

DE ANTILLIAANSE BESLOTEN VENNOOTSCHAP

Cursusonderdeel: 'Aandelen, stemrecht en winstrecht'

Maandag 13 september 1999 van 18.00 tot 19.00

Docent: mr K. Frielink

1. Inleiding

De belangrijkste verschillen tussen de Antilliaanse NV en de Antilliaanse BV betreffen:

- a. de (mogelijke) inrichting van het bestuur;
- b. de kapitaalstructuur, en
- c. de fusie- en omzettingmogelijkheden.

In dit cursusonderdeel staat de kapitaalstructuur centraal. Aan het geheel ontbreken van traditionele regels van kapitaalbescherming wordt hier voorbij gegaan. De drie onderwerpen die zullen worden behandeld zijn achtereenvolgens:

- aandelen;
- stemrecht, en
- winstrecht.

Deze onderwerpen worden in de artt. 4, 11, 12, 17 t/m 19, 25 en 31 van de *Landsverordening inzake de besloten vennootschap* ('LBV') behandeld.

2. Aandelen

2.1 Aandelen op naam; toonderaandelen

De BV kent alleen aandelen op naam (art. 1 lid 1 LBV), terwijl de NV ook aandelen aan toonder kent (art. 51 WvK-NA). Over aandelen aan toonder is veel te doen geweest, omdat de eigendom daarvan zo makkelijk overgaat, en derhalve bij de vennootschap niet steeds bekend is wie aandeelhouder is. Het gevoel bestaat, vooral bij instanties in de

Verenigde Staten die zich bezig houden met de bestrijding van financiële criminaliteit, dat toonderaandelen het uitvoeren van criminele activiteiten vergemakkelijken.

Ik zie niet waarom toonderstukken fraude bevorderend zouden zijn, maar onderschrijf het in de Memorie van Toelichting genoemde praktische argument dat aan toonderstukken niet echt behoefte bestaat. Zelfs handel ter beurze is zeer wel mogelijk zonder toonderstukken, en die ontwikkeling zal alleen maar voortschrijden, terwijl in de offshore sfeer steeds sterker zal gelden dat de 'beneficial owner' van de betrokken vennootschap bij het trustkantoor steeds (zoveel mogelijk) bekend moet zijn. Daarvoor is onder meer nodig dat het trustkantoor de toonderstukken bewaart of doet bewaren, maar ook steeds weet voor wie. In een dergelijk systeem kan net zo goed met aandelen op naam worden volstaan.

Terzijde merk ik op, hoewel fiscale aspecten niet op mijn terrein liggen, dat voor een vrijstelling van de winstbelasting door Nederland de eis is gesteld dat een vennootschap slechts aandelen op naam kent en verplicht is een aandeelhoudersregister bij te houden.

Overigens mogen van aandelen op naam wel aandeelbewijzen worden uitgegeven (art. 14 lid 1 LBV), waarmee tegemoet kan worden gekomen aan de wens van met name Anglo-Amerikaanse investeerders die graag over iets tastbaars beschikken.

2.2 Wat zijn aandelen?

Wat zijn aandelen eigenlijk? Iedereen heeft geleerd dat aan aandelen grofweg twee soorten rechten zijn verbonden: enerzijds financiële rechten (dividend, uitkering bij liquidatie) en anderzijds zeggenschapsrechten (stem- en vergaderrechten).

Bij de NV zijn blijkens art. 89a WvK-NA stemrechtloze aandelen mogelijk, evenals bij de BV (art. 31 lid 1 LBV). Stemrecht is dus kennelijk niet een noodzakelijk element van het begrip aandeel.

Welke elementen moeten dan wel minimaal aanwezig zijn om van een aandeel te kunnen spreken? Of kunnen er verschillende soorten aandelen naast elkaar bestaan die geen gemeenschappelijke wezenskenmerken hebben?

Traditioneel worden aandelen aangeduid als de gedeelten waarin het maatschappelijk kapitaal bij de statuten is verdeeld (Asser-Maeijer 2-III, nr. 178). In de Nederlandse Antillen zegt de wet dit met zoveel woorden met betrekking tot de NV (art. 48 lid 1 WvK-NA). Er wordt dus begripsmatig een relatie gelegd met het kapitaal van de vennootschap. Hierna zal worden uiteengezet dat deze relatie niet zo vanzelfsprekend is als deze lijkt. Sterker nog: in de LBV komen begrippen als maatschappelijk, geplaatst en gestort kapitaal niet eens voor. (Voor kapitaalverhogingen en –verminderingen is geen statutenwijziging en dus geen gang meer naar de notaris vereist.)

