

Winstbewijzen, een civielrechtelijk overzicht

Publicatie: Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie
Aflevering: 2021/7336
Publicatiedatum: 07 augustus 2021
Auteurs: Mr. L.W. Kelterman , Notaris te Amsterdam en voorzitter van de Vereniging Ondernemingsrechtsspecialisten Notariaat (VON). (l.kelterman@vbcnotarissen.nl); Mr. F.A. Baggerman , Interim corporate counsel/(notarieel) ondernemingsrechtjurist. (fbaggerman@me.com)

- 1) L.W. Kelterman en F. Baggerman, 'Winstbewijzen, een civielrechtelijk overzicht. Wat is een winstbewijs?', *WPNR* 2018/7204 en L.W. Kelterman en F. Baggerman, 'Winstbewijzen, een civielrechtelijk overzicht. Deel 2, statutaire basis en uitgifte', *WPNR* 2019/7257.
- 2) Over het nader invullen van winstbewijzen via de statuten of de winstbewijsovereenkomst is weinig te vinden. Over de afwegingen tussen aandeelhoudersovereenkomst en statuten, die hier evenzeer opgeld doen, des te meer; zie o.a.: 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, S.A. Kruisinga, 'Statuten of aandeelhoudersovereenkomst?', *WPNR* 2016/7124, E.G. Vorst, 'Aandeelhoudersovereenkomst of statuten: balanceren voor de praktijkjurist', *WPNR* 2013/6979 en ook Chr. M. Stokkermans, 'Statuten en aandeelhoudersovereenkomst in balans', *WPNR* 2021/7314.
- 3) Zie ook ons artikel 'Winstbewijzen, een civielrechtelijk overzicht. Deel 2, statutaire basis en uitgifte', *WPNR* 2019/7257.
- 4) Zie E.G. Vorst, t.a.p. en Kamerstukken II 2006-2007, 31 058, nr. 3, p. 16.
- 5) C.A. Schwarz en J.M. Blanco Fernández, "Enkele opmerkingen over het participatiebewijs", *WPNR* 1992/6045, p. 291 en L. Timmerman in SDU Commentaar bij 2:8 BW. Zie echter ook Hof Amsterdam 21 januari 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:91, waarin het Hof onder 3.4 stelt dat het feit dat een besluit het financiële belang raakt van de houder van een "winstcertificaat" een betrokkene in de zin van 2:8 BW maakt.
- 6) Zie over de (procedure van) uitgifte van winstbewijzen ons artikel Winstbewijzen, een civielrechtelijk overzicht. Deel 2, statutaire basis en uitgifte, *WPNR* 2019/7257.
- 7) Afwijking van art. 2:217 lid 1 BW is mogelijk bij de statuten.
- 8) Het toekennen van deze bevoegdheid aan de raad van commissarissen lijkt ons niet passend binnen de vennootschappelijke orde, de verdeling van taken en bevoegdheden binnen de vennootschap.
- 9) Zie ook ons artikel Winstbewijzen, een civielrechtelijk overzicht. Deel 2, statutaire basis en uitgifte, *WPNR* 2019/7257.
- 10) Art. 6:159 BW.
- 11) S.E. Eisma, a.w., p. 34.
- 12) HR 21 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:682.
- 13) Op grond van bijvoorbeeld art. 3:39 BW met betrekking tot vormvoorschriften en art. 6:22 BW met betrekking tot bepaalde voorwaarden die vervuld moeten worden voordat de overdracht effectief is.
- 14) Art. 3:228 BW.

15) Art. 3:228 BW.

16) Zie art. 3:83 lid 2 jo. 3:228 BW.

17) Art. 3:229 BW geeft een algemene regeling voor zaaksvervangning.

18) De “intrekking” van het winstbewijs behelst feitelijk de *opzegging* van de winstbewijsovereenkomst door de vennootschap.

19) Zie Asser/Van Offen & Rensen 2-IIa 2019/325.

