

Inhoudsopgave

Voorwoord / VIII

De coöperatie anno 2017 / 1

Prof. mr. drs. D.F.M.M. Zaman

1. Inleiding / 1
2. Toepassingsgebieden / 2
3. Wettelijke kenmerken / 3
4. Specifieke kenmerken / 4
5. Governance / 6
6. Flex-BV versus de coöperatie / 6
7. Impact wetsvoorstel Bestuur en Toezicht Rechtspersonen / 9
8. Europese Coöperatieve Vennootschap (SCE) / 9
9. Afsluitend / 10

Fiscaliteit & de coöperatie / 11

Mr. drs. M. Beudeker & mr. E.M.J. Kastrop

1. Inleiding / 11
2. Fiscale eigenschappen / 12
3. De positie van de Coöperatie in de vennootschapsbelasting / 13
 - 3.1 De Coöperatie als (verlengstuk van de) onderneming / 13
 - 3.2 Deelnemingsvrijstelling / 14
 - 3.3 Fiscale eenheid / 15
4. De positie van de Coöperatie in de dividendbelasting / 16
 - 4.1 Hoofdregel / 16
 - 4.1.1 De Coöperatie kwalificeert als een vennootschap / 16
 - 4.1.2 Geheel of ten dele in aandelen verdeeld kapitaal / 17
 - 4.2 Wetswijzigingen / 18
 - 4.3 Wetsvoorstel inhoudingsplicht houdstercoöperatie en uitbreiding inhoudingsvrijstelling / 19
 - 4.3.1 Inhoudingsplicht houdstercoöperaties / 19
 - 4.3.2 Inhoudingsvrijstelling / 21
 - 4.3.3 Samenvatting / 23
 5. Investerings door de Coöperatie / 23
 - 5.1 Algemeen / 23
 - 5.2 Dividenduitkeringen aan de Coöperatie / 23
 - 5.2.1 EU Moeder-dochterrichtlijn / 24

- 5.2.2 Bilaterale belastingverdragen gesloten door Nederland / 24
- 5.2.3 Andere gevallen / 25
- 5.3 Vermogenswinsten gerealiseerd door de Coöperatie / 25
- 5.4 Overig / 26
- 6. Samenvatting / 27

Governance en financiering van de coöperatie / 29

Mr. dr. G.J.H. van der Sangen

- 1. Inleiding / 29
- 2. Essentialia van de coöperatie / 30
- 3. Uitgangspunten bij de financiering van de coöperatie / 33
- 4. Financieringsmodaliteiten / 35
- 5. Civielrechtelijke knelpunten / 37
- 6. Enige aspecten van eigen vermogensverschaffing door niet-leden / 39
- 7. Conclusie / 41

Enkele specifieke kenmerken van de coöperatie nader belicht / 43

Prof. mr. P.J. Dortmund

- 1. Twee hoofdvormen van coöperatie / 43
- 2. De coöperatie met één lid? / 44
- 3. De onderlinge waarborgmaatschappij en haar lidmaatschap / 44
- 4. Het doen uitoefenen krachtens overeenkomsten door een werkmaatschappij / 45
- 5. Hoe ver gaat het doen uitoefenen? / 45
- 6. De coöperatie en het verzekeringsbedrijf / 47
- 7. Overeenkomsten met anderen dan leden / 47
- 8. Zakelijk verkeer / 49
- 9. Deelnemings- en beleggingsactiviteiten een bedrijf? / 50
- 10. Niet-gebruikende leden / 52
- 11. Omzetting en het lidmaatschap / 53
- 12. De omzetting van een NV of BV in een coöperatie of ovm / 54
- 13. Fusie en splitsing / 54
- 14. Overgang lidmaatschap bij fusie en splitsing volgens het verenigingsrecht / 55
- 15. Overgang van het lidmaatschap in de fusie- en splitsingwetgeving / 56

De ledenaansprakelijkheid bij de coöperatie / 61

J. Nijland & C. de Groot

- 1. Inleiding / 61
- 2. Ledenaansprakelijkheid bij de coöperatie in het algemeen / 61
- 2.1 De term aansprakelijkheid / 61
- 2.2 De ‘ledenaansprakelijkheid’ versus ‘aandeelhoudersaansprakelijkheid’ / 62
- 3. De aansprakelijkheid op basis van de verschillende aansprakelijkheidsregimes van de artikelen 2:55 en 2:56 BW / 63

- 3.1 Inleiding: verschillende regimes / 63
- 3.2 W.A. – Wettelijke aansprakelijkheid / 64
- 3.3 U.A. – Uitsluiting van aansprakelijkheid en B.A. – Beperkte aansprakelijkheid / 65
- 3.4 Derdenbescherming / 66
- 3.5 Tussenconclusie / 67
- 4. Aansprakelijkheid op basis van artikel 2:34a BW / 67
- 4.1 Alternatieve financieringsvormen: bijdragen in de exploitatiekosten en uittreedgeld / 67
- 4.2 Coöperatief Bungalowpark Het Grootslag U.A. / 68
- 4.3 Drents Overijsselse Coöperatie Kaas B.A. / 70
- 4.4 Coöperatieve Vereniging Esonstad U.A. / 73
- 4.5 Tussenconclusie / 74
- 5. Conclusie / 75

