

Ministerie van Economische Zaken en Klimaat

Tilburg, 6 mei 2021

Betreft : Reactie aanzet voor een wettelijke regeling voor een BvM

Geachte heer, mevrouw,

Met belangstelling hebben wij kennis genomen van de geconsulteerde 'Aanzet voor een wettelijke regeling voor een besloten vennootschap met maatschappelijk doel (BvM)' (hierna: de Aanzet).

In het navolgende gaan wij op een aantal aspecten van de Aanzet in. Daarbij volgen wij zoveel mogelijk de indeling van deze Aanzet.

Algemeen

Wij onderschrijven de behoefte aan een rechtsvorm ten behoeve van het drijven van een onderneming met een maatschappelijk doel. Daarbij kunnen wij instemmen met de keuze voor de BV als rechtsvorm voor het drijven van een dergelijke onderneming. Ook een duidelijke afbakening van welke statutaire doelen precies als 'met een maatschappelijk belang' worden beschouwd, geeft voldoende houvast. Het hiervoor aansluiten bij de ANBI-regeling ligt voor de hand; deze regeling geeft genoemde afbakening maar is tevens voldoende ruim.

Een eerste punt waarvoor wij aandacht vragen, is de keuze om de Aanzet te consulteren. Wij pleiten ervoor dat deze keuze niet ten koste zal gaan van het consulteren van een concept wetsvoorstel voor de BvM, dat aan de hand van de Aanzet en de reacties daarop wordt opgesteld. De Aanzet geeft namelijk nog ruimte voor keuzes, die in het wetsvoorstel gemaakt en opgenomen zullen worden. Daarnaast verwijst de Aanzet op verschillende plaatsen naar een uitwerking in het wetsvoorstel, bijvoorbeeld waar het gaat om fiscale aspecten verbonden aan de BvM. De bruikbaarheid en (dus) het succes van de BvM kunnen naar onze mening worden vergroot als bijvoorbeeld ondernemers, belangenvertegenwoordigers en adviseurs nog input kunnen geven bij een concept wetsvoorstel, dat verder uitgewerkt is dan deze Aanzet.

Keuze voor een BvM-status

Volgens de Aanzet kan een BV de BvM-status aannemen zowel bij oprichting als daarna. Na oprichting kan alleen de BvM-status worden aangenomen als de bestuurders dit willen.

Het aannemen van de BVm-status impliceert een statutenwijziging. De bevoegdheid om tot statutenwijziging te besluiten, ligt bij de BV dwingend bij de algemene vergadering. Of dit uitgangspunt ook geldt bij de statutenwijziging wegens het aannemen van de BVm-status blijkt niet uitdrukkelijk uit de Aanzet.

Wij pleiten ervoor om ook bij de statutenwijziging in verband met het aannemen van de BVm-status de bevoegdheid om daartoe te besluiten bij de algemene vergadering te leggen. Dat de aandeelhouders via de algemene vergadering invloed hebben op de keuze tot het aannemen van de BVm-status ligt ook in de lijn der verwachting, omdat door deze keuze de aard van het aandeelhouderschap in belangrijke mate wijzigt. De aanspraak van aandeelhouders op winst en vermogen - en dus het rendement op de investering via storting op de aandelen - verandert namelijk substantieel.

Betrokkenheid van de aandeelhouders bij het aannemen van de BVm-status is daarbij ook in het belang van de BV, haar onderneming en de bestuurders. Instemming van de aandeelhouders met het aannemen van deze BVm-status zal namelijk bijdragen aan het vergroten van de betrokkenheid van de aandeelhouders en aldus het bereiken van het maatschappelijke doel van de BVm.

Omdat de BVm-status tevens gevolgen heeft voor de onderneming en de wijze van naar buiten toe optreden door het bestuur, is tevens een directe betrokkenheid van het bestuur bij het aannemen van deze BVm-status en de statutenwijziging denkbaar. Dit zou bijvoorbeeld bereikt kunnen worden door te bepalen dat de statutenwijziging strekkende tot het aannemen van de BVm-status alleen kan plaatsvinden op initiatief óf met uitdrukkelijke goedkeuring van het bestuur, zoals dit laatste ook geldt voor de uitkeringstoets bij de BV.

