

226. Uitkeringsruimte bij de houdstercoöperatie

MR. P.H.N. QUIST

Houdstercoöperaties komen nog steeds veel voor in internationale structuren. Een wettelijke regeling ten aanzien van de uitkeringsruimte van coöperaties zoals de wet die voor de NV en de BV kent, ontbreekt. De vraag komt dan ook op wat de grenzen zijn aan de uitkeringsruimte van een (houdster)coöperatie en hoe de statutaire regeling van de uitkeringsruimte van een houdstercoöperatie zou kunnen worden vormgegeven.

Inleiding

Onder een houdstercoöperatie¹ wordt een coöperatie verstaan die geen andere activiteit uitoefent dan het houden van aandelen in een deelneming. Dat in tegenstelling tot de klassieke coöperatie die zelf een onderneming – bijvoorbeeld een zuivelfabriek – uitoefent of door een dochtervennootschap doet uitoefenen. In veel gevallen is deze door de houdstercoöperatie gehouden deelneming een BV. De achtergrond van deze wijze van structureren van het belang in een BV is veelal fiscaal. Hierna zal ik allereerst in het kort die fiscale achtergrond schetsen en wat daarin per 1 januari 2018 is veranderd. Vervolgens zal ik stilstaan bij de vraag of een houdstercoöperatie binnen de wettelijke definitie past, beschrijf ik veelvoorkomende statutaire regelingen omtrent uitkeringen bij de houdstercoöperatie, behandel ik de uitkeringsruimte van een houdstercoöperatie en de invloed van wettelijke en statutaire reserves daarop, behandel ik mogelijke statutaire regelingen ter optimalisering van de uitkeringsmogelijkheden en sta ik stil bij tegenstrijdig belang bij uitkeringen door de coöperatie. Een samenvatting besluit dit artikel.

Enkele fiscale achtergronden

De Wet op de dividendbelasting 1965 verplicht in Nederland gevestigde vennootschappen met een in aandelen verdeeld kapitaal (zoals NV's en BV's) tot het inhouden van dividendbelasting op uitdelingen aan aandeelhouders. Een coöperatie is geen vennootschap en heeft in beginsel geen in aandelen verdeeld kapitaal. Bij een coöperatie wordt de

persoonlijke samenwerking tussen de coöperatie en haar leden geacht voorop te staan; de leden treden niet slechts op als kapitaalverschaffers. Behoudens specifieke misbruiksituaties² was een coöperatie daarom niet inhoudingsplichtig voor de dividendbelasting. Door deze effectieve vrijstelling van dividendbelasting is de coöperatie de afgelopen twintig jaar ontdekt als aantrekkelijke rechtsvorm om te gebruiken als (tussen)houdstermaatschappij in internationale investeringsstructuren. In de ogen van de Europese Commissie moest deze uitzonderingspositie voor coöperaties – voor zover deze werden gebruikt als (tussen)houdstermaatschappijen – echter mogelijk als illegale staatssteun worden aangemerkt. Per 1 januari 2018 is de Wet op de dividendbelasting 1965 daarom aangepast en zijn houdstercoöperaties inhoudingsplichtig voor de dividendbelasting door een wettelijke gelijkstelling van houdstercoöperaties met vennootschappen en van ledenbelangen met aandelen. Klassieke coöperaties, zoals inkoop- of productiecoöperaties, blijven nog steeds buiten het bereik van de dividendbelasting.³ Om de impact van de nieuwe regels te verzachten, hebben veel houdstercoöperaties hun winstreserves aan het einde van 2017 uitgekeerd, nog zonder inhouding van dividendbelasting. In sommige gevallen hebben de leden de ontvangen uitkering weer als kapitaal teruggestort in de coöperatie. Gestort kapitaal kan in de toekomst in beginsel zonder inhouding van dividendbelas-

1 Ook wel aangeduid als investeringscoöperatie (*Asser/Rensen 2-III* 2017/228), concerncoöperatie (P.C.S. van der Bijl, 'De coöperatie als houdstermaatschappij; houdstercoöperatie en concerncoöperatie', *Ondernemingsrecht* 2010, 23) of beleggingscoöperatie (J.B.W.M. Kemperink, *Vraagstukken rond (terug)storting op NV/BV-aandelen en van coöperatierecht*, Deventer: Kluwer 2006, par. 4.3.2). Zie nader R.W. Clumpkens & L.M. Kooi, 'Pandrecht op lidmaatschapsrechten in een coöperatie: een onzekere zekerheid', *Ondernemingsrecht* 2012/79.

