de wet of de statuten moeten worden aangehouden (ook wel genoemd de beperkte 'balanstest') of indien het bestuur weet of redelijkerwijs behoort te voorzien dat de vennootschap na de verkrijging niet zal kunnen voort blijven gaan met het betalen van haar opeisbare schulden (ook wel genoemd de 'uitkeringstest'). De wet schrijft niet voor wanneer en aan de hand waarvan moet worden bepaald of die balanstest positief uitpakt. Uitgangspunt is dat het bestuur van een vennootschap beslist over de inkoop van aandelen van de vennootschap. De rechtbank overweegt in dit verband het volgende.
In art. 9.4 van de vaststellingsovereenkomst heeft EDR Investments als bestuurder van TCS expliciet verklaard dat is voldaan aan hetgeen is bepaald in art. 6 van de statuten. De rechtbank maakt daar uit op dat wordt verklaard dat is voldaan aan zowel voornoemde balans- als uitkeringstest. Dat staat dus in hun onderlinge verhouding tussen alle partijen bij de vaststellingsovereenkomst, waaronder ook TCS, vast. Reeds daarom kan dit verweer van TCS niet slagen.
Verder heeft TCS als verweer gevoerd dat het besluit tot de inkoop van de eigen aandelen door TCS nietig is op grond van art. 2:14 BW. Op basis van art. 6 van de statuten had een balans- en uitkeringstest moeten plaatsvinden. Door het ontbreken van een balans- en uitkeringstest is het besluit van het bestuur van TCS om de eigen aandelen in te kopen nietig wegens strijd met de statuten, aldus TCS. De rechtbank is van oordeel dat ook dit verweer niet kan slagen, gelet op hetgeen onder 4.5. is overwogen.
Bij de beoordeling heeft de rechtbank in aanmerking genomen dat Lindeberg en TCS in art. 11 van de vaststellingsovereenkomst zijn overeengekomen dat zij zich niet zullen beroepen op nietigverklaring van die overeenkomst. Dat past ook bij de aard van een vaststellingsovereenkomst die immers strekt tot beëindiging of voorkoming van onzekerheid of geschil (art. 7:900 BW). Gelet op de belangen van partijen bij de totstandkoming van een minnelijke regeling is een dergelijke overeenkomst zelfs geldig als zij in strijd mocht blijken met dwingend recht (art. 7:902 BW).

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid
Lindeberg Holding B.V.,
gevestigd te Beverwijk,
eiseres,
advocaat mr. W. de Vries te Den Haag,
tegen
de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid
TCS Aquisitie B.V.,
gevestigd te Den Haag,
gedaagde,
advocaat mr. G.J. Schras te Rotterdam.

Partijen zullen hierna Lindeberg en TCS genoemd worden.

Rechtbank:

1 De procedure
1.1. Het verloop van de procedure blijkt uit:
– de dagvaarding van 21 januari 2016, met producties;
– de conclusie van antwoord, met producties;
– het tussenvonnis van 4 mei 2016, waarbij een comparitie van partijen is bevolen;
– het proces-verbaal van comparitie van 5 juli 2016.
1.2. Het proces-verbaal van de comparitie van partijen is met instemming van partijen buiten hun aanwezigheid opgemaakt. Partijen zijn in de gelegenheid gesteld om opmerkingen te maken over het proces-verbaal voor zover het feitelijke onjuistheden betreft. TCS heeft daarvan bij brief van 19 juli 2016 gebruik gemaakt. Deze brief is aan het proces-verbaal gehecht en maakt onderdeel uit van het procesdossier.
1.3. Ten slotte is een datum voor vonnis bepaald.

2 De feiten

2.1. De heer [A] (hierna: [A]) is enig aandeelhouder en bestuurder van [A] Beheer B.V. (hierna: [A] Beheer), welke vennootschap op haar beurt enig aandeelhouder en bestuurder is van Lindeberg.