Uitkeringen

Wat betreft het doen van uitkeringen van winst en uit het vermogen bepaalt de Aanzet dat hierbij niet het doen van uitkeringen aan de aandeelhouders maar het verwezenlijken of bevorderen van het maatschappelijke doel voorop moet staan. Wij kunnen ons erin vinden dat de bestemming van winst en vermogen in algemene bewoordingen in wetgeving wordt vastgelegd en niet bijvoorbeeld in een maximum uitkeerbaar bedrag of percentage.

Tegelijkertijd achten wij van groot belang dat het bestuur van de BVm voldoende handvatten krijgt inzake de uitkeerbaarheid van winst en vermogen. De Aanzet doet in verband hiermee in ieder geval de toezegging dat in de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel nader zal worden ingegaan op wat onder “het voorop stellen van het maatschappelijk doel” moet worden verstaan.

Het belang van duidelijkheid voor het bestuur is gelegen in het feit dat de uitkeringstoets die geldt voor iedere BV, voor een BVm wordt uitgebreid met een weigeringsgrond, inhoudende dat het bestuur aan een uitkeringsbesluit goedkeuring onthoudt, als het gerede twijfel heeft of behoort te hebben dat de uitkering het voorop stellen van het maatschappelijke doel belemmert. Naar wij aannemen, zal aan het onterecht goedkeuring verlenen hetzelfde gevolg zijn verbonden als bij de uitkeringstoets: aansprakelijkheid van de bestuurders (en eventueel de ontvanger van de uitkering).

Tegen deze achtergrond moet het bestuur niet in een situatie worden gebracht, dat (teveel) onzekerheid bestaat over de reikwijdte van de norm “het voorop stellen van het

maatschappelijk doel”. Deze norm is in ieder geval duidelijk minder vast omljnd en lastiger te bepalen dan de norm die geldt voor de uitkeringstoets zoals die nu bij de BV geldt, namelijk het niet kunnen voortgaan met het voldoen van de opeisbare schulden. In verband met de rechtszekerheid pleiten wij ervoor het bestuur genoemde handvatten al bij de totstandkoming van de wettelijke regeling inzake de BVm te geven en dit niet (in belangrijke mate) over te laten aan de ontwikkeling van (toekomstige) jurisprudentie op dit vlak.

Een complicerende factor in het voorafgaande is naar onze mening nog dat de Aanzet onderscheid maakt tussen het doen van uitkeringen van winst en uit het vermogen, het verbeteren van de financiële situatie van de BVm en het aanzuiveren van verliezen alsmede het verwezenlijken en bevorderen van het maatschappelijke doel op lange termijn. Bij dit laatste worden ook wel (voorgenomen) investeringen voor het maatschappelijke doel genoemd.

Zoals gezegd is dit onderscheid onnodig complex. Wordt de winst namelijk gebruikt om verliezen aan te zuiveren dan wel om de financiële situatie te verbeteren, dan komt de winst naar onze mening eveneens ten goede aan de BVm. De winst wordt ook dan besteed aan het verwezenlijken van het maatschappelijke doel. Volstaan kan worden met het onderscheid tussen het uitkeren van winst en vermogen alsmede het verwezenlijken en bevorderen van het maatschappelijke doel op lange termijn. Dit geeft duidelijkheid over de rol en de verantwoordelijkheid van het bestuur bij de uitkeerbaarheid.

Maatschappelijk winst- en reservebeleid

Volgens de Aanzet moet de algemene vergadering van een BVm een beleid tot winstbestemming en aanwending van vermogen voeren. De algemene vergadering stelt dit winst- en reservebeleid vast op voorstel van het bestuur.

Dit beleid zal een belangrijk handvat zijn voor het bestuur bij de hiervoor genoemde goedkeuring van uitkeringen. Het bestuur kan teruggrijpen op het beleid, indien een uitkering (duidelijk) niet in overeenstemming is met het beleid.