20) Vergelijk de veel voorkomende bepalingen in statuten of aandeelhoudersovereenkomsten ten aanzien van verplichte aanbieding van aandelen.

Deel 3. Goederenrechtelijke regelingen met betrekking tot winstbewijzen

I. Inleiding

1. In eerdere bijdragen in WPNR hebben we enkele elementen onderzocht van het winstbewijs van na de invoering van het nieuwe BV-recht in 2012.¹ In die artikelen hebben we onder meer bekeken wat een winstbewijs nu precies is en hoe het tot stand komt. In vervolg daarop onderzoeken we in deze bijdrage enkele goederenrechtelijke aspecten van winstbewijzen die via de statuten en/of de winstbewijsovereenkomst nader kunnen worden geregeld.

2. Hierna staan we eerst even stil bij enkele overwegingen ten aanzien van de vraag of deze regelingen in de statuten of in de winstbewijsovereenkomst moeten worden opgenomen. Vervolgens gaan we op hoofdlijnen in op enkele specifieke goederenrechtelijke aspecten van een winstbewijs, waarvoor in de statuten en/of de winstbewijsovereenkomst nadere regelingen kunnen worden opgenomen: de uitgifte, de overdraagbaarheid, het vestigen van pandrecht en het einde ervan.

II. In de statuten of de winstbewijsovereenkomst?²

3. In ons vorige artikel over winstbewijzen adviseerden we - om twijfel te voorkomen - voor de uitgifte van winstbewijzen een basis in de statuten op te nemen, ook al is dat naar ons idee geen *vereiste* voor het kunnen uitgeven ervan.³ We schreven dat 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. Een minimale regeling dus. De overeenkomst waarbij één of meer winstbewijzen worden uitgegeven, kan dan een uitvoerige regeling bevatten die de verhouding tussen de vennootschap en de winstbewijshouder nader regelt. De belangrijkste voordelen hiervan zijn bekend: de winstbewijsovereenkomst is niet openbaar en voor de aanpassing ervan is geen statutenwijziging nodig.

4. In sommige gevallen zal het evenwel juist wenselijk zijn de winstbewijzen in de statuten nader in te kleuren en de uitgifteovereenkomst summier te houden. Zodoende komt een eenduidige regeling voor alle houders van winstbewijzen te gelden en is deze regeling bekend (of wordt deze geacht bekend te zijn) aan alle andere bij de vennootschap betrokken stakeholders. Onder anderen bestuurders en aandeelhouders zullen rekening moeten houden met de regels die met betrekking tot de winstbewijzen zijn vastgelegd.

Een ander voordeel van een meer uitgebreide statutaire regeling is, dat in de statuten verankerde regelingen een vennootschapsrechtelijk karakter hebben en daardoor op onderdelen een “sterker *juridisch effect*” hebben dan contractuele regelingen.⁴ Evenals Blanco Fernández en Schwarz zijn wij van mening dat de winstbewijshouder, als belanghebbende, de mogelijkheid heeft besluitvorming op grond van de artikelen 2:14 en 2:15 BW aan te tasten, voor zover die besluitvorming afbreuk doet aan zijn rechten. Daarnaast wordt de winstbewijshouder door het opnemen van de mogelijkheid tot het uitgeven van winstbewijzen in de statuten, *krachtens de statuten* bij de organisatie van de rechtspersoon betrokken, en kan hij een beroep doen op de beschermende werking van artikel 2:8 BW.⁵

III. Uitgifte, overdraagbaarheid, vestigen pandrecht en einde

5. De statuten en/of de winstbewijsovereenkomst kunnen nadere voorschriften bevatten over onder meer de uitgifte, de overdraagbaarheid en het bezwaren van winstbewijzen met een beperkt recht, alsmede over het einde ervan.

