

Winstverdeling krachtens overeenkomst

Inleiding

In de praktijk zijn afspraken tussen aandeelhouders van een BV omtrent de verdeling van de winst en de gerechtigdheid tot andere uitkeringen, inclusief het liquidatiesaldo, meer regel dan uitzondering. Op grond van artikel 2:201 BW is het mogelijk in de statuten verschillende soorten aandelen te creëren en de financiële rechten die aan die soorten zijn verbonden, te variëren. Echter, de gewenste mate van detaillering, maar vooral ook commerciële gevoeligheid van de beoogde afspraken pleiten nogal eens tegen opname in de statuten. De aandeelhouders geven dan de voorkeur aan uitwerking in een overeenkomst. Deze bijdrage gaat in op de geldigheid van een dergelijke contractuele regeling, mede in het licht van het recent verschenen Rapport Vereenvoudiging en Flexibilisering van het Nederlandse BV-recht.¹

Wettelijk kader

Artikel 2:216 lid 1 BW bepaalt dat de winst, voorzover bij de statuten niet anders is bepaald, de aandeelhouders ten goede komt. Deze bepaling biedt de mogelijkheid om anderen dan aandeelhouders in de winst te laten delen. Tevens is deze bepaling de grondslag voor regelingen omtrent de bestemming van de winst, met andere woorden, of, en zo ja, in hoeverre de winst wordt toegevoegd aan de reserves (waarna het eventuele restant aan de aandeelhouders wordt uitgekeerd). Voor de onderlinge verdeling tussen de aandeelhouders speelt deze bepaling derhalve geen rol.

Artikel 2:216 leden 2 tot en met 7 BW geven een aantal voorschriften ten aanzien van de mogelijkheid tot het doen van uitkeringen en de rol van door de vennootschap zelf gehouden aandelen, en ook deze bepalingen spelen derhalve geen rol voor de onderlinge verdeling tussen de aandeelhouders.

Artikel 2:216 lid 8 BW bevat de regeling die voor invoering van de wetwijziging van 1 september 2001² was te vinden in paragraaf 12 van de Departementale Richtlijnen 1986, inhoudende dat geen aandeelhouder geheel kan worden uitgesloten van de winst. Deze bepaling is vanzelfsprekend wel van belang voor regelingen omtrent verdeling tussen de aandeelhouders, in die zin dat een ondergrens is geformuleerd.

Artikel 2:201 lid 1 BW bepaalt dat voorzover bij de statuten niet anders is bepaald, aan aandelen in verhouding tot hun bedrag gelijke rechten en verplichtingen zijn verbonden.

Op grond van artikel 2:201 lid 2 BW moet de vennootschap de aandeelhouders (onderscheidenlijk certificaathou-

11. Van Schilfgaarde/Winter, a.w., p. 76-77.

1. Aangeboden aan de Minister van Justitie op 6 mei 2004. Zie www.justitie.nl/themas/wetgeving/dossiers/bvrecht.

2. Stb. 2000, 83.

Vennootschap & Onderneming

ders) die zich in gelijke omstandigheden bevinden, op dezelfde wijze behandelen.

Artikel 2:201 BW biedt derhalve een duidelijke basis voor het (statutair) in het leven roepen van verschillende soorten aandelen met verschillende financiële rechten, uiteraard binnen de grenzen van artikel 2:216 lid 8 BW.

De hiervoor genoemde bepalingen zijn op grond van artikel 2:25 BW dwingend recht. Afwijking is slechts toegestaan voorzover dat uit de wet blijkt.

Ten slotte is er dan nog de redelijkheid en billijkheid. Die is in ieder concreet geval uiteraard van toepassing, maar geeft naar onze mening geen aanknopingspunt voor een algemene regel omtrent geldigheid, en daarom gaan wij daar in deze bijdrage niet op in.

Jurisprudentie

De Hoge Raad heeft de geldigheid van een contractuele afspraak omtrent winstverdeling nooit uitdrukkelijk bevestigd of ontkend. In het arrest *Verenigde Bootlieden*³ is uitgemaakt dat indien sprake is van redelijke en objectieve rechtvaardigingsgronden voor ongelijke behandeling van aandeelhouders, een dergelijke ongelijke behandeling geen schending met het in artikel 2:201 lid 2 BW neergelegde gelijkheidsbeginsel oplevert. Dit arrest biedt de ruimte om, indien er objectieve rechtvaardigingsgronden zijn, aandeelhouders niet gelijk te behandelen. Of er sprake is van dergelijke objectieve rechtvaardigingsgronden, dient echter van geval tot geval te worden bekeken. Het ging in de casus ook niet om winstverdeling, maar om een 'selectieve' beperking van voorkeursrechten bij uitgifte.