Gezien het belang van het winst- en reservebeleid zijn wij geen voorstander van het achterwege blijven van het beleid als er in de periode waarop het beleid betrekking heeft, met aan zekerheid grenzende waarschijnlijkheid geen winst zal worden behaald of als de instandhouding van de maatschappelijke onderneming van de BVm door het doen van uitkeringen onmiddellijk in gevaar zou worden gebracht. Nog los van de vraag of vooraf steeds voldoende bepaald kan worden dat er inderdaad geen winst zal worden behaald, is de laatste grond om geen beleid op te stellen - direct gevaar voor de continuïteit - juist een reden om wél steeds een beleid op te stellen. Via het beleid worden aandeelhouders dan immers (extra) doordrongen van het feit dat een uitkering onverstandig/niet mogelijk is. Dit helpt direct het bestuur, dat de goedkeuring aan een uitkering in strijd met het beleid kan weigeren, juist met een verwijzing naar het beleid.

Ten slotte vragen wij - wederom gezien het belang van het beleid - hoe moet worden omgegaan met een geval dat de algemene vergadering weigert om in te stemmen met het door het bestuur voorgestelde winst- en reservebeleid.

Beëindiging toepasselijkheid anders dan door fusie en splitsing

Net zoals voor de keuze voor een BvM-status bepaalt de Aanzet dat de bevoegdheid om te besluiten tot beëindiging van de BvM-status bij het bestuur van de BvM ligt. En net zoals bij de keuze voor een BvM-status pleiten wij ervoor dat de keuze voor beëindiging daarvan bij de algemene vergadering ligt, eventueel op initiatief óf met goedkeuring van het bestuur. Wederom wijzigt de aard van het aandeelhouderschap, waarbij juist bij de BvM de aandeelhouders expliciet hebben gekozen voor het maatschappelijke doel. Het past naar onze mening dan niet dat aandeelhouders niet bij de beëindiging van de BvM-status betrokken zouden zijn.

Overschot bij ontbinding

Volgens de Aanzet bepalen de statuten de bestemming van het overschot na vereffening van het vermogen van de BvM ingeval van ontbinding, of de wijze waarop deze bestemd wordt. Omdat het overschot is gerealiseerd met behulp van de BvM-status en het daarin gestelde vertrouwen, moet het overschot worden besteed op een wijze waarbij het maatschappelijk belang voorop staat. Voorgesteld wordt dat een overschot ten goede komt aan andere ondernemers die ook het maatschappelijk belang voorop stellen, naar wij begrijpen andere BvM's, dan wel aan andere rechtspersonen die een ideëel of sociaal doel nastreven.

Naar onze mening is het voorgestelde te beperkt. Allereerst vragen wij ons af waarom (een deel van) het overschot niet aan de aandeelhouders kan worden uitgekeerd op het moment dat dit in overeenstemming is met hetgeen is bepaald inzake de wettelijke regeling voor uitkeringen en met het winst- en reservebeleid van de betreffende BvM. Wij zien onvoldoende onderscheid tussen een uitkering tijdens het bestaan van de BvM en een uitkering van een overschot na ontbinding van de BvM. Om deze reden stellen wij voor om ook een uitkering van een overschot aan aandeelhouders mogelijk te maken, voor zover dit ook mogelijk zou zijn volgens de wettelijke regeling voor uitkeringen en genoemd beleid. Hierbij kunnen aanvullende feiten en omstandigheden relevant zijn, bijvoorbeeld dat een gedeelte van het overschot is 'gerealiseerd' voor het aannemen van de BvM-status. Tevens kan sprake zijn van terugbetaling van het door de aandeelhouders gestorte kapitaal.

Daarnaast kunnen wij ons voorstellen dat ook aan een andere besteding van het overschot behoefte kan zijn, bijvoorbeeld aan natuurlijke personen. Zolang dit binnen het maatschappelijke doel van de BvM is, zien wij hierin geen bezwaren. Wij vragen de beperkte kring van gerechtigden op het overschot van een BvM na ontbinding daarom te heroverwegen.

Afsluiting

Uiteraard zijn wij steeds tot een nadere toelichting bereid.

Met vriendelijke groet,

BDO Legal - Bureau Vaktechniek
namens deze,

Mr. R.H.A. Franken

Mr. J.A.A.M. Verschure