(i) Uitgifte

6. Uitgifte van winstbewijzen zal als uitgangspunt gebeuren bij besluit van de algemene vergadering.⁶ In de statuten kan deze bevoegdheid echter worden verleend aan een ander orgaan van de vennootschap.⁷ Zo kan bijvoorbeeld worden bepaald dat het bestuur (al dan niet onder bepaalde voorwaarden) tot uitgifte van winstbewijzen kan besluiten, of kan deze bevoegdheid bij de houders van een bepaalde aandelensoort worden neergelegd.⁸

Voor het nemen van het uitgiftebesluit kunnen in de statuten voorwaarden worden gesteld of kan voorafgaande goedkeuring worden geëist. Het is ook mogelijk kwaliteitseisen op te nemen die gelden voor degene die winstbewijzen kan verkrijgen. Zo kan bijvoorbeeld als voorwaarde worden gesteld dat slechts werknemers van de vennootschap, of een bepaalde verstrekker van financiering, een winstbewijs kunnen verkrijgen. Ten overvloede merken we nog op, dat na het vennootschapsrechtelijke besluit tot uitgifte van het winstbewijs nog een vermogensrechtelijke uitgiftehandeling moet plaatsvinden. Het bestuur van de vennootschap zal daartoe namens de vennootschap een winstbewijsovereenkomst met de beoogde houder ervan sluiten.⁹

(ii) Overdracht

7. Zonder een bijzondere regeling gelden voor de overdracht van winstbewijzen de regels voor contractsovername, te weten: een akte tussen de houder van het winstbewijs en de verkrijger en medewerking van de vennootschap.¹⁰ Voor de overdraagbaarheid van winstbewijzen kunnen in de statuten of de winstbewijsovereenkomst (aanvullende) regels worden opgenomen.¹¹

Op de winstbewijzen kan bijvoorbeeld een aanbiedingsregeling of goedkeuringsregeling van toepassing zijn. Zo een regeling kan gelijk zijn aan de regelingen die voor de uitstaande aandelen in het kapitaal van de vennootschap gelden. Ook is een regeling van geheel eigen aard mogelijk.

Een kwaliteitseis kan de overdraagbaarheid beperken door de groep van potentiële verkrijgers van een winstbewijs te verkleinen.

Teneinde de beperkingen van de overdrachtsmogelijkheden optimaal werking te laten hebben, is het noodzakelijk expliciet te maken dat deze goederenrechtelijke werking hebben.¹²

De statuten of de winstbewijsovereenkomst kunnen ook (vorm)voorschriften bevatten voor de overdracht van winstbewijzen. Een overdracht in strijd met zo een voorschrift, bijvoorbeeld een notariële akte, of aantekening in een (aandeelhouders)register, is ongeldig.¹³

8. Het is de vraag of een winstbewijs onoverdraagbaar kan worden gemaakt. Eisma is van mening dat zulks het geval is, omdat winstbewijzen vorderingsrechten zijn en de overdraagbaarheid ervan op grond van het bepaalde in artikel 3:83 lid 2 BW kan worden uitgesloten.¹⁴ Wij denken daar iets anders over, maar komen tot dezelfde conclusie. Zoals we in dit artikel beschrijven, is een winstbewijs niet uitsluitend een vorderingsrecht, het kan ook elementen van een lidmaatschapsverhouding bevatten. De regeling van artikel 3:83 lid 2 BW is dus niet voldoende om de gehele winstbewijsverhouding onoverdraagbaar te maken.

In dit verband moet de winstbewijsovereenkomst tussen de vennootschap en de winstbewijshouder worden onderscheiden van de uit deze overeenkomst voortvloeiende vordering(en) van de winstbewijshouder op de vennootschap. De overdraagbaarheid van deze vordering(en) kan op grond van het bepaalde in artikel 3:83 lid 2 BW met een (goederenrechtelijk) niet-overdraagbaarheidsbeding worden uitgesloten. Deze regeling treft evenwel de winstbewijsovereenkomst zelf, die meer is dan slechts een vorderingsrecht, niet. De overdraagbaarheid daarvan is op

grond van het bepaalde in art 6:159 BW afhankelijk van de medewerking van de vennootschap. En daarmee is ook de winstbewijsovereenkomst de facto niet-overdraagbaar.

