

Turboliquidatie van een houdstercoöperatie

1. Inleiding

Houdstercoöperaties¹ komen met enige regelmaat voor in internationale structuren. Evenals entiteiten in groepsstructuren met andere rechtsvormen kan een houdstercoöperatie ophouden te bestaan door fusie, splitsing of ontbinding. Van ontbinding krachtens besluit is ‘turboliquidatie’ een veelvoorkomende vorm. Alvorens in de te gaan op de bijzonderheden die zich voordoen bij de turboliquidatie van een houdstercoöperatie sta ik stil bij enkele gezegde begrippen.

Ingevolge art. 2:53 BW is een coöperatie een bij notariële akte als coöperatie opgerichte vereniging. Zij moet zich 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. Art. 2:53a lid 1 BW bepaalt dat de bepalingen van Titel 2 (de regeling van de vereniging) op de coöperatie van toepassing zijn, met uitzondering van de art. 2:26 lid 3 BW (het verbod tot verdeling van winst onder haar leden) en 2:44 lid 2 BW (het voorschrift dat uit de statuten van een vereniging moet voortvloeien dat het bestuur bevoegd is te besluiten tot het aangaan van bepaalde overeenkomsten die van grote invloed kunnen zijn op het vermogen van de vereniging, zoals het verkrijgen, vervreemden en bezwaren van registergoederen en het aangaan van borgstellingen). Een coöperatie kan dus wel winst onder haar leden verdelen.

De wet kent alleen de coöperatie en maakt geen onderscheid tussen haar variëteiten. In de praktijk wordt onder een houdstercoöperatie een coöperatie verstaan die geen andere activiteit uitoefent dan het houden van aandelen in een deelneming. Dit in tegenstelling tot de klassieke coöperatie die zelf een onderneming – bijvoorbeeld een zuivelfabriek – uitoefent of door een dochtervennootschap doet uitoefenen. Of houdsteractiviteiten kwalificeren als bedrijfsuitoefening in de zin van de wettelijke definitie van de coöperatie in art. 2:53 lid 1 BW werd aanvankelijk betwijfeld, maar inmiddels wordt algemeen aangenomen dat ook houdsteractiviteiten als bedrijfsmatig in de zin van de wettelijke omschrijving kunnen worden beschouwd.² 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 vrijwel altijd fiscaal. Onder omstan-



Mr. P.H.N. Quist*

digheden is een coöperatie ten aanzien van haar winstuitkeringen niet inhoudingsplichtig voor de dividendbelasting.³

Turboliquidatie is evenmin een wettelijk begrip.⁴ Doorgaans wordt hiermee de ontbinding van een rechtspersoon bedoeld waarbij de rechtspersoon onmiddellijk ophoudt te bestaan omdat deze per het moment van ontbinding geen baten meer heeft, ongeacht of de rechtspersoon op dat moment schulden heeft (art. 2:19 lid 4 BW). De term turboliquidatie is in die zin onjuist omdat er in dat geval geen vereffening⁵ – ook geen versnelde –

* Notaris te Amsterdam, vaste medewerker van het WPNR.
(paul.quist@ggmlaw.com)

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. M.A.J. Cremers & E. Holtman, ‘Structuren en bestuursmodellen’, in: Hno deel 2 - vereniging, coöperatie en onderlinge waarborgmij (VDHI nr. 132-2) 2019/6.1.2 en 6.1.5, 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*). Zie ook P.H.N. Quist, ‘Uitkeringsruimte bij de houdstercoöperatie’, *TOP* 2018/3 nr. 226. Delen van die bijdrage zijn gebruikt bij het schrijven van dit artikel.
3. Voor iets meer fiscale achtergronden, zie Quist (2018), p. 28-29. Zie ook J.B.W.M. Kemperink & M.M. Oving, *Fiscale aspecten van de coöperatie*, in: Hno deel 2 - vereniging, coöperatie en onderlinge waarborgmij (VDHI nr. 132-2) 2019/Hoofdstuk 2.
4. Zie over turboliquidatie bij de vereniging en coöperatie bijvoorbeeld G.J.C. Rensen, ‘Ontbinding en vereffening’, in: Hno deel 2 - vereniging, coöperatie en onderlinge waarborgmij (VDHI nr. 132-2) 2019/12.3.2
5. De termen liquidatie en vereffening betekenen hetzelfde en gebruik ik door elkaar.

