

De coöperatie als tussenhoudstermaatschappij

Inleiding

Van origine is de coöperatie volgens Mohr: '(...) een samenwerkingsverband van (veelal) agrarische ondernemers die uit overwegingen van doelmatigheid en marktwerking een deel van hun bedrijfshuishouding wensen te doen door een daartoe door hun in het leven geroepen organisatie (...)'.¹ Deze definitie sluit niet aan bij de praktijk waarbij de coöperatie steeds vaker als een tussenhoudstermaatschappij wordt gebruikt. In deze bijdrage wordt getracht een aantal aspecten van de coöperatie te bespreken in het licht van het gebruik van de coöperatie als tussenhoudstermaatschappij. De discussie over de vraag hoe het gebruik van de coöperatie als tussenhoudstermaatschappij zich verhoudt tot de materiële kenmerken van artikel 2:53 BW, vereist een uitvoerig onderzoek, dat de strekking van deze bijdrage te buiten gaat.

In het navolgende zal eerst kort een (fiscaal) voordeel van het gebruik van een coöperatie als tussenhoudstermaatschappij worden besproken. Vervolgens wordt een analyse gemaakt van een aantal probleemgebieden waarmee de coöperatie als tussenhoudstermaatschappij wordt geconfronteerd.

Fiscale aspecten

Op grond van artikel 2 lid 1 van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 (Vpb 1969) is de coöperatie een belastingplichtig lichaam. Een coöperatie kan derhalve gebruikmaken van de faciliteiten van de Vpb 1969, waaronder onder meer de deelnemingsvrijstelling ten aanzien van door haar gehouden aandelen, mits aan de voorwaarden voor die faciliteit is voldaan. In tegenstelling tot de Vpb 1969 is de coöperatie onder voorwaarden geen belastingplichtige op grond van de Wet op de dividendbelasting 1965 (Wet DB 1965). De dochtervennootschap van de coöperatie kan onder voorwaarden de winst die is gemaakt op het niveau van de dochtervennootschap, belastingvrij uitkeren aan de coöperatie, aangezien de deelnemingsvrijstelling via de Vpb 1969 van toepassing is. Vervolgens kan de coöperatie de winst zonder dividendbelasting uitkeren aan haar leden, omdat de Wet DB 1965 niet van toepassing is. Bij het gebruik van een vennootschap in plaats van de coöperatie zou over deze laatste uitkering wél dividendbelasting verschuldigd (kunnen) zijn. Hiervoor is slechts een voorbeeld van een fiscaal voordeel besproken dat de toename van het gebruik van de coöperatie als tussenhoudstermaatschappij verklaart.

1. A.L. Mohr, Verschijnen en verdwijnen, in: R.J.C. Galle & G.H.J. Van der Sangen (red.), *De coöperatieve onderneming*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1999, p. 3.

Formele kenmerken

Naast het hiervoor genoemde voordeel blijkt dat een coöperatie relatief eenvoudig kan worden opgericht. Sinds de laatste wetwijziging op het gebied van de coöperatie in 1989 geldt voor de oprichting van de coöperatie op grond van artikel 2:4 en 2:53 lid 1 BW slechts een aantal formele criteria, te weten:

1. een notariële akte van oprichting;
2. welke akte ziet op de oprichting van een vereniging als coöperatie; en
3. verenigingsrechtelijke formele criteria van artikel 2:27 BW.

De criteria genoemd onder 1 en 2 spreken voor zich. Voor wat betreft het criterium onder 3 geldt dat de statuten van de coöperatie dienen te bevatten: naam, vestigingsplaats, doel, verplichtingen leden, bijeenroeping van de algemene ledenvergadering, benoeming van bestuurders en bestemming van het batig saldo van de leden. De materiële kenmerken, zoals die van artikel 2:53 lid 1 BW, spelen voor de analyse of een coöperatie als tussenhoudstermaatschappij geldig is opgericht, geen rol (zie art. 2:4 BW).

Overdraagbaarheid en verpanding van het lidmaatschapsrecht

Bij het gebruik van een coöperatie als tussenhoudstermaatschappij blijkt dat het van belang is om het lidmaatschapsrecht overdraagbaar en in sommige gevallen zelfs verpandbaar te maken.

