

## Financiering van de coöperatie met beleggingskapitaal

van der Sangen, G.J.H.

*Published in:*

De coöperatieve onderneming

*Publication date:*

1999

[Link to publication](#)

*Citation for published version (APA):*

van der Sangen, G. J. H. (1999). Financiering van de coöperatie met beleggingskapitaal: onbekend maakt onbemind. In R. C. J. Galle, & G. J. H. van der Sangen (Eds.), *De coöperatieve onderneming: vijf thema's over de veranderende rol van de coöperatie* (pp. 41-61). (CCL; No. 15). W.E.J. Tjeenk Willink.

### General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

### Take down policy

If you believe that this document breaches copyright, please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

**Financiering van de coöperatie met beleggingskapitaal.  
Onbekend maakt onbemind**

*G.J.H. Van der Sangen*<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> mr G.J.H. Van der Sangen is universitair docent Privaatrecht aan de Katholieke Universiteit Brabant en verbonden aan het Center for Company Law van voornoemde universiteit.

## 1 Inleiding

In de discussie omtrent de vraag of, en zo ja op welke wijze coöperaties buiten de kring van de leden risicodragend vermogen kunnen aantrekken, wordt er door sommigen op gewezen dat een financiering van de coöperatie met van beleggers afkomstig risicodragend vermogen niet mogelijk is.<sup>2</sup> Anderen daarentegen achten de mogelijkheden tot financiering met beleggingskapitaal binnen de rechtsvorm van de coöperatie wel aanwezig, maar wijzen er vervolgens op dat deze mogelijkheid tot externe financiering haar grens vindt in de dwingendrechtelijke bepalingen van verenigingsrecht.<sup>3</sup> De recente ervaringen bij apothekerscoöperatie OPG en aan- en verkoopcoöperatie Cebeco-Handelsraad<sup>4</sup> geven voeding aan de gedachte dat een eventuele financiering met risicodragend vermogen afkomstig van beleggers geen belemmering behoeft te ondervinden van de juridische structuur van de coöperatie. Wel is opmerkelijk dat tot dusverre andere coöperaties uit de agrarische sector - waar de behoefte aan extra risicodragend vermogen zich met name doet gelden - vooralsnog geen beroep doen op het beleggerspubliek. Reden temeer om de mythe dat financiering van de coöperatieve onderneming met beleggingskapitaal binnen de rechtsvorm van de coöperatie niet mogelijk zou zijn, aan een nader onderzoek te onderwerpen en de daarvoor aangevoerde argumenten op hun merites te beoordelen.

De opbouw van deze bijdrage is als volgt dat ik in § 2 een kort exposé geef van de bestaande wijze van financiering van de coöperatie. In § 3 zal ik nagaan welke beperkingen er bestaan ten aanzien van de financiering van de coöperatie voorzover deze verband houden met haar wettelijke regeling. In § 4 bespreek ik een aantal financieringsconstructies die de mogelijkheid zouden kunnen bieden om op het niveau van de coöperatie risicodragend vermogen van beleggers aan

---

<sup>2</sup> Zie W.J.J. van Diepenbèek, *Coöperatie: Een hele onderneming!*, inaugurele rede Universiteit Maastricht 1995, p. 25 en P.K. Jagersma, *De kwetsbaarheid van multinationale zuivelcoöperaties*, ESB 1994, p. 48-52 alsmede F.D.K. Bosch en L.J. Koster, *Agrarische coöperaties; reuzen op lemen voeten?*, Tijdschrift voor financieel management, nr. 6, november/december 1993, p. 53-56.

<sup>3</sup> Zie R.C.J. Galle, *De coöperatie*, diss. KUB 1993, Schoordijk Instituut, Center for Company Law, W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle 1993, in het bijzonder hoofdstuk 9, alsmede diens inaugurele rede KUB 1994, *De coöperatie in eigentijds perspectief. Over de wettelijke definitie en de plaats van de coöperatie in het systeem van rechtspersonen*, uitgebracht in dezelfde reeks, p. 24-30. Verder wijs ik op P.J. Dortmond, *De coöperatie; van vereniging naar houdstermaatschappij en beursrechtspersoon*, Kluwer, Deventer, 1991, S.M. Bartman/E.J.M. van der Meijden, *Holdingcoöperatie, evolutie of denaturatie?*, in: *Strijdige belangen in evenwicht*, Beschouwingen over het bedrijfsfinancieel recht, Utrecht 1992, p. 26-33 en J.T.L. Nillesen, *Financiering van grote coöperaties. Nieuwe vormen van risicodragend vermogen voor coöperaties geplaatst in civiel- en fiscaalrechtelijk perspectief*, Fiscaal Ondernemingsrecht 1994, p. 113-130. Zie over financiering van de coöperatie in het algemeen Nationale Coöperatieve Raad voor de land- en tuinbouw, *Structuur van de grote landbouwcoöperatie*, Den Haag 1973 alsmede van dezelfde *De financiering van de coöperatieve onderneming*, Eburon, Delft 1990.

