

PERSOONLIJK EN VERTROUWELIJK

Ministerie van Economische Zaken en Klimaat

Datum 7 mei 2021

Betreft Reactie op consultatie inzake "Aanzet voor een wettelijke regeling voor een besloten vennootschap met maatschappelijk doel (BVm)"

Geachte heer/mevrouw,

Wij hebben met interesse kennis genomen van de "Aanzet voor een wettelijke regeling voor een besloten vennootschap met maatschappelijk doel (BVm)". Naar onze mening en ervaring is het een goede zaak dat er nadere aandacht komt voor de maatschappelijke onderneming.

Graag maken wij in het navolgende een viertal opmerkingen over de aanzet. De eerste twee zijn van algemene aard, de derde gaat over de samenhang en wisselwerking tussen het begrip "maatschappelijk belang" uit de aanzet en het begrip "algemeen belang" uit de fiscale wetgeving. Tot slot gaan wij in op de uitkeringsruimte.

1. Onderstreping van de vrije keuze voor het BVm-regime

In de eerste paragraaf van de aanzet is vermeld dat toepassing van het BVm-regime een vrije keuze is van (de bestuurders van) de betreffende BV, die zich hierdoor bindt aan de regels die gelden voor een BVm. In de praktijk komt het ook nu al voor dat er BV's zijn die daadwerkelijk een maatschappelijke onderneming drijven, die past binnen de beoogde regeling. Het komt geregeld voor dat alle aandelen in dergelijke BV's worden gehouden door een stichting. Dergelijke BV's kunnen dus voor het BVm-regime gaan kiezen, maar dat is niet verplicht. Wij vertrouwen erop dat ook bij de definitieve wetgeving duidelijk zal worden toegelicht dat het voor die BV's een vrije keuze is voor het BVm-regime te opteren. De aard van de werkzaamheden en doelstelling van de BV kan dus gevolgen hebben voor een optioneel juridisch regime (de BVm), maar het niet kiezen voor het BVm-regime zegt nog niets over een eventuele maatschappelijke doelstelling van de BV. Wij doen de aanbeveling op dit duidelijk en helder in de MvT bij het wetsvoorstel op te nemen.

2. Rechtsvormen

Wij begrijpen uit het consultatiedocument dat de regeling niet is bedoeld voor stichtingen. Hierdoor dreigt een diffuus beeld te ontstaan: ten eerste is er de BVm, zijnde een vennootschap met een maatschappelijk doel ten aanzien waarvan geopteerd is voor toepassing van het BVm-regime, ten tweede een stichting met een bepaald ideëel (maatschappelijk) doel zonder de ANBI-status en als laatste een stichting die de ANBI-status heeft aangevraagd en verkregen.

Alle drie bewegen zich op het terrein van de maatschappelijke doelen en alle drie kunnen in dit verband een maatschappelijke onderneming drijven. De laatstbedoelde categorie (de stichting die de ANBI status heeft aangevraagd en verkregen) kan zich niet zomaar omzetten in een BVm omdat dan de ANBI-status verloren gaat. Een omzetting kan bovendien relatief complex en tijdrovend zijn, aangezien daarvoor rechterlijke machtiging vereist is en uit de statuten van de BV zal moeten blijken dat het vermogen dat de stichting bij de omzetting heeft en de vruchten daarvan slechts met toestemming van de rechter anders mogen worden besteed dan voor de omzetting was voorgeschreven. Wij bevelen aan om duidelijker toe te lichten waarom de stichting wordt uitgesloten van deze wetgeving.

Voorts zijn wij van mening dat een BVm bij uitstek een rechtspersoon is die in beginsel voor fiscale faciliteiten, zoals de ANBI-status, in aanmerking kan komen. Uiteraard zal zij - in aanvulling op de eisen die voor een BVm gelden - dan mede aan de fiscale vereisten moeten voldoen. Naar onze mening hoeft het voldoen aan die vereisten voor een BVm echter lang niet altijd een bezwaar te zijn. Een BV zou dan naast de BVm status ook kunnen kiezen voor de ANBI-status.

Indien er in het definitieve wetsvoorstel voor wordt gekozen om de stichting niet voor het BVm regime te laten gelden, en de ANBI-status niet voor de BVm, dan bevelen wij aan om in de MvT overzichtelijk weer te geven wat de juridische en fiscale voor- en nadelen voor de keuze van de BVm enerzijds en de stichting (eventueel met ANBI-status) anderzijds zijn. Aan de hand van een dergelijke toelichting krijgen wetgever en publiek een duidelijk inzicht in de mogelijkheden die er zijn voor maatschappelijke ondernemingen.

3. Koppeling met de ANBI-wetgeving

In de aanzet worden de volgende categorieën algemeen nut onderkend:

a. welzijn; b. cultuur; c. onderwijs, wetenschap en onderzoek; d. bescherming van natuur en milieu, daaronder begrepen bevordering van duurzaamheid; e. gezondheidszorg; f. jeugd- en ouderenzorg; g. ontwikkelingssamenwerking; h. dierenwelzijn; i. religie, levensbeschouwing en spiritualiteit; j. de bevordering van de democratische rechtsorde; k. volkshuisvesting; l. mensenrechten; m. arbeidsmarktparticipatie; l. een combinatie van de bovengenoemde doelen.