Het Hof Amsterdam heeft zich wel over de kwestie uitgelaten in zijn uitspraak van 28 juni 1994.⁴ De casus was, in het kort, als volgt: belanghebbende W was aandeelhouder van W BV, de aandelenverhouding was (afgerond) als volgt: W hield 44%, X, Y en Z hielden 18%. In een bepaald boekjaar besluit de algemene vergadering van W BV aan iedere aandeelhouder een gelijk bedrag ad *f* 2000 uit te keren. De inspecteur stelt echter dat over een proportioneel bedrag van de winst dividendbelasting ingehouden moet worden, hetgeen door belanghebbende wordt betwist. Het hof overwoog dat de aandeelhoudersvergadering rechtsgeldig in overeenstemming met de wensen van een individuele aandeelhouder op diens aandelen een geringer dividend betaalbaar kan stellen dan op de overige aandelen.

Deze uitspraak lijkt een stevige steun in de rug voor geldigheid van een van de statuten afwijkende verdeling van de winst bij unaniem besluit van de algemene vergadering van aandeelhouders. Bedacht moet echter worden dat de

uitspraak werd gedaan in een fiscale procedure en in de literatuur bekritiseerd is.

Timmerman⁵ is het met de genoemde uitspraak van het Hof Amsterdam niet eens. Hij acht een dergelijke winstverdeling tussen houders van dezelfde soort aandelen nietig, omdat de aandeelhouder die (relatief) minder krijgt, geen afstand kan doen van zijn recht op het hogere dividend. Ook Van Olffen acht de door het hof toegestane winstverdeling nietig wegens strijd met de wet.⁶ Van Olffen lijkt hierbij de strijd met de wet voornamelijk te baseren op strijd met het bepaalde in artikel 2:201 lid 1 BW (aandelen met dezelfde nominale waarde hebben gelijke rechten).

Literatuur

In de literatuur wordt aan de geldigheid van een overeenkomst tot een van de statuten afwijkende winstverdeling als zodanig niet of nauwelijks aandacht besteed. De hiervoor genoemde reacties op de uitspraak van het Hof Amsterdam gaan niet in op een eventuele (stem)overeenkomst tussen de aandeelhouders (die was er in de casus ook niet). De vraag of bij besluit kan worden afgeweken, komt in de literatuur wel aan de orde. Wij verwijzen naar de zogenoemde 'bij of krachtens discussie' zoals deze is gevoerd door Van Solinge, Eisma en Lijdsman.⁷ Het ging daar om de vraag of 'bij de statuten' in artikel 2:201 lid 1 BW betekent dat de betreffende regeling volledig moet zijn uitgewerkt in de statuten of dat hier gelezen mag worden 'bij of krachtens de statuten', waaruit dan afgeleid zou kunnen worden dat een basis voor differentiatie in de statuten voldoende is, maar dat de precieze invulling mag worden overgelaten aan bijvoorbeeld een orgaan.

De Kluiver/Meinema⁸ nemen als uitgangspunt dat afwijking en aanvulling van dwingende of vennootschapsrechtelijke regels bij contract mogelijk is, tenzij uit de strekking van de betreffende bepaling anders voortvloeit.

Analyse

Tot op zekere hoogte is de vraag of een overeenkomst tot een van de statuten afwijkende winstverdeling geldig is, een verschijningsvorm van de algemene vraag in hoeverre bij (aandeelhouders)overeenkomst afgeweken kan worden van in Boek 2 gegeven voorschriften. Door middel van een der-

3. HR 31 december 1993, NJ 1994, 436.

4. Hof Amsterdam 28 juni 1994, VN 1994/3423.

5. L. Timmerman, *Winstuitkeringsbesluit in strijd met artikel 2:201 BW*, TVVS 1995, p. 74-75.

6. M. van Olffen, *Enige opmerkingen over en rondom aandelen*, V&O 1995, p. 18-19.

7. Resp. A.G. van Solinge, *Leeuwe- en andere delen*, Serie *Onderneming en Recht* Deel 3, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995, par. 15 e.v.; S.E. Eisma, *Bij, of bij of krachtens bij Van Solinge*, De NV 1997, p. 221 e.v.; R.J.J. Lijdsman, *Enkele gedachten omtrent bijzondere winstverdeling in kapitaalvennootschappen*, De NV 1997, p. 234 e.v.