2 Misbruiksituaties betreffen de situaties waarin sprake is van het tussen-schuiven van een coöperatie zonder reële betekenis om fiscale redenen. Artikel 1, lid 7 Wet op de dividendbelasting 1965 (oud) gaf aan dat inhoudingsplichtig voor de dividendbelasting was: de coöperatie die (in) direct aandelen houdt met als hoofddoel of één van de hoofddoelen het ontgaan van dividendbelasting of buitenlandse belasting bij een ander, waar sprake is van een kunstmatige constructie of reeks van constructies.

3 Zie over deze wetswijziging bijvoorbeeld M. Beudeker & E.M.J. Kastrop, 'Fiscaliteit & de coöperatie', in: M. Beudeker e.a./J. Nijland & D.F.M.M. Zaman, *De coöperatie anno 2017. Verslag van het op 12 september 2017 te Leiden gehouden symposium van KNB, VOC en Universiteit Leiden* (Ars Notariatus nr. 166), Deventer: Wolters Kluwer 2018, par. 2.4.3 en H. Koster, 'Wetsvoorstel over inhoudingsplicht voor houdstercoöperaties', *Ondernemingsrecht* 2018/7.

ting weer worden terugbetaald aan de leden, net zoals dat bij kapitaalvennootschappen het geval is.

Past een houdstercoöperatie binnen de wettelijke definitie?

Artikel 2:53 lid 1 BW definieert de coöperatie als een ‘bij notariële akte als coöperatie opgerichte vereniging’. Zij moet zich, zo schrijft dit artikellid voor, blijkens de statuten ten doel stellen in bepaalde stoffelijke behoeften van haar leden te voorzien krachtens overeenkomsten, anders dan van verzekering, met hen gesloten in het bedrijf dat zij te dien einde te hunnen behoeve uitoefent of doet uitoefenen. Ingevolge art. 2:53a lid 1 BW zijn de bepalingen van Titel 2 (Verenigingen, art. 2:26-52 BW) op de coöperatie van toepassing, met uitzondering van de art. 2:26 lid 3 BW en 2:44 lid 2 BW. Dit betekent dat een coöperatie, anders dan een vereniging, wel winst onder haar leden mag verdeelen (art. 2:26 lid 3 BW) en dat het bestuur, ook als dit niet uit de statuten voortvloeit, in beginsel bevoegd is te besluiten tot het verkrijgen van registergoederen en het aangaan van de overige in art. 2:44 lid 2 BW genoemde rechtshandelingen.

Inmiddels wordt algemeen aangenomen dat de houdstercoöperatie binnen de wettelijke definitie past

Een vraag die opkomt is of het houden van aandelen door een coöperatie nu valt onder ‘het bedrijf dat zij te dien einde te hunnen behoeve uitoefent of doet uitoefenen’. Met andere woorden: is het houden van aandelen te kwalificeren als een bedrijfsmatige activiteit? Aanvankelijk werd dat betwijfeld, maar inmiddels wordt algemeen aangenomen dat ook houdsteractiviteiten als bedrijfsmatig in de zin van de wettelijke omschrijving kunnen worden beschouwd.⁴ Houdstercoöperaties hebben niet zelden maar één lid. Een vereniging, en dus ook een coöperatie, komt tot stand bij meerzijdige rechtshandeling. Er dienen dus ten minste twee oprichters te zijn. Dit vereiste komt voort uit de associatiegedachte: personen verenigen zich en richten een rechtspersoon op die is gericht op een bepaald doel. De oprichters worden doorgaans ook de eerste leden. Dat is echter geen vereiste. De eerste leden kunnen anderen zijn dan de oprichters. In veel gevallen treedt een van de leden terug na oprichting. Hoewel het uitgangspunt van een vereniging en dus ook van een coöperatie de associatie van meer dan één persoon als lid is, houdt een vereniging of coöperatie niet op te bestaan zodra zij maar één lid heeft. Artikel 2:310 lid 4, tweede zin, BW geeft een wettelijk aanknopingspunt

voor het kunnen bestaan van een coöperatie met één lid: een verkrijgende stichting, NV of BV kan ook fuseren met een coöperatie waarvan zij het enige lid is. Een coöperatie met één lid is dus niet ondenkbaar, althans, in ieder geval niet in het licht van een fusie waarbij zij verdwijnt.⁵ Bovendien bepaalt art. 2:19 lid 1 sub d BW dat een vereniging of coöperatie pas wordt ontbonden ‘door het geheel ontbreken van leden’. Dit artikel dient zo te worden gelezen dat indien er in het geheel geen leden *zijn* (dus zelfs niet één lid) de coöperatie wordt ontbonden. Die ontbinding geschiedt op verzoek door de rechtbank als omschreven in art. 2:19 lid 2 BW.

