

Rubriek onder verantwoordelijkheid van de Stichting
www.notarielestichting.nl

Stichting tot Bevordering der Notariële Wetenschap



Winstbewijzen, een civielrechtelijk overzicht

Deel 2. Statutaire basis en uitgifte

I. Inleiding

1. Met ons artikel in *WPNR* 7204¹ zijn wij ons onderzoek begonnen naar het winstbewijs van na de invoering van het nieuwe BV-recht in 2012.² In dat artikel hebben we het winstbewijs juridisch (en feitelijk) geduid, hebben we de toelaatbaarheid ervan onderzocht en hebben we aandacht besteed aan de verhouding tot andere winstdelende instrumenten.

2. Deze bijdrage is een vervolg daarop. Hierin onderzoeken we eerst of voor winstbewijzen een statutaire regeling vereist is. Vervolgens beschrijven we de juridische voorwaarden voor en feitelijke gang van zaken bij uitgifte van een winstbewijs.

II. Verplichte regeling in de statuten?

3. De rechten en verplichtingen van de winstbewijshouder en de uitgevende vennootschap kunnen op twee plekken worden neergelegd: (i) de statuten en (ii) een separate overeenkomst.³ Over het algemeen werd onder het oude BV-recht gesteld dat om winstbewijzen te kunnen uitgeven een 'statutaire basis' vereist was. In dit hoofdstuk onderzoeken we of en in hoeverre de regeling betreffende winstbewijzen *dwingend* in de statuten opgenomen moet worden.

4. Door veel schrijvers (en overigens ook door de wetgever) wordt slechts gesproken over en worden rechtsgevolgen gekoppeld aan "statutaire" winstrechten of -bewijzen.⁴ Door hen wordt evenwel geen aandacht besteed aan niet-statutaire winstrechten. Voorzichtig concluderen we daaruit, dat deze auteurs dus slechts een bijzondere vennootschappelijke positie verbinden aan winstbewijzen die hun bestaansrecht ontleen aan een of meer statutaire bepalingen. Door hen wordt niet aangegeven wat er nu precies in de statuten moet staan om te kunnen spreken van een "statutair winstrecht".

5. Van Solinge & Nieuwe Weme schrijven dat het mogelijk is winst aan anderen dan aandeelhouders toe te laten komen. Zij baseren zich op de tekst van de artikelen 2:105 en 2:216 BW, waarin gesproken wordt van respectievelijk "andere gerechtigden" en "degene die de uitkering ontving". Volgens Van Solinge & Nieuwe Weme betreft dit *statutair* winstgerechtigden. Over wat er daarvoor precies in de statuten geregeld moet worden, laten ze zich niet uit. Zij spreken van een noodzakelijke "statutaire grondslag". Het toekennen van niet-statutaire winstrechten is volgens hen wel mogelijk. De afrekening daarvan loopt dan echter niet door door de winst, maar deze wordt boven de streep, in de winst- en verliesrekening meegenomen.⁵

1. W. Kelterman en F. Baggerman, "Winstbewijzen, een civielrechtelijk overzicht Wat is een winstbewijs?", *WPNR* 2018/7204, p. 628 e.v.
2. De Wet vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht, de bij- behorende Invoeringswet vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht (*Stb.* 2012, 299, 300 en 301).
3. Zie over het verschil tussen vastlegging in statuten of een overeenkomst bijvoorbeeld: A. van Meurs, 'Een drag along: statutair, contractueel of een combinatie via de 'drietrapsregeling' op grond van art. 2:192 BW? I en II', *WPNR* 2014/7039 en 7040 en S.A. Kruisinga, 'Statuten of aandeelhoudersovereenkomst?', *WPNR* 2016/7124.
4. Zie bijvoorbeeld: Assink/ Slagter 2013 (Deel 1) paragraaf 30, S.M. van Engelen, 'Werknemersparticipatie: certificaten of winstbewijzen; straks stemrechtloze aandelen?', *V&O* 2011, p. 120-122 en H. Uittien en S.A. Alleman, Managementparticipatie bij private equity investeringen (I), *TvOP*, 12/2010, p. 308, M.C.A. van den Nieuwenhuijzen, 'Aandelen zonder stemrecht en aandelen met flexibel stemrecht in de flex-BV', *WPNR* 2008/6737, *Kamerstukken II* 2006/07, 31 058, nr. 3, p. 11. In de Memorie van Toelichting op het ambtelijk voorontwerp, Wijziging van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek in verband met de aanpassing van de regeling voor besloten vennootschappen met beperkte aansprakelijkheid, Eerste tranche, overweegt de Minister op p. 10-11: "Een recht om te delen in de winst kan worden opgenomen in de statuten. (...) Een statutair winstrecht kan voorzien in de behoefte om rechten uit te geven met winstdeling doch zonder invloed op de besluitvorming."
5. Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIa 2013/325 en 194.

Ook De Serière⁶ en Maeijer & Kroeze⁷ schrijven, onder verwijzing naar de artikelen 2:105 en 2:216 BW (waarbij Maeijer & Kroeze dat voor de BV minder expliciet opschrijven, maar dit wel zo lijken te bedoelen), dat aandeelhouders de winstbestemming bepalen en dat afwijking van die regeling statutair moet plaatsvinden. De Serière schrijft dat niet-statutaire winstrechten via de winst- en verliesrekening lopen.

6. In de twaalfde druk van het Handboek werd ook verwezen naar 2:105 en 2:216 BW en daarbij gesteld dat winstbewijzen een statutaire basis behoeven. In de nieuwe druk staat nu dat dit na de wijziging van het BV-recht niet meer opgaat voor de BV, maar niettemin aangenomen wordt dat een statutaire grondslag is vereist. Helaas zonder nadere toelichting.⁸

7. Ook Eisma vindt dat winstbewijzen een uitdrukkelijke statutaire basis behoeven. Daarbij verwijst ook hij naar de regeling dat de winst ten goede komt aan de aandeelhouders indien er in de statuten niets geregeld is.⁹ Maar, schrijft hij, als nu in de statuten is geregeld dat de winst *ter beschikking* van de aandeelhouders staat (destijds een gebruikelijke afwijking van de wettelijke regeling, sinds invoering van het nieuwe BV-recht zelfs het wettelijke uitgangspunt):

“is het twijfelachtig of de vergadering over de winst in die zin kan beschikken, dat deze zonder statutaire grondslag aan derden wordt uitgekeerd. Zo men al zou menen dat de algemene vergadering in een dergelijke situatie bevoegd is om winst geheel of gedeeltelijk aan derden uit te keren, is dat toch een besluit dat ieder jaar opnieuw moet worden genomen.”

Lijkt Eisma hiermee dus een mogelijkheid te zien voor niet-statutaire winstbewijzen? Schwarz en Blanco Fernández schrijven hierover, dat Eisma ten onrechte geen onderscheid maakt tussen het gerechtigd zijn tot de winst en het doen van uitkeringen daarvan.¹⁰ Volgens ons maakt Eisma dat onderscheid wel, maar bedoelt hij te zeggen dat *mocht* al aangenomen worden dat het mogelijk is winstbewijzen zónder statutaire basis uit te geven, toch steeds een aandeelhoudersbesluit nodig is om de winst daarop uit te keren. Dus als antwoord op de vraag: Eisma acht het (helaas zonder toelichting) naar ons idee niet passend om winstbewijzen zonder statutaire regeling uit te geven en voegt daaraan een tweede *‘line of defense’* toe, namelijk dat altijd nog een aandeelhoudersbesluit nodig is voor een uitkering op die winstbewijzen.

Over de vraag wat er dan precies in de statuten moet zijn vastgelegd, geeft ook Eisma geen ant-

woord. Hij heeft het slechts over de *“statutaire grondslag”*. Wel haalt hij in dit verband een van de secretarissen van de Amsterdamse Effectenbeurs, Mr Fuchs, aan, die stelt dat voor beursnotering van participatiebewijzen wel noodzakelijk is dat in de statuten wordt vastgelegd:

*“tot welke omvang, gemeten in geld, de directie in overleg met de raad van commissarissen kan overgaan tot uitgifte van participatiebewijzen en wat de winstgerechtigdheid is.”*¹¹

8. Wolf schrijft dat op grond van het bepaalde in art. 2:216 lid 1 jo. 2:232 BW in de statuten kan worden bepaald dat aan bepaalde personen, niet zijnde aandeelhouders, een winstrecht wordt toegekend door middel van de uitgifte van winstbewijzen.¹² Wij denken dat hij daarmee bedoelt, dat zonder statutaire bepaling geen winstbewijzen kunnen worden uitgegeven. Daarbij volgen we hem niet in de redenering dat zulks uit artikel 2:232 BW zou blijken. Naar ons idee bevat dat artikel een regeling voor het geval *toegekende* statutaire rechten worden gewijzigd, maar volgt daar niet uit dat winstrechten slechts statutair kunnen worden toegekend.

Ook Quist leest in artikel 2:216 BW dat winstbewijzen slechts statutair kunnen bestaan.¹³ Hij leidt uit lid 6 van dat artikel de hoofdregel af dat slechts *aandelen* meedelen in de winst en wel tot het bedrag van de verplichte stortingen. Iedere afwijking van die hoofdregel, dus ook de toekenning van winstrechten, zou dan slechts statutair (of telkens met instemming van alle aandeelhouders) mogelijk zijn. Voorts geeft lid 7 van artikel 2:216 BW de mogelijkheid om *bij* de statuten te bepalen dat aandelen van een bepaalde soort of aanduiding geen of slechts beperkt recht geven tot deling in de winst. Quist legt de bepaling zo uit dat het recht op uitkering in de statuten dient te worden bepaald, en dat per uitkering tot een afwijkende uitkering met instemming van alle aandeelhouders kan worden besloten.

6. Asser/De Serière 2-IV 2018/377.

7. Asser/Maeijer & Kroeze 2-I* 2015/602 en 603.

8. Van der Heijden/Van der Grinten/Dortmond 2013/194.

9. S.E. Eisma, “Tussen aandeel en schuldbrief: participatiebewijzen”, in ‘Ondernemingsrechtelijke contracten’, 1991, p. 37.

10. C.A. Schwarz en J.M. Blanco Fernández, “Enkele opmerkingen over het participatiebewijs”, WPNR 1992/6045, p. 287 e.v.

11. S.E. Eisma, t.a.p., p. 35.

12. R.A. Wolf, *De kapitaalverschaffer zonder stemrecht in de BV* (Serie Van der Heijden Instituut nr. 116) (diss. Maastricht), Deventer: Kluwer 2013, par. 3.7.9.

13. P.H.N. Quist, *Conversie en aandelen* (Serie Van der Heijden Instituut nr. 149) (diss. Nijmegen), Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 333 e.v.

Wij zien artikel 2:216 lid 6 BW ook als hoofdregel, maar dan voor de onderlinge verhouding tussen aandeelhouders, waarvan statutair of steeds met instemming van de aandeelhouders kan worden afgeweken. Het artikellid sluit dus geen winstgechtigden uit, maar vult het gelijkheidsbeginsel tussen aandeelhouders, als bedoeld in artikel 2:201 BW, nader in.¹⁴ Lid 7 ziet ons inziens slechts op het uitsluiten van bepaalde aandeelhouders van een aandeel in de winst, niet op het toekennen van winstrechten aan anderen dan aandeelhouders.

Wel heeft Quist een punt wanneer hij schrijft dat het delen in de winst anders dan als aandeelhouder een principiële inbreuk op aandeelhoudersrechten inhoudt en de aandeelhouders daarover iets te zeggen moeten hebben.¹⁵ De vraag is echter of daaruit voortvloeit dat voor winstbewijzen een statutaire basis vereist is, óf dat de daadwerkelijke uitgifte van winstbewijzen in principe een aangelegenheid van de aandeelhouders is. Wij neigen naar dat laatste.

9. Als einzelgängers aan het andere einde van het spectrum, zijn Schwarz en Blanco Fernández van mening dat voor de uitgifte van winstbewijzen géén statutaire basis vereist is.¹⁶ Hun betoog komt erop neer, dat het voldoende is te bepalen dat de aandeelhouders mogen beschikken over de winst, niet dat het noodzakelijk is dat de uitgifte van winstbewijzen een statutaire basis krijgt.

10. Wij zijn geneigd, onder het *huidige* BV-recht, de mening van Schwarz en Blanco Fernández te volgen. Gezien de tekst van artikel 2:216 BW en de idee van een geflexibiliseerd BV-recht, is een logische gedachte dat de aandeelhouders bij het beschikken over de winst kunnen besluiten deze aan een derde, zoals een houder van winstbewijzen, uit te keren, zónder dat daarvoor een expliciete, statutaire grondslag bestaat. Wel zal altijd een uitgiftebesluit (zie hierna) en uitkeringsbesluit van de algemene vergadering vereist zijn. Een betaling zonder uitgifte- en uitkeringsbesluit zal niet via de winst (reserve), maar via de winst- en verliesrekening van de betreffende BV lopen. Slechts indien een winstbewijs tevens recht moet geven op een liquidatieuitkering, zal op grond van het bepaalde in artikel 2:23b lid 1 BW een statutaire basis vereist zijn. Een houder van een niet-statutair winstbewijs zal zich slechts als concurrent-schuldeiser kunnen melden.

11. Teneinde alle twijfel te voorkomen, adviseren we de praktijkjurist in alle gevallen een statutaire regeling op te nemen. Uit het vorenstaande blijkt dat daarvoor als minimum een “statutaire

basis” voldoende is. Wij zijn van mening, dat zo een “statutaire basis” bestaat uit een artikel waarin is bepaald dat de vennootschap winstbewijzen kan uitgeven onder nader tussen de vennootschap en de betreffende houder van het winstbewijs vast te stellen voorwaarden.

Het vorenstaande laat uiteraard onverlet dat het voor de bescherming van de positie van de winstbewijshouder beter is om een meer uitgebreide regeling in de statuten op te nemen, zodat hij niet aan de grillen van de aandeelhouder(s) is overgeleverd. Daarover schrijven we uitgebreid in een volgend artikel.

III. Uitgifte van winstbewijzen

12. Een winstbewijs ontstaat doordat tussen de vennootschap en de winstbewijshouder een overeenkomst wordt aangegaan. Deze overeenkomst behelst, in samenhang met eventuele statutaire regelingen, de rechten en verplichtingen die aan een winstbewijs verbonden zijn. Het bepaalde in artikel 2:204 BW kan van toepassing zijn indien winstbewijzen worden uitgegeven aan een oprichter of aan een derde die bij de oprichting betrokken is.

13. In de literatuur wordt betoogd dat deze plaatsingshandeling voorafgegaan moet worden door een uitgiftebesluit door het bevoegde vennootschapsorgaan.¹⁷ Wij zijn het daarmee eens en zijn van mening dat een winstbewijs zonder voorafgaand uitgiftebesluit slechts geldt als verplichting van de vennootschap, d.w.z. geen recht geeft op winst, maar op een bedrag dat gelijk is aan een bepaald gedeelte van de winst, maar loopt via de winst- en verliesrekening. Op grond van het bepaalde in artikel 2:217 BW ligt de bevoegdheid tot uitgifte bij de algemene vergadering. Deze bevoegdheid kan in de statuten nader ingevuld worden, bij voorbeeld door voorwaarden te stellen waaronder de winstbewijzen kunnen worden uitgegeven. Ook kan de bevoegdheid tot uitgifte aan een ander orgaan, het bestuur bijvoorbeeld, worden toegekend.

14. Zie ook B. Bier, *Uitkeringen aan aandeelhouders* (Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht Rijksuniversiteit Groningen, deel 42, Deventer: Kluwer 2003), p. 141.

15. P.H.N. Quist, t.a.p.

16. C.A. Schwarz en J.M. Blanco Fernández, t.a.p., p. 289.

17. Zie o.a.: Van der Heijden/Van der Grinten/Dortmond 2013/194, Eisma, t.a.p., p. 38, C.A. Schwarz en J.M. Blanco Fernández, t.a.p., p. 289.

14. Winstbewijzen vormen geen deel van het kapitaal van de vennootschap en geven daarop ook geen enkel recht. Er bestaat in beginsel geen verplichting een storting op winstbewijzen te doen. Wel is het mogelijk om als verplichting bij uitgifte van een winstbewijs te bepalen dat daarop gestort moet worden. Die storting zal dan worden gedaan ten behoeve van de overige reserve van de vennootschap.¹⁸

IV. Afsluitend

15. In deze bijdrage hebben we eerst onderzocht of een winstbewijs een statutaire regeling behoeft. Daarbij hebben we geconcludeerd dat zulks niet noodzakelijk is, behalve indien het winstbewijs recht moet geven op een liquidatie-uitkering. Zekerheidshalve kan evenwel een kapstokbepaling als “statutaire basis” worden opgenomen. Voorts hebben we beschreven dat de uitgiftehandeling tweeledig is: er dient een besluit tot uitgifte te worden genomen door een bevoegd vennootschapsorgaan, gevolgd door de daadwerkelijke plaatsingshandeling: het aangaan van een overeenkomst.

16. In een volgend artikel gaan we nader in op de (inrichting van de) rechten en verplichtingen van de winstbewijshouder en de vennootschap.

Mr. L.W. Kelterman*

Mw. mr. F.A. Baggerman**

18. Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIa 2013/325. In dit kader volgen wij Quist niet wanneer hij schrijft dat bij conversie van winstrechten waarop storting heeft plaatsgevonden, in aandelen, deze aandelen worden uitgegeven ten laste van de agioreserve (P.H.N. Quist, t.a.p., p. 336). Dat zou veronderstellen dat betalingen op winstbewijzen in de agioreserve terecht (kunnen) komen, hetgeen naar ons idee slechts mogelijk is indien de winstbewijshouder tevens aandeelhouder is en de storting op de aandelen plaatsvindt.

* Notaris te Amsterdam en voorzitter van de Vereniging Ondernemingsrechtsspecialisten Notariaat (VON). (l.kelterman@vbcnotarissen.nl)

** Manager corporate law bij Deloitte Legal (fbaggerman@deloitte.nl)