De coöperatie en het kartelverbod / 77

Mr. dr. M.Ph.M. Wiggers en mr. drs. M.C. Brabers

- 1. Introductie / 77
- 2. De coöperatie en het kartelverbod / 78
- 2.1 Inleiding / 78
- 2.2 Het Nederlandse kartelverbod / 78
- 2.3 Onderneming en ondernemingsvereniging / 79
- 2.4 Gevolgen van een overtreding van het kartelverbod / 80
- 3. Overtredingen van het kartelverbod door coöperaties / 81
- 3.1 Het Gamalenkartel / 81
- 3.2 Het Zilveruienkartel / 82
- 3.3 Het Paprikakartel / 83
- 4. Aandachtspunten voor de coöperaties in verband met het kartelverbod / 84
- 5. Conclusies en aanbevelingen / 84

Twitter: naar een multi-stakeholder coöperatie en de commons / 87

I.S. Wuisman

- 1. Ter introductie / 87
- 2. #buytwitter campagne / 87
- 3. De kapitaalvennootschap en de commons / 89
- 4. De acht ontwerpprincipes van Elinor Ostrom / 90
- 5. De commons toegepast / 92
- 6. Waardecreatie door gebruikers van Twitter / 94
- 7. Multi-stakeholder coöperatie / 96
- 8. Het FairShares model / 96

Discussie ‘De coöperatie anno 2017’ / 99

Voorwoord

De coöperatie staat anno 2017 zeer in de belangstelling. Naast de meer traditionele toepassingsgebieden in de land- en tuinbouw, het bankwezen en de detailhandel blijkt coöperatief ondernemen ‘trendy’ voor een aantal andere sectoren. Denk daarbij aan de zorg, energie, onderwijs, ICT en samenwerking door zzp’ers.

Volgens de Nationale Coöperatieve Raad (NCR) zijn er in 2017 ongeveer 8.000 (actieve en niet-actieve) coöperaties ingeschreven bij het handelsregister. Daarvan zijn er ongeveer 500 structuurcoöperaties. De Kamer van Koophandel zelf is niet erg duidelijk wat betreft het aantal inschrijvingen (ruim 4.000 coöperaties). Het Ministerie van Financiën en het CBS noemen weer andere aantallen (9.000 respectievelijk ongeveer 3.400). Volgens de NCR dragen de Nederlandse coöperaties ongeveer 18% bij aan het bruto binnenlands product. Niet alleen de huidige populariteit van de coöperatie is voor de Universiteit Leiden, in samenwerking met de Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie, aanleiding geweest voor het organiseren van een Symposium in het Academiegebouw te Leiden op 12 september 2017. Daartoe hebben ook aanleiding gegeven de impact van de invoering van de zogenoemde Flex-BV per 1 oktober 2012, het Wetsvoorstel Bestuur en Toezicht Rechtspersonen, wijzigingen in de belastingwetgeving en Governance Codes, welke zijn opgesteld in diverse sectoren. Gezien het belang voor de rechtspraak in relatie tot coöperaties en haar leden, wordt in deze bijdrage tevens aandacht besteed aan het kartelverbod.

Aan het Symposium van 12 september 2017 en deze bundel hebben naast ondergetekenden (Universiteit Leiden), bijgedragen Michiel Beudeker en Erik Kastrop (Loyens & Loeff), Ger van der Sagen (Tilburg Lawschool), Peter Dortmund (Emeritus Hoogleraar Universiteit Leiden), Cees de Groot (Universiteit Leiden), Marc Wiggers en Mark Brabers (Loyens & Loeff) en Iris Wuisman (Universiteit Leiden). Wij danken hen zeer voor hun bijdrage aan deze bundel en wensen de lezer veel inspiratie toe.

Leiden, december 2017

Niek Zaman/Jelle Nijland

De coöperatie anno 2017

Prof. mr. drs. D.F.M.M. Zaman

1. Inleiding¹

De geschiedenis van de coöperatie en in het bijzonder haar pedant voor het verzekeringswezen de onderlinge waarborgmaatschappij gaat terug tot het begin van de 18^e eeuw. “De onderlinge van 1719”, welke is gevestigd in Haarlem, is de oudste nog zelfstandig bestaande levensverzekeringsmaatschappij in Nederland.² Deze uitvaartverzekering (begrafenisfonds) werd opgericht door een tiental Haarlemmers op 12 februari 1719 (vgl. www.onderlinge1719.nl). Een oude, belangrijke coöperatieve verzekeraar, die nog steeds bestaat is Achmea. In het Friese dorpje Achlum werd in 1811 de waarborgmaatschappij Achlum opgericht waarbij boeren zich konden verzekeren tegen brand (vgl. www.achmea.nl). De eerste coöperatieve verenigingen ontstonden in de agrarische sector, onder meer onder aansturing van de Duitser Friedrich Wilhelm Raiffeisen, die in 1864 een liefdadigheidsvereniging voor de boerenbevolking ter bestrijding van armoede vormde in een kredietcoöperatie (vgl. www.rabobank.com).