<sup>4</sup> Zie over de deelname van de NIB in Cebeco-Handelsraad het Financieele Dagblad d.d. 14 november 1997.

te trekken. Tevens zal ik daarbij antwoord geven op de vraag of deze financieringsconstructies inpasbaar zijn in het thans geldende coöperatie- en verenigingsrecht. Tot slot werp ik in § 5 de vraag op, zonder deze overigens te beantwoorden, of de juridische structuur van de naamloze vennootschap geen oplossing kan bieden voor het financieringsvraagstuk. Opgemerkt zij dat de bijdrage van W.A. Verburg een verhandeling bevat met betrekking tot de beurstechische aspecten rond de financiering van coöperaties met risicodragend vermogen afkomstig van beleggers.

## **2 Bestaande wijze van financiering van de coöperatie**

Zowel de wettelijke regeling van de coöperatie als ook de coöperatieve praktijk gaan ervan uit dat de voorziening in de kredietwaardigheid cq. solvabiliteit primair plaats vindt door de leden van de coöperatie. Het uitgangspunt van de *zelffinanciering* betekent dat een coöperatie in beginsel niet gefinancierd wordt door risicodragend vermogen van derden, hetgeen direct verband houdt met de economische doelstelling van de coöperatie. De economische doelstelling van de coöperatie, die als zodanig in de huidige wettelijke omschrijving van de coöperatie is verankerd,<sup>5</sup> bestaat eruit dat de coöperatie ten behoeve van haar leden/bedrijfshuishoudingen op basis van het *kostendeckingsbeginsel*<sup>6</sup> een of meer bedrijfsfuncties uitoefent die de leden ieder afzonderlijk op minder gunstige condities kunnen uitoefenen. Daarbij treedt de coöperatie idealiter op als verlengstuk van de bedrijfshuishoudingen van de leden bij de uitoefening van haar activiteiten, en heeft voor de leden een *inkomensvormende functie*. Uit de economische doelstelling van de coöperatie vloeit derhalve voort dat de coöperatie, anders dan het normale type van de naamloze vennootschap, geen eigen winststreven kent.<sup>7</sup>

Het uitgangspunt van de *zelffinanciering* heeft de wetgever eertijds om historische redenen vormgegeven door de regeling van de ledenaansprakelijkheid.<sup>8</sup> De leden zijn krachtens art. 2:55 BW jegens de

---

<sup>5</sup> Art. 2:53 lid 1 BW spreekt ervan dat de coöperatie 'zich blijkens de statuten ten doel moet stellen in bepaalde stoffelijke behoeften van haar leden te voorzien'.

<sup>6</sup> De term is ontleend aan G. Draheim, *Die Genossenschaft als Unternehmungstyp*, Göttingen 1955, p. 71 die spreekt van de coöperatie als 'Kostendeckungsbetrieb'.

<sup>7</sup> Zie over deze economische uitgangspunten van de samenwerking in coöperatief verband G.J. ter Woorst, *De coöperatieve onderneming*, uitgave vanwege de Stichting Maatschappij en Onderneming, SMO-boek 23, 1982, R. Leep, *De coöperatie. Enkele aspecten van verwerkings- en afzetcoöperaties*, Rodopi, Amsterdam 1985 en W.J.J. van Diepenbeek, *De coöperatieve organisatie. Coöperatie als maatschappelijk en economisch verschijnsel*, Eburon, Delft 1990.

<sup>8</sup> Met name het gebrek aan financiële middelen ter storting op aandelen van de naamloze vennootschap, vormde de reden om te kiezen voor een 'vertraagde' bijdrageplicht voor tekorten in geval van ontbinding, en wel in navolging van het door Raiffeisen in Duitsland reeds geïntroduceerde instrument van de ledenaansprakelijkheid. Zie hierover O.W. Gezelle Meerburg e.a., *Practische handleiding bij de Wet op de Coöperatieve Vereniging*, N. Samson, Alphen aan den Rijn 1925, p. 99-113.

rechtspersoon aansprakelijk voor een eventueel bij ontbinding blijvend tekort. Als hoofdregel geldt daarbij verder dat de leden voor het gehele tekort naar gelijke delen aansprakelijk zijn. De praktijk laat inmiddels zien dat doorgaans de wettelijke aansprakelijkheid op de voet van art. 2:56 BW vergaand wordt beperkt cq. wordt uitgesloten.<sup>9</sup> Wel is aannemelijk dat de ledenaansprakelijkheid vooralsnog de basis vormt van het garantievermogen van de coöperatie.

