

SAMENVATTING

Het geflexibiliseerde BV-recht maakt winstrechtloze aandelen mogelijk, terwijl deelnemers in een CV niet van de winst mogen worden uitgesloten. Dit is het (dwingendrechtelijke) *societas leonina*-verbod. Onderzocht wordt waar dat verbod vandaan komt en of het in zijn huidige vorm nog te rechtvaardigen valt. De auteur betoogt dat dit niet het geval is en doet een voorstel voor een nieuwe regeling.

ABSTRACT

De BV en de CV richten zich beide tot een divers publiek, maar verschillen ten aanzien van het uitsluiten van kapitaalverschaffers van de winst. Bij de BV is dat sinds kort ex art. 2:216 lid 7 BW formeel toegestaan, bij de CV is het nog altijd (dwingendrechtelijk) onmogelijk ex art. 7A:1672 BW. De regeling voor de personenvennootschap zou het voorbeeld van de BV-regeling moeten te volgen. Reeds aan het einde van de 17^e eeuw werd door sommige schrijvers betoogd dat het, anders dan onder Romeins recht, mogelijk zou moeten zijn een participant van de vennootschappelijke winst uit te sluiten. Daarbij zou meer gekeken dienen te worden naar de redenen voor uitsluiting. De gedachte dat uitsluiting mogelijk zou moeten zijn vond later in verschillende Europese landen navolging. De introductie van het winstrechtloze (BV-)aandeel in Nederland is daarom niet alleen vanuit rechtsvergelijkend perspectief juist. Zij volgt ook uit de (zeker voor professionele partijen) in het privaatrecht geldende contractsvrijheid. Dezelfde argumenten zijn eveneens geldig met betrekking tot personenvennootschap. Voorts is het bij de personenvennootschap momenteel niet duidelijk wanneer het *societas leonina*-verbod precies geschonden wordt, noch wat de exacte gevolgen van die schending zijn. Schrapping van het verbod vergroot derhalve de rechtszekerheid. Bovendien kan men betogen dat de onderlinge financiële verhoudingen slechts een beperkte maatstaf voor het bepalen van gelijkheid zijn. Beslissend zou moeten zijn de mogelijkheid om op voorhand op basis van gelijkwaardigheid afspraken te maken over de financiële verhoudingen. Het dwingendrechtelijke *societas leonina*-verbod dient daarom te worden geschrapt. De winstuitsluitingsbepaling bij de personenvennootschap zou in plaats daarvan van regelend recht moeten zijn. Bij een dergelijke bepaling worden de vennoten immers nog steeds gedwongen uitvoerig bij de winstuitsluiting stil te staan, terwijl de inrichtingsvrijheid wordt vergroot.

DE SOCIETAS LEONINA EN HET WINSTRECHTLOZE BV-AANDEEL VERGELEKEN

T.A. Keijzer*

1. Inleiding en opzet

De besloten vennootschap (hierna: BV) is een rechtsvorm die vele broodheren heeft te dienen. Zij wordt bijvoorbeeld gebruikt in 'besloten verhoudingen'¹ en als 'schakel' in concernstructuren. Hetzelfde kan *grosso modo* gezegd worden van personenvennootschappen. Per 1 oktober 2012 is de Wet Flex-BV van kracht geworden,² met een groot aantal wijzigingen in het BV-recht tot gevolg.³ Eén van die veranderingen is de introductie van het 'winstrechtloze aandeel'. De houder daarvan kan ex artikel 2:216 lid 7 BW geheel of gedeeltelijk van de winst of reserves van de vennootschap worden uitgesloten.

Een wetsvoorstel dat juist níet is ingevoerd betreft het Wetsvoorstel Personenvennootschappen.⁴ Dit wetsvoorstel beoogde, kort gezegd, het personenvennootschapsrecht weer bij de tijd te brengen. Nu hij is ingetrokken is de over het Wetboek van Koophandel en Boek 7A BW versnipperde regeling uit 1838 nog steeds van kracht. Artikel 7A:1672 BW bepaalt – dwingendrechtelijk – dat een regeling waarbij één van de maten geheel van de winst wordt uitgesloten niet is toegestaan. De voor de BV en personenvennootschap geldende regelingen staan dus tegenover elkaar.

In deze bijdrage wordt onderzocht of er rechtvaardigingen zijn voor dit verschil in behandeling, of dat het juist zou zijn de figuur van de *societas leonina* af te schaffen. Het lijkt immers onlogisch dat besloten vennootschapsvormen qua inrichtingsvrijheid onderling grote verschillen vertonen, zonder dat daar goede redenen voor zijn.