De wettelijke regeling van de coöperatie gaat terug tot 1876.³ Waar de coöperatie lang gezien werd als een ondersoort van de vereniging, wordt zij sinds 1 januari 1989 als een afzonderlijke rechtsvorm beschouwd en bestaat er ook een formeel verschil tussen de coöperatie en de “gewone” vereniging. De coöperatie wordt geregeld in Titel 3 Boek 2 BW, terwijl de vereniging in Titel 2 Boek 2 BW is vastgelegd. Op de coöperatie zijn aldus zowel de specifieke regels van Titel 3 van toepassing alsook de bepalingen van Titel 2, voor zover daar in Titel 3 Boek 2 BW niet van wordt afgeweken⁴. Zo zijn uitgezonderd het verbod tot winstuitkering en de beperkingen in de bestuursbevoegdheid (vgl. de artikelen 2:26 lid 3 BW en 2:44 lid 2 BW).

1 Zie voor literatuur over de coöperatie en de onderlinge waarborgmaatschappij Asser/Rensen 2-III* 2012; G.J.H. van der Sangen hoofdstuk 18 inzake de coöperatie, in: Handboek Vereniging en Stichting, onder redactie van Hamers, Schwarz en Zaman, tweede herziene druk 2015; Dijk/Van der Ploeg, Van vereniging en stichting, coöperatie en onderlinge waarborgmaatschappij, zesde druk 2013; Handboek Coöperatie onder redactie van R.C.J. Galle 2010 en Bosma en De Jonge, De Coöperatie in beweging, publiek geheim, frisewind.nl 2014.

2 Bij de oprichting heette de maatschappij “Begrafenisbos De Vrijwillige Liefdesbeurs”.

3 Vergelijk Wet op de coöperatieve verenigingen van 1876.

4 Zie artikel 2:53a BW.

Voor de onderlinge waarborgmaatschappij (OWM) ontstond pas een wettelijke regeling bij de invoering van Boek 2 BW in 1976. Ook de OWM is sinds 1989 een eigen rechtsvorm die haar bedrijf maakt van het sluiten van verzekeringen met haar leden.⁵

2. Toepassingsgebieden

“Er spoelt een nieuwe golf van coöperaties over Nederland”, aldus een publicatie uit 2014 over de coöperatie in beweging.⁶ Volgens deze uitgave was de totale omzet van coöperaties in 2010-2011 maar liefst 111 miljard euro en waren zij goed voor 5% van de nationale werkgelegenheid. Wereldwijd zijn er, blijkens gemelde publicatie, meer dan 100 miljoen banen bij coöperaties en hebben deze ruim 1 miljard leden.

Naast het verzekeringswezen, dat zich hult in de rechtsvorm van onderlinge waarborgmaatschappij (naast de door de Wet op het financieel toezicht voor verzekeraars toegestane rechtsvorm van de naamloze vennootschap) bewegen de klassieke coöperaties zich met name in de agrarische sector (bijvoorbeeld Friesland Campina), kredietverlening (Rabobank) en op het gebied van inkoop voor haar leden (denk aan de supermarktorganisatie COOP). Het afgelopen decennium is een groot aantal nieuwe coöperaties opgericht in vele andere sectoren dan de traditionele sectoren. Daarbij zou het gaan om vier stromingen:

1. samenwerking van zelfstandigen, zoals zzp'ers, tankstationhouders, huisartsen, apothekers, fysiotherapeuten en anderen in de zorgsector tot aan Utrechtse prostituees toe;
2. organisaties die eerst de vorm hadden van een maatschap of een NV zoals bijvoorbeeld advocaten, accountants en adviseurs. De motieven hier zijn meestal fiscaal gedreven;
3. de coöperatie als rechtsvorm voor een samenwerking in het kader van duurzaamheid bijvoorbeeld zoals in de energiesector; en
4. de coöperatie die om fiscale redenen in Nederland wordt opgericht aangezien deze niet onderworpen is (was) aan de heffing van de dividendbelasting.⁷

De coöperatie is aldus wijdverbreid over diverse sectoren van het land. Samen sterker, organisatorische voordelen, ideologische elementen en zeker ook fiscale optimalisatie staan daarbij voorop.

Er zijn ook wel andere indelingen gemaakt wat betreft coöperaties, zoals de werknemersproductiecoöperatie, de consumentencoöperatie (Rabobank, Achmea, Univé) en de ondernemerscoöperatie (Friesland Campina, Cosun, Bloemen- en

5 Vergelijk Asser/Rensen 2-III* 2012 en Roeleveld, De Onderlinge waarborgmaatschappij, in het bijzonder als levensverzekeraar, proefschrift 1955.