(iii) Vestiging pandrecht

9. De vorderingen die voortvloeien uit de winstbewijsovereenkomst zijn in beginsel dus overdraagbaar en daarmee als zodanig vatbaar voor verpanding.¹⁵ Zoals we hiervoor schreven, kan de overdraagbaarheid van deze vorderingen worden uitgesloten, waarmee ook de mogelijkheid van verpanding daarvan wordt uitgesloten.¹⁶

In de statuten of in de winstbewijsovereenkomst kan een regeling worden opgenomen ten aanzien van de vestiging van een pandrecht. Daarbij kan aandacht worden besteed aan de voorwaarden die worden gesteld voor verpanding (bijvoorbeeld goedkeuring van (een orgaan van) de vennootschap of bepaalde aandeelhouders), regels omtrent de uitwinning van een pandrecht op (vorderingen uit) winstbewijzen (op basis waarvan bijvoorbeeld de toepasselijke blokkeringsregeling of kwaliteitseis buiten werking worden gesteld) of de mate van (mede)zeggenschap die een houder van een pandrecht via het winstbewijs heeft. Ook kan worden bepaald wat er met het zekerheidsrecht gebeurt bij het einde van de winstbewijsovereenkomst.¹⁷

(iv) Einde winstbewijs

10. Het winstbewijs is een onbenoemde overeenkomst. Ten aanzien van het tenietgaan ervan gelden dus de algemene regels van het vermogensrecht. In de statuten of in de winstbewijsovereenkomst kan nader worden geregeld wanneer en onder welke voorwaarden een winstbewijs ophoudt te bestaan. Indien bij één winstbewijsovereenkomst meerdere winstbewijzen zijn uitgegeven, zal deze overeenkomst partieel blijven bestaan indien slechts enkele en niet alle winstbewijzen waarop de overeenkomst betrekking heeft ophouden te bestaan.

Bijzondere aandacht verdienen twee veel voorkomende wijzen van beëindiging van een winstbewijs: intrekking en inkoop.

Bij intrekking beëindigt de vennootschap eenzijdig de winstbewijsverhouding, met of zonder betaling. Intrekking van het winstbewijs door de vennootschap is slechts mogelijk indien daartoe in de overeenkomst met de winstbewijshouder, of in de statuten een regeling is getroffen. En slechts overeenkomstig de voorschriften van die regeling.¹⁸

De vennootschap kan het winstbewijs ook inkopen. Het winstbewijs wordt dan aan de vennootschap overgedragen en gaat direct teniet doordat schuldenaar en schuldeiser in één persoon worden verenigd. Op deze inkoop zijn de regels van artikel 2:207 BW analoog van toepassing.¹⁹

De statuten of de winstbewijsovereenkomst kunnen regels geven voor de verplichte overdracht of de beëindiging van rechtswege van de winstbewijzen indien zich bepaalde situaties voordoen, zoals het verlies van een bepaalde kwaliteit, overlijden, faillissement, of *change of control*.²⁰

11. In de statuten of de winstbewijsovereenkomst moet ook aandacht worden besteed aan de gevolgen van het eindigen van het winstbewijs. Zo kan worden bepaald wat er met het op het winstbewijs gestorte bedrag zal gebeuren. Eventueel kunnen die gevolgen afhankelijk worden gesteld van de wijze van beëindiging. Bij vrijwillige beëindiging zal dan bijvoorbeeld de marktwaarde van het winstbewijs worden uitbetaald aan de houder ervan, terwijl bij een gedwongen beëindiging het gestorte bedrag zal worden toegevoegd aan de reserves van de vennootschap.

IV. Slot

12. Om winstbewijzen te kunnen uitgeven, is het in ieder geval raadzaam een minimale bepaling in de statuten op te nemen. Voorts bestaat veel vrijheid om winstbewijzen nader in te richten. In dit artikel beschreven we enkele goederenrechtelijke aspecten van winstbewijzen die nader kunnen worden ingevuld. Dat kan in de statuten of in de winstbewijsovereenkomst gebeuren.