van het vermogen van de rechtspersoon plaatsvindt. Inmiddels wordt de term turboliquidatie ook – en mijns inziens wel juist – gebruikt voor de vereffening van het vermogen van een rechtspersoon met het oog op zijn ontbinding. Een liquidatie dus die aan het ontbindingsbesluit vooraf gaat en erop gericht is dat de rechtspersoon onmiddellijk per het ontbindingsbesluit zal ophouden te bestaan.⁶ Overigens kondigde de Minister voor Rechtsbescherming in de Kamerbrief van 7 oktober 2019 een wetsvoorstel ter verbetering van de positie van schuldeisers bij turboliquidatie aan. De Minister geeft daarin te kennen dat hij het van belang acht dat de wettelijke mogelijkheid van een turboliquidatie behouden blijft.⁷

Hierna zal ik stilstaan bij de vraag of een coöperatie met één lid denkbaar is en beschrijf ik veelvoorkomende statutaire regelingen omtrent uitkering bij de houdstercoöperatie. Voorts behandel ik de overdracht en beëindiging van het lidmaatschap door een uittredend lid, de uitkeringsruimte van een houdstercoöperatie en de invloed van wettelijke en statutaire reserves daarop, 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.

2. Een coöperatie met één lid?

Houdstercoöperaties hebben vaak niet meer dan twee leden, soms zelfs maar één lid. Wanneer een coöperatie twee leden heeft is er doorgaans één lid dat het overgrote deel van het ledenbelang en de daaraan gekoppelde winstrechten (en vaak ook stemrechten heeft) en één lid dat nauwelijks een belang in de coöperatie heeft. Een soort ‘excuuslid’ dat vooral lijkt te dienen om zoveel mogelijk aan de wettelijke omschrijving van de coöperatie, immers een bijzondere vorm van de vereniging⁸, te voldoen. In aanloop naar een turboliquidatie draagt veelal het ene lid zijn lidmaatschap en de hem toekomende lidmaatschapsrechten over aan het andere lid. Dit werpt vragen op omtrent de mogelijkheid van een coöperatie met één lid.⁹

Het kenmerk van een vereniging is de associatie. Zij wordt bij meerzijdige rechtshandeling opgericht (art. 2:26 lid 2 BW) en kan worden ontbonden bij het geheel ontbreken van leden (art. 2:19 lid 1 sub d BW). Voorts kan zij worden ontbonden op de overige in Titel 1 genoemde gronden, waaronder het geval dat de coöperatie niet onder de wettelijke omschrijving van haar rechtsvorm valt (art. 2:21 lid 1 sub a BW). Onder ‘het geheel ontbreken van leden’ dient te worden verstaan dat de vereniging geen enkel lid meer