Laten we voor de nadere bepaling van het begrip ‘aandeel’ eens kijken naar wat een aandeelhouder eigenlijk is. Een aandeelhouder is iemand die tot de vennootschap in een rechtsbetrekking staat; een rechtsbetrekking waaruit voor hem rechten en verplichtingen voortvloeien (Asser-Maeijer 2-III, nrs. 51 en 177). Dat klinkt nog redelijk vaag en onder deze omschrijving vallen bijvoorbeeld ook werknemers.

Wezenlijk is dat een aandeelhouder ‘deelneemt’ in het ‘kapitaal’ (in het vermogen) van de vennootschap: hij moet risicodragend kapitaal ter beschikking stellen. Dit kapitaal wordt als ‘risicodragend’ aangeduid, omdat de aandeelhouders als het slecht met de vennootschap afloopt, de laatste in de rij zijn bij de verdeling van de eventueel resterende activa (zij zijn de hekkensluiters).

Als tegenprestatie voor het ter beschikking stellen van risicodragend kapitaal verwerft de aandeelhouder aandelen. Blijkens de LBV kan het gaan om:

- aandelen met stemrecht of aandelen zonder of met beperkt stemrecht (art. 31 LBV)
- aandelen met of zonder nominale waarde (art. 4 leden 3 en 4 LBV)
- aandelen die delen in de winst of aandelen die niet of slechts beperkt delen in de winst (art. 25 lid 3 LBV)

- aandelen die wel of aandelen die niet recht geven op een uitkering bij liquidatie (artt. 25 lid 3 en 54 lid 1 LBV)

Terzijde merk ik op dat bij de NV ook kan worden bewerkstelligd dat een aandeelhouder niet deelt in de winst. Dit gebeurt met behulp van zogeheten *wiebelprefs*, waarbij het percentage waarmee in de winst wordt gedeeld door de aandeelhoudersvergadering wordt vastgesteld, en deze vaststelling in een percentage van nul kan resulteren. Hoewel deze constructie op gespannen voet met het wettelijke systeem lijkt te staan, wordt deze geregeld toegepast en is deze algemeen geaccepteerd. Aan de *wiebelprefs* kan overigens ook stemrecht worden onthouden.

Blijkens art. 1 lid 2 LBV wordt de keuze van de kapitaalstructuur enigszins beperkt en wel door de eis dat er bij de BV ten minste één aandeel met volledig stemrecht moet zijn dat deelt in de winst, dan wel één aandeel met volledig stemrecht en één aandeel dat deelt in de winst. Bovendien moet, om van een aandeel te kunnen spreken, deze óf delen in de winst óf daaraan moet stemrecht zijn verbonden, hoe beperkt deze rechten wellicht ook zijn in een concreet geval. Ik kom op dit laatste punt, dat op verzoek van de Raad van Advies door de Minister in de LBV is opgenomen, nog terug, omdat ik deze aanpassing betreur.

Blijkens de Memorie van Toelichting is de gedachte achter de regeling van het ‘volwaardige’ aandeel dat een vennootschap zonder vergadering van aandeelhouders (hoe beperkt ook) niet behoorlijk kan functioneren (ik zou verder willen gaan: in het geheel niet kan functioneren), en voorts dat aldus buiten twijfel wordt gesteld het dogmatische uitgangspunt dat het economische belang bij het vermogen van een vennootschap niet bij haar zelf maar bij een ander berust. Daarin verschilt een vennootschap derhalve van een gewone stichting.

Zolang dus maar aan de voorwaarde is voldaan dat één ‘volwaardig’ aandeel bij de oprichter of een derde is geplaatst, kunnen aan de overige aandelen bijna naar believen rechten en verplichtingen worden verbonden. Het zou bijvoorbeeld kunnen gaan om een

aandeel zonder nominale waarde en zonder recht op een uitkering bij liquidatie van de vennootschap, waaraan hetzij (minimaal) stemrecht dan wel een (minimale) winstgerechtigdheid is verbonden. In het geval voor de ‘winstgerechtigdheid’ wordt gekozen om er een ‘echt’ aandeel van te maken, kan dit uiteraard in de vorm van wiebelprefs. Materieel betekent dit dat wanneer het percentage op nagenoeg nul wordt gesteld (het mag niet hemaal nul zijn, omdat in de winst moet worden gedeeld, hetgeen bijvoorbeeld met 0,01% zou kunnen), sprake is van een aandeel dat niet werkelijk deelt in de winst.

