

RO Groep Zuid
T.a.v. de heer drs. P.E.M.A. Haane

verzonden per e-mail: p.haane@rogroep.nl

Maastricht, 12 augustus 2009

Referentie 2009AC74571FH/PH
In behandeling bij mr. Ph.A.J.H. van Oss
Doorkiesnummer 043-350 77 00
Faxnummer 043-350 77 19

Betreft: Notitie m.b.t. Ontwikkelingsmaatschappij "Carrière Maastricht"

Geachte heer Haane,

Zoals besproken treft u bijgaand de notitie "Stichting versus besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid" aan.

Voor vragen en/of nader overleg, aarzelt u niet contact op te nemen met ondergetekende.

Met vriendelijke groet,


Philo van Oss

.....
mr. J.M.J.H. Achten

.....
F.Th.M. Hendriks
mr. M.L. van der Putten
mr. Ph.A.J.H. van Oss
mr. C.T.P. van Wersch

.....
M.A.E.J. Valkenberg - Kuijpers
A.S.P. Biezer

.....
P.M.J. Valkenberg

Wilhelminasingel 45
6221 BG Maastricht
Postbus 3105
6202 NC Maastricht
T 043 350 77 00
F 043 325 14 26
secretariaat@achtenpartners.nl
www.achtenpartners.nl

Algemene voorwaarden
gedeponeerd bij
Rechtbank Maastricht

.....
ABN AMRO 44.63.35.975
SNS 90 56.20.771
RABO 1528 47 545
ING 65.61 51 293

Aangesloten bij
Netwerk Notarissen

NOTITIE

Stichting versus besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

voor:

de participanten van Ontwikkelingsmaatschappij "Carrierère Maastricht"

van:

mr. Ph.A.J.H. van Oss (Achten & Partners Netwerknotarissen te Maastricht)

datum:

3 augustus 2009

Uitgangspunten

De gemeente Maastricht, de provincie Limburg en ENCI Maastricht BV (hierna: ENCI) hebben op 1 juli 2009 een Contourennota vastgesteld in het kader van de Transformatie van de cementwinning door ENCI in Maastricht.

Onderdeel van deze Contourennota is de creatie van een overgangszone. Dit is een economische ontwikkelingszone die extra financiële middelen moet genereren ten behoeve van de inrichting en exploitatie van de groeve, die na beëindiging van de mergelwinning zal worden afgewerkt conform een door het bevoegd gezag vast te stellen afwerkingsplan. Tevens dient deze overgangszone als schakel tussen het harde bedrijventerrein van ENCI en de natuurontwikkeling in de groeve.

Voor zover mij bekend is de Vereniging tot Behoud van Natuurmonumenten (hierna: Vereniging Natuurmonumenten) vervolgens de partij die de afgewerkte groeve in eigendom overgedragen zal krijgen in 2020. De Vereniging Natuurmonumenten zal de enige partij worden die over de extra gegeneerde financiële middelen dient te beschikken en verplicht is om deze financiële middelen aan te wenden ten behoeve van de natuurontwikkeling in de groeve.

Drie participanten, te weten de gemeente Maastricht, de provincie Limburg en ENCI Maastricht BV zijn voornemens om in het jaar 2010 gezamenlijk te participeren in een juridische entiteit teneinde deze entiteit de juridische eigendom van de overgangszone te laten verkrijgen alsmede deze overgangszone gezamenlijk te kunnen exploiteren. Na 2020 kan de Vereniging Natuurmonumenten toetreden tot de juridische entiteit.

De hoofddoelstellingen zijn derhalve:

- oprichten van juridische entiteit door de drie participanten;
- het in eigendom verwerven van de overgangszone door de juridische entiteit;
- doel van de entiteit is de ontwikkeling en exploitatie van een (economische) overgangszone;
- winsten die door de entiteit gemaakt worden dienen - na toetreding van de Vereniging Natuurmonumenten - nagenoeg volledig ter beschikking te worden gesteld aan Vereniging Natuurmonumenten;

- Vereniging Natuurmonumenten is vervolgens verplicht om deze winsten ook daadwerkelijk aan te wenden ten behoeve van de natuurontwikkeling in de groeve.

Factoren die voorts van belang zijn:

- iedere participant heeft een gelijk deel dat gemakkelijk overdraagbaar moet zijn.
- iedere participant heeft evenveel zeggenschap;
- een onafhankelijk bestuur.

De vraag is welke entiteit het meest geschikt is om de bovenstaande hoofddoelstellingen te bereiken. In deze notitie wordt alleen de keuze tussen een besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid (hierna ook te noemen: BV) of stichting nader belicht. Fiscale aspecten zijn hierin niet meegenomen. Ik raad u aan de fiscale aspecten nader door gespecialiseerde fiscalisten te beoordelen. Hiertoe behoren onder meer aspecten op het gebied van overdrachtsbelasting, schenkingsrecht (bijv. indien ENCI daadwerkelijk gronden inbrengt om niet) en vennootschapsbelasting.

De stichting: algemeen

De stichting is een door een rechtshandeling in het leven geroepen rechtspersoon die:

- geen leden kent en
- beoogt een doel te verwezenlijken met
- een daartoe bestemd vermogen.
-

Het doel van de stichting mag niet inhouden het doen van uitkeringen aan:

- oprichters; en
- leden van organen.

Anderen mogen slechts uitkeringen van de stichting ontvangen wanneer deze uitkeringen een ideële of sociale strekking hebben.

Gegeven het feit dat de stichting geen leden kent, is er geen sprake van een dualistische structuur als bij een BV. Het wettelijk uitgangspunt is dat de stichting slechts één orgaan kent, het bestuur.

De stichting kan echter in hoge mate worden gedemocratiseerd door de instelling van verschillende organen, waarin bij de stichting betrokkenen zitting kunnen nemen.

Deze organen kunnen statutair bevoegdheden worden gegeven, waardoor de macht van het bestuur krachtig kan worden ingeperkt. Een voorbeeld hiervan is het instellen van de Raad van toezicht bij een stichting.

De besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid: algemeen

De BV is een rechtspersoon met een in aandelen verdeeld maatschappelijk kapitaal.

Er is sprake van een duidelijke, door wet en statuten omliggende organisatie.

Door uitgifte van aandelen kan risicodragend vermogen worden aangetrokken.

Door overdracht van aandelen kan het (gedeeltelijke) eigenaarsbelang eenvoudig worden

overgedragen.

De aandeelhouders stellen vermogen ter beschikking van de BV, met welk vermogen door het bestuur en andere organen van de vennootschap wordt gewerkt, met het doel winst te genereren ten behoeve van de aandeelhouders.

Het bestuur van de BV is binnen de wettelijke en statutaire grenzen van zijn taak autonoom.

Stichting versus besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

Doel en winst

Zowel de stichting als de BV kunnen winst (beogen) te maken.

1. de BV

Bij de BV bepaalt de wet dat de de winst ter beschikking van de aandeelhouders staat (tenzij de statuten anders bepalen).

Het doel van de BV zou kunnen zijn: de exploitatie van de economische ontwikkelzone. Eventuele winsten die behaald worden met deze exploitatie staan vervolgens ter beschikking aan de aandeelhouders indien en voor zover de aandeelhouders niet besluiten om deze winst te reserveren of te herinvesteren ten behoeve van verdere exploitatie.

Het is mogelijk de door de BV uit te geven aandelen te verdelen in diverse soorten. De verschillen tussen de soorten aandelen kunnen gegrond zijn op verschillen in zeggenschap en winstgerechtigheid in de zin van dividend en/of in de zin van recht op een eventueel liquidatiesaldo van de BV.

Met de creatie van verschillende soorten aandelen is het ook mogelijk nagenoeg alle winst ten gunste van (één) bepaalde aandeelhouder(s) uit te keren. Het is onder de huidige wetgeving niet mogelijk om aandeelhouders geheel uit te sluiten van de winst. Het wetsvoorstel van het nieuwe BV-recht maakt het echter wel mogelijk om aandelen te creëren zonder winstrecht (dus alleen stemrecht). Wanneer dit wetsvoorstel in werking treedt is nog (steeds) niet duidelijk.

Aandelen moeten op grond van de wet steeds overdraagbaar zijn. De overdraagbaarheid mag ook niet uiterst bezwaarlijk of onmogelijk worden gemaakt. Het is een wettelijke plicht voor de BV om een zogenaamde blokkeringsclausule in haar statuten te hebben. Door middel van een dergelijke blokkeringsregeling wordt het besloten karakter van de de groep aandeelhouders gewaarborgd. De blokkeringsregeling ziet erop dat een aandeelhouder in een BV niet vrij is zijn aandelen aan een willekeurige derde over te dragen.

2. de stichting

De winst die de stichting maakt dient te worden aangewend in het kader van het doel van de stichting.

In dat kader zou doel van de stichting kunnen zijn: het stimuleren en (doen) ontwikkelen van de natuurontwikkeling in de groeve.

De stichting tracht haar doel dan te bereiken door middel van de exploitatie van de overgangszone.

Ingeval bijv. Vereniging Natuurmonumenten deel uit zou maken van het bestuur of van de Raad van toezicht van de stichting dan kan de stichting geen gelden uitkeren aan Vereniging Natuurmonumenten. Het is de stichting immers verboden uitkeringen te doen aan leden van haar organen. Zie ook hierna.

Organen

1. de BV

Indien gekozen wordt voor een BV zullen de participanten de aandeelhouders van de BV vormen. Samen nemen zij zitting in de vergadering van aandeelhouders die het bestuur van de BV benoemt, schorst en ontslaat.

Zoals hierboven ook is aangegeven kunnen er verschillende soorten aandelen (bijv. voor iedere participant een bepaalde soort) gecreëerd worden. Aan iedere soort kunnen bepaalde bevoegdheden gekoppeld worden. Een bekend voorbeeld is de situatie waarin de vennootschap vier commissarissen kent, waarbij commissaris A wordt benoemd en ontslagen door de algemene vergadering na bindende voordracht van de aandeelhouders A, terwijl ten aanzien van benoeming en ontslag van de commissaris B, C en D een bindende voordracht door respectievelijk de aandeelhouders B, C en D wordt uitgebracht. Men zij er echter op bedacht dat hier slechts sprake kan zijn van een bindende voordracht tot benoeming. De benoeming als zodanig dient te geschieden door de algemene vergadering van aandeelhouders, terwijl deze het bindende karakter aan de voordracht kan ontnemen bij een besluit genomen met een meerderheid van 2/3 der uitgebrachte stemmen, vertegenwoordigend meer dan de helft van het geplaatste kapitaal.

2. de stichting

Indien gekozen wordt voor een stichting met een Raad van toezicht bestaat de mogelijkheid om vertegenwoordigers van de participanten in de Raad van toezicht zitting te laten nemen. Aan de Raad van Toezicht kunnen verschillende bevoegdheden worden toegekend zoals bijv het benoemen, schorsen en ontslaan van bestuurders. De bevoegdheden van de Raad van toezicht mogen echter niet zover gaan dat deze nagenoeg overeenkomen met de bevoegdheden van de ledenvergadering van een vereniging. In dat geval dient de rechtspersoon zelf ook daadwerkelijk een vereniging te zijn.

Conclusie

Indien het doel van de nieuwe entiteit de exploitatie op zich is waarbij de behaalde winsten zoveel mogelijk aan één van de participanten ten goede dienen te komen is de BV het meeste geschikt.

Dit zou anders kunnen zijn indien het doel van de nieuwe entiteit het stimuleren en (doen) ontwikkelen van de natuur in de groeve is, waarbij de exploitatie van de overgangszone slechts één van de middelen is om het doel te bereiken. In dat geval zou de rechtsvorm van stichting overwogen kunnen worden. Nadeel is echter dat de stichting in beginsel geen uitkeringen mag doen aan leden van haar organen. Uitkering aan Vereniging

Natuurmonumenten, die deeluitmaakt van bijv. de Raad van toezicht van de stichting is in dat geval problematisch.

Het overdragen van het aandeel van de participanten in een stichting is bovendien niet mogelijk omdat een stichting geen aandelen kent zoals een BV die kent. Wel is het mogelijk om door middel van een statutenwijziging van de stichting de zeggenschap van een bepaalde participant "in te ruilen" voor de zeggenschap van een nieuwe participant.

Door middel van het creëren van soort aandelen bij de BV is het mogelijk dat nagenoeg alle exploitatiewinst van de overgangszone bij een van de participanten, te weten Vereniging Natuurmonumenten, terecht kan komen (terwijl alle participanten toch evenveel stemrecht hebben). Hiermee is echter nog niet gezegd dat Vereniging Natuurmonumenten deze gelden ook daadwerkelijk besteedt aan de natuurontwikkeling in de groeve. De participanten kunnen over het bestedingsdoel nadere afspraken maken in een separate aandeelhoudersovereenkomst. De afspraken zouden bijv. kunnen zijn:

- Vereniging Natuurmonumenten is verplicht om de gelden die afkomstig zijn uit de BV te gebruiken voor de groeve;
- De overige participanten krijgen ieder jaar een overzicht van de Vereniging Natuurmonumenten wat er met de gelden is gebeurd;
- Indien blijkt dat de gelden niet besteed zijn aan de natuurontwikkeling in de groeve is Vereniging Natuurmonumenten verplicht om de door haar gehouden aandelen aan te bieden aan de overige participanten (aandeelhouders).

Deze afspraken zouden ook al opgenomen kunnen worden in de toetredingsovereenkomst. In de toetredingsovereenkomst wordt in ieder geval geregeld wanneer en onder welke voorwaarden Vereniging Natuurmonumenten te zijner tijd zal toetreden. Tevens kan worden overeengekomen dat tot aan het moment van toetreding van Vereniging Natuurmonumenten de winst niet aan de aandeelhouders wordt uitgekeerd maar wordt herinvesteerd in de BV.

Men realiseer zich overigens dat de overdracht van een pakket aandelen door de participanten aan Vereniging Natuurmonumenten te zijner tijd voor zowel ENCI als Vereniging Natuurmonumenten grote fiscale gevolgen kan hebben. Dat geldt niet alleen in de situatie dat de aandelen verkocht worden tegen een reële prijs maar ook in de situatie dat de aandelen geschonken worden.