heeft, dus niet het geval dat de vereniging nog slechts één lid heeft. Wel kan worden gesteld dat een vereniging, en daarmee de coöperatie, niet is bedoeld om maar een lid te hebben. Ook de oprichting bij meerzijdige rechtshandeling reflecteert de associatiegedachte.¹⁰ De vraag die vervolgens opkomt is of de vereniging/coöperatie daarmee niet (langer) onder de wettelijke omschrijving van haar rechtsvorm valt in de zin van art. 2:21 lid 1 sub a BW en daarmee voor ontbinding door de rechtbank in aanmerking komt. Ik geef toe dat een coöperatie met slechts één lid niet de gedroomde manifestatie van de associatiegedachte is, maar om te zeggen dat de coöperatie daarmee niet onder haar wettelijke omschrijving zou vallen voert mijns inziens te ver. Daarvoor worden doorgaans andere voorbeelden aangevoerd, zoals een stichting die ten doel heeft het doen van uitkeringen aan haar oprichters (of hiertoe, ongeacht de omschrijving van haar doel, toe overgaat) of een stichting met leden. Kortom, flagrante strijd met hetgeen de wet voor de betreffende rechtsvorm voorschrijft. Daarbij komt dat de wet een aanknopingspunt biedt voor de bestaanbaarheid van een vereniging/coöperatie met één lid: art. 2:310 lid 4 BW bepaalt dat een verkrijgende stichting, naamloze of besloten vennootschap ook kan fuseren met een vereniging, coöperatie of onderlinge waarborgmaatschappij *waarvan zij het enige lid is*. De wet onderkent dus uitdrukkelijk de mogelijkheid van de coöperatie met één lid, in ieder geval in het licht van een fusie waarbij zij verdwijnt.

6. Zie ook P.H.N. Quist, ‘Uitkeren & turboliquideren’, *WPNR* 2017, nr. 7141.
7. *Kamerstukken II* 2019/20, 29911, nr. 253. Verplichtingen die de Minister voorstelt zijn die tot het deponeren van een slotbalans met een bestuursverklaring waarom baten ontbreken, het algemeen bekendmaken van de voorgenomen turboliquidatie en het deponeren van jaarrekeningen over alle eerdere boekjaren. De Minister verwacht in de loop van 2020 een voorontwerp voor wetswijziging ter consultatie aan te bieden.
8. Omdat de coöperatie een bijzondere vorm van vereniging is, waarop ook de regeling van de vereniging, zij het met een enkele uitzondering, van toepassing is, spreekt ik soms van ‘coöperatie’, maar soms ook van ‘vereniging’ waar het bepalingen betreft die op alle wettelijke ‘verenigingsvormen’ van toepassing zijn.
9. Zie hierover ook M.A.J. Cremers & E. Holtman, ‘Structuren en bestuursmodellen’, in: Hno deel 2 - vereniging, coöperatie en onderlinge waarborgmij (VDHI nr. 132-2) 2019/6.2
10. Oprichters hoeven overigens geen lid te worden van de vereniging die zij oprichten. In de praktijk is dat vaak wel het geval.

3. Overdracht en beëindiging van het lidmaatschap door het uittredende lid

Zoals gezegd zal in het geval de coöperatie twee leden heeft in de aanloop naar de turboliquidatie het lid met het geminimaliseerde ledenbelang zijn aandeel doorgaans aan het andere lid overdragen. De titel op grond waarvan de levering van het lidmaatschap plaatsvindt kan variëren, maar koop blijkt in veel gevallen de meest passende. Ingevolge art. 2:34 lid 1 BW is het lidmaatschap persoonlijk, tenzij de statuten anders bepalen. De statuten van de houdstercoöperatie voorzien meestal in overdracht van het lidmaatschap. Naast de relatie tussen de coöperatie en het lid uit hoofde van het lidmaatschap bestaat er nog een contractuele verhouding tussen het overdragende lid en de coöperatie in de zin van art. 2:53a BW. Ook deze dient dan te worden overgedragen aan het andere lid. Het bijzondere is in dit geval dat de verkrijger – het andere lid – al lid van de coöperatie is en in een overeenkomstige contractuele verhouding tot de coöperatie staat als het overdragende lid. Wat wordt er dan precies overgedragen? In dit geval wordt naar ik meen alleen het belang van het overdragende lid ‘in’ de coöperatie overgedragen, waaronder de contractuele relatie tussen het overdragende lid en de coöperatie alsook zijn ‘ledenbelang’, waaronder dient te worden verstaan de verzameling van rechten die het overdragende lid jegens de coöperatie heeft op grond van haar statuten. Ter gelegenheid van deze overdracht, of onmiddellijk daaropvolgend, treedt het overdragende lid uit.