Volgens de Memorie van Toelichting kan slechts van een ‘aandeel’ worden gesproken wanneer daaraan enig stemrecht of enig winstrecht is verbonden. Dit wordt gemotiveerd met een verwijzing naar art. 30 LBV, waarin het vergaderrecht is geregeld. De gedachte is kennelijk dat wanneer aan een aandeel geen stemrecht of winstrecht is verbonden, de houder daarvan ook geen vergaderrechten (kunnen) toekomen.

Deze argumentatie kan mij niet overtuigen. Ik wees in dat verband al op de mogelijkheid wiebelprefs te creëren. Dat heeft naar mijn gevoel, hoewel de rechtmatigheid wat mij betreft onbetwist vaststaat, iets kunstmatig. De wetgever had het genoemde conceptuele uitgangspunt beter kunnen laten varen. Ik zal dat kort toelichten.

We hebben als uitgangspunt genomen dat een aandeelhouder in een rechtsbetrekking tot de vennootschap staat. Vastgesteld moet worden dat de inhoud daarvan door de betrokkenen zelf kan worden bepaald. Niet goed denkbaar is dat een (potentiële) aandeelhouder geen enkel recht wil verwerven als tegenprestatie voor het ter beschikking stellen van risicodragend kapitaal. Maar hij kan bijvoorbeeld wel genoeg nemen met vergaderrechten. Met andere woorden, de mogelijkheid om in een vergadering van aandeelhouders het woord te voeren, zonder stemrecht te bezitten. Denk in dat verband aan organisaties als de VEB in Nederland en aan Greenpeace, die het er doorgaans alleen om is te doen dat ze hun stem kunnen laten horen in een dergelijke vergadering.

Een aandeel bij een BV is een recht van eigen aard (*sui generis*), dat niet noodzakelijk enige gerechtigdheid in het kapitaal van de vennootschap behoeft uit te drukken. Daarmee wijkt het begrip ‘aandeel’ bij de BV wezenlijk af van dat bij de NV en van het begrip ‘aandeel’ zoals dat in Nederland wordt gehanteerd (Asser-Maeijer 2-III, nrs. 180 en 449). Bij velen leeft de gedachte dat een vennootschap typologisch is gericht op het behalen van winst ten behoeve van de aandeelhouders en dat daaraan inherent is dat aandeelhouders altijd, ook al is het maar beperkt, delen in de winst. Deze benadering is ten aanzien van de BV losgelaten (ook alleen stemrecht is reeds voldoende om van een aandeel te kunnen spreken) en daarmee luidt de BV een nieuw tijdperk in.

Ik zou verder willen gaan en betreur, als gezegd, dat de Minister van Justitie de aanbeveling van de Raad van Advies heeft opgevolgd. Naar mijn mening zou reeds van een aandeel gesproken moeten kunnen worden als daaraan ten minste één van de volgende rechten is verbonden: enig winstrecht, of enig stemrecht, of enig recht op de liquidatie-uitkering of vergaderrechten.

Mogelijk dat deze benadering naar het gevoel van sommigen de denaturering van het begrip ‘aandeel’ tot gevolg heeft. Toegeven is dat een zekere beperking wenselijk kan zijn, niet alleen om grenzen met andere rechtsverhoudingen niet te zeer te doen vervagen, maar ook om aan buitenlandse investeerders nog te kunnen uitleggen waarom het gaat. Hoe dit ook zij, het voorgaande laat zien dat met de invoering van de LBV vanzelfsprekende dogma’s, die in Nederland maar ook hier bij ons in de praktijk nog opgeld doen, kunnen worden losgelaten. De LBV dwingt ons tot een herbezinning op de grondslagen en uitgangspunten van ons vennootschapsrecht, en laat zien hoe onze Antilliaanse wetgever pragmatisch en flexibel is, zonder uit het oog te verliezen dat de bescherming van bepaalde belangen wettelijk dient te zijn geregeld.