6 Vergelijk Bosma en De Jonge, De Coöperatie in beweging, publiek geheim, frissewind.nl 2014.

7 Zie inzake de wetsvoorstellen tot wijziging hiervan de bijdrage van Michiel Beudeker en Erik Kastrop in deze bundel.

fruitveilingen etc.). Op deze typologische indeling ga ik hier in deze inleiding verder niet in.

3. Wettelijke kenmerken

De coöperatie is een bij notariële akte als coöperatie opgerichte vereniging (artikel 2:53 lid 1, eerste volzin BW). De wetgever beschouwt de coöperatie daarmee als een zelfstandige, afzonderlijke rechtsvorm naast de vereniging. Anders dan de vereniging (artikel 2:26 lid 1 BW), die elk doel mag nastreven, heeft de coöperatie een wettelijk voorgeschreven doel (artikel 2:53 lid 1, tweede volzin BW):

“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 hunner behoeven uitoefent of doet uitoefenen.”

Voor de coöperatie gelden dus zowel het formele kenmerk van de notariële akte als de vier materiële kenmerken die te onderscheiden zijn op grond van de wettelijke omschrijving. Zonder notariële akte, althans een door een notaris ondertekende akte (artikel 2:4 BW), is een coöperatie nietig.

Een coöperatie is, ook al heeft zij een eigen wettelijk karakter, altijd ook een formele vereniging. De rechtsfiguur van de informele coöperatie bestaat niet.⁸ Een coöperatie kan derhalve ook alleen worden opgericht door een meerszijdige rechtshandeling. De aanwezigheid van een zogenoemd ledensubstraat (twee of meer leden), waardoor immers het samenwerkingskarakter wordt geïllustreerd, lijkt dan ook kenmerkend voor de vereniging. In deze gedachte past het eigenlijk niet dat, krachtens de wet, de coöperatie pas wordt ontbonden door het geheel ontbreken van leden (artikel 2:19 lid 1 sub e BW). In de praktijk speelt dan ook de vraag of een coöperatie wel kan bestaan met slechts één lid. Zie daarover hierna Dortmund in zijn bijdrage.

Indien een coöperatie niet aan de wettelijke omschrijving voldoet dan bestaat het risico dat zij op verzoek van een belanghebbende wordt ontbonden door de rechtbank (artikel 2:21 lid 1 sub c BW). Dit risico is in de praktijk echter zeer gering: (i) als gevolg van de wettelijke taak van de notaris bij de oprichting, (ii) doordat in de praktijk het zeer zelden voorkomt dat een belanghebbende of het Openbaar Ministerie zich tot de rechtbank wendt met een ontbindingsverzoek, en (iii) de rechtbank dan nog een (redelijke) termijn kan geven aan de rechtspersoon om alsnog aan de wettelijke omschrijving te voldoen. Naast de vraag of een coöperatie met één lid kan bestaan, leidt de wettelijke omschrijving van de coöperatie tot diverse andere vragen in de praktijk, zoals de vraag wat de gevolgen zijn indien er geen ledenovereenkomsten zijn aangegaan, wat de minimale omvang moet zijn van overeenkomsten die gesloten worden met derden en de mogelijkheid om ook

⁸ Zie Asser/Rensen 2-III* 2012/216.

overeenkomsten te sluiten tussen leden en een dochtermaatschappij van de coöperatie. Voor een diepgaandere bespreking van deze vragen verwijs ik eveneens naar de bijdrage van Dortmund in deze bundel.

Krachtens de wet dient in de naam van de coöperatie het woord “coöperatief” te zijn opgenomen (artikel 2:54 lid 2 BW). Merkwaardig genoeg accepteert de praktijk (en kennelijk de rechter!) dat in de naam meestal de aanduiding coöperatie wordt opgenomen in plaats van coöperatief, al dan niet gecombineerd met een specifieke typering van het soort coöperatie (inkoopcoöperatie, kredietcoöperatie etc.).

Een ander belangrijk wettelijk element van de naam is dat aan het slot de letters B.A., W.A. of U.A. moeten zijn opgenomen (artikel 2:54 juncto artikel 2:56 BW). Deze aanduidingen zijn bepalend voor het aansprakelijkheidsregime van de coöperatie (zie hiervoor de bijdrage van De Groot en Nijland in deze bundel).

4. **Specifieke kenmerken**

Samenwerking

De coöperatie is een als coöperatie opgerichte vereniging. Daarmede is zij ook een samenwerkingsvorm. De coöperatie is bedoeld als een onderneming met de leden en voor de leden. De coöperatie voorziet in de stoffelijke (lees: economische) behoeften van haar leden door met deze leden een bedrijf uit te oefenen. De leden hebben daarmede ook een tweeledige betrokkenheid: zij zijn lid in verenigingsrechtelijke zin en hebben als gevolg daarvan een lidmaatschapsverhouding. Daarnaast zijn zij contractspartij door leverancier te zijn, afnemer, financier, werknemer, rekeninghouder, consument etc.