Een houdstercoöperatie verschilt in wezen niet van de klassieke coöperatie; er wordt geboerd met geld

Het principe van een houdstercoöperatie is niet wezenlijk anders dan dat van een klassieke coöperatie, zoals een melkveehouderscoöperatie. Bij zo’n klassieke coöperatie zijn melkveehouders de leden. Zij gaan een overeenkomst aan met de coöperatie, dan wel met een door de coöperatie gecontroleerde entiteit. De inhoud van deze overeenkomst is dat afspraken worden gemaakt over hoeveelheden, kwaliteit en prijs van de door de leden aan te leveren melk. De coöperatie (of een dochtermaatschappij daarvan) verwerkt deze melk tot producten die zij verkoopt. De winst komt de leden ten goede volgens een in de of in de overeenkomst tussen de coöperatie en het lid vastgelegde sleutel.⁶ De houdstercoöperatie werkt niet principieel anders, alleen zijn de melkveehouders investeerders (‘geldboeren’) die de coöperatie de middelen verstrekken om daarmee vermogenswinst te behalen door het verwerven van een of meer renderende deelnemingen. Er wordt een overeenkomst tussen de coöperatie en de leden aangegaan waarin de terbeschikkingstelling van gelden door de leden aan de coöperatie wordt vastgelegd alsook de besteding van deze gelden. In de statuten wordt doorgaans bepaald dat de leden gerechtigd zijn tot

4 P.J. Dortmond, ‘Enkele specifieke kenmerken van de coöperatie nader belicht’, in: Beudeker e.a./Nijland & Zaman, *De coöperatie anno 2017* (AN nr. 166) 2018, par. 4.9, *Asser/Rensen 2-III 2017/224* en Van der Bijl, *Ondernemingsrecht* 2010, 23. Zie ook: HR 13 januari 1966, *NJ 1966*, 189 (*Mariahoeve*).

5 Dortmond (2018), par. 4.2. Dortmond meent overigens dat wanneer een coöperatie het lidmaatschap (blijvend) wil beperken tot één lid, zonder het lidmaatschap voor anderen open te stellen, zij geen coöperatie is en ontbinding op grond van art. 2:21 lid 1 sub c BW kan volgen.

6 Als de statuten geen winstbestemmingsregeling bevatten, is de algemene vergadering bevoegd tot het bepalen van de winstbestemming (*Asser/Rensen 2-III 2017/226*). Een winstverdelingsregeling kan bij de statuten, maar m.i. ook krachtens de statuten. Idealiter zou m.i. in grote lijnen de grondslag van de winstverdeling uit de statuten moeten blijken. Uitwerking zou dan buiten de statuten kunnen plaatsvinden, in een reglement of in een overeenkomst met de leden. Vgl. HR 12 juni 2015, *«JOR» 2016*, 86 m.nt. M.A.J. Cremers (*D.O.C. Kaas*), in welke uitspraak de Hoge Raad mogelijk achtte dat een statutaire uittrederegeling als bedoeld in art. 2:60 BW niet in detail in de statuten hoeft te worden uitgewerkt. Voldoende is dat de (financiële) verplichting bij uittreding in de statuten is opgenomen, kenbaar is en vervolgens voldoende bepaalbaar is. Zie hierover ook *Asser/Rensen 2-III 2017/241*. Betoogd zou m.i. zelfs kunnen worden dat ook een winstverdelingsregeling buiten de statuten zou kunnen plaatsvinden zonder statutaire aanknopingspunten, al is de vraag of dat wenselijk zou zijn.

winst van de coöperatie naar rato van de door ieder van hen ter beschikking gestelde bedragen welke in veel gevallen worden bijgeschreven op de respectievelijke ledenrekeningen. Zulke ledenrekeningen geven het door de leden aan de coöperatie als eigen vermogen van de coöperatie ter beschikking gestelde kapitaal weer, zoals aandelenkapitaal dat bij een NV of een BV weergeeft.