Art. 2:35 lid 1 BW somt limitatief de wijzen op waarop het lidmaatschap eindigt. In dit geval is ‘opzegging door het lid’ (art. 2:35 lid 1 sub b BW) de enige passende optie. Art. 2:36 BW echter bepaalt dat een opzegging door het lid niet met onmiddellijke ingang kan plaatsvinden. Dit kan slechts tegen het einde van een boekjaar en met een opzeggingstermijn van vier weken (lid 1) of met onmiddellijke ingang binnen een maand nadat een besluit waarbij zijn rechten zijn beperkt of zijn verplichtingen zijn verzwaaard (lid 3) of binnen een maand nadat het lid een besluit is meegedeeld tot omzetting van de vereniging in een andere rechtsvorm, tot fusie of tot splitsing (lid 4). De achtergrond van deze bepaling is enerzijds de vereniging te beschermen tegen opzeggingen van haar leden gedurende een boekjaar, en anderzijds leden te beschermen tegen een verzwaring van de aan het lidmaatschap verbonden verplichtingen dan wel de verandering van de relatie met de vereniging door omzetting, fusie of splitsing. Wanneer echter het lid en de vereniging het eens zijn over een onmiddellijke beëindiging van het lidmaatschap wegens opzegging door het lid, lijkt mij daar weinig tegen. Denkbaar is nog dat de andere

leden op enigerlei wijze gedupeerd zouden kunnen zijn door een tussentijdse beëindiging van het lidmaatschap op grond van overeenstemming daaromtrent tussen het betreffende lid en vereniging. Bij de houdstercoöperatie is dat in het licht van een overdracht van het ledenbelang als beschreven moeilijk voorstelbaar, maar is het ook eenvoudig om het overblijvende lid te laten instemmen met de tussentijdse beëindiging van het lidmaatschap door het andere lid.

4. Statutaire regeling van uitkeringen bij de houdstercoöperatie

In de statuten van houdstercoöperaties wordt meestal alleen 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 bevatten de statuten veelal geen regeling. 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. Art. 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 echter 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.

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 overschrijdt 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 kunnen concluderen, dient te worden onderzocht wat de uitkeringsruimte bij de coöperatie in algemene zin is.

5. De uitkeringsruimte bij de coöperatie op grond van de wet

Als het vervolgens gaat om de uitkering van het gehele vermogen door de coöperatie aan het enige overgebleven lid in het licht van de turboliquidatie, werpt dit de vraag op naar de uitkeringsruimte van een coöperatie, in het bijzonder of deze op enige wijze is begrensd zoals bij de BV. 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.

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 liquiditeitstoets: 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.¹¹ 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.¹²

6. 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.¹³ Voor de NV en de BV bepaalt de wet dat een wettelijke reserve de uitkeringsruimte beperkt (art. 2:105 lid 2 BW respectievelijk art. 2:216 lid 1 BW). Voor de coöperatie bepaalt de wet hieromtrent vrijwel niets. Art. 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 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 die hij dient aan te houden.¹⁴ 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.¹⁵ Omzetting van een wettelijke reserve in kapitaal brengt met zich mee dat de wettelijke

11. Zie ook hierna onder 7.

12. 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: G.J.H. van der Sangen, 'Aspecten van vermogensbescherming bij de coöperatie', *TvOB* 2020/1, p. 25-26, *Asser/Rensen 2-III* 2017/226 en Assink | Slagter 2013 (Deel II), § 84.

13. 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.

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

15. Zie ook P.J. Dortmond, E.J.J. van der Heijden & W.C.L. van der Grinten, *Handboek voor de Naalooze 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.

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.¹⁶ Zou een wettelijke reserve, zoals deze bij een kapitaalvennootschap in kapitaal kan worden omgezet¹⁷, 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 weergeeft, meen ik dat dit mogelijk zou zijn.

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 omgezet als dit uit de statuten blijkt.¹⁸ 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.