2. Oorsprong en verspreiding *societas leonina*-verbod

De *societas leonina*-regel zoals wij haar kennen heeft een lange geschiedenis, welke teruggaat tot de Romeinse periode.⁵ Wellicht de meest bekende vermelding is die van Ulpianus in de op last van Justinianus opgestelde Digesten (D. 17, 2, 29, 2).⁶ Deze bepaling vermeldde dat het niet toegestaan was een vennoot geheel uit te sluiten van de winst en hem slechts de verliezen te laten dragen. De grond voor dit verbod was het gebrek aan vermogensrechtelijk belang van de uitgesloten vennoot bij een dergelijke regeling. Een gemeenschappelijk formeel vereiste van de verschillende vormen van de *societas*

*T.A. (Titiaan) Keijzer is masterstudent Bedrijfsrecht en Fiscaal Recht aan de Erasmus School of Law en redacteur bij *Ars Aequi*. Hij dankt prof. mr. M.J. Kroeze voor de zeer nuttige opmerkingen op een eerdere versie van dit artikel.

¹ Prinsen definieert laatstgenoemde als verhoudingen waar de persoon voorop staat. Deelnemers zijn niet principieel inwisselbaar. Zie L.L.M. Prinsen, *Open normen, belang en actie bij geschillen in besloten ledenverhoudingen*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2013.

² *Stb* 2012, 299, 300 en 301.

³ Zie voor een uiteenzetting van deze veranderingen: M. Cremers, 'Hoe flexibiliseer je een BV?', *OR* 2012/114.

⁴ Het Wetsvoorstel tot vaststelling van titel 7.13 BW is ingetrokken per 15 december 2011. *Kamerstukken I*, 2011/12, 31 065, nr. D. Zie nader met betrekking tot de gang van zaken rondom deze intrekking: H.E. Boschma en P.P.D. Mathey-Bal, 'Zijn de wetsvoorstellen rondom titel 7.13 terecht ingetrokken?', *OR* 2012/44.

⁵ Zie zeer uitgebreid over de geschiedenis van het *societas leonina*-verbod in Europa: K. Hingst, *Die societas leonina in der europäischen Privatrechtsgeschichte* (oratie Hamburg), Berlin: Duncker & Humblot 2003. De auteur is dhr. A.J.S.M. Tervoort zeer erkentelijk voor het ter beschikking stellen van dit werk.

⁶ De geïnteresseerde lezer zij eveneens verwezen naar de fabel van Phaedrus, waaraan de figuur zijn naam ontleent. Zie voor de vertaling: J. van Nieuwenhuizen, *Phaedrus' Aesopische fabels*, Den Haag: Van Hoeve 1964.

was namelijk de aanwezigheid van een zeker vermogensrechtelijk eigenbelang bij ieder der vennoten. Afwijken in verband met de wensen van partijen was niet toegestaan. Het verbod een vennoot van de winst uit te sluiten gold níet ter bescherming van de goede zeden (denk aan gelijkwaardigheid), maar – slechts – omdat een dergelijke vennootschap niet paste in het Romeinse contractschema.

De Romeinsrechtelijke opvattingen inzake de *societas leonina* vinden ook in latere literatuur en verspreid over Europa lange tijd navolging. Onder de Pandectisten ontstaan echter langzaam ook tegengeluiden. Het is de Spanjaard Antonio Gomez (1500 – 1572) die als eerste met het idee komt van wat wij partiële nietigheid zouden noemen. Aan het einde van de 17^e eeuw zijn er voor het eerst ook auteurs die de geldigheid van de *societas leonina*-vennootschap aannemen.⁷ In tegenstelling tot het Romeins recht wordt daarbij meer gekeken naar de redenen voor het uitsluiten van een vennoot van de winst. Het zou echter tot 1811 duren voordat het verbod door een wetgever (Oostenrijk) zou worden afgeschaft. Langzaam ontstaan er ook in andere Duitstalige gebieden meer mogelijkheden om een vennoot uit te sluiten van de winst. In andere landen blijft het verbod echter sterk aanwezig. Onder laatstgenoemde groep landen bevond zich ook Frankrijk. Het in Nederland geldende *societas leonina*-verbod, neergelegd in artikel 7A:1672 BW, is ontleend aan artikel 1855 van de Franse Code Civil.

3. Winstuitsluiting van de kapitaalverschaffer: geldend recht

3.1 Engeland

In Engeland is de situatie in zoverre eenvoudig dat het verbod aldaar onbekend is. Voor wat betreft personenvennootschappen spreekt de Partnership Act 1890 in artikel 1, lid 1 slechts van het gezamenlijk drijven van een onderneming; het element van gemeenschappelijk voordeel ontbreekt.⁸ De wijze van verdeling van de winst is neergelegd in artikel 24 van de Partnership Act 1890. Vennoten delen in beginsel in de winst naar rato van hun inleg, maar een andersluidende regeling staat niet in de weg aan het rechtsgeldig bestaan van de vennootschap. Evenzo voor de Limited company laat de Companies Act 2006 aandeelhouders vrij – zie paragraaf 629 tot en met 635 – de winst naar onderling goedgevonden te verdelen.