De wetgever heeft als uitgangspunt genomen om het lidmaatschapsrecht in de coöperatie persoonlijk en niet overdraagbaar te maken. Artikel 2:34 BW biedt de mogelijkheid hiervan af te wijken. Over de wijze van overdragen heerst verdeeldheid. Volgens Maeijer² is een overdraagbaar lidmaatschapsrecht een vermogensrecht ex artikel 3:6 BW en daarmee een goed in de zin van artikel 3:1 BW. Een dergelijk goed is volgens Maeijer op grond van artikel 3:94 BW overdraagbaar. Vereisten zouden dan zijn een akte en mededeling aan de coöperatie. Dijk en Van der Ploeg³ achten voor een overdracht van het lidmaatschap de gehele overdracht van alle rechten, verbonden aan het lidmaatschapsrecht, noodzakelijk. Volgens hen zou artikel 6:159 BW van toepassing moeten zijn. In dat geval zou niet kunnen worden volstaan met mededeling, maar is ook medewerking van de coöperatie vereist. Van der Sangen⁴ kiest voor de route van Maeijer. Het is mogelijk in de statuten een blokkeringsregeling op te nemen. Er is discussie over de vraag of een dergelijke bepaling bij overdracht

2. Asser/Van der Grinten/Maeijer 2-II, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997, nr. 277.
3. P.L. Dijk & T.J. van der Ploeg, Van de Vereniging en stichting, coöperatie en onderlinge waarborgmaatschappij, bewerkt door C.H.C. Overes e.a., Deventer: Gouda Quint 2002, nr. 6.5.
4. G.J.H. van der Sangen, Rechtskarakter en financiering van de coöperatie, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1999, p. 154.

van het lidmaatschapsrecht conform het bepaalde voor de NV of BV, goederenrechtelijke werking kan hebben. Als alternatief zou in de statuten kunnen worden opgenomen dat ieder lid aan bepaalde kwaliteitseisen moet voldoen. Het lidmaatschapsrecht kan in dat geval slechts geldig aan een derde worden overgedragen die aan deze kwaliteitseisen voldoet. Bij een overdracht in strijd met een dergelijke kwaliteitseis zal een beroep op de derdenbescherming van artikel 3:36 BW niet slagen, aangezien het een statutaire kwaliteitseis betreft.

Het is de vraag of een niet-overdraagbaar lidmaatschapsrecht verpandbaar is. Uit wat Maeijer hiervoor heeft aangegeven, maak ik op dat een niet-overdraagbaar lidmaatschapsrecht geen vermogensrecht in de zin van artikel 3:6 BW is. Deze conclusie lijkt een verpanding in de weg te staan. Aanknoping kan wellicht worden gezocht bij de verpandbaarheid van niet-overdraagbare vorderingen. In de literatuur is wel verdedigd dat een niet-overdraagbare vordering wel verpandbaar is, zonder dat de Hoge Raad hier een uitspraak over heeft gedaan.⁵ De vraag is natuurlijk, indien de Hoge Raad deze vraag voor vorderingen bevestigt, of dat ook zonder meer meebrengt dat een niet-overdraagbaar lidmaatschapsrecht verpandbaar is. Gezien het feit dat het lidmaatschapsrecht in beginsel persoonlijk is en dat die persoonlijke verbondenheid de reden is voor de niet-overdraagbaarheid, lijkt een verpanding waarschijnlijk ook niet mogelijk.

Een overdraagbaar lidmaatschapsrecht zou als vermogensrecht wel verpandbaar moeten zijn. Hierbij moeten wel enige kantekeningen worden geplaatst. De oorspronkelijke gedachte van de wetgever dat een coöperatie vooral kostendekkend is, betekent dat de coöperatie in de ogen van de wetgever niet veel eigen vermogen zal hebben. Dat brengt mee dat het lidmaatschap van de coöperatie in beginsel niet direct een waardevol object voor verpanding is. Om die reden heeft de wetgever daarom bij invoering van de wetgeving op het gebied van de coöperatie niet direct aan verpanding van het lidmaatschapsrecht gedacht. Nu de coöperatie als tussenhoudstermaatschappij wordt gebruikt, heeft de coöperatie wel een substantieel eigen vermogen.

Tevens is voor een pandhouder bij de verpanding van een tussenhoudstermaatschappij met name de mogelijke overgang van het aan het lidmaatschap verbonden stemrecht van belang. Het is de vraag of een dergelijke overgang van stemrecht bij de coöperatie mogelijk is. Volgens Maeijer⁶ is het stemrecht verbonden aan het lidmaatschapsrecht. Een mogelijkheid voor niet-stemmende leden is er niet. Maeijer ventileert deze mening in het kader van de discussie of het mogelijk is om een lid toe te laten tot een vereniging