2.3 Soorten aandelen

Terug naar de aandelen. Aan alle aandelen zijn gelijke rechten verbonden, voor zover de LBV en/of de statuten van de betrokken BV niet anders bepalen (artt. 11, 25 lid 3, 31 lid 1 en 54 lid 1 LBV). Dit uitgangspunt bestaat ook voor de NV (art. 58 WvK-NA).

Blijkens art. 4 LBV kunnen de statuten van een BV bepalen:

- dat er verschillende soorten aandelen zijn;
- dat aan één of meer soorten aandelen een nominale waarde wordt toegekend (dat hoeft dus niet) en
- dat de nominale waarde in één of meer (vreemde) valuta's kan luiden.

Bij verschillende soorten aandelen moet onder meer worden gedacht aan gewone aandelen, preferente aandelen, cumulatief preferente aandelen, prioriteitsaandelen, en alle vormen en varianten die verder nog denkbaar zijn. Ook hier geldt dat vrijheid van vormgeving en inkleding voorop staat. Als gezegd zijn er enkele beperkingen, waaronder dat er ten minste één volwaardig aandeel moet zijn.

Uitgaande van het beginsel van maximale vrijheid van inkleding en inrichting van de statuten, lijkt mij dat conversie van de ene soort aandelen in de andere mogelijk is als de statuten daarin voorzien en onder de in de statuten op te nemen voorwaarden dan wel de voorwaarden te bepalen door een door de statuten daartoe aangewezen orgaan.

Evenzo lijkt mij mogelijk dat aandelen kunnen worden gesplitst indien de statuten (al dan niet in een speciaal daarop gerichte statutenwijziging) daarin voorzien. Een splitsing impliceert geen uitgifte noch ontstaat een nieuw recht (anders F.J.P. van den Ingh, *Splitsing en samenvoeging van aandelen*, Ondernemingsrecht 10/1999, p. 260-261). Onderaandelen kunnen bij een BV echter niet worden gecreëerd: de houder van een onderaandeel kan niet zelfstandig de vergaderrechten uitoefenen. Daarin verschilt een onderaandeel van de hier bedoelde splitsing.

2.4 Aandelen met en zonder nominale waarde

De nominale waarde van een aandeel drukt uit welk bedrag dat aandeel vertegenwoordigt in het totale kapitaal (traditioneel het gestorte en opgevraagde deel, reserves en onverdeelde winst). Bij de Antilliaanse NV en de Nederlandse NV en BV betekent dit, dat de statuten een bepaald bedrag vermelden (bijvoorbeeld een maatschappelijk kapitaal van 100.000 gulden) en hoe dit in aandelen is verdeeld (bijvoorbeeld 50.000 aandelen van elk nominaal 2 gulden).

De nominale waarde zegt niets over de ‘echte’ waarde van het aandeel. Deze kan hoger of lager zijn, afhankelijk van de financiële situatie waarin de vennootschap verkeert en de gekozen waardeberekeningsmethode (rendement op vermogen/uitgekeerde plus verwachte dividenden/boekwaarde vermogensbestanddelen).

Uitgangspunt is dat aan aandelen gelijke rechten zijn verbonden. Dit geldt ook ongeacht of een aandeel een nominale waarde kent. Ongelijkheid kan in de statuten worden gecreëerd.

Zijn er aandelen met nominale waarde dan geldt daarvoor een stortingsplicht, waar tegenover staat dat een aandeelhouder daarvan geheel of gedeeltelijk kan worden vrijgesteld (art. 22 lid 1 LBV).

De mogelijkheid aandelen zonder nominale waarde uit te geven heeft wellicht als voordeel dat de BV makkelijker wordt geaccepteerd door personen afkomstig uit jurisdicties die ook aandelen zonder nominale waarde kennen (België, VS en Canada).

Worden aandelen met een nominale waarde uitgegeven, dan moet de verkrijger ten minste het daarmee corresponderende bedrag aan de BV voldoen (art. 13 lid 1 LBV).