3.2 Oostenrijk, Zwitserland en Duitsland

Oostenrijk was, zoals hierboven al bleek, het eerste land om het voorheen bestaande verbod van *societas leonina* af te schaffen. Ook onder huidig recht is het op basis van § 1175 van het *Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch* (ABGB) mogelijk een vennoot uit te sluiten van de winst.⁹ In Zwitserland is een regeling waarbij een van de vennoten van de winst wordt uitgesloten eveneens toegestaan, en wel op basis van artikel 534 Obligationenrecht.¹⁰

De Duitse wettekst laat de vraag omtrent de geldigheid van de *societas leonina* bij de GmbH

⁷ Bv. Samuel Stryk, *Usus modernus pandectarum* (1690) en Johann Heinrich Berger, *Oeconomia Juris* (1712).

⁸ A.G. van Solinge, *Leeuwe- en andere delen* (oratie Nijmegen), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995, p. 3.

⁹ K. Hingst, *Die societas leonina in der europäischen Privatrechtsgeschichte* (oratie Hamburg), Berlin: Duncker & Humblot 2003, p. 367 – 370.

¹⁰ Idem, p. 381 – 386.

(*Gesellschaft mit beschränkter Haftung*, de Duitse BV) en de *Aktiengesellschaft* (NV) onbeantwoord.¹¹ Het wordt echter al langere tijd aangenomen dat een aandeelhouder van de winst mag worden uitgesloten.¹² Bovendien liet het *Bayerische Oberste Landesgericht* bij uitspraak van 23 mei 2001 een statutaire regeling in stand, die inhield dat de houders van aandelen in een GmbH (nota bene van dezelfde soort) ieder jaar een verschillende verdeling van de winst overeen konden komen. De aandeelhouders konden op die manier geconfronteerd worden met (verregaande) beperkingen in de te ontvangen dividenden.¹³ Hierbij was beslissend dat de van dividend uitgesloten minderheidsaandeelhouders met de uitsluiting moesten instemmen, en dus niet tegen hun zin van dividend onthouden konden worden.

Over de geldigheid van een *societas leonina*-beding bij de *offene Handelsgesellschaft* (VOF) en de *Kommanditgesellschaft* (CV) is enige tijd terug veel gedebatteerd. Ook bij deze rechtsvormen wordt nu aangenomen dat winstuitsluiting niet aan het geldig bestaan van de vennootschap in de weg staat. Beslissend daarvoor is de in het privaatrecht geldende contractsvrijheid. De nietigheid van de *societas leonina* wordt daarom alleen nog maar aangenomen indien en voor zover sprake is van een schending van de 'goede zeden' – denk bijvoorbeeld aan dwaling, §138 BGB. De redenen om een vennoot van de winst uit te sluiten zijn derhalve beslissend. Het op het Romeinse recht gebaseerde formele criterium, dat winstuitsluiting *an sich* niet is toegestaan, is daarmee verlaten.

3.3 Frankrijk, België en Italië

In Frankrijk is het niet mogelijk een kapitaalverschaffer geheel uit te sluiten van de vennootschappelijke winst. Dit volgt uit de artikelen 1832 en 1844-1 van de *Code Civile*, dat zowel betrekking heeft op personenvennootschappen als op bijvoorbeeld de *société à responsabilité limitée* (=de Franse BV). Niettemin zijn er in Frankrijk ontwikkelingen te bespeuren dat het verbod zijn langste tijd heeft gehad. Allereerst leidde de wetwijziging van 1978¹⁴ er toe dat een *societas leonina*-beding niet langer de nietigheid van de vennootschap als geheel tot gevolg had, maar dat het beding zelf slechts voor ongeschreven diende te worden gehouden. Bovendien oordeelde de *Cour de Cassation* reeds in 1986 dat het winstuitsluitingsverbod slechts ziet op de bepaling in de vennootschapsovereenkomst.¹⁵ Het verbod ziet dus *niet* op mogelijke andere verplichtingen – denk aan verbintenissen tussen vennoten onderling. In zulke gevallen moet de contractvrijheid prevaleren.

Ook in België is het niet mogelijk een kapitaalverschaffer geheel van de winst uit te sluiten. Dit volgt – ten aanzien van alle vennootschapsvormen – uit artikel 32 van het Wetboek van Vennootschappen (hierna: W.Venn.). Voor wat betreft de bvba (artikel 228 W.Venn.), de coöperatieve vennootschap (artikel 404 W.Venn.) en de naamloze vennootschap (artikel 455 W.Venn.) is nog expliciet bepaald dat

¹¹ Respectievelijk Art. 29 lid 3 *GmbHG* en art. 60 *AktG* zwijgen over dit onderwerp.

¹² K. Hingst, *Die societas leonina in der europäischen Privatrechtsgeschichte* (oratie Hamburg), Berlin: Duncker & Humblot 2003, p. 397 – 404.

¹³ Beschl. v. 23.5.2001 – 3 Z BR 31/01, *GmbHR* 2001, 728.