2.2. Lindeberg houdt zich bezig met het financieren van, het deelnemen in, beheren van, voeren van directie over andere ondernemingen en vennootschappen en het ter beschikking stellen van arbeidskrachten.

2.3. De heer [B] (hierna: [B]) is enig aandeelhouder en bestuurder van Economic Data Resources Holding B.V. (hierna: EDR Holding), welke vennootschap op haar beurt enig aandeelhouder en bestuurder is van Economic Data Resources Investments B.V. (hierna: EDR Investments).

2.4. Aandeelhouders van TCS zijn Lindeberg en EDR. EDR Investments is bestuurder van TCS.

2.5. TCS houdt zich bezig met advisering op het gebied van management en bedrijfsvoering (geen public relations en organisatie-adviesbureaus) en het voeren van managementactiviteiten.

2.6. TCS is opgericht op 31 mei 2013. De statuten van TCS luiden, voor zover van belang:

''[...]

Artikel 6

Verkrijging en vervreemding van Aandelen door de Vennootschap

1. het Bestuur beslist over de verkrijging van Aandelen door de Vennootschap

2. De Vennootschap mag, behalve om niet, geen volgestorte Aandelen verkrijgen indien de verkrijgingsprijs niet volledig ten laste kan worden gebracht van de Uitkeerbare Reserves of indien het Bestuur weet of redelijkerwijs behoort te voorzien dat de Vennootschap na de verkrijging niet zal kunnen blijven voortgaan met het betalen van haar opeisbare schulden.

Het bepaalde in artikel 2:207 lid 3 BW is van toepassing als de Vennootschap na de verkrijging anders dan om niet niet kan voortgaan met het betalen van haar opeisbare schulden.

[...]

Artikel 10

Blokkeringsregeling

[...]''

2.7. TCS is sinds 31 mei 2013 enig aandeelhouder van TCS Mathematiek B.V. (hierna: TCS Mathematiek).

2.8. Op 29 oktober 2013 hebben TCS Mathematiek en [A] Beheer een managementovereenkomst gesloten, waarbij [A] Beheer diensten op het gebied van management levert aan TCS Mathematiek.

2.9. Op 11 augustus 2015 hebben TCS Mathematiek, [A] Beheer, [A], TCS, Lindeberg en EDR Investments een vaststellingsovereenkomst gesloten ter beëindiging van voornoemde managementovereenkomst met ingang van 1 juni 2015. Die vaststellingsovereenkomst luidt, voor zover van belang:

''[...]

IN AANMERKING NEMENDE DAT

[...]

L. TCS Acquisitie [rechtbank: dit is TCS] en Lindeberg Holding zijn overeengekomen dat TCS Acquisitie de aandelen die Lindeberg Holding in het kapitaal van TCS Acquisitie houdt, genummerd 77 tot en met 100, elk met een nominale waarde van EUR 1 (de 'Aandelen Lindeberg Holding') zal inkopen;

[...]

KOMEN OVEREEN ALS VOLGT:

[...]

Artikel 9. Koop Aandelen Lindeberg Holding en betaling van de koopprijs

9.1 Lindeberg Holding verkoopt hierbij de Aandelen Lindeberg Holding aan TCS Acquisitie gelijk TCS Acquisitie hierbij koopt van Lindeberg Holding de Aandelen Lindeberg Holding.

9.2 De koopprijs voor de Aandelen Lindeberg Holding bedraagt EUR 67.000 [...] (de 'Koopprijs')

[...]

9.4 Onder verwijzing naar het bepaalde in artikel 6 en artikel 10 van de statuten van TCS Acquisitie, verklaren Lindeberg Holding en EDR Investments, expliciet ook als bestuurder, dat wordt geacht te zijn voldaan aan hetgeen in dat artikel is bepaald.

[...]