Ondernemingsgericht

Ook een gewone vereniging mag een onderneming drijven. Een coöperatie moet echter een bedrijf uitoefenen, met de leden en ten behoeve van de leden. Deze economische interactie is in het bijzonder kenmerkend voor de coöperatie.⁹

Voor een (tot nu toe) belangrijk (internationaal) gebruik van de coöperatie als holding en tussenholding in het kader van het voorkomen van de heffing van dividendbelasting verwijs ik naar de bijdrage van Beudeker en Kastrop in deze bundel.

Besloten karakter

Bij verenigingen bestaat volgens de wet een persoonlijke band tussen de rechtspersoon en het lid. In beginsel kan het lidmaatschap immers niet aan een ander worden overgedragen en vererft het niet als een lid overlijdt (artikel 2:34 BW). De coöperatie is in nog sterkere mate in beginsel een besloten rechtsvorm. Uit de wettelijke omschrijving (artikel 2:53 lid 1 BW) blijkt dat de coöperatie

9 Zie M. Bosma en E. De Jonge, De Coöperatie in beweging, publiek geheim, frissewind.nl 2014.

overeenkomsten aangaat met haar leden in het bedrijf dat zij (of een dochter) uitoefent of doet uitoefenen ten einde te voorzien in de stoffelijke behoeften van de leden. Op dit beginsel bestaan echter uitzonderingen. De coöperatie kan immers ook overeenkomsten afsluiten met niet-leden (artikel 2:53 lid 3 BW), met dien verstande dat deze mogelijkheid wordt begrensd in die zin dat deze overeenkomsten niet van een dusdanige omvang mogen zijn dat het ledenverkeer van ondergeschikte betekenis wordt. In de literatuur wordt wel verdedigd dat het hier niet gaat om een kwantitatief criterium (zie hierover Dortmund in deze bundel).

Een andere uitzondering op de hoofdregel betreft de wettelijke bepaling dat ook stemrecht kan worden verleend aan niet-leden. Dergelijke bijzondere “leden” mogen echter niet meer stemrecht uitoefenen in de algemene ledenvergadering dan de helft van het aantal der door de leden uitgebrachte stemmen (artikel 2:38 lid 3 BW). Op deze wijze kunnen derden (bijvoorbeeld financiers) via andere organen dan de algemene vergadering zeggenschapsrechten krijgen binnen een coöperatie.

Financiële voordelen

Een belangrijk onderscheid met de vereniging is dat de gemaakte winst door de coöperatie mag worden uitgekeerd aan haar leden (zie artikel 2:26 lid 3 juncto artikel 2:53 a lid 1 BW). In de praktijk komen de financiële rendementen van een coöperatie veelal niet via een winstuitkering toe aan de leden, maar vindt verrekening plaats door overeenkomsten te sluiten die voor de leden zo gunstig mogelijk zijn. Als gevolg daarvan resteert er geen winst of worden in ieder geval de kosten van de leden lager. Bij een coöperatie spreekt men dan ook meestal over een positief of negatief exploitatiesaldo (vergelijk ook artikel 2:361 lid 2 BW).

Bij een inkoopcombinatie zal de coöperatie ten doel hebben voor zo laag mogelijke prijzen producten door te verkopen aan de leden, bij een landbouw-coöperatie zal het meestal gaan om een hogere opbrengst voor de producten die door de leden aan de coöperatie geleverd worden, terwijl het bij een advocatenkantoor veelal zal gaan om een hoger salaris of inkomen van de leden.

Ledenfinanciering

De coöperatie kan op velerlei wijzen worden gefinancierd. Uitgangspunt is dat er, anders dan bij de Europese Coöperatieve Vennootschap, geen kapitaalverstrekking plaatsvindt door de leden. Er is dan ook geen kapitaalbescherming, zoals bij de NV en de BV. Wel ziet men vaak dat er een ledenrekening wordt gecreëerd waarop, naast een storting van bijvoorbeeld contributie, boekingen plaatsvinden van ingehouden winst ten behoeve van de leden. Coöperaties worden daarnaast ook wel gefinancierd via participatiebewijzen en ledencertificaten of zoals bij een onderlinge waarborgmaatschappij door waarborgkapitaal. Zie voor het onderdeel ledenfinanciering de bijdrage van De Groot en Nijland in deze bundel.

5. Governance

Welke organen kent een coöperatie? Uiteraard kent de coöperatie, evenals de vereniging, een bestuur en een algemene vergadering. Daarnaast kan bij de statuten worden bepaald dat er een raad van commissarissen zal zijn (artikel 2:57 BW). Indien er sprake is van een structuurcoöperatie (artikel 2:63a en volgende BW) kent de coöperatie een verplichte raad van commissarissen. De structuurregeling voor coöperaties voorziet in een zogenoemd verzwakt structuurregime, dat wil zeggen niet de raad van commissarissen benoemt en ontslaat de bestuurders, maar dit is de taak van de algemene vergadering. Bijzonder voor een structuurcoöperatie is ook dat de statuten voor ten hoogste twee derde van het aantal commissarissen mogen bepalen dat ze worden benoemd uit een kring waartoe ten minste de leden van de rechtspersoon behoren (artikel 2:63h lid 2 BW).