Veelvoorkomende statutaire regelingen bij de houdstercoöperatie

In de statuten van houdstercoöperaties wordt meestal slechts de toedeling en uitkering van winst geregeld. Vaak is de regeling aldus dat ieder van de leden gerechtigd is tot de winst zoals deze uit de jaarrekening blijkt naar evenredigheid van het saldo van de ledenrekeningen per het moment van uitkering. Over uitkeringen anders dan van winst reppen de statuten veelal niet. De reden hiervoor is mogelijk dat art. 2:53a lid 1 BW bepaalt dat de bepalingen van Titel 2 (Verenigingen) op de coöperatie van toepassing zijn, echter met uitzondering van de art. 2:26 lid 3 BW en 2:44 lid 2 BW. Artikel 2:26 lid 3 BW bepaalt dat een vereniging geen winst onder haar leden mag verdelen. Een coöperatie is dat dus wel toegestaan. Maar er zijn natuurlijk ook andere uitkeringen denkbaar dan winstuitkeringen. Een statutaire regeling voor andere uitkeringen dan die van winst ontbreekt in veel gevallen. In de gevallen dat de statuten wel in andere uitkeringen dan die van winst voorzien, is veelal bepaald dat uitkeringen anders dan van winst ten laste van de ledenrekeningen komen als was het een terugbetaling van ingelegd kapitaal. In die zin is het dan moeilijk denkbaar dat de ledenrekeningen een negatief saldo zouden kunnen hebben, hetgeen dan tot gevolg zou hebben dat uitkeringen anders dan winstuitkeringen slechts tot maximaal het saldo van de ledenrekening van het desbetreffende lid zouden kunnen geschieden.

De statuten van veel houdstercoöperaties voorzien niet in afdoende regelingen voor het doen van andere uitkeringen dan die van winst

Wanneer de statuten slechts in de uitkering van winst voorzien, rijst de vraag of ook andere uitkeringen denkbaar zijn, en zo ja, of deze dan altijd ten laste van de ledenrekeningen dienen te worden gebracht en of uitkeringen dus zouden zijn gemaximeerd tot het saldo van de ledenrekeningen. Een zodanige statutaire regeling zou zo kunnen worden gelezen dat uitkeringen zijn beperkt tot uitkeringen van winst respectievelijk tot het saldo van de ledenrekeningen. Wijziging van de statuten in de zin dat de algemene vergadering kan besluiten naast winstuitkeringen ook andere uitkeringen te doen welke het saldo van de ledenrekeningen kunnen overtreffen, is naar ik meen aangewezen wanneer een uitkering, anders dan van winst, die het saldo van de

ledenrekeningen overtreft is voorzien. Het lijkt daarbij voor de hand te liggen aan te knopen bij de wettelijke regeling voor uitkeringen door een BV, omdat een houdstercoöperatie doorgaans goeddeels als een houdster-BV is ingericht en functioneert. Alvorens daartoe te concluderen, dient te worden onderzocht wat de uitkeringsruimte bij de coöperatie in algemene zin is.

De uitkeringsruimte bij de coöperatie op grond van de wet

Anders dan voor de NV en de BV, voorziet de wet niet in een regeling die uitkering aan de leden bij de coöperatie beperkt. Voor de NV bepaalt art. 2:105 lid 2 BW dat uitkeringen slechts kunnen geschieden voor zover haar eigen vermogen groter is dan het bedrag van het gestorte en opgevraagde deel van het kapitaal, vermeerderd met de reserves die krachtens de wet of de statuten dienen te worden aangehouden. Voor de BV bepaalt art. 2:216 lid 1 BW dat uitkeringen kunnen geschieden voor zover het eigen vermogen groter is dan de reserves die krachtens de wet of de statuten moeten worden aangehouden. Voorts voorziet de BV-wetgeving in art. 2:216 lid 2 BW in een liquiditeits-toets: een besluit tot uitkering heeft geen gevolgen zolang het bestuur geen goedkeuring heeft verleend. Het bestuur weigert deze goedkeuring slechts indien het weet of redelijkerwijs behoort te voorzien dat de vennootschap na de uitkering niet zal kunnen blijven voortgaan met het betalen van haar opeisbare schulden.⁷ Nu de wet bij de coöperatie op geen enkele wijze voorziet in een beperking van de uitkeringsruimte, is deze naar ik meen in beginsel onbeperkt. Wel kan een besluit tot uitkering of de uitvoering van zo'n besluit onrechtmatig zijn jegens de crediteuren van de coöperatie.⁸