¹⁴ Loi n° 78-9 du 4 janvier 1978 modifiant le titre IX du livre III du code civil, te bezichtigen via http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do;jsessionid=AD9EBEBC9919BE7E4841F298F9D5BBD4.tpdjo12v_3?cidTexte=JORFTEXT000000886567&dateTexte=19780105&categorieLien=cid#JORFTEXT000000886567 (laatst geraadpleegd 15 december 2013)

¹⁵ Cour de cassation 20 mei 1986, *Revue des sociétés* 104 (1986), p. 587-593, m.nt. Randoux.

bepalingen in de oprichtingsakte¹⁶ die strijdig zijn met het winstuitsluitingsverbod van artikel 32 W.Venn. voor niet geschreven dienen te worden gehouden. Net als in Frankrijk is in een dergelijk geval is echter – gelet op de artikelen 227, 403 en 454 W.Venn – geen sprake van nietigheid van de vennootschap als geheel: de bepaling zelf is slechts ongeldig.

Wat Italië betreft bepaalt artikel 2265 van de *Codice Civile* (CC) dat geen van de vennoten uitgesloten mag worden van de winst. De bepaling ziet zowel op personenvennootschappen als op andere rechtsvormen, zoals de *societa a responsabilita limitata* (het Italiaanse equivalent van de Nederlandse BV). Overtreding van het verbod kan leiden tot nietigheid van de gehele vennootschap, maar partiële nietigheid ex artikel 1419 CC ligt meer voor de hand.¹⁷

3.4 Tussenconclusie

Het *societas leonina*-verbod is een formeel vereiste, afkomstig uit het Romeins recht. Reeds enige tijd terug zijn er andere opvattingen ontstaan ter zake van (on)geldigheid van het beding. In Zwitserland, Oostenrijk en Duitsland is het verbod recent of minder recent al geschrapt. In Engeland is het verbod zelfs onbekend. Het *societas leonina*-verbod is in Frankrijk nog steeds van toepassing, maar de reikwijdte ervan is ingeperkt. In België wordt de uitsluiting van een vennoot voor niet-geschreven gehouden; in Italië leidt zij tot partiële nietigheid van de vennootschap. Al met al is er echter niet (meer) zoets als een universeel erkend beginsel dat voorschrijft dat een vennoot niet van de winst mag worden uitgesloten. Sterker nog: er lijkt sprake van een tendens dat het verbod zijn langste tijd heeft gehad.

4. Het winstrechtloze BV-aandeel in Nederland

Laten wij nu, na de situatie elders te hebben behandeld, eens kijken naar het winstrecht van de BV-kapitaalverschaffer in Nederland. Voor zover de statuten niet anders bepalen, komen ex artikel 2:201 BW aan alle aandelen in verhouding tot hun bedrag gelijke rechten en verplichtingen toe. Dit geldt ook (juist) voor dividenduitkeringen: houders van gewone aandelen hebben recht op een redelijk dividend.¹⁸ Houders van winstrechtloze aandelen hebben dit recht uit de aard der zaak niet. Met de introductie van deze figuur neemt de wetgever afstand van artikel 2:216 lid 8 BW (Oud). Daarin was bepaald dat geen van de aandeelhouders mocht worden uitgesloten van de winst van de vennootschap.¹⁹ Een schending van die regel leidde echter niet tot nietigheid van de BV; zij was slechts vatbaar voor ontbinding.²⁰

De introductie van winstrechtloze aandelen volgde op de conclusie van de Expertgroep Flexibilisering BV-recht, dat dergelijke aandelen in sommige situaties praktisch gewenst zijn.²¹ Een dogmatisch debat over aandeelhoudersrechten werd aldus vermeden. Dat is spijtig, want mijns inziens valt de introductie van winstrechtloze aandelen ook in dergelijk opzicht goed te verdedigen. In het privaatrecht staat immers

¹⁶ Voor sommige personenvennootschappen, bijvoorbeeld de commanditaire, is geen oprichtingsakte vereist.

¹⁷ K. Hingst, *Die societas leonina in der europäischen Privatrechtsgeschichte* (oratie Hamburg), Berlin: Duncker & Humblot 2003, p. 379 – 380.

¹⁸ Zie bijvoorbeeld HR 9 juli 1990, ECLI:NL:HR:1990:AC0960, NJ 1990/51 (*Sluis*) en Hof Arnhem 26 mei 1992, ECL:NL:GHARL:1992:AD1688, NJ 1993/182 (*Uniwest*).

¹⁹ Het oude artikel vormde een codificatie van de §12 van de Departementale Richtlijnen van 1986. Inhoudelijk werd er geen wijziging beoogd. Zie *Kamerstukken II*, 1998/99, 26 277, nr. 3, p. 10.

²⁰ A.G. van Solinge, *Leeuwe- en andere delen* (oratie Nijmegen), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995, p. 21.

²¹ *Kamerstukken II*, 2006/07, 31 058, nr. 3, p. 75.

over het algemeen de vrijheid van partijen voorop. Het staat al langere tijd niet ter discussie dat aan verschillende soorten aandelen verschillen rechten kunnen worden toegekend – vergelijk artikel 2:201 BW. Indien de houder van aandelen van een bepaalde soort wordt uitgesloten van de vennootschappelijke winst wordt deze contractsvrijheid slechts ver(der) doorgevoerd. Zij wordt echter niet tot onaanvaardbare proporties uitgebreid, mede omdat het hier in de regel zal gaan om professionele partijen. Dat de contractsvrijheid niet te ver wordt opgerekt blijkt ook uit het feit dat Nederland met de introductie van het winstrechtloze aandeel in Europees opzicht geen uitzonderingspositie inneemt. Van belang is (slechts) dat, gezien de redelijkheid en billijkheid (artikel 2:8 BW), de kapitaalverschaffer op de hoogte is dat er geen winstrechten aan de aandelen verbonden is.