Gezien de vaak grote omvang van de coöperatie is het gebruikelijk dat niet alle leden zitting hebben in de algemene ledenvergadering. In dat geval wordt door de ledenvergadering een deel van de leden gekozen die dan deel uitmaken van een ledenraad (artikel 2:39 lid 1 BW). Aan deze ledenraad worden dan veelal statutair alle, of een belangrijk deel van de taken en bevoegdheden toegekend die de wet normaal gesproken verbindt aan een algemene ledenvergadering.

Een andere bijzonderheid voor een coöperatie is dat, tenzij er sprake is van een structuurregime, voor de vaststelling van de jaarrekening de goedkeuring nodig is van een accountant dan wel dat de coöperatie een kascommissie dient in te stellen die ten minste uit twee leden bestaat die geen lid zijn van het bestuur (artikel 2:58 lid 1 juncto artikel 2:48 lid 2 BW).

Zoals in vele sectoren van het bedrijfsleven en voor vele maatschappelijke (semipublieke) ondernemingen, is er ook een Governance Code voor coöperaties. Deze zogenoemde NCR-code is opgesteld op instigatie van de Nationale Coöperatieve Raad (NCR). Nagenoeg alle (grotere) coöperaties in de agri- en hortibusines en coöperatieve ondernemingen in de financiële dienstverlening en verzekeringsbranche zijn volgens de NCR bij de NCR als lid aangesloten. In de NCR-code komen zowel onderwerpen naar voren die ook in de Nederlandse Corporate Governance Code worden geregeld als specifieke onderwerpen die samenhangen met coöperatief ondernemerschap.¹⁰

6. Flex-BV versus de coöperatie

De coöperatie wordt in het algemeen gezien als een flexibele rechtsvorm. De civielrechtelijke vrijheid van inrichting gekoppeld aan de fiscale deelnemingsvrijstelling die niet van toepassing is bij een NV of BV met meer dan twintig aandeelhouders maakt de coöperatie onder meer aantrekkelijk als samenwerkings-

¹⁰ Zie www.cooperatie.nl.

vorm voor beroepsbeoefenaren.¹¹ Wat de vrijheid van inrichting van de coöperatie betreft kan men vaststellen dat de wettelijke regeling van de coöperatie aanzienlijk beknopter is dan die van de BV. Op een groot aantal plaatsen is zij minder dwingendrechtelijk van aard. Zo gelden voor de coöperatie geen Europese richtlijnen en zijn er geen regels van kapitaalbescherming. Met invoering van de Flex-BV per 1 oktober 2012 zijn echter ook voor de BV meer mogelijkheden ontstaan tot variatie in de inrichting.

Voor zover hiervoor nog niet aan de orde geweest kan men de belangrijkste overeenkomsten en verschillen tussen de coöperatie en de (Flex-BV) als volgt karakteriseren. De wettelijke omschrijving van de coöperatie beperkt haar enigszins ten opzichte van de BV. De coöperatie bestaat immers op basis van haar wettelijke omschrijving “voor en door haar leden”. Deze beperking geldt niet voor de BV. Een BV kan worden opgericht door één persoon terwijl voor de coöperatie een meerzijdige oprichtingshandeling vereist is. Wat betreft het kapitaal en de kapitaalbescherming kan men vaststellen dat hier voor de coöperatie in het geheel geen regels gelden. Een coöperatie kan dus in beginsel ongelimiteerd uitkeringen doen. Ook hier ligt uiteindelijk wel een grens als de uitkering een onrechtmatige daad jegens derden oplevert, bijvoorbeeld als de coöperatie na uitkering aan de leden niet meer aan haar (voorzienbare) verplichtingen jegens derden kan voldoen. Naar analogie van het Nimox-arrest en het arrest Reinders/Didam is denkbaar dat het stemmen voor een besluit tot uitkering dan wel het besluit zelf onrechtmatig kan zijn jegens een derde, zoals een crediteur van de coöperatie dan wel dat sprake is van onbehoorlijke taakvervulling.¹² Voor wat betreft het opleggen van statutaire verplichtingen, zoals financieringsverplichtingen (bijstorting of een garantie) kunnen aan het lidmaatschap van de coöperatie bij of krachtens de statuten verplichtingen worden verbonden (artikel 2:27 lid 4 sub c BW juncto artikel 2:34a BW). Hierbij gaat het echter alleen om verplichtingen jegens de coöperatie, niet jegens de andere leden of derden. De Flex-BV biedt op basis van artikel 2:192 BW derhalve meer mogelijkheden. Een lid van een coöperatie kan zijn lidmaatschap met onmiddellijke ingang opzeggen binnen een maand nadat een besluit, waarbij zijn rechten zijn beperkt of zijn verplichtingen zijn verzwaard, hem is bekend geworden of medegedeeld. Het besluit is dan niet op hem van toepassing. Deze bevoegdheid tot opzegging kan de leden bij de statuten echter in bepaalde gevallen worden ontzegd (artikel 2:36 lid 3 BW). Op grond van artikel 2:192 lid 1, laatste volzin BW kunnen extra-verbintenissen niet tegen de wil van de aandeelhouder aan hem worden opgelegd. Als ze eenmaal aan het aandeel zijn verbonden, gaan ze bij de overdracht van het aandeel ook over op de nieuwe aandeelhouder. Deze regeling geldt ook voor later toetredende leden van een coöperatie.