8. H.J. de Kluiver & M. Meinema, *Dwingend vennootschapsrecht na de Wet Herziening preventief toezicht en de mogelijkheden van statutaire of contractuele afwijking en aanvulling*, WPNR (2002) 6503, p. 648-659.

gelijke overeenkomst willen de aandeelhouders een resultaat bereiken dat afwijkt van hetgeen zou gelden indien die overeenkomst er niet zou zijn. Moet artikel 2:201 BW zo worden opgevat dat uitsluitend en alleen door middel van statutaire regelingen afgeweken kan worden van een pro rata verdeling van financiële rechten?

Bezien vanuit het perspectief van de vennootschap die de uitkering moet doen, dient rekening te worden gehouden met het gelijkheidsbeginsel. De kritiek op de uitspraak van het Hof Amsterdam door Timmerman en Van Olffen is met name hierdoor ingegeven. Voorzien de statuten echter in verschillende soorten aandelen, dan geldt dat bezwaar niet. De soorten aandelen bieden dan een aanknopingspunt voor de ongelijke behandeling. Dat die ongelijke behandeling dan vervolgens nader wordt ingevuld bij besluit of bij overeenkomst, doet aan dat principe niet af. Indien de statuten uitdrukkelijk zouden bepalen dat winstdifferentiatie over de verschillende soorten aandelen (binnen de grenzen van art. 2:216 lid 8 BW) wordt ingevuld bij besluit van de algemene vergadering van aandeelhouders, geldt dit eens te meer. Een dergelijke regeling is zonder meer geldig, indien men met de voorstanders van de 'krachtens'-interpretatie (Van Solinge, Lijdsman) aanneemt dat door een dergelijke bepaling wordt voldaan aan het 'bij de statuten'-vereiste, genoemd in artikel 2:201 lid 1 BW.

Vanuit het perspectief van de aandeelhouder is van belang onderscheid te maken tussen de inhoud van zijn (aan de door hem gehouden aandelen verbonden) rechten en de uitoefening daarvan. De inhoud van de aan een aandeel verbonden financiële rechten wordt bepaald door de wet en statuten. Een overeenkomst doet daar niet aan af. Indien de overeenkomst wijziging zou proberen aan te brengen in de inhoud van de financiële rechten, kan de conclusie geen andere zijn dan ongeldigheid. Anders ligt het naar onze mening indien het gaat om de *uitoefening* van de financiële rechten. Indien aandeelhouders X en Y, die ieder 50% van de aandelen in een BV houden, in een bepaald jaar besluiten dat de winst in een 75/25-verhouding wordt uitgekeerd, ook al voorzien de statuten niet in enige winstdifferentiatie, dan is er in feite een (gedeeltelijke) afstand van recht door de één ten behoeve van de ander en wij zien geen enkele reden waarom dat niet mogelijk zou zijn.⁹ Dat is niet anders indien er geen verschillende soorten aandelen zijn, en wij achten de uitspraak van het Hof Amsterdam dan ook juist.

Vervolg vraag is dan of aandeelhouders zich bij overeenkomst kunnen verbinden om een dergelijk besluit te nemen. Wij hebben het dan over een stemovereenkomst. Een stemovereenkomst is in beginsel geldig, tenzij de gevolgen

9. Voor een gedetailleerde beschouwing van de verhouding tussen artikel 2:25 BW en afstand van recht verwijzen wij graag naar M. Meinema, Artikel 2:25 BW en de afstand van (vennootschaps)recht, *Ondernemingsrecht* 2004, p. 36-40.

'maatschappelijk onbetamelijk' zijn. De vraag waar dan de grenzen precies liggen, heeft de nodige pennen in beweging gebracht. Voor een korte, heldere analyse van de standpunten en discussie hierover verwijzen wij naar de bijdrage van J.A.M. ten Berg in het preadvies van de KNB 2003.¹⁰ Uiteraard mogen de afspraken niet in strijd komen met artikel 2:216 lid 8 BW (over de vraag waar die grenzen precies liggen, is ook nog wel het een en ander te zeggen, zie de eerder aangehaalde bijdrage van Lijdsman). Los daarvan lijken afspraken over winstverdeling ons niet snel 'maatschappelijk onbetamelijk'. Duidelijk is dat artikel 2:201 BW een enorme flexibiliteit biedt ten aanzien van de vormgeving in statuten van dergelijke afspraken, en het feit dat die afspraken niet in statuten maar in een overeenkomst terechtkomen, maakt de inhoud van die afspraken niet onbetamelijk.