5. Het *societas leonina*-verbod in Nederland

5.1 *Verhoudingen binnen de personenvennootschap*

Denkend aan de personenvennootschap ziet men vier woorden kernachtig voor een schimmig regelcomplex staan. Bij alle vennoten moet de *affectio societatis* aanwezig zijn: de bedoeling om met elkaar als vennoten samen te werken. Deze samenwerking dient – min of meer – te geschieden op basis van gelijkwaardigheid.²² De vennootschap is een hoogstpersoonlijke rechtsbetrekking, die wordt aangegaan *intuitu personae*: met het oog op de persoon van de deelnemer.²³ Deze uitgangspunten normeren (mede) de verhoudingen binnen de vennootschap.

5.2 *Winstverdeling*

Volgens artikel 7A:1655 BW dienen de vennoten het in de vennootschap ontstane voordeel met elkaar te delen. Hoe de verdeling geschiedt bepalen de partijen gezamenlijk. Zijn omtrent de verdeling geen afspraken gemaakt, dan bepaalt artikel 7A:1670 BW dat de winsten en verliezen worden verdeeld overeenkomstig de inbreng. Degene die slechts arbeid inbrengt ontvangt een aandeel gelijk aan dat van degenen die het minst heeft ingebracht. Zoals gezegd bepaalt artikel 7A:1672 lid 1 BW dat een regeling, waarbij één van de maten geheel van de winst wordt uitgesloten, niet is toegestaan.²⁴ Het verbod vormt een van de weinige dwingendrechtelijke bepalingen van het overigens erg flexibele personenvennootschapsrecht.²⁵ Daarin staat – over het algemeen – de inrichtingsvrijheid voorop. In het ingetrokken voorstel voor titel 7.13 BW was eveneens opgenomen – in het beoogde art. 7:815 lid 4 BW – dat alle vennoten in de winst dienen te delen.

De vervolgvraag is wanneer een vennootschap nu daadwerkelijk te kwalificeren valt als *societas leonina*. Volgens Van Solinge is sprake van een *societas leonina* indien de strekking van de overeenkomst is dat een vennoot ook op langere termijn van een reëel winstaandeel verstoken blijft.²⁶ Maeijer gaat nog iets verder en stelt dat pas sprake is van een leeuwenbeding indien de vennoot in het geheel geen aandeel kan hebben in de winst.²⁷ Het blijkt dus lastig om concreet aan te geven aan welke ondergrens de

²² Asser/*Van Olfen* 7-VII* 2010/29.

²³ Asser/*Van Olfen* 7-VII* 2010/238.

²⁴ Het is overigens, blijkens het tweede lid, wel toegestaan overeen te komen dat een vennoot wordt uitgesloten van de verliezen.

²⁵ Zie over concrete voorbeelden van deze inrichtingsvrijheid A.J.S.M. Tervoort, 'Het personenvennootschapsrecht en zijn toepassing in de praktijk', *OR* 2012/47.

²⁶ A.G. van Solinge, *Leeuwe- en andere delen* (oratie Nijmegen), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995, p. 10.

²⁷ Asser/*Maeijer* 5-V 1995/70.

vennootschapsovereenkomst dient te voldoen om buiten de werking van het *societas leonina*-verbod te blijven.

5.3 *Gevolgen schending verbod*

Is ondanks het verbod tóch sprake van een *societas leonina*, dan heeft dat voor de vennootschap ernstige consequenties. Traditioneel wordt gepleit voor nietigheid van de gehele maatschap wegens strijd met een dwingende wetsbepaling ex artikel 3:40 lid 2 BW.²⁸ Maeijer huldigde in eerste instantie ook die opvatting, maar liet in het Wetsvoorstel Personenvennootschappen de mogelijkheid van partiële nietigheid conform 3:41 BW open.²⁹ Niet de gehele vennootschapsovereenkomst, maar slechts het leeuwenbeding zou nietig zijn, mits de overeenkomst, gelet inhoud en strekking, niet in onverbreeklijk verband stond met het leeuwenbeding.³⁰ De Hoge Raad is ook niet erg honkvast: in 1996 oordeelde hij dat een vennootschap van vier vennoten waarbij een van de winst is uitgesloten niet geconverteerd kan worden in een geldige vennootschap van drie, aangezien de strekking verschillend is. Eerder had hij echter toegestaan dat een nietige vennootschap, waarbij een van de twee participanten van de winst was uitgesloten, werd omgezet in een overeenkomst *sui generis*.³¹ Het is derhalve onduidelijk welke consequenties een schending van het verbod van *societas leonina* onder Nederlands recht exact heeft.