De opsomming is afkomstig uit de ANBI-regeling, artikel 5b AWR, derde lid. De categorieën mensenrechten en arbeidsmarktparticipatie zijn nu toegevoegd ten opzichte van artikel 5b AWR. Wij achten dit verwarrend, want het suggereert dat deze categorieën niet onder artikel 5b AWR vallen (wat naar onze mening een onjuiste suggestie is). Wij bevelen aan om expliciet in de MvT bij het wetsvoorstel op te nemen dat deze categorieën ook reeds onder de andere categorieën vallen, maar ter verduidelijking zijn toegevoegd.

In de aanzet wordt nog een koppeling gemaakt met de fiscale ANBI-regeling en dat betreft de eis dat het maatschappelijk belang "rechtstreeks" en niet "zijdelings" moet worden nagestreefd (zie HR 12 mei 2006, ECLI:NL:PHR:2006:AT8202, BNB 2006/267 inzake de ANBI-status voor NAC). Onduidelijk is in hoeverre de andere jurisprudentie en regelgeving ten aanzien van ANBI's zal doorwerken naar deze regeling. Beide regelingen kennen een afzonderlijk doel, dus het lijkt voor de hand te liggen dat de wisselwerking tussen beide regelingen relatief beperkt zal zijn. Wij bevelen aan dat hier over vooraf duidelijkheid wordt geschapen, bijvoorbeeld door een overzicht te maken van de fiscale jurisprudentie en regelgeving en de eventuele doorwerking naar deze regeling.

Het voorgaande, in het bijzonder de enigszins vage normen zoals vervat in onderdeel 7 en 8, alsmede het ontbreken van concrete toelichting over een relatief maximum dat gesteld kan worden aan de uitkering, zou naar onze mening veel onzekerheid met zich kunnen brengen over de mogelijkheden om bij de BVm tot uitkering aan haar aandeelhouders (in plaats van aan het maatschappelijk doel) over te gaan. Het zou wenselijk zijn dat het wetsvoorstel en de MvT nadere handvatten bevat ten aanzien van de uitkeringsruimte.

Hoogachtend,
HVK Stevens Belastingadvies B.V.



drs W.G. van Vliet / mr. E. Roelofs

Te denken valt aan:

- de indeling kwalitatief en kwantitatief (HR 13 januari 2012, ECLI:NL:HR:2013:BZ1748, BNB 2013/89) waaronder de toepassing van het 90% criterium (artikel 5b, lid 1, onderdeel a sub 1 AWR);
- het begrip particulier belang en de invloed van persoonlijke behoeften (HR 18 december 1985, ECLI:NL:PHR:1985:AW8133, BNB 1986/103 en Hof den Bosch 9 juni 2011, ECL:NL:GHSHE:BT6822);
- commerciële en bedrijfsmatige activiteiten (HR 18 december 1985, ECLI:NL:HR:1985:AW8133, BNB 1986/103, zoals bevestigd in het latere artikel 1a, lid 5 Uitvoeringsregeling AWR, alsmede HR 25 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2665, BNB 2017/50, alsmede de nog altijd relevante conclusie van advocaat-generaal Moltmaker bij HR 18 december 1985).

4. Het doen van uitkeringen

In onderdeel 5 van de aanzet wordt opgemerkt dat het statutair omschreven doel de mogelijkheid tot het doen van uitkeringen van winst of reserves niet (volledig) mag uitsluiten. De toelichting maakt duidelijk dat winst en vermogen *primair* moeten worden aangewend voor het statutaire (maatschappelijke) doel.

Uit de aanzet wordt niet duidelijk wat wordt bedoeld met *primair*.

In onderdeel 7 wordt opgemerkt dat uit onderzoek blijkt dat geïnterviewde maatschappelijke ondernemers het billijk zouden vinden als maximaal 25%-50% van de winst uitkeerbaar zou zijn aan de aandeelhouders. Volgens de aanzet wordt dit referentiepunt vertaald naar een verplicht te voeren maatschappelijk winst- en reservebeleid. In onderdeel 9 wordt deze verplichting nader toegelicht.

In dit beleid moet dan voor ieder boekjaar gemotiveerd worden ingeschat welk deel van de verwachte *winst* bestemd zal worden voor de verwezenlijking van het maatschappelijke doel en welk deel van de beschikbare *reserves* bestemd zal worden voor dit doel.

Noch in onderdeel 7, noch in onderdeel 9 van de aanzet wordt duidelijk omschreven aan welke voorwaarden c.q. maxima een uitkering aan aandeelhouders moet voldoen. Ook wordt niet omschreven welke sanctie geldt als de ingeschatte winst- en reserve bestemming conform het eerder genoemde beleid niet wordt gerealiseerd.

In onderdeel 8 wordt aangegeven dat het bestuur een goedkeuring van een besluit van de algemene vergadering dat strekt tot uitkering weigert indien het 'meer dan gereede twijfel' heeft of behoort te hebben dat die uitkering de BVm belemmert het maatschappelijk doel voorop te stellen. Deze toets geldt in aanvulling op de reeds bestaande toetsen die moeten worden uitgevoerd op basis van artikel 2:216 BW.

Het onthouden van een goedkeuring aan een uitkering is niet mogelijk bij de enkele aanwezigheid van twijfel. Ook indien er "redelijkerwijs discussie mogelijk is over de strijdigheid van een uitkering met het voorop stellen van het maatschappelijk doel" mag de goedkeuring niet worden ontzegd.