Het is mogelijk bij de BV aandelen met een verschillende nominale waarden te creëren én deze in verschillende valuta te laten luiden (art. 4 lid 3 LBV). De statuten moeten onder meer het stemrecht regelen: aan ieder aandeel zou één stem kunnen worden

toegekend. Indien bijvoorbeeld het stemrecht aan de nominale waarde is gekoppeld, zal een methode moeten worden gekozen op basis waarvan de onderlinge verhouding van de diverse betrokken valuta wordt vastgesteld. Dat zou onder meer de wisselkoers per datum oprichting van de BV of per een datum gelegen tien dagen voor de vergadering van aandeelhouders kunnen zijn.

Ingeval in de statuten van de BV aandelen met *verschillende* nominale waarden voorkomen, moeten de statuten bepalingen bevatten met betrekking tot aan die aandelen verbonden stem-, winst- en liquidatierechten (art. 4 lid 4 LBV). Kennen de statuten slechts aandelen met dezelfde nominale waarde, dan ligt het voor de hand, maar is het niet verplicht om deze rechten aan de nominale waarde te relateren: de nominale waarde kan dus dienen als referentiekader.

Het begrip kapitaal heeft verschillende betekenissen. Eén van deze betekenissen bij de NV is: de minimale waarde van hetgeen door aandeelhouders bij deelname in het kapitaal van de vennootschap moet worden ingebracht. Dit kapitaalbegrip moet niet worden verward met het vermogen van de vennootschap: het door aandeelhouders bijeengebrachte kapitaal (de stortingen op hun aandelen) is als een eerste stap tot het ontwikkelen van activiteiten en derhalve het creëren van een (bedrijfseconomisch) eigen vermogen van de vennootschap. Dit ‘eigen vermogen’ kan naast geplaatst (of gestort plus opgevraagd) kapitaal bestaan uit diverse reserves en niet-uitgekeerde winsten (Asser-Maeijer 2-III, nr. 87).

Bij de BV geldt slechts als eis dat het ‘vermogen bij oprichting’ niet negatief mag zijn (art. 3 lid 1 onder d en lid 2 LBV). Bij de BV is niet een in aandelen verdeeld kapitaal voorgeschreven: begrippen als maatschappelijk, geplaatst en gestort kapitaal kent de LBV niet. Hiervan uitgaande is het niet zo moeilijk de stap te maken naar aandelen zonder nominale waarde. Als de statuten geen andere regeling bevatten, delen deze aandelen gelijkelijk in de winst en in het liquidatiesaldo, en komt aan ieder aandeel evenveel stemrecht toe.

In de LBV wordt op enkele plaatsen het begrip ‘eigen vermogen’ gehanteerd (bijv. in de artt. 3 lid 1 onder a en lid 2, en 22 LBV). Van een traditioneel ‘eigen vermogen’ in juridische zin (zie hiervoor) is bij een BV pas sprake als de statuten daarin voorzien. Wat betekent de toevoeging ‘eigen’ in de LBV en in de Memorie van Toelichting? Het gaat om een bedrijfseconomisch eigen vermogen (waarde activa voor zover die de passiva overtreft). Ik zou er zelf de voorkeur aan hebben gegeven in de wet alleen over ‘vermogen’ te praten. Maar dat een bedrijfseconomisch eigen vermogen wordt bedoeld blijkt ook uit artikel 6 lid 1 onder e LBV (geen accountantsverklaring vooraf vereist bij storting in natura, maar wel toetsing achteraf).

Ook aandelen zonder nominale waarde kunnen delen in de winst: is in de statuten niets geregeld dan delen ze daarin gelijkelijk. De statuten kunnen een andere regeling bevatten: de mate waarin zal dan op een andere wijze moeten worden vastgesteld, bijvoorbeeld in de vorm van een percentage. Op het winstrecht zal later nog worden ingegaan.

3. Stemrecht

Niet aan alle aandelen behoort stemrecht te zijn verbonden. Is sprake van aandelen met een nominale waarde dan ligt het voor de hand het stemrecht daaraan te relateren. Bestaan er aandelen met verschillende nominale waarden naast elkaar, dan moeten de statuten een regeling inzake het stemrecht bevatten (art. 4 lid 4 LBV). Deze regeling zou bijvoorbeeld kunnen inhouden dat aan ieder van de aandelen, ondanks hun verschillende nominale waarde, één stem toekomt.