Wettelijke en statutaire reserves en uitkeringsruimte

Wat zou het gevolg zijn van wettelijke of statutaire reserves op de uitkeringsruimte van een coöperatie? Wettelijke reserves, zoals een herwaarderingsreserve of een reserve deelnemingen, kunnen zich bij een coöperatie evengoed voordoen als bij andere rechtspersonen.⁹ Voor de NV en de BV bepaalt de wet dat een wettelijke reserve de uitkeringsruimte beperkt (art. 2:105 lid 2 respectievelijk art. 2:216 lid 1 BW). Voor de coöperatie bepaalt de wet hieromtrent vrijwel niets. Artikel 2:360 lid 1 BW bepaalt dat Titel 9 (De jaarrekening en het bestuursverslag) ook geldt voor de coöperatie. Ook de coöperatie kan wettelijke reserves hebben als bedoeld in art. 2:373 lid 1 sub c en d BW. Dat

7 Zie ook hierna onder 7.

8 HR 8 november 1991, NJ 1992, 174, m.nt. J.M.M. Maeijer (*Nimox*) en HR 6 februari 2004, «JOR» 2004, 67, m.nt. F.J.P. van den Ingh (*Reinders Didam*). Eveneens: *Asser/Rensen 2-III* 2017/226 en Assink | Slagter 2013 (Deel II), § 84.

9 Dit geldt echter niet voor de reserves ex art. 2:67a lid 2 en lid 3 BW en art. 98c lid 4 BW; deze reserves zijn slechts mogelijk bij NV's.

blijkt met zoveel woorden ook uit art. 2:58 lid 4 BW dat voor de coöperatie bepaalt dat ten laste van de door de wet voorgeschreven reserves een tekort slechts mag worden gedelgd voor zover de wet dat toestaat. Ik meen dat uit de aanwezigheid van een wettelijke reserve als zodanig voortvloeit dat een rechtspersoon, van welke soort dan ook, eigen vermogen dient aan te houden ten belope van de wettelijke reserves.¹⁰ Dit geldt dus ook voor de coöperatie. Ten aanzien van enkele wettelijke reserves bepaalt de wet dat deze in kapitaal kunnen worden omgezet, te weten de reserve deelnemingen (art. 2:389 lid 6 BW) en de herwaarderingsreserve (art. 2:390 lid 2 BW). Dat de wet dit slechts ten aanzien van deze twee soorten wettelijke reserves bepaalt, betekent mijns inziens overigens niet dat andere wettelijke reserves daarmee bij voorbaat niet in kapitaal zouden kunnen worden omgezet.¹¹ Omzetting van een wettelijke reserve in kapitaal brengt met zich mee dat de wettelijke reserve ophoudt te bestaan en daarmee ook de grens die aan de uitkeringsruimte is gesteld. Dat is overigens tijdens de parlementaire behandeling van de Wet flexibilisering BV-recht nadrukkelijk onderkend en niet als onaanvaardbaar aangemerkt.¹² Zou een wettelijke reserve, zoals deze bij een kapitaalvennootschap in kapitaal kan worden omgezet¹³, ook bij een coöperatie in ledenbelang kunnen worden omgezet door het saldo daarvan toe te voegen aan de ledenrekeningen? Nu de houdstercoöperatie doorgaans goeddeels als een houdster-BV is ingericht en het saldo op de ledenrekening in veel gevallen het door de leden aan de coöperatie ter beschikking gestelde eigen vermogen weer geeft, meen ik dat dit inderdaad mogelijk is.

Onder een statutaire reserve, zoals bedoeld in de hiervoor genoemde wettelijke uitkeringsbepalingen voor de BV en NV, dient niet iedere reserve waarin de statuten voorzien te worden begrepen. Zo zullen afzonderlijk in de statuten voorziene reserves verbonden aan een bepaalde soort aandelen of aan bepaalde soorten leden, zoals afzonderlijke agio- of winstreserves, niet hoeven te worden beschouwd als statutaire reserves. Dat is pas het geval als de statuten voorschrijven dat bepaalde reserves dienen te worden aangehouden, bijvoorbeeld door de reservering van winst tot een bepaald bedrag. Dergelijke statutaire reserves komen niet veel voor en zijn ook bij coöperaties zeldzaam. Ik meen dat statutaire reserves alleen in kapitaal kunnen worden omge-

zet als dit uit de statuten blijkt.¹⁴ Wanneer de statuten van een coöperatie zonder meer bepalen dat uitkeringen aan de leden ten laste van de ledenrekeningen kunnen geschieden, rijst de vraag of de statuten daarmee de uitkeringsruimte beperken tot het saldo van de ledenrekeningen. Ik denk dat dit inderdaad zo kan worden gezien, zeker waar het saldo van de ledenrekeningen de grondslag vormt voor de gerechtigdheid tot uitkeringen, dan wel het aantal door een lid uit te brengen stemmen. De statuten dienen dan te worden aangepast teneinde uitkeringen te kunnen doen die het saldo van de ledenrekeningen overstijgen.