zonder dat het lid stemrecht heeft. Overigens is het niet duidelijk of Maeijer in dit kader tevens bedoeld heeft te zeggen dat een lid zijn stemrecht niet (voorwaardelijk) zou kunnen doen overgaan aan een pandhouder (zodat het betreffende lid zelf geen stemrecht meer heeft). Enige verdere aanknoping biedt wellicht de wetgeving over de NV en de BV. Bij de NV en de BV heeft de wetgever in artikel 2:198 BW uitdrukkelijk wel de mogelijkheid gecreëerd het stemrecht over te laten gaan op de pandhouder. Dit is een uitzondering op de hoofdregel dat de aandeelhouder het stemrecht heeft. Een dergelijke bepaling ontbreekt geheel bij de coöperatie. Hieruit zou kunnen worden afgeleid dat het stemrecht zozeer verbonden is aan het lidmaatschapsrecht, dat de wetgever niet bedoeld heeft het stemrecht bij een verpanding te doen overgaan aan een pandhouder. Een oplossing biedt wellicht artikel 2:38 BW. Het lid zou wellicht aan de pandhouder een stemvolmacht kunnen geven overeenkomstig de bepaling van artikel 2:38 lid 4 BW. Hoewel artikel 2:38 lid 4 BW spreekt over een volmacht aan een ander lid, zou volgens Maeijer⁷ een dergelijke volmacht ook aan een derde moeten kunnen worden gegeven, mits de statuten in die mogelijkheid voorzien. Maeijer merkt hierbij wel op dat een dergelijke volmacht niet privaat werkt. De pandhouder heeft niet veel aan een dergelijke volmacht op grond van artikel 2:38 lid 4 BW.

De verpanding van het lidmaatschapsrecht in een coöperatie heeft nogal wat haken en ogen.

Lid of leden?

Bij het oprichten van een coöperatie als tussenhoudstermaatschappij treedt regelmatig na de oprichting een van de leden uit. Het gevolg kan zijn dat de coöperatie hierna nog maar één lid kent. Het is de vraag of de coöperatie in die situatie nog voldoet aan de wettelijke eisen.

Allereerst wordt de geldigheid van de oprichting besproken in het geval dat een van de bij de oprichting betrokken leden direct na de oprichting uittreedt. De oprichting van de coöperatie is een meerszijdige rechtshandeling. Er dienen ten minste twee personen bij betrokken te zijn. Op zich schrijft de wet niet voor dat in de akte van oprichting de twee oprichters ook direct de eerste leden worden. In de praktijk is dit meestal wel het geval en een aantal schrijvers vindt ook dat de oprichters de eerste leden moeten worden. Dijk en Van der Ploeg⁸ vinden dat het niet in het karakter van een samenwerkingsverband past indien de oprichters niet direct de eerste leden worden. Volgens Maeijer⁹ ontstaat door het deelnemen aan de oprichtingshandeling in feite een lidmaatschapsverhouding naast het feit dat de vereniging is ontstaan. In dat licht zullen de oprichters ook de eerste leden worden.

5. Zie de noot van M.H.E. Rongen onder: HR 17 januari 2003, JOR 2003, 52.

6. Asser/Van der Grinten/Maeijer 1997 (2-II), nr. 266.

7. Asser/Van der Grinten/Maeijer 1997 (2-II), nr. 300.

8. Dijk & Van der Ploeg 2002, nr. 6.4.

9. Asser/Van der Grinten/Maeijer 1997 (2-II), nr. 232.

Aangezien Maeijer de oprichtingshandeling loskoppelt van de tot stand gekomen lidmaatschapsverhouding, zal volgens hem de oprichting van de coöperatie geldig zijn ondanks het feit dat de handeling van een van de oprichters na afloop aantastbaar blijkt te zijn. Slechts het lidmaatschap van de betreffende oprichter zal kunnen worden aangetast. Als deze visie wordt vertaald naar de opgerichte coöperatie als tussenhoudstermaatschappij, waarbij na oprichting één lid direct uittreedt, kan dit tot de volgende conclusies leiden: (1) ofwel het lid is lid van de coöperatie geworden, waarna het betreffende lid zich heeft teruggetrokken uit de coöperatie, (2) ofwel er dient te worden aangenomen dat het betreffende lid niet de bedoeling had om ooit lid van de coöperatie te worden (zijn participatie in de coöperatie is aantastbaar), waardoor de coöperatie wel is opgericht, maar het betreffende lid nooit lid is geweest. In het laatste geval zal de coöperatie wel blijven voortbestaan op grond van het bepaalde in artikel 2:4 lid 2 tweede zin BW.