9.6 Betaling van de Koopprijs zal in zes maandelijkse termijnen plaatsvinden, met dien verstande dat maandelijks EUR 11.166,67 zal worden voldaan, voor de eerste maal uiterlijk eind juli en aansluitend uiterlijk aan het einde van de opvolgende vijf maanden

[...]

Artikel 11. Wilsgebreken

Partijen verbinden zich geen ontbinding, vernietiging of nietigverklaring van deze overeenkomst te zullen vorderen [...]''

2.10. Sinds 1 juni 2015 is TCS enig bestuurder van TCS Mathematiek.

2.11. TCS heeft voor de aandelen in drie betalingen (van € 5000,=, € 10.000,= en € 5000,=) totaal € 20.000,= aan Lindeberg betaald.

2.12. Op 6 januari 2016 heeft Lindeberg TCS gesommeerd de resterende € 47.000,= voor de aandelen uiterlijk 13 januari 2016 te betalen.

3 Het geschil

3.1. Lindeberg vordert samengevat – veroordeling van TCS tot betaling van € 47.000,=, vermeerderd met wettelijke handelsrente vanaf 13 januari 2016 en kosten, waarvan buitengerechtelijke € 1245,=.

3.2. TCS voert verweer.

3.3. Op de stellingen van partijen wordt hierna, voor zover van belang, nader ingegaan.

4. De beoordeling

4.1. Lindeberg vordert nakoming van de verbintenis van TCS uit artikel 9 van de vaststellingsovereenkomst tot betaling van de koopprijs voor de ''Aandelen Lindeberg Holding''. Omdat TCS al € 20.000,= heeft betaald, dient zij nog € 47.000,= van de koopprijs aan Lindeberg te betalen.

4.2. TCS voert als verweer daar tegen aan dat de inkoop van de eigen aandelen door TCS nietig is op grond van artikel 2:207a BW. Bovendien heeft zij de mogelijkheid tot inkoop van eigen aandelen in artikel 6 van de statuten beperkt (artikel 2:207 lid 4 BW).

Volgens TCS gaat het erom of de onderhavige inkoop van aandelen heeft geresulteerd in de situatie dat het eigen vermogen van TCS minus € 67.000,= kleiner is dan de reserves die krachtens wet of statuten moeten worden aangehouden. TCS stelt dat zij geen reserves krachtens wet of statuten aan hoeft te houden, dat inkoop op 11 augustus 2015 (TCS ondertekende toen de vaststellingsovereenkomst) heeft plaatsgevonden en dat zij toen een negatief eigen vermogen had. Aldus is het eigen vermogen van TCS minus € 67.000,= kleiner dan nul (de reserves die krachtens wet of statuten moeten worden aangehouden) en is de verkrijging op grond van artikel 2:207a lid 1 BW nietig. Overigens heeft zo'n balanstest ten tijde van de inkoop niet plaatsgevonden, aldus TCS.

4.3. Bij conclusie van antwoord heeft TCS nog betoogd dat zij de mogelijkheid tot inkoop van eigen aandelen heeft beperkt in artikel 6 van de statuten, maar ter zitting heeft TCS verklaard