Statutaire regeling ter optimalisering van uitkeringsruimte

Nu een houdstercoöperatie veel overeenkomsten vertoont met een houdster-BV, verdient het overweging de uitkeringsregeling van een houdstercoöperatie in te richten zoals die van een BV. Op grond van de wettelijke uitkeringsregeling van de BV kan deze alle uitkeringen doen, tenzij de vennootschap wettelijke of statutaire reserves kent, in welk geval eigen vermogen dient te worden aangehouden ten belope van deze reserves. Dat is bepaald in art. 2:216 lid 1 BW, maar vloeit als hiervoor onder 6. betoogd, ook voort uit het wezen van de wettelijke, respectievelijk statutaire reserve als zodanig. Voorts bepaalt de wet voor de BV dat een besluit tot uitkering geen gevolg heeft zolang het bestuur geen goedkeuring heeft verleend. Het bestuur weigert die goedkeuring slechts indien het weet of redelijkerwijs behoort te voorzien dat de vennootschap na de uitkering niet zal kunnen blijven voortgaan met het betalen van haar opeisbare schulden. Deze regeling vormt een weerslag van de rechtspraak op dit punt.¹⁵ Hoewel dit niet voor andere rechtspersonen in de wet is bepaald, wordt wel gemeend dat het bestuur niet dient mee te werken aan uitkeringen die het betalingsvermogen van de rechtspersoon in gevaar brengen en zelfs dat het bestuur binnen zijn vermogen datgene dient te doen om een zodanige uitkering te voorkomen.¹⁶ Dit overwegende lijkt een statutaire regeling bij de coöperatie overeenkomstig de wettelijke regeling van uitkeringen bij de BV geen onlogisch uitgangspunt. Als orgaan dat tot uitkering kan besluiten, lijkt mij bij uitstek de algemene vergadering aangewezen.¹⁷ Statutair kan dan verder worden bepaald dat een besluit tot uitkering geen gevolgen heeft indien het bestuur daaraan geen goedkeu-

¹⁰ Zie ook art. 2:58 lid 4 BW, 2:104 BW en 2:215 BW.

¹¹ Zie ook P.J. Dortmond, E.J.J. van der Heijden & W.C.L. van der Grinten. *Handboek voor de Naamloze en Besloten Vennootschap*, Deventer: Kluwer 2013, p. 754, P. van Schilfgaarde, J.D.M. Schoonbrood, J.W. Winter & J.B. Wezeman, *Van de BV en de NV*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, par. 108, P.H.N. Quist, *Conversie en aandelen*, Deventer: Wolters Kluwer 2018, Hfst. 11, p. 185 e.v. en eerder P.H.N. Quist, 'Conversie van reserves in aandelen', *«TOP»* 2015/269.

¹² *Kamerstukken II* 2008/09, 31 058, 6, p. 49-50. Zie ook P.H.N. Quist, 'Uitkeren & turboliquideren', *WPNR* 2017, nr. 7141, p. 222.

¹³ Zie ook Quist (2018), p. 200 e.v.

¹⁴ Zie ook: Quist (2018), p. 194 e.v. en eerder Quist (2015), p. 27. Anders: Dortmond (2013), p. 754, en Asser/*Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIa* 2013/182, die ervan uitgaan dat statutaire reserves in kapitaal kunnen worden omgezet tenzij de statuten dit verbieden. Assink | Slagter 2013 (Deel II), p. 578, is van mening dat statutaire reserves om te zetten zijn in kapitaal, afhankelijk van de inhoud ervan die door uitleg dient te worden vastgesteld.

¹⁵ HR 8 november 1991, *NJ* 1992, 174, m.nt. J.M.M. Maeijer (*Nimox*) en HR 6 februari 2004, *«JOR»* 2004, 67, m.nt. F.J.P. van den Ingh (*Reinders Didam*).

¹⁶ Zie bijvoorbeeld Asser/*Rensen 2-III* 2017/226 en Assink | Slagter 2013 (Deel II), § 84 met betrekking tot de coöperatie.