Rapport Vereenvoudiging en Flexibilisering BV-recht

Het Rapport Vereenvoudiging en Flexibilisering van het Nederlandse BV-recht beoogt knelpunten en lacunes in het BV-recht te signaleren. Ook flexibiliteit ten aanzien van winstbestemming en winstverdeling komt in dat rapport aan de orde. Paragraaf 4.1 heeft als onderwerp uitkeringen aan aandeelhouders. De Expertgroep doet als aanbeveling dat de algemene vergadering de bestemming van de winst bepaalt, tenzij bij of krachtens de statuten anders is bepaald, waarbij 'krachtens' zowel een reglement van een orgaan als een overeenkomst tussen de aandeelhouders kan omvatten. Of dan een kwaliteitseis opgenomen moet worden die inhoudt dat een aandeelhouder partij bij die overeenkomst is, zoals gesuggereerd door de Expertgroep, is een vraag van een geheel andere orde. Houdt de overeenkomst niets anders dan afspraken omtrent verdeling van de winst in, dan zien wij geen bezwaar. Bevat echter de overeenkomst bedingen die op gespannen voet staan of in strijd zijn met dwingend recht, dan lijkt ons zo'n kwaliteitseis niet mogelijk.¹¹ Vanzelfsprekend zal strijd met dwingend recht bij een BV minder snel dan thans aan de orde zijn indien de door de Expertgroep voorgestane flexibilisering wordt ingevoerd.

Hoewel de formulering van de aanbeveling anders doet vermoeden, kan uit de kanttekeningen die aan deze aanbeveling voorafgaan, worden afgeleid dat de Expertgroep niet bedoeld heeft de aanbeveling te beperken tot winstbestemming (in de zin van reservering versus uitkering, en eventuele gerechtigdheid van anderen dan aandeelhouders). Met zoveel woorden wordt in de kanttekening gesteld dat de Expertgroep het wenselijk acht dat de *winstbestemming/-verdeling* ook door een regeling krachtens de statuten kan plaatsvinden.

10. J.A.M. ten Berg, Statuten versus Aandeelhoudersovereenkomst, in: het preadvies voor de jaarlijkse algemene ledenvergadering van de Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie over 2002: Statuten zonder Bezwaar, Den Haag: Sdu Uitgevers, par. 4.4.5.

11. H.J. Portengen, Aandeelhoudersovereenkomst als kwaliteitseis?, WPNR (2002) 6514, p. 842-847.

De Expertgroep acht overigens artikel 2:216 lid 8 BW een knelpunt en doet als aanbeveling dat de statuten kunnen bepalen dat een aandeelhouder wordt uitgesloten van het delen in de winst.

Conclusie

Contractuele afspraken omtrent winstverdeling en daaruit voortvloeiende besluiten omtrent een niet pro rata uitkering zijn naar onze mening geldig, mits binnen de grenzen van artikel 2:216 lid 8 BW.

Niet alle schrijvers zijn deze opvatting toegedaan. De argumenten van tegenstanders lijken alleen hout te snijden indien de statuten niet voorzien in verschillende soorten aandelen (waarbij binnen elke soort een pro rata recht geldt). Voorzien de statuten in soorten aandelen en de mogelijkheid van winstdifferentiatie bij unaniem besluit van de algemene vergadering, dan gaan die argumenten niet op.

Het zou ons inziens een goede zaak zijn indien in het kader van een eventueel wetsvoorstel in het verlengde van het werk van de Expertgroep dit onderwerp zou worden meegenomen. Overwogen kan worden om de zinsnede 'of krachtens de statuten' aan artikel 2:201 BW toe te voegen. Het lijkt ons systematisch juist om winstbestemming en winstverdeling in verschillende artikelen te (blijven) behandelen en dat zou betekenen dat artikel 2:216 lid 8 BW (indien gehandhaafd), of een alternatief, bij voorkeur in artikel 2:201 BW terecht zou moeten komen.

Bezwaar van de hiervoor genoemde regeling is dat deze geen duidelijkheid schept over de principiële vraag omtrent geldigheid van een dergelijke contractuele regeling. Niet uitgesloten is zelfs dat de toevoeging als argument tegen de mogelijkheid van een zuiver contractuele regeling wordt beschouwd, en dan werkt de toevoeging averechts (ook al achten wij dat argument bepaald zwak).

Een fraaier alternatief zou zijn indien de wet met zoveel woorden zou bepalen dat de aandeelhouders bij overeenkomst in afwijking van of in aanvulling op de statuten afspraken omtrent de verdeling van winst en andere uitkeringen kunnen maken, en dat een aldus gesloten overeenkomst bindend is voor de aandeelhouders die daarbij partij zijn. Hoewel in het leeuwendeel van de gevallen de afspraken tussen alle aandeelhouders zullen worden gemaakt, zien wij geen reden te eisen dat alle aandeelhouders partij zijn. De aandeelhouders die geen partij zijn, dienen het hun volgens de statuten toekomende te ontvangen.

*Mr. H.J. Portengen
Mr. K.E. Groot
Loyens & Loeff*