Stel nu dat een coöperatie conform het voorgaande is opgericht en na oprichting slechts één lid heeft. Voldoet deze coöperatie aan de wettelijke eisen ten aanzien van het aantal leden? Uitgangspunt bij de coöperatie is dat deze *leden* heeft. Een coöperatie die geen leden heeft, kan door de rechter worden ontbonden op grond van het bepaalde in artikel 2:19 lid 1 sub d BW. Volgens Maeijer¹⁰ brengt dit mee dat de coöperatie met één lid op grond van deze bepaling zou moeten blijven voortbestaan. Onder andere Galle¹¹ en Van den Ingh¹² wijzen in dit kader – mede in het licht van het feit dat er sprake is van een samenwerkingsvorm – op het bepaalde van artikel 2:21 lid 1 sub c BW. Op grond van deze bepaling kan een coöperatie worden ontbonden, indien deze niet langer voldoet aan de wettelijke eisen. De coöperatie lijkt volgens hen niet te voldoen aan de bepalingen van de artikelen 2:26 lid 1 en 2:53 lid 1 BW (waar de wet spreekt over ‘leden’). Verschil met een verzoek op grond van artikel 2:19 BW is dat de rechter bij een verzoek op grond van artikel 2:21 lid 1 sub c BW de coöperatie de mogelijkheid kan geven om binnen een bepaalde termijn een tweede lid te zoeken. Bij een verzoek op grond van artikel 2:19 BW lijkt de rechter die mogelijkheid niet te hebben.

Tegenstrijdig belang

In rechtshandelingen waarbij een coöperatie als tussenhoudstermaatschappij betrokken is, kan er net als bij de NV en BV sprake zijn van een tegenstrijdig belang ten aanzien van één van haar bestuurders. Voor wat betreft de toepassing van de diverse bepalingen ben ik ervan uitgegaan dat de coöperatie geen raad van commissarissen heeft

ingesteld, wat in de regel bij de coöperatie als tussenhoudstermaatschappij het geval zal zijn. Artikel 2:57 lid 4 BW is derhalve niet van toepassing. Op grond van artikel 2:47 BW kan de algemene vergadering één of meer personen aanwijzen in alle gevallen waarin de coöperatie een tegenstrijdig belang heeft met één of meer bestuurders of commissarissen. Volgens Schreurs-Engelaar¹³ kan de aangewezen persoon zelf ook bestuurder zijn. Vervolgens komt de vraag aan de orde of de bestuurder bevoegd is de vennootschap te vertegenwoordigen totdat de algemene vergadering iemand heeft aangewezen, dan wel aangeeft niemand te zullen aanwijzen. Artikel 2:47 BW lijkt te bepalen dat de bestuurder in beginsel wel bevoegd is, aangezien dit artikel niet bepaalt dat het bestuur in beginsel onbevoegd is. Dit in tegenstelling tot artikel 2:256 BW, dat bepaalt dat het bestuur in beginsel niet bevoegd is in een situatie van tegenstrijdig belang. Uit de parlementaire geschiedenis¹⁴ bij de invoering van artikel 2:47 BW blijkt echter dat bij lezing van artikel 2:47 BW aansluiting moet worden gezocht bij het bepaalde van artikel 2:256 BW. Volgens Schreurs-Engelaar¹⁵ geeft artikel 2:47 BW de meeste aansluiting bij artikel 2:256 BW wanneer die bepaling zodanig wordt uitgelegd dat de bestuurder in een situatie van tegenstrijdig belang in beginsel onbevoegd is, totdat de algemene vergadering hierover heeft beslist. In tegenstelling tot artikel 2:256 BW geeft artikel 2:47 BW geen mogelijkheid om bij de statuten anders te bepalen.

Slot

In dit artikel zijn enige onderwerpen die een rol spelen bij een in de praktijk gebruikte coöperatie als tussenhoudstermaatschappij, uiteengezet. Zeker is dat men bij de totstandkoming van de wetgeving over de coöperatie, waarvan de eerste ontwerpen dateren uit 1876, de coöperatie als (fiscale) tussenhoudstermaatschappij niet voor ogen heeft gehad. Of en in hoeverre de praktijk een manier vindt om de hiervoor beschreven coöperatie onder de materiële kenmerken van artikel 2:53 lid 1 BW te laten vallen, verdient een afzonderlijke beschouwing.

*Mr. O.A. Pfeiffer
Loyens & Loeff*

10. Asser/Van der Grinten/Maeijer 1997 (2-II), nr. 358.

11. R.C.J. Galle, Naar een nieuwe wettelijke regeling van de coöperatie?, S&V 1995, p. 165.

12. F.J.P. van den Ingh, Kenmerken van de coöperatie en haar verhouding tot de leden, S&V 1995, p. 171.

13. M.E. Schreurs-Engelaar, Organen van de coöperatie, Deventer: Kluwer 1995, p. 96.

14. Kamerstukken II 1987/88, 19 775, nr. 15.

15. Schreurs-Engelaar 1995, p. 96.