¹⁷ Zie ook Asser/*Rensen 2-III* 2017/226.

ring verleent en dat het bestuur deze goedkeuring slechts kan weigeren indien het weet of redelijkerwijs behoort te voorzien dat de coöperatie na de uitkering niet zal kunnen blijven voortgaan met het betalen van haar opeisbare schulden. In de gevallen waarin wordt gemeend dat deze nadrukkelijke verantwoordelijkheid niet bij het bestuur dient te berusten, of teneinde een tegenstrijdig belang van het bestuur te voorkomen, kan worden overwogen deze statutair vereiste goedkeuring door het bestuur achterwege te laten.

De praktijk moet alert zijn op de ouderwetse tegenstrijdig belangregeling zoals die nog voor de coöperatie geldt

Voorts dient te worden bepaald dat uitkeringen niet ten laste van de ledenrekeningen behoeven te worden gebracht. De saldi op deze ledenrekeningen zijn te beschouwen als het door de leden aan de coöperatie ter beschikking gesteld eigen vermogen. Een uitkering ten laste van de ledenrekeningen valt in die zin te beschouwen als een (gedeeltelijke) teruggave van de inleg. Nu de saldi op de ledenrekeningen doorgaans de gerechtigdheid tot winst en andere uitkeringen weergeven, en soms ook de grondslag voor het aantal door de leden uit te brengen stemmen bepalen, is dan ook aan te raden statutair te regelen dat uitkeringen (deels) ten laste van het saldo op de ledenrekeningen kunnen worden gebracht, maar ook ten laste van een andere reserve, dan wel kunnen worden verantwoord als een negatieve uitkeringsreserve. Het uitkeringsbesluit moet dan bepalen hoe de uitkering dient te worden geboekt.

Tegenstrijdig belang als aandachtspunt

Bedacht dient te worden dat de regeling van tegenstrijdig belang voor de coöperatie nog gestoeld is op art. 2:47 BW, met als bijzondere uitwerking daarvan art. 2:57 lid 4 BW. Hoewel de tekst van art. 2:47 BW iets afwijkt van de tekst van de thans vervallen art. 2:146/256 BW, wordt de regeling van art. 2:47 BW geacht dezelfde strekking te hebben als de toenmalige regeling voor de NV en de BV.¹⁸ De tegenstrijdig belangregeling van de coöperatie wordt thans dus beheerst door de tegenstrijdig belangregeling zoals deze tot 1 januari 2013 voor de NV en de BV gold. Dat betekent dat tegenstrijdig belang van een van de bestuurders een tegenstrijdig belang van alle bestuurders impliceert en dat de algemene vergadering dan een of meer personen kan aanwijzen om de coöperatie te vertegenwoordigen. Dit recht kan niet in de statuten worden 'weggeschreven'. Waar de statuten aan het bestuur opdragen een besluit tot uitkering van de algemene vergadering goed te keuren alvorens tot uitkering kan worden over gegaan, kan dit voor een aan een lid van de coöperatie gelieerde bestuurder

een tegenstrijdig belang met zich brengen. Over de vraag of hier van een tegenstrijdig belang sprake kan zijn gezien de beperkte beoordelingsruimte van het bestuur (dat ingevolge een statutaire regeling overeenkomstig die van de BV slechts zijn goedkeuring kan weigeren indien het weet of redelijkerwijs behoort te voorzien dat de coöperatie na de uitkering niet zal kunnen blijven voortgaan met het betalen van haar opeisbare schulden), is de vraag.¹⁹ Bedacht dient te worden dat het tegenstrijdig belang van de bestuurders van een coöperatie niet ziet op de besluitvorming, maar op de vertegenwoordiging. Een besluit tot goedkeuring van de uitkering wordt bij de coöperatie naar huidig recht dus niet door een tegenstrijdig belang geraakt; de vertegenwoordiging van de coöperatie ter uitvoering van het uitkeringsbesluit echter wel. Dit probleem kan vaak eenvoudig worden ondervangen gezien het doorgaans beperkte aantal leden. Los daarvan dient de algemene vergadering toch tot uitkering te besluiten; in dat besluit kan ook een eventueel tegenstrijdig belang van een of meer bestuurders – en daarmee van het gehele bestuur – worden geadresseerd. Het verdient dan aanbeveling dat de algemene vergadering voor het geval er van een tegenstrijdig belang van een bestuurder sprake zou zijn, de bestuurders aanwijst om de coöperatie te vertegenwoordigen overeenkomstig de statutaire regeling van de vertegenwoordiging door bestuurders. Dan wordt de coöperatie altijd juist vertegenwoordigd, zowel in het geval van tegenstrijdig belang als in het geval dat er toch geen tegenstrijdig belang mocht blijken te zijn geweest. Indien en zodra de Wet bestuur en toezicht rechtspersonen overeenkomstig het thans voorliggende ontwerp²⁰ is ingevoerd, zal ook voor de coöperatie, de tegenstrijdig belang-