6. Commentaar

Het lijkt, zoals gezegd, onlogisch dat op besloten verhoudingen gerichte vennootschapsvormen qua inrichtingsvrijheid zonder goede gronden grote verschillen vertonen.³² De vervolgvraag dient mijns inziens te zijn of er goede gronden zijn het dwingendrechtelijke *societas leonina*-verbod zoals dat nu bestaat te handhaven. Wat mij betreft is dat niet het geval. Sterker nog: er lijken een aantal goede redenen te zijn om aan te nemen dat de figuur van de winstrechtloze kapitaalbreng navolging verdient bij de personenvennootschap.

6.1 *Contractsvrijheid*

In het privaatrecht staat de contractsvrijheid van partijen over het algemeen voorop. Zoals hierboven reeds aan de orde kwam is er een duidelijke tendens waar te nemen dat het mogelijk moet zijn een participant uit te sluiten van de vennootschappelijke winst. In Nederland wordt het *societas leonina*-verbod bij de personenvennootschap echter gerechtvaardigd met een beroep op de gelijkwaardigheid van partijen.

Ontegenzeggelijk is de gelijkwaardigheid van partijen bij de personenvennootschap erg belangrijk. Ik zou echter willen tegenwerpen dat de introductie van het winstrechtloze BV-aandeel lijkt te wijzen op een fundamentele herbezinning van de positie van de kapitaalverschaffer in een samenwerkingsverband. Als gevolg daarvan staat de contractsvrijheid van partijen en de mogelijkheid om te differentiëren in de rechten verbonden aan het kapitaal voorop. Dat is des te meer aangewezen nu de contracterende

²⁸ A.G. van Solinge, *Leeuwe- en andere delen* (oratie Nijmegen), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995, p. 8.

²⁹ Respectievelijk *Asser/Maeijer 5-V 1995/70* en *Kamerstukken II, 2002/03, 28 746, nr. 3, p. 24*.

³⁰ J.A. Langezaal, 'De *societas leonina* onder het Wetsvoorstel Personenvennootschappen', *V&O* 2003/10.

³¹ Respectievelijk Hoge Raad 10 mei 1996, *NJ* 1996/692 en Hoge Raad 6 juni 1956, *NJ* 1957/333.

³² A.J.S.M. Tervoort, 'Naar een nieuw personenvennootschapsrecht', *FTV* 2012/10.

partijen in de regel handelen in een professionele hoedanigheid danwel zich door professionele adviseurs laten bijstaan. Zoals al (veel) eerder beargumenteerd in met name Duitsland (zie hierboven) zou, anders dan onder het Romeinse recht, meer gekeken dienen te worden naar de achterliggende redenen voor de winstverdeling danwel -uitsluiting.

Kiest men anderszins voor een regel dat een vennoot altijd “een” deel van het vennootschappelijke voordeel dient te ontvangen, dan zou dat ook tot gevolg hebben dat de gekozen maatstaf altijd – in meerdere of mindere mate – arbitrair is.³³ De hiermee gepaard gaande onzekerheid – is de vennootschap nietig of vernietigbaar, en wat zijn de eventuele financiële consequenties daarvan? – blijft tijdens het gehele bestaan van de vennootschap aanwezig. Een opheffing van het verbod zou de rechtszekerheid in het economisch verkeer ten goede komen.

6.2 Financiële verhoudingen: een beperkte maatstaf voor gelijkheid

Een specifiek kenmerk van de (Nederlandse) personenvennootschap is het hoogstpersoonlijke karakter ervan. Bij het winstuitsluitingsverbod zoals dat nu geldt bij personenvennootschappen strijden de gelijkwaardigheid van partijen en de inrichtingsvrijheid als het ware om ‘voorrang’. Maar zelfs al zou men aan gelijkwaardigheid meer en aan contractsvrijheid minder belang hechten – vormt het louter in ogeschouw nemen van de financiële verhoudingen dan niet slechts een beperkte maatstaf? Hoewel er in vele vennootschappen sprake zal zijn van enige vorm van financiële gelijkwaardigheid, en zij een (soms sterkere, soms minder sterke) indicatie vormt voor algehele gelijkwaardigheid van partijen, zou dat wat mij betreft geen *condicio sine qua non* moeten zijn. Gelijkwaardigheid zou immers ook uit andere aspecten moeten kunnen blijken.

Een voorbeeld is een gedeelde leidinggevende positie van een kapitaalverschaffer met een winstrecht (‘zoon’) en een kapitaalverschaffer die geen vergoeding ontvangt (‘vader’) in een landbouwbedrijf. Uit niets hoeft in een dergelijk geval enige ongelijkwaardigheid te blijken. Sterker nog: het is niet ondenkbaar dat de morele autoriteit van vader bij het nemen van beslissingen zwaarder weegt. Onder huidige recht zouden partijen in een dergelijk geval echter waarschijnlijk het *societas leonina*-verbod schenden.