11 Vergelijk D.F.M.M. Zaman en J.J.M. Grapperhaus, De coöperatie of de (flex-)BV als samenwerkingsvorm voor beroepsbeoefenaren?, FTV 2011/11.

12 Vergelijk D.F.M.M. Zaman en J.J.M. Grapperhaus, t.a.p., voetnoten 25 en 26.

Waar de relatie tussen de leden en de coöperatie altijd bestaat uit zowel een lidmaatschapsverhouding als een contractuele verhouding is dit niet het geval bij de BV. Contractuele relaties tussen de BV en haar aandeelhouders zijn mogelijk, maar zijn wettelijk niet verplicht. Bij de BV met meer dan één aandeelhouder is het overigens niet ongebruikelijk dat daarnaast tussen de aandeelhouders onderling, zonder dat de BV daarbij partij is, aandeelhoudersovereenkomsten worden gesloten die, in aanvulling op de statuten, hun onderlinge verhouding met betrekking tot de vennootschap regelen. Bij een coöperatie kunnen geen statutaire verplichtingen worden opgelegd tussen de leden. Uiteraard is het wel denkbaar dat de leden dit vrijwillig overeenkomen.

Een aandeelhouder in een BV kan, indien de statuten een pandrecht niet uitsluiten een pandrecht vestigen op zijn aandelen. Een lid van een coöperatie kan zijn lidmaatschap ook verpanden, mits het lidmaatschap blijkens de statuten voor overdracht vatbaar is, de vestiging van het pandrecht niet is uitgesloten en het lidmaatschap als in een op geld waardeerbaar vermogensrecht kan worden gekwalificeerd.¹³ Wat betreft de financiële verplichtingen van een aandeelhouder jegens een BV respectievelijk een lid jegens een coöperatie is er de facto geen verschil, indien er gebruikgemaakt wordt van de mogelijkheid tot uitsluiting van iedere aansprakelijkheid (zie hiervoor de bijdrage van de Groot en Nijland in deze bundel).

Een belangrijk onderscheid is er ook ten aanzien van de toe- en uittreding uit een coöperatie respectievelijk een BV. Aandeelhouders in een BV kunnen hun aandeel overdragen, maar dan zal wel iemand bereid moeten zijn dit aandeel over te nemen. Denkbaar is ook dat er een aanbiedingsverplichting is gebaseerd op de statuten. Bij een coöperatie is er in beginsel sprake van vrije toe- en uittreding van de leden. Aan die vrijheid kunnen echter verplichtingen en voorwaarden worden verbonden zoals bijvoorbeeld een kwaliteitseis. Op grond van artikel 2:60 BW staat het een lid van een coöperatie altijd vrij zijn lidmaatschap te beëindigen maar aan die uittreding kunnen voorwaarden worden verbonden. Die voorwaarde kan bestaan uit de betaling door het uittredende lid van een geldbedrag aan de coöperatie. Een voorwaarde moet in de statuten zijn opgenomen om werking te kunnen hebben. Een statutaire bepaling die alleen inhoudt dat er een huishoudelijk reglement (met daarin specifieke voorwaarden) kan worden vastgesteld is niet voldoende.¹⁴

Een laatste opmerking past nog bij de verschillen in governance voor het structuurregime, aangezien bij een structuurcoöperatie de algemene ledenvergadering de bestuurders benoemt en ontslaat. Bij de structuurvennootschap met volledig regiem is dit de raad van commissarissen. Daartegenover staat dat bij de structuur-NV/BV de algemene vergadering van aandeelhouders het vertrouwen

¹³ Zie D.F.M.M. Zaman en J.J.M. Grapperhaus, t.a.p., onderdeel 2.7.

¹⁴ Vergelijk Hoge Raad 12 juni 2015 ECLI:NL:HR:2015:1601 (Melkveehouders/DOC), waarop ook Nijland en De Groot in deze bundel nader ingaan.

in de raad van commissarissen kan opzeggen door de gehele raad te ontslaan (artikel 2:161a/271a BW). Naar huidig recht kan een structuur-NV/BV wel opteren voor een one-tier-board maar deze mogelijkheid bestaat nog niet voor de structuurcoöperatie (zie echter hierna inzake het Wetsvoorstel Bestuur en Toezicht Rechtspersonen).