Kenmerkend voor deze wijze van zelffinanciering is voorts dat de bijdrage van het individuele lid aan de financiering krachtens de statuten gerelateerd is aan de omvang van het zakelijk verkeer met de coöperatie. In het algemeen brengt de inkomensvormende functie van de coöperatie met zich dat individuele leden in de financiële lasten en lusten van de coöperatie delen naar rato van de omvang van het zakelijk verkeer dat zij met de coöperatie gedurende een bepaalde periode hebben onderhouden.

Gezien het feit dat een 'B.A.'-regime in de praktijk gerelateerd is aan de omvang van het zakelijk verkeer is de effectiviteit van een dergelijke beperkte aansprakelijkheid als waarborg voor de kredietwaardigheid van de coöperatie<sup>10</sup> zowel afhankelijk van de mate waarin de coöperatie erin slaagt de leden aan de coöperatie te binden, als ook van de mate waarin de leden uit andere hoofde verplicht zijn naar rato van de omvang van het zakelijk verkeer bij te dragen in de financiering van de coöperatie. Onderzoek van statuten van coöperaties in de agrarische sector leert dat deze coöperaties op het punt van de *ledenbinding* als ook op het punt van de verplichting tot deelname aan de financiering uitgebreide voorzieningen bevatten.<sup>11</sup>

De effectiviteit van de ledenaansprakelijkheid tracht men in de praktijk te vergroten door aan de leden bij de statuten een leverings- cq. een afnameplicht op te leggen, hetgeen doorgaans wordt aangevuld met een beperking van de mogelijkheden tot uittreding van de leden. Bij dit laatste treft men zowel aan een formele beperking van de mogelijkheid tot uittreding, bijv. door het stellen van een langere opzegtermijn dan in de wet voorzien cq. door de mogelijkheid tot opzegging te beperken tot een *x*-aantal leden per jaar, als ook een materiële beperking van de mogelijkheid tot uittreding, door aan de uittreding voorwaarden te verbinden, zoals bijv. de verbeurdverklaring van eventuele tegoeden van het lid op een of meer financieringsrekeningen van de coöperatie

---

<sup>9</sup> Zo is mij uit eigen onderzoek gebleken dat van de 43 grootste coöperaties in de jaren 1994/1995 er geen coöperaties waren met een wettelijk aansprakelijkheidsregime, 35 coöperaties met een beperkt aansprakelijkheidsregime, en 8 keer was er sprake van een uitsluiting van de aansprakelijkheid. Als basis diende de door de NCR gepubliceerde lijst van de Top-40 van agrarische coöperatie in de jaren 1994/1995. Zie Coöperatie, april 1996, nr. 546, p. 10-13.

<sup>10</sup> Zie over de functie van de ledenaansprakelijkheid HR 26 maart 1976, NJ 1977, 612 inzake Sol/Cebeco.

<sup>11</sup> Zie over ledenbinding bij coöperaties R.C.J. Galle, inaugurele rede KUB 1994, p. 32-41 alsmede G.J.H. Van der Sangen, Ledenbinding bij coöperaties en Europees mededingingsrecht, S&V 1997 p. 75-83

of de verplichting tot het betalen van een uitteeregeld.<sup>12</sup> Zelfs de toekenning van een extra vergoeding cq. een kwantumkorting voor door de leden geleverde resp. afgenomen producten kan een materiële ledenbinding inhouden.<sup>13</sup> Door het stellen van dergelijke ledenbindende regels tracht men te voorkomen dat de omvang van het zakelijk verkeer vermindert.

Verder blijkt dat de effectiviteit van de ledenaansprakelijkheid gunstig wordt beïnvloed door de op de leden rustende verplichting deel te nemen in de financiering van de coöperatie. Zo kunnen de statuten bij voorbaat bepalen dat een eventueel exploitatie-overschot geheel of gedeeltelijk wordt toegevoegd aan de algemene reserves<sup>14</sup> dan wel aan een op naam van de leden geïndividualiseerde *eigen vermogensrekening*. Uit de aard der zaak vergroten de algemene reserves cq. de tegoeden op een eigen vermogensrekening de solvabiliteit van de coöperatie, zodat het op grond van de ledenaansprakelijkheid door de leden aan te zuiveren tekort in geval van ontbinding dienovereenkomstig vermindert. Ten aanzien van tegoeden op een financieringsrekening die aangemerkt kunnen worden als vreemd vermogen, zoals het geval is bij de *ledenschuldrekening*, is van een dergelijke directe invloed op de solvabiliteit geen sprake.<sup>15</sup> Tegoeden op een dergelijke financieringsrekening kunnen wel indirect een gunstige bijdrage leveren aan het garantievermogen van de coöperatie door de werking van het in art. 2:55 lid 5 neergelegde compensatieverbod.<sup>16</sup> De werking van het compensatieverbod kan leiden tot een feitelijke achterstelling van de vordering van het lid ten opzichte van de overige crediteuren van de coöperatie,<sup>17</sup> en wel ten belope van het maximumbedrag dat het individuele lid uit hoofde van het 'B.A.'-regime verplicht is bij te dragen, indien en voorzover het tegoed op de ledenschuldrekening dit maximum overtreft. Het compensatieverbod geldt ook voor andere vorderingen van de leden op de coöperatie terzake van het zakelijk verkeer, zoals bijvoorbeeld vorderingen uit hoofde van een slot- of nabetaling. Onduidelijk is of de ratio van het compensatieverbod - een waarborg voor de kredietwaardigheid van de coöperatie ten opzichte van crediteuren anders dan de leden - met zich brengt dat vorderingen van de leden uit hoofde van op

---

<sup>12</sup> Vlg. de arresten HvJ EG 25 maart 1981, NJ 1982, 37 inzake Stremselfabriek, de uitteeregeldarresten HvJ EG 12 december 1995, NJ 1996, 665 inzake Dijkstra/Friesland Frico Domo, Oude Luttkhuis/Coberco, Van Roessel e.a./Campina Melkunie en De Bië/Campina Melkunie.

<sup>13</sup> Zie bijv. Hof Den Bosch 25 augustus, NJ 1994, 308 inzake Nooyen/CNC.

<sup>14</sup> Doorgaans worden dergelijke algemene reserves aangeduid met de apodictische term 'vermogen in de dode hand'. Zie hierover G. van Dijk, *Leven uit de "dode hand"; over het toekomstig coöperatief ondernemerschap*, inaugurele rede LU Wageningen 1991.

<sup>15</sup> Zie over de ledenrekening D. Wind, *De toepassing van de ledenrekening als financieringsvorm bij enkele sectoren van agrarische coöperaties*, H. Veerman & Zn., Wageningen 1970.

<sup>16</sup> Aldus uitdrukkelijk HR 26 maart 1976, NJ 1977, 612 inzake Sol/Cebeco.

<sup>17</sup> Het lid dient als concurrent schuldeiser uiteraard zijn vordering ter verificatie in te dienen bij de curator in geval van faillissement. In gelijke zin Dijk/Van der Ploeg, *Van vereniging en stichting, coöperatie en onderlinge waarborgmaatschappij*, derde druk, Gouda Quint, Deventer 1997, p. 282.

vrijwillige basis verstrekte leningen tevens onder het verbod van art. 2:55 lid 5 BW zijn begrepen.

Uitwinning van de ledenaansprakelijkheid kan bovendien worden voorkomen door de invoering van een op de statuten berustende aansprakelijkheid voor balans- en/of exploitatietekorten *tijdens* het bestaan van de coöperatie.<sup>18</sup> Consequente toepassing van het aan een dergelijke regeling ten grondslag liggende kostendekkingsbeginsel in combinatie met een in de statuten neergelegd structureel reserveeringsbeleid voorkomt een intoring op het eigen vermogen van de coöperatie. Nadeel is wel dat, voorzover de coöperatie het zakelijk verkeer met haar leden afwikkelt volgens het kostendekkingsbeginsel, hiervan een negatief effect uitgaat op de hoogte van de uitbetalingsprijs aan de leden. Een dergelijk effect doet zich minder gelden indien aan de leden terzake van het zakelijk verkeer marktconforme prijzen in rekening worden gebracht.

### 3 Grenzen aan zelffinanciering

De hierboven beschreven wijze van financiering staat reeds langere tijd onder druk. Hoewel, zoals gezegd, zelffinanciering al dan niet op basis van de ledenaansprakelijkheid voor coöperaties in de agrarische sector de grondslag vormt voor de vorming van het garantievermogen, is inmiddels duidelijk dat bij een toenemende intensivering van de activiteiten van de coöperatie de bereidheid van de leden om verder te participeren in de vermogensvorming van de coöperatie haar grens heeft bereikt. Daarvoor zijn economische, juridische