Beslissend voor de gelijkwaardigheid van vennoten zou mijns inziens de mogelijkheid moeten zijn om, voordat de samenwerking wordt aangegaan, op voet van gelijkwaardigheid afspraken te maken over de verdeling van de vennootschappelijke inkomsten. Hoe die verdeling uitpakt, is dan van minder groot belang. Partijen hebben daar immers op voet van gelijkwaardigheid afspraken over gemaakt – zie ook op de zaak van het *Bayerische Oberste Landesgericht*. De redelijkheid en billijkheid zullen daarbij hun invloed laten gelden. Evident onbillijke resultaten zouden gecorrigeerd kunnen worden met behulp van andere leerstukken zoals dwaling.³⁴

³³ Ook dringt zich dan de vraag op hoe men het verminderen van een nadeel (bijvoorbeeld een CV-bedrijfsopvolgingsconstructie gericht op een lagere belastingschuld) dan dient te kwalificeren. In Hoge Raad 17 mei 1946, *NJ* 1946/433 is geoordeeld dat voor het aanwezig zijn van voordeel voldoende is dat dit voordeel ontstaat doordat er vermogensbestanddelen zijn ingebracht, maar indien een belastingbesparende constructie wordt opgezet zonder dat een vennoot (‘zoon’) kapitaal inbrengt vloeit het voordeel (bij ‘vader’) strikt genomen voort uit de wet. Kwalificeert dit ook een vermogensrechtelijk voordeel dat voortvloeit uit de vennootschap?

³⁴ Zoals ook al het geval is in Duitsland, op basis van § 138 BGB. In gelijke zin H. Koster, ‘Herziening personenvennootschappen: nieuwe ronden, nieuwe kansen?’, *WPNR* 2012/6941.

7. Een nieuwe winstuitsluitingsregel bij de personenvennootschap?

Hierboven is beargumenteerd dat er in nieuw vorm te geven personenvennootschapsrecht geen plaats is voor een dwingendrechtelijk *societas leonina*-verbod. Dat neemt (uiteraard) niet weg dat er vele gevallen zullen zijn waarbij elke vennoot in de winst deelt, maar partijen zouden (juist) op dit punt de mogelijkheid moeten hebben de vennootschap af te stemmen op hun specifieke situatie. De vervolgvraag is of er een nieuwe winstverdelingsregel voor de personenvennootschap zou moeten komen, en zo ja, hoe deze dient te luiden.

Men zou, in het kader van het maximaliseren van de inrichtingsvrijheid, kunnen overwegen om in het geheel geen regels omtrent winstuitsluiting op te nemen. Partijen dienen dan zelf hun winstrecht te bewaken. Een dergelijke gang van zaken is wellicht echter een stap te ver. Indien het partijen mogelijk wordt gemaakt een hunner uit te sluiten van de winst is dat op zichzelf niet problematisch, mits dit een bewuste keuze is – vergelijk nogmaals de uitspraak van het *Bayerische Oberste Landesgericht*. Het lijkt waarschijnlijk dat partijen ook zonder wettelijke regels nadenken over de winstverdeling, maar door een bepaling van regelend recht worden zij gedwongen uitvoerig over de winstuitsluiting na te denken. Zou men voor een andere oplossing kiezen, dan komen leerstukken als dwaling en goede trouw wellicht eerder in zicht, en ook dat zou problematische gevolgen kunnen hebben voor het rechtsgeldig bestaan van de vennootschap. Een nieuwe winstuitsluitingsregel voor de personenvennootschap zou daarom van regelend recht moeten zijn.

Onder een dergelijk regime komt de vennootschappelijke winst in beginsel ten goede aan alle vennoten naar rato van hun inleg. Welk deel eenieder in het concrete geval ontvangt bepalen de partijen onderling. Partijen kunnen eveneens in de overeenkomst besluiten een of meer vennoten geheel van de winst uit te sluiten. De uitgesloten partij zou dan (in ieder geval ten behoeve van zichzelf, maar wellicht ook voor degene die de overeenkomst opstelt) in staat moeten zijn te motiveren waarom wordt afgezien van enig winstrecht. Voor bestaande personenvennootschappen zou aansluiting gezocht kunnen worden bij het geflexibiliseerde BV-recht: het winstrecht van vennoten kan worden beperkt, mits allen aan wier rechten afbreuk wordt gedaan instemmen, analoog aan artikel 2:216 lid 8 BW wat betreft de BV.

8. Winstrechtloze aandelen bij de NV?

Deze lijn doortrekkend, maar dan in tegengestelde richting, zou men zich kunnen afvragen of het winstrechtloze aandeel ook voor de naamloze vennootschap (hierna: NV) ingevoerd zou moeten worden. Hoewel dit onderwerp eigenlijk buiten het bestek van deze bijdrage valt, wil ik hier graag toch nog kort enkele opmerkingen aan wijden. De Commissie Vennootschapsrecht heeft overigens per brief van 15 juli 2013 de Minister geadviseerd eerst enige ervaring op te doen met de praktische consequenties van het geflexibiliseerde BV-recht voordat een grootscheepse herziening van het NV-recht wordt opgezet.³⁵ De introductie van winstrechtloze aandelen zou daar, zo vermoed ik, onder vallen.