7. **Impact wetsvoorstel Bestuur en Toezicht Rechtspersonen**

Op 10 juni 2016 is bij de Tweede Kamer het wetsvoorstel Bestuur en Toezicht Rechtspersonen ingediend.¹⁵ Het wetsvoorstel maakt onderdeel uit van een verdere modernisering en harmonisering van het rechtspersonenrecht. Zo wordt er voor alle rechtspersonen een wettelijke grondslag voor de instelling van een raad van commissarissen en een monistisch bestuursstelsel ingevoerd. Daarnaast beoogt het wetsvoorstel harmonisatie van de toepasselijke regels die gelden bij besluitvorming van een orgaan in geval van een tegenstrijdig belang, informatieverstrekking door het bestuur aan de raad van commissarissen, de ontstentenis- en beletregeling, het wettelijk adviesrecht voor bestuurders en commissarissen naar de algemene vergadering en last but not least uniformering van de regels voor aansprakelijkheid in geval van faillissement. Het voert te ver in deze bijdrage diep in te gaan op alle gevolgen van het wetsvoorstel voor de coöperatie. Ik verwijs daarvoor in het bijzonder naar het Themanummer: Bestuur en Toezicht van het Tijdschrift Ondernemingsrecht.¹⁶ Van belang zijn in ieder geval dat de raad van commissarissen uitgebreid wordt gereguleerd, er een regeling komt voor de one-tier-board en dat de tegenstrijdig belangregeling die thans nog externe werking heeft (artikel 2:57 lid 4 BW) van een vertegenwoordigingsregel overgaat naar een besluitvormingsregel. Dit betekent dat een bestuurder of commissaris met een tegenstrijdig belang (dat betekent dat het niet in overeenstemming is met het belang van de rechtspersoon) niet deelneemt aan de beraadslaging en de besluitvorming. Als alle bestuurders een tegenstrijdig belang hebben verschuift de beslissingsbevoegdheid naar de raad van commissarissen en als deze er niet is dan komt de bevoegdheid bij de algemene vergadering te liggen. Over de nieuwe aansprakelijkheidsregeling voor bestuurders en commissarissen in geval van faillissement is nogal wat discussie in de literatuur. Ook zijn er vragen gesteld in de Vaste Kamercommissie voor Veiligheid en Justitie. Het wachten is in deze op de reactie van de Minister.

8. **Europese Coöperatieve Vennootschap (SCE)**

Op dit moment kent Europa een drietal Europeesrechtelijke supranationale rechtsvormen, te weten de Europese NV (SE), het Europees Economisch Samenwerkingsverband (EESV) en de Europese Coöperatieve Vennootschap (SCE). De SCE-

¹⁵ Kamerstukken II 2015/2016, 34491, vergelijk tevens D.F.M.M. Zaman, Wetsvoorstel Bestuur en Toezicht Rechtspersonen: een terechte modernisering van het rechtspersonenrecht, JBN 2016, nummer 45 en het Themanummer Bestuur en Toezicht van het tijdschrift Ondernemingsrecht (2017/13).

¹⁶ Vergelijk het Themanummer in Ondernemingsrecht (2017/13).

verordening die dateert uit 2003 is in werking getreden in 2006. De SCE is een coöperatieve vennootschap met een in aandelen verdeeld kapitaal. De SCE-verordening kwalificeert de rechtsvorm als een vennootschap en niet, zoals de Nederlandse coöperatie, als een (bijzondere vorm van) vereniging. Niettemin wordt gebruikgemaakt van de aanduiding leden, dienen er ook ten minste twee rechtspersonen of vijf natuurlijke personen als oprichters te fungeren en is het primaire doel te voorzien in de economische behoeften van de leden, hetwelk wordt nagestreefd door met die leden overeenkomsten te sluiten. De leden dienen een aandeel te nemen en verbinden zich slechts tot het bedrag van hun inbreng. Ook de SCE functioneert in beginsel ten behoeve van haar leden, maar het is mogelijk op basis van de statuten dat ook ten behoeve van derden activiteiten worden ondernomen. Een SCE heeft altijd een grensoverschrijdend karakter hetgeen betekent dat zetelverplaatsing mogelijk is. De SCE is een tot nu toe weinig toegepaste rechtsvorm.

9. **Afsluitend**

De coöperatie verheugt zich in een grote belangstelling, zowel internationaal (onder andere door het uitroepen door de Verenigde Naties van 2012 als het jaar van de Coöperatie)) als nationaal. Het aantal toepassingsgebieden is de afgelopen decennia sterk uitgebreid, dat wil zeggen van de meer traditionele (agrarisch, inkoop, financiële dienstverlening) naar samenwerkingsverbanden voor werknemers, zzp'ers en vrije beroepsbeoefenaren. De civielrechtelijke en ook fiscaalrechtelijke verschillen tussen de BV en de coöperatie maken in een aantal gevallen de coöperatie een aantrekkelijk alternatief voor de BV. Het wetsvoorstel Bestuur en Toezicht Rechtspersonen zorgt ervoor dat er verdere harmonisatie plaatsvindt met het algemene rechtspersonenrecht.