7. 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.¹⁹ 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.²⁰ 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.²¹ Statutair kan dan verder worden bepaald dat een besluit tot uitkering geen gevolgen heeft indien het bestuur daaraan geen goedkeuring 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.

16. *Kamerstukken II* 2008/09, 31058, 6, p. 49-50. Zie ook P.H.N. Quist (2017), p. 222.

17. Zie ook Quist (2018), p. 200 e.v.

18. Zie ook: Quist (2018), p. 194 e.v. en eerder Quist (2015), p. 27. Anders: Dortmund (2013), p. 754, en Asser/*Van Olfen & Rensen 2-IIa* 2019/182, 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.

19. 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*).

20. Zie bijvoorbeeld Van der Sangen (2020), p. 25-26, Asser/*Rensen 2-III* 2017/226 en Assink | Slagter 2013 (Deel II), § 84 met betrekking tot de coöperatie.

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

Verder 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 gestelde 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.

8. Tegenstrijdig belang als aandachtspunt

Bedacht dient te worden dat de regeling van tegenstrijdig belang voor de coöperatie nu 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.²² 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 belangenconflict met zich brengen. 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.²³ 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 van de houdstercoöperatie. 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

22. Zie bijvoorbeeld G.J.C. Rensen, T&C Burgerlijk Wetboek, art. 2:47 BW, aant. 1 (laatst bijgewerkt 1 juli 2019).
23. 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 omlind is en de tegenstrijdig belangregeling daarom geen rol speelt. H. Koster, 'Winst (uitkeringen) bij de BV ontleed', 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 art. 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 art. 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 art. 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. 125-126 en p. 130-131 (bijlage bij *Kamerstukken II* 2017/18, 31763, 22)). De Minister voor Rechtsbescherming heeft in de parlementaire geschiedenis bij het wetsvoorstel bestuur en toezicht rechtspersonen verduidelijkt dat de toepasselijkheid van de tegenstrijdig belangregeling niet goed verenigbaar is met de goedkeuringsbevoegdheid uit art. 2:216 lid 2 BW. Bij een besluit tot goedkeuring van een uitkering heeft het bestuur juist niet de mogelijkheid om (eventueel tegenstrijdige) belangen af te wegen, aldus de minister. Het bestuur mag een voorgenomen uitkering slechts toetsen aan het wettelijk omlinnende criterium van art. 2:216 lid 2 BW (*Kamerstukken II* 2018/19, 34491, nr. 6, p. 12). Zie hierover bijvoorbeeld A.F.J.A. Leijten, 'Bestuur en tegenstrijdig belang', *Ondernemingsrecht* 2019/80.

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 ontwerp²⁴ is ingevoerd, zal ook voor de coöperatie, de tegenstrijdig belangregeling een interne besluitvormingsregeling worden zoals de huidige NV/BV regeling.

9. Samenvatting

Een houdstercoöperatie met één lid is denkbaar. Beëindiging van het lidmaatschap door opzegging kan in onderling overleg tussen de coöperatie en het betreffende lid op elk moment geschieden. Waar de wet voor de NV en de BV een regeling kent ten aanzien van uitkeringen, ontbreekt een soortgelijke regeling voor de coöperatie. Uit de aanwezigheid van een wettelijke reserve als zodanig vloeit voort dat een rechtspersoon, van welke soort dan ook, eigen vermogen dient aan te houden ten belope van zijn wettelijke reserves.²⁵ Dit geldt dus ook voor de (houdster)coöperatie. 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 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. Turboliquidatie van een houdstercoöperatie vraagt een vaste hand.

24. De tweede wijziging van het wetsontwerp 34 491 werd op 28 januari 2020 aangenomen door de Tweede Kamer. Het Voorlopig verslag verscheen op 31 maart 2020. De Memorie van antwoord is thans in bewerking.
25. Zie ook art. 2:58 lid 4 BW, 2:104 BW en 2:215 BW.