³⁵ Te downloaden via <http://www.rijksoverheid.nl/bestanden/documenten-en-publicaties/brieven/2013/07/18/advies-nv-recht-15-juli-2013/advies-nv-recht-15-juli-2013.pdf> (laatst geraadpleegd 15 december 2013).

Ook de NV wordt geacht in het teken te staan van winst ten behoeve van de aandeelhouders.³⁶ In tegenstelling tot personenvennootschappen en besloten vennootschappen staat het persoonlijke karakter bij de NV echter niet voorop. Dit geldt *a fortiori* voor beursgenoteerde NV's, waar grote groepen aandeelhouders vaak niet bij de Algemene Vergadering aanwezig zijn (absenteïsme). Hetgeen hierboven aan de orde is gekomen zou daarom eveneens toegepast kunnen worden op de NV. Ik zie althans tegen de introductie van winstrechtloze aandelen op voorhand geen principiële bezwaren.

Wel zou, indien winstrechtloze aandelen ook bij de NV worden ingevoerd, een goede balans gevonden moeten worden met de verplichtingen van de aandeelhouder – die verplichtingen omvatten voornamelijk het storten van kapitaal. Dat op dit punt een goede balans gevonden dient te worden hangt samen met het karakter van de NV. Immers, het lijkt wenselijk te voorkomen dat aandeelhouders feitelijk noch hun stemrecht uitoefenen (veelal dan toch) noch een aanspraak hebben op de vennootschappelijke winst. In een dergelijk geval zouden er wat mij betreft wel érg weinig

aandeelhoudersrechten overblijven. *De facto* zou men dan uit kunnen komen op de situatie die artikel 2:228 lid 5 BW bij de BV beoogt te voorkomen.

9. Conclusie

In deze bijdrage werd het winstrechtloze BV-aandeel van 2:216 lid 7 BW vergeleken met het verbod van *societas leonina* bij de personenvennootschap ex 7A:1672 BW. Daarbij stond de vraag centraal of er goede argumenten zijn laatstgenoemde te handhaven. Wat mij betreft is dat niet het geval.

Het *societas leonina*-verbod is een Romeinsrechtelijke regel van formele aard. Aan het eind van de 17^e eeuw werd voor het eerst betoogd dat het mogelijk moet zijn de kapitaalverschaffer een winstuitkering te onthouden. Volgens de Pandectisten diende gekeken te worden naar de redenen voor uitsluiting. In de loop der jaren is het verbod daarom in verschillende landen afgeschaft, of staat het onder druk. De introductie van winstrechtloze BV-aandelen is verder ook juist, gezien de (zeker voor professionele partijen) contractsvrijheid. Daarbij is wel (maar ook slechts) van belang dat degene die als winstrechtloos aandeelhouder in de BV deelneemt van het ontbreken van het winstrecht op de hoogte is.

Het is bij de Nederlandse personenvennootschap momenteel niet duidelijk wanneer het *societas leonina*-verbod precies geschonden wordt, noch wat de exacte gevolgen van die schending zijn. Ook bij de personenvennootschap zou het, analoog aan de BV, mogelijk moeten zijn dat een kapitaalverschaffer niet deelt in de winst. Het dwingendrechtelijk *societas leonina*-verbod dient derhalve te worden geschrapt. Daar zijn verschillende redenen voor.

De introductie van het winstrechtloze BV-aandeel lijkt te wijzen op een fundamentele herbezinning van de positie van de kapitaalverschaffer. De contractsvrijheid en de mogelijkheid om te differentiëren in de rechten verbonden aan het kapitaal staan voorop. Dit geldt des te meer nu partijen veelal een professioneel karakter hebben. In tegenstelling tot onder het Romeins recht zou meer gekeken dienen te worden naar de redenen voor de gekozen verdeling. Indien het verbod wordt afgeschaft zullen afbakeningsproblemen eveneens tot het verleden behoren, zodat de rechtszekerheid vergroot wordt. Bovendien lijkt de financiële verhouding een beperkte maatstaf voor het bepalen van gelijkheid.

³⁶ Asser/*Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIa* 2013/192.

Beslissend zou moeten zijn de mogelijkheid om daarover op voorhand op basis van gelijkwaardigheid afspraken te maken. Evident onbillijke gevolgen kunnen met behulp van andere leerstukken worden gecorrigeerd.

In plaats daarvan zou de bepaling omtrent winstuitsluiting bij de personenvennootschap van regelend recht moeten zijn. De inrichtingsvrijheid wordt daardoor vergroot, terwijl de vennoten een zekere mate van bescherming blijven genieten. Door een dergelijke bepaling worden zij namelijk gedwongen uitvoerig bij de winstuitsluiting stil te staan. Ook tegen de introductie van het winstrechtloze NV-aandeel bestaan geen principiële bezwaren. Wel dient in een dergelijk geval een goede balans gevonden te worden tussen rechten en verplichtingen van de aandeelhouder.

Het is, gezien het bovenstaande, eens te meer te hopen het personenvennootschapsrecht eindelijk onder handen wordt genomen, en dat daarbij het dwingendrechtelijke *societas leonina*-verbod wordt vervangen door een bepaling van regelend recht.