13. Naast de goederenrechtelijke aspecten, kunnen ook andere rechten (financieel en (mede) zeggenschap) en

verplichtingen van houders van winstbewijzen nader worden geregeld. Die mogelijkheden bespreken we een volgende keer.

- 1) L.W. Kelterman en F. Baggerman, 'Winstbewijzen, een civielrechtelijk overzicht. Wat is een winstbewijs?', *WPNR* 2018/7204 en L.W. Kelterman en F. Baggerman, 'Winstbewijzen, een civielrechtelijk overzicht. Deel 2, statutaire basis en uitgifte', *WPNR* 2019/7257.
- 2) Over het nader invullen van winstbewijzen via de statuten of de winstbewijsovereenkomst is weinig te vinden. Over de afwegingen tussen aandeelhoudersovereenkomst en statuten, die hier evenzeer opgeld doen, des te meer; zie o.a.: 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, S.A. Kruisinga, 'Statuten of aandeelhoudersovereenkomst?', *WPNR* 2016/7124, E.G. Vorst, 'Aandeelhoudersovereenkomst of statuten: balanceren voor de praktijkjurist', *WPNR* 2013/6979 en ook Chr. M. Stokkermans, 'Statuten en aandeelhoudersovereenkomst in balans', *WPNR* 2021/7314.
- 3) Zie ook ons artikel 'Winstbewijzen, een civielrechtelijk overzicht. Deel 2, statutaire basis en uitgifte', *WPNR* 2019/7257.
- 4) Zie E.G. Vorst, t.a.p. en Kamerstukken II 2006-2007, 31 058, nr. 3, p. 16.
- 5) C.A. Schwarz en J.M. Blanco Fernández, "Enkele opmerkingen over het participatiebewijs", *WPNR* 1992/6045, p. 291 en L. Timmerman in SDU Commentaar bij 2:8 BW. Zie echter ook Hof Amsterdam 21 januari 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:91, waarin het Hof onder 3.4 stelt dat het feit dat een besluit het financiële belang raakt van de houder van een "winstcertificaat" een betrokkene in de zin van 2:8 BW maakt.
- 6) Zie over de (procedure van) uitgifte van winstbewijzen ons artikel Winstbewijzen, een civielrechtelijk overzicht. Deel 2, statutaire basis en uitgifte, *WPNR* 2019/7257.
- 7) Afwijking van art. 2:217 lid 1 BW is mogelijk bij de statuten.
- 8) Het toekennen van deze bevoegdheid aan de raad van commissarissen lijkt ons niet passend binnen de vennootschappelijke orde, de verdeling van taken en bevoegdheden binnen de vennootschap.
- 9) Zie ook ons artikel Winstbewijzen, een civielrechtelijk overzicht. Deel 2, statutaire basis en uitgifte, *WPNR* 2019/7257.
- 10) Art. 6:159 BW.
- 11) S.E. Eisma, a.w., p. 34.
- 12) HR 21 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:682.
- 13) Op grond van bijvoorbeeld art. 3:39 BW met betrekking tot vormvoorschriften en art. 6:22 BW met betrekking tot bepaalde voorwaarden die vervuld moeten worden voordat de overdracht effectief is.
- 14) Art. 3:228 BW.
- 15) Art. 3:228 BW.
- 16) Zie art. 3:83 lid 2 jo. 3:228 BW.
- 17) Art. 3:229 BW geeft een algemene regeling voor zaaksvervangning.
- 18) De "intrekking" van het winstbewijs behelst feitelijk de *opzegging* van de winstbewijsovereenkomst door de vennootschap.

19) Zie Asser/Van Offfen & Rensen 2-IIa 2019/325.

20) Vergelijk de veel voorkomende bepalingen in statuten of aandeelhoudersovereenkomsten ten aanzien van verplichte aanbieding van aandelen.