De wet bepaalt dat ieder aandeel recht geeft op het uitbrengen van één stem ten aanzien van alle onderwerpen, tenzij de statuten een andere regeling bevatten (art. 31 lid 1 LBV). Er bestaat volledige vrijheid om hiervan af te wijken, zolang er maar één aandeel met volledig stemrecht is (artt. 1 lid 2 en 6 lid 1 onder d LBV).

De statuten kunnen bepalen dat stemrecht uitsluitend kan worden uitgeoefend door degenen die op een daarbij aangegeven dag, die ten hoogste tien dagen vóór de vergadering ligt, aan de vennootschap als gerechtigden bekend waren (art. 31 lid 2 LBV).

Dit lid geeft ten overvloede aan dat het mogelijk is een systeem te hanteren dat bij Amerikaanse beursvennootschappen niet ongebruikelijk is, waarbij een ‘record date’ beslissend is voor de bevoegdheid om stem uit te brengen (in Nederland wordt dit waarschijnlijk ook ingevoerd; een voorstel van wet is aanhangig).

Bestuurders en commissarissen (als zodanig) hebben in de algemene vergadering een raadgevende stem, maar de statuten kunnen een afwijkende regeling bevatten (art. 31 lid 3 LBV). In de Memorie van Toelichting wordt expliciet vermeld dat de bepaling van regelend recht is. Bij de NV is de raadgevende stem dwingend geregeld (art. 89b lid 2 WvK-NA) en een statutaire afwijking is daar niet toegestaan.

Voorbeeld: Stel dat het onderwerp op de agenda van een aandeelhoudersvergadering het functioneren of het ontslag van een bestuurder is. Met het oog daarop kunnen de statuten van de BV bepalen dat de betrokken bestuurder geen adviserende stem heeft (de adviserende stem heeft op het vennootschapsbelang betrekking) en ook niet het recht heeft om bij de beraadslagingen aanwezig te zijn. Het recht om te worden gehoord (en dan gaat het om zijn eigenbelang) en zich tegen aantijgingen te kunnen verdedigen is echter zo fundamenteel, dat hem dat niet kan worden ontzegd.

Het de bestuurders en commissarissen kunnen ontnemen van hun adviserende stem is vooral van belang voor besluitvorming buiten vergadering (HR 10 maart 1995, NJ 1995, 595 Janssen Pers-arrest).

Wanneer een vruchtgebruik is gevestigd, komen het stemrecht en de overige zeggenschapsrechten aan de aandeelhouder toe en niet aan de vruchtgebruiker, tenzij de statuten of de akte van vestiging anders bepalen (art. 18 lid 2 LBV).

Bij pandrecht komen de aan de aandelen verbonden rechten de aandeelhouder toe, tenzij in de statuten of in de akte van vestiging of in een aanvullende akte anders is bepaald. Een dergelijke regeling kan betrekking hebben op alle of een deel van deze rechten,

terwijl de overgang ook voorwaardelijk kan, bijvoorbeeld wanneer de pandgever wanprestatie pleegt (art. 19 leden 1 en 2 LBV).

4. Winstrecht

Niet aan alle aandelen behoeft een recht op een aandeel in de winst te zijn verbonden. Is sprake van aandelen met een nominale waarde dan ligt het voor de hand het winstrecht daaraan te relateren. Bestaan er aandelen met verschillende nominale waarden naast elkaar, dan moeten de statuten een regeling inzake het winstrecht bevatten (art. 4 lid 4 LBV).

Naast aandeelhouders kunnen ook anderen tot de winst zijn gerechtigd, bijvoorbeeld houders van winstbewijzen. Aangenomen moet worden dat waar in de LBV over rechthebbenden tot de winst wordt gesproken, daarmee wordt bedoeld op winstrechten zoals deze uit de statuten van de BV blijken. Er bestaan immers ook andere winstgerechtigden, zoals tantiëmegerechtigden of winstdelingsgerechtigden, waarbij het gaat om een beloning die deel uitmaakt van hun loon of honorarium (Asser-Maeijer 2-III, nr. 145).

In de Nederlandse wet geldt als uitgangspunt dat de winst de aandeelhouders ten goede komt. De statuten bepalen doorgaans dat de winst ter beschikking van de aandeelhoudersvergadering staat: die moet dan jaarlijks over de bestemming van de winst beslissen. In feite zijn er maar twee bestemmingen mogelijk: uitkeren of inhouden.