18 Zie bijvoorbeeld G.J.C. Rensen, T&C Burgerlijk Wetboek, art. 2:47 BW, aant. 1 (laatst bijgewerkt 1 juli 2017).

19 F. Leijten, 'Tegenstrijdig belang: een corporate governance kluit', in: M. Lückerath-Rovers e.a. (red.), *Jaarboek Corporate Governance 2012/2013*, Deventer: Kluwer 2012, p. 99, meent dat de norm van de uitkeringstest te duidelijk omlijnd is en de tegenstrijdig belangregeling daarom geen rol speelt. H. Koster, 'Winst(uitkeringen) bij de BV ontleed', *WPNR* 2016, nr. 7117, p. 633-634, vindt dat wel sprake kan zijn van een tegenstrijdig belang, maar dat de tegenstrijdig belangregeling toch niet van toepassing is. R.E.H. Canisius & M.B.F. Canisius, 'De verhouding tussen de uitkeringstest en de tegenstrijdigbelangregeling opnieuw belicht', *TvOB* 2015, nr. 4, p. 150, geven aan dat het wenselijk is dat de wetgever de verhouding tussen de uitkeringstest en de tegenstrijdig belangregeling verduidelijkt door de tegenstrijdig belangregeling buiten toepassing te verklaren waar het gaat om uitkeringen aan aandeelhouders. B.C. Cornelisse, 'Tegenstrijdig belang en de uitkeringstest van artikel 2:216', *TvOB* 2013, nr. 6, p. 217-218, meent dat er zich in het kader van de uitkeringstest geen tegenstrijdig belang kan voordoen. C.M. Stokkermans, 'Onverantwoorde uitkeringen', *WPNR* 2014, nr. 7011, p. 278 en B. Bier, 'Enkele mijmeringen over artikel 2:216 BW', *TvJ* 2014, nr. 4, p. 94, menen dat de tegenstrijdig belangregeling niet kan worden uitgeschakeld bij het geven van goedkeuring bij een uitkering. De onderzoekscommissie die zich bezig heeft gehouden met de evaluatie van de Wet bestuur en toezicht doet in dit verband de aanbeveling om de onzekerheid over de verhouding tussen de tegenstrijdig belangregeling en de wettelijke goedkeuringregeling van artikel 2:216 lid 2 BW weg te nemen (Wetenschappelijk evaluatieonderzoek naar de werking van de nieuwe bepalingen uit de Wet aanpassing regels bestuur en toezicht nv/bv van de Rijksuniversiteit Groningen (september 2017), p. 130-131 (bijlage bij *Kamerstukken II* 2017/18, 31 763, 22)).

20 Het wetsontwerp (*Kamerstukken II* 2015/16, 34 491, 2) is ten tijde van het schrijven van dit artikel in behandeling bij de Tweede Kamer.

regeling een interne besluitvormingsregeling worden zoals de huidige NV/BV-regeling.

Samenvatting

Waar de wet voor de NV en de BV een regeling kent ten aanzien van uitkeringen, ontbreekt een soortgelijke regeling voor de coöperatie. Een winstverdelingsregeling van een coöperatie kan bij maar ook krachtens de statuten worden vormgegeven. Een uitkering mag niet tot gevolg hebben dat de coöperatie niet langer aan haar opeisbare verplichtingen kan voldoen. Voor het overige is de uitkeringsruimte van een coöperatie in beginsel onbeperkt. Dat is anders als de coöperatie wettelijke en/of statutaire reserves kent. In die gevallen dient de coöperatie een eigen vermogen aan te

houden ten belope van die reserves. Er is geen reden om aan te nemen dat een herwaarderingsreserve of reserve deelnemingen bij een coöperatie niet zou kunnen worden omgezet in saldi van ledenrekeningen. Dat geldt ook voor sommige andere wettelijke reserves. De statuten van veel houdstercoöperaties voorzien slechts in een statutaire regeling van de uitkering van winst. Indien andere uitkeringen worden voorzien, verdient het aanbeveling de statuten hierop aan te passen. De wettelijke regeling zoals deze voor de BV geldt kan hier als uitgangspunt dienen. Tegenstrijdig belang is een punt van aandacht.

Over de auteur

Mr. P.H.N. Quist

Notaris verbonden aan Stibbe N.V.