dat artikel 6 aansluit bij de wettelijke regeling in artikel 2:207a lid 1 BW. Nu Lindeberg dat niet heeft betwist en de tekst van artikel 6 geen aanleiding geeft voor een andere interpretatie, staat dat tussen partijen vast.
4.4. Artikel 2:207a lid 1 BW bepaalt dat de verkrijging van aandelen ten laste van de in artikel 2:207 lid 2 BW genoemde wettelijke reserves of in strijd met een uitsluiting of beperking als bedoeld in artikel 2:207 lid 4 BW nietig is. Bestuurders zijn hoofdelijk aansprakelijk jegens de vervreemder te goeder trouw die door de nietigheid schade leidt.
Artikel 2:207 lid 2 BW bepaalt dat de vennootschap, behalve om niet, geen volgestorte eigen aandelen mag verkrijgen indien het eigen vermogen, verminderd met de verkrijgingsprijs, kleiner is dan de reserves die krachtens de wet of de statuten moeten worden aangehouden (ook wel genoemd de beperkte ''balanstest'') of indien het bestuur weet of redelijkerwijs behoort te voorzien dat de vennootschap na de verkrijging niet zal kunnen voort blijven gaan met het betalen van haar opeisbare schulden (ook wel genoemd de ''uitkeringstest''). De wet schrijft niet voor wanneer en aan de hand waarvan moet worden bepaald of die balanstest positief uitpakt. Uitgangspunt is dat het bestuur van een vennootschap beslist over de inkoop van aandelen van de vennootschap. De rechtbank overweegt in dit verband het volgende.
4.5. In artikel 9.4 van de vaststellingsovereenkomst heeft EDR Investments als bestuurder van TCS expliciet verklaard dat is voldaan aan hetgeen is bepaald in artikel 6 van de statuten. De rechtbank maakt daar uit op dat wordt verklaard dat is voldaan aan zowel voornoemde balans- als uitkeringstest. Dat staat dus in hun onderlinge verhouding tussen alle partijen bij de vaststellingsovereenkomst, waaronder ook TCS, vast. Reeds daarom kan dit verweer van TCS niet slagen.
4.6. Verder heeft TCS als verweer gevoerd dat het besluit tot de inkoop van de eigen aandelen door TCS nietig is op grond van artikel 2:14 BW. Op basis van artikel 6 van de statuten had een balans- en uitkeringstest moeten plaatsvinden. Door het ontbreken van een balans- en uitkeringstest is het besluit van het bestuur van TCS om de eigen aandelen in te kopen nietig wegens strijd met de statuten, aldus TCS. De rechtbank is van oordeel dat ook dit verweer niet kan slagen, gelet op hetgeen hiervoor onder 4.5. is overwogen.
4.7. Bij de beoordeling heeft de rechtbank in aanmerking genomen dat Lindeberg en TCS in artikel 11 van de vaststellingsovereenkomst zijn overeengekomen dat zij zich niet zullen beroepen op nietigverklaring van die overeenkomst. Dat past ook bij de aard van een vaststellingsovereenkomst die immers strekt tot beëindiging of voorkoming van onzekerheid of geschil (artikel 7:900 BW). Gelet op de belangen van partijen bij de totstandkoming van een minnelijke regeling is een dergelijke overeenkomst zelfs geldig als zij in strijd mocht blijken met dwingend recht (artikel 7:902 BW).
4.8. Vast staat dat TCS haar verbintenis uit de vaststellingsovereenkomst jegens Lindeberg nog niet geheel is nagekomen. Lindeberg heeft onbetwist gesteld dat pas na betaling van de gehele koopprijs (in termijnen) levering van de aandelen bij notariële akte zal plaatsvinden.
4.9. Gelet op het bovenstaande zal TCS worden veroordeeld tot betaling van € 47.000,= aan Lindeberg. De gevorderde wettelijke handelsrente en buitengerechtelijke kosten zijn niet betwist en zullen ook worden toegewezen.
4.10. TCS zal als de in het ongelijk gestelde partij in de proceskosten worden veroordeeld. De kosten aan de zijde van Lindeberg worden begroot op € 3797,40, bestaande uit kosten dagvaarding (€ 80,40), griffierecht (€ 1929,=) en salaris advocaat (€ 1788,= van 2 punten x tarief IV ad € 894,= per punt).

5 De beslissing
De rechtbank
5.1. veroordeelt TCS om aan Lindeberg te betalen een bedrag van € 47.000,=, vermeerderd met de wettelijke rente als bedoeld in artikel 6:119a BW met ingang van 13 januari 2016 tot de dag van volledige betaling,
5.2. veroordeelt TCS in de proceskosten, aan de zijde van Lindenberg tot op heden begroot op € 3797,40,
5.3. veroordeelt TCS om aan Lindenberg te betalen een bedrag van € 1245,= aan buitengerechtelijke kosten,
5.4. verklaart dit vonnis uitvoerbaar bij voorraad.

NOOT

Partijen bepalen in een vaststellingsovereenkomst dat aan de wettelijke regels voor inkoop van eigen aandelen in art. 2:207 lid 2 BW geacht wordt te zijn voldaan. De uitspraak van de Rechtbank Den Haag van 10 mei 2017 laat zien wat de gevolgen van een dergelijke vaststelling kunnen zijn voor een beroep op nietigheid van de inkoop van eigen aandelen. In het algemeen moeten de verkopende aandeelhouder en de bestuurder van de inkopende vennootschap zich ervan bewust zijn dat zij ondanks de vaststelling externe aansprakelijkheidsrisico's lopen.

Feiten
De relatie tussen de procespartijen is, in vereenvoudigde vorm weergegeven, als volgt. Gedaagde, TCS Aquisitie B.V. ('TCS') houdt zich bezig met het geven van managementadviezen en het voeren van managementactiviteiten. Eiser, Lindeberg Holding B.V. ('Lindeberg') houdt aandelen in TCS. De andere aandeelhouder van TCS is tevens bestuurder van TCS.
De statuten van TCS bevatten, voor zover in deze kwestie van belang, in art. 6 een bepaling over de inkoop van aandelen door TCS. Het bestuur beslist over de verkrijging van kapitaal in TCS. Verder verbiedt de bepaling inkoop indien de verkrijgingsprijs niet volledig ten laste kan worden gebracht van de uitkeerbare reserves of indien het bestuur weet of redelijkerwijs behoort te voorzien dat TCS na de verkrijging niet zal kunnen blijven voortgaan met het betalen van haar opeisbare schulden. De DGA van Lindeberg heeft op enig moment een managementovereenkomst gesloten met een dochter van TCS. De zaken lopen klaarblijkelijk niet zoals gewenst, want Lindeberg, de DGA van Lindeberg, TCS, de bestuurder van TCS en de dochter van TCS sluiten na enige tijd een vaststellingsovereenkomst ter beëindiging van de managementovereenkomst. Daarin spreken zij af dat TCS de door Lindeberg gehouden aandelen in het kapitaal van TCS zal inkopen tegen een verkrijgingsprijs van € 67.000,=, in termijnen te betalen. Voorts verklaren Lindeberg en de medeaandeelhouder (deze laatste expliciet ook als bestuurder van TCS) dat wordt geacht te zijn voldaan aan het bepaalde in art. 6 van de statuten van TCS. TCS voldoet enkele termijnen. Lindeberg vordert in rechte betaling van de resterende termijnen.

Inkoop van eigen aandelen
Volgens art. 2:207 lid 2 BW mag inkoop plaatshebben ten laste van het op de aandelen gestorte vermogen van de vennootschap. De vennootschap mag geen aandelen inkopen ten laste van de wettelijke en statutaire reserves. Voorts moet het bestuur een uitkeringstest verrichten, omdat het hier (evenals bij een winstuitkering ex art. 2:216 BW) gaat om een uitkering aan aandeelhouders. Indien het bestuur weet of redelijkerwijs behoort te voorzien dat de vennootschap na de verkrijging niet zal kunnen blijven voortgaan met het betalen van haar opeisbare schulden, mag de vennootschap geen aandelen inkopen.

Art. 2:207 lid 4 BW biedt de mogelijkheid de inkoop van eigen aandelen uit te sluiten of te beperken. TCS heeft in haar statuten de inkoop beperkt door voorwaarden te verbinden aan de hoogte van de verkrijgingsprijs (SDU Commentaar bij art. 2:207 BW, nr. C.11). Inkoop van eigen aandelen door TCS is slechts mogelijk wanneer de verkrijgingsprijs ten laste van de uitkeerbare reserves kan worden gebracht. Een inkoop in strijd met een statutaire beperking of uitsluiting is nietig (art. 2:207a BW). Bestuurders en de verkopende aandeelhouders kunnen aansprakelijk worden gehouden wanneer is gehandeld in strijd met de uitkomsten van de uitkeringstest.
Voordat ik toekom aan de behandeling van het verweer van TCS in het licht van de vaststellingsovereenkomst, ga ik kort in op overweging 4.3 van het vonnis. TCS betoogt eerst dat de inkoop in strijd is met de statutaire beperking van art. 6. Dit verweer laat TCS later vallen. Zij verklaart tijdens de comparitie dat art. 6 aansluit bij de wettelijke inkoopregeling. Omdat Lindeberg deze nieuwe lezing niet betwist, neemt de rechtbank deze als vaststaand aan. De rechtbank merkt in r.o. 4.3 nog op dat de tekst van art. 6 geen aanleiding geeft voor een andere interpretatie. Deze redenering kan ik niet volgen. Art. 6 van de statuten bepaalt dat inkoop slechts mogelijk is als de verkrijgingsprijs volledig ten laste van de uitkeerbare reserves kan worden gebracht. Volgens de wet mag inkoop plaatshebben ten laste van het kapitaal, maar niet ten laste van de gebonden reserves. Over uitkeerbare reserves wordt niet gesproken. De bepaling in art. 6 van de statuten zie ik toch als een beperking in de zin van art. 2:207 lid 4 BW. Ik laat dit onderwerp verder liggen omdat de vraag of TCS de inkoop van eigen aandelen statutair heeft beperkt niet van belang is voor de uitkomst van het geschil.

Verweer van TCS
TCS voert in deze procedure een tweeledig nietigheidsverweer. TCS stelt dat de inkoop nietig is op grond van art. 2:207a BW, omdat inkoop in strijd met de beperkte balanstest is. Voorts baseert TCS haar nietigheidsverweer op art. 2:14 BW, omdat geen balanstest en uitkeringstest heeft plaatsgevonden. Het verweer moet worden beoordeeld in verband met de vaststellingsovereenkomst die partijen hebben gesloten.

Vaststellingsovereenkomst
Op basis van art. 7:900 BW binden partijen bij een vaststellingsovereenkomst zich jegens elkaar aan een vaststelling ter beëindiging of voorkoming van onzekerheid of geschil omtrent hetgeen rechtens tussen hen geldt. De rechtbank besteedt summier aandacht aan de tekst van de vaststellingsovereenkomst. Daaruit begrijp ik dat partijen deze hebben gesloten ter beëindiging van de managementovereenkomst tussen de DGA van Lindeberg en de dochtervennootschap van TCS. Als onderdeel van de afspraken koopt TCS de door Lindeberg gehouden aandelen in haar kapitaal in. Lindeberg en de bestuurder van TCS stellen in art. 9.4 van de vaststellingsovereenkomst dat wordt geacht te zijn voldaan aan het bepaalde in art. 6 van de statuten. Uitleg van de afspraken uit de vaststellingsovereenkomst moet gebeuren aan de hand van het Haviltex-criterium (zie voorbeelden van jurisprudentie in *T&C BW*, commentaar op art. 7:900 BW, nr. 2). De rechtbank trekt terecht de conclusie dat Lindeberg en de bestuurder van TCS bedoeld hebben te verklaren dat voldaan is aan de beperkte balanstest en de uitkeringstest van art. 2:207 lid 2 BW. Het gaat hier om een vaststelling met rechtsgevolg zonder dat een nadere handeling vereist is. Partijen zijn kortom jegens elkaar aan deze vaststelling gebonden (*T&C BW*, commentaar op art. 7:900 BW, nr. 2). Daarom gaan beide verweren van TCS mank op de gebondenheid aan de vaststellingsovereenkomst.

Aansprakelijkheid, intern en extern
De vaststellingsovereenkomst is in augustus 2015 gesloten, terwijl de inkoop van de aandelen pas zal plaatsvinden nadat de gehele koopprijs is betaald. De rechtbank overweegt terecht dat de wet niet voorschrijft wanneer en aan de hand waarvan moet worden bepaald of er voldoende ruimte is voor inkoop. Bij de uitkeringstest is het moment van inkoop beslissend (NMvA, *Kamerstukken I* 2011/12, 31058, E, p. 10-12). Het ligt voor de hand dat ook de balanstest op dat moment plaatsvindt (*T&C BW*, commentaar op art. 2:207 BW, nr. 3). Hieruit volgt dat Lindeberg en de bestuurder van TCS hebben vastgesteld dat is voldaan aan de vereisten voor inkoop vóórdat de balans- en uitkeringstest feitelijk zijn uitgevoerd. De aansprakelijkheden die partijen zich hiermee mogelijk op de hals halen, komen niet aan de orde in de onderhavige procedure. Ik ga desondanks kort in op de vraag of Lindeberg en de bestuurder van TCS door middel van de vaststellingsovereenkomst aansprakelijkheid hebben kunnen afkopen.
Art. 2:207 lid 3 BW bevat de grondslag voor wettelijke bestuurdersaansprakelijkheid en aansprakelijkheid van de verkopende aandeelhouder bij inkoop. Hoewel de bepaling van lid 3 bedoeld is als bescherming van de crediteuren, heeft de wetgever ervoor gekozen aansluiting te zoeken bij de interne aansprakelijkheidsregeling van art. 2:9 BW (NMvA, *Kamerstukken I* 2011/12, 31058, E, p.9). Vanwege het bestaan van de vaststellingsovereenkomst hadden de bestuurder van TCS noch Lindeberg als verkopende aandeelhouder intern kunnen worden aangesproken op grond van art. 2:207 lid 3 BW.
Een benadeelde crediteur kan geen gebruik maken van art. 2:207 lid 3 BW. Hij kan wel de bestuurder van TCS en Lindeberg als verkopende aandeelhouder aanspreken op grond van onrechtmatige daad in het geval uit de uitkeringstest blijkt dat de vennootschap niet kan voortgaan met het betalen van de opeisbare schulden (van deze crediteur). Art. 2:207 lid 3 BW staat aan deze aansprakelijkstelling niet in de weg (NMvA, *Kamerstukken I* 2011/12, 31058, E, p. 17). De vaststellingsovereenkomst dekt de externe aansprakelijkheidsrisico's van de bestuurder van TCS en Lindeberg als verkopende aandeelhouder niet af, omdat crediteuren geen partij zijn bij de vaststellingsovereenkomst.
In geval van faillissement is ook een rol weggelegd voor de curator. Hij kan als belangenbehartiger van de gezamenlijke crediteuren een vordering op grond van onrechtmatige daad indienen, omdat een norm is geschonden die ertoe strekt de belangen van de gezamenlijke crediteuren te beschermen, zie HR 14 januari 1983, *NJ* 1983/597 (*Peeters q.q./Gatzen*). Daarnaast kan de curator door middel van een buitengerechtelijke verklaring het bestuursbesluit tot inkoop als onverplichte rechtshandeling vernietigen, zie art. 42 Fw (*T&C BW*, commentaar op art. 2:207 BW nr. 8 en 9).

Conclusie
De bestuurder van TCS en Lindeberg hebben zich externe aansprakelijkheidsrisico's op de hals gehaald door zich te binden aan de vaststelling dat voldaan is aan de balanstest en uitkeringstest zonder dat deze feitelijk zijn uitgevoerd.

A.M. Dumoulin-Siemens
UdinkSchepel Advocaten