Hoofregel bij de Antilliaanse is dat de algemene vergadering van aandeelhouders over de uitkering of inhouding van de winst en over het doen van uitkeringen ten laste van de reserves beslist, en dat ieder aandeel recht geeft op een gelijk bedrag; de statuten kunnen echter een andere regeling bevatten (art. 25 leden 1 en 3 LBV). De Memorie van Toelichting zegt met zoveel woorden dat er volledige vrijheid bestaat om deze zaken naar eigen inzicht te regelen, zolang maar aan het vereiste van één 'volwaardig' aandeel is voldaan. Deze vrijheid heeft kortweg op twee zaken betrekking: wie zijn gerechtigd tot welk aandeel in de winst, met andere woorden hoeveel wordt ingehouden en hoe wordt het restant

verdeeld, en welk orgaan van de vennootschap is bevoegd inzake de uitkering of inhouding van de winst.

In plaats van de vergadering van aandeelhouders kan bijvoorbeeld het bestuur of de raad van commissarissen als het bevoegde orgaan worden aangewezen. Ook hier is derhalve de gedachte, dat tot op zekere hoogte alleen de aandeelhouders het recht toekomt over de winstverdeling te beslissen, losgelaten: dat een ander orgaan dan de aandeelhoudersvergadering over de *verdeling* van de winst mag beslissen is nieuw en is bij de NV niet mogelijk (bij de NV kan wel een ander orgaan over de winstbestemming beslissen).

In art. 25 lid 3 LBV is vastgelegd dat de statuten van de BV de *verdeling* geheel of gedeeltelijk kunnen overlaten aan een daartoe aangewezen orgaan, bijvoorbeeld de Raad van Commissarissen. Over de verdeling zelf kunnen de statuten dan zwijgen. Dat kan soms wenselijk zijn: gedacht kan worden aan concerns met ‘twin-shares’, joint venture-verhoudingen en familiebedrijven. De wet bevat geen enkele normering voor het orgaan dat over de verdeling beslist: houders van gelijke aandelen kunnen ongelijk worden behandeld. Ik zou overigens menen dat voor een ongelijke behandeling van gelijke aandelen een bepaling in de statuten moet zijn opgenomen, omdat de wet voorschrijft dat een ongelijke behandeling een statutaire basis behoeft (vgl. art. 25 lid 3 LBV). Het enkel aanwijzen van een orgaan dat over de verdeling beslist lijkt mij niet voldoende. Is er enige normering voor het handelen van het orgaan? Nu de wet zwijgt moeten we terugvallen op algemene leerstukken: redelijkheid en billijkheid, misbruik van bevoegdheid, onrechtmatig handelen. In de praktijk zal dit er op neerkomen dat slechts zelden een actie van een aandeelhouder zal slagen: de toetsing van de rechter zal immers slechts marginaal zijn, terwijl de aandeelhouder bij het verwerven van zijn aandelen de pro’s en contra’s van zijn positie heeft kunnen verdisconteren.

Terzijde wordt er op gewezen dat in Nederland een orgaan als de Raad van Commissarissen of de vergadering van houders van prioriteitsaandelen, statutair de bevoegdheid kan krijgen te bepalen welk deel van het in een jaar behaalde resultaat zal worden gereserveerd, waarna de (resterende) winst ter beschikking van de algemene

vergadering staat. In BV-terminologie: de beslissing inzake de inhouding kan in Nederland aan de vergadering van aandeelhouders worden onttrokken, de besluitvorming inzake de uitkering echter niet.

Ter zake van de uitkering (verdeling) van de winst, kan bijvoorbeeld aan een systeem van winstcompartimentering worden gedacht, waarbij houders van een bepaalde soort aandelen (welke bijvoorbeeld met een letter zouden kunnen worden aangeduid) slechts recht hebben op één met name genoemde onderneming die door de BV wordt gedreven en de houders van een andere soort recht op een andere door de BV gedreven onderneming. Bij de NV is dit overigens ook reeds mogelijk. Wordt een zodanig systeem bij de BV gehanteerd, dan geldt voor het totaal van de uitkeringen de eis dat het eigen vermogen van de BV niet negatief mag zijn of door de uitkeringen negatief zou worden. Door de slechte resultaten van de ene onderneming, kunnen derhalve ook de aandeelhouders die zijn gerechtigd tot de winst van de goed draaiende onderneming, in de uitvoering van hun wens om die winst uit te keren worden gehinderd.

Het begrip ‘uitkeringen’ als hier bedoeld moet ruim worden opgevat: het gaat om dividend in contanten, uitkeringen in aandelen of andere op geld waardeerbare voordelen.

Het recht op een uitkering uit de winst kan pas ontstaan nadat de jaarrekening is vastgesteld. De winst moet immers uit deze jaarrekening blijken (art. 25 lid 1 LBV). Tussentijdse uitkeringen (interim-dividenden) zijn mogelijk ten laste van een lopend boekjaar of een boekjaar waarvan de jaarrekening nog niet is vastgesteld (art. 25 lid 2 LBV).

Voor winstuitkeringen, inclusief de tussentijdse, geldt dat deze niet kunnen worden gedaan indien het eigen vermogen van de vennootschap negatief is of door die uitkering negatief zou worden. Een besluit tot het doen van een zodanige uitkering mist iedere rechtskracht, en is dus ook niet geldig tot het bedrag dat wel toelaatbaar zou zijn (art. 25 lid 5 LBV). Voor dat laatste is dus een nieuw besluit nodig.

Voor een rechtsgeldig besluit tot een tussentijdse uitkering is niet vereist dat een tussentijdse vermogensopstelling wordt gemaakt waaruit de geoorloofdheid daarvan blijkt. Teveel betaald interim-dividend kan als onverschuldigd betaald worden teruggevorderd (art. 1376 BW-NA). Aangezien de BV slechts aandelen op naam kent en de identiteit van andere winstgerechtigden in de regel ook bekend is, is het eenvoudig vast te stellen wie voor de terugbetaling moet worden aangesproken. De vraag of de tussentijdse uitkering te goeder trouw is ontvangen speelt geen rol: wanneer teveel blijkt te zijn betaald, moet het teveel betaalde worden gerestitueerd.

Voor wiens rekening komt het insolventierisico? Kan aan de terugbetalingsverplichting wegens insolventie niet worden voldaan, dan komt zulks voor rekening van de BV, tenzij de bestuurders van de BV ter zake van de tussentijdse uitkering rechtens een verwijt kan worden gemaakt. In dat geval zou ik hoofdelijke aansprakelijkheid als uitgangspunt willen nemen (art. 39 lid 4 LBV).

De vordering ter zake van de uitkering vervalt door een tijdsverloop van drie jaren. De statuten kunnen een langere termijn stellen (art. 25 lid 4 LBV). Een *vervaltermijn* biedt meer rechtszekerheid dan een verjaringstermijn, aangezien de eerstgenoemde niet kan worden gestuit. Is de termijn verstreken zonder dat de rechthebbende op uitbetaling aanspraak heeft gemaakt, dan verschuift boekhoudkundig het daarmee gemoeide bedrag van de post 'schulden' naar het eigen vermogen.

De 'rhythm & blues', zoals prof. Tjittes de redelijkheid en billijkheid noemt, wordt in het Nederlands Antilliaanse recht als het leerstuk 'goede trouw' toegepast. In de LBV wordt in art. 8 lid 1 echter het begrippenpaar 'redelijkheid en billijkheid' geïntroduceerd. Een aandeelhouder (of andere winstgerechtigde) kan een dividendbesluit voor vernietiging voordragen aan het bevoegde Gerecht wegens onder andere strijd met de redelijkheid en billijkheid. Van een dergelijke strijd kan bijvoorbeeld sprake zijn wanneer gepoogd wordt een aandeelhouder uit te hongeren door, wanneer daartoe geen bedrijfseconomische noodzaak bestaat, de gehele of nagenoeg de gehele winst te reserveren (vgl. Hof Arnhem, 26 mei 1992, NJ 1993, 182 inzake Uniwest Group en Asser-Maeijer 2-III, nr. 450). Er

mag van worden uitgegaan dat het Gerecht dat de vernietiging uitspreekt tevens bevoegd is om desverzocht de BV te veroordelen tot betaalbaarstelling en uitkering van een door de rechter redelijk geacht dividend.

Literatuur

Asser-Maeijer 2-III, *Vertegenwoordiging en rechtspersoon. De naamloze en de besloten vennootschap*, 1e druk 1994, 1014 blz. (dit boek gaat alleen over de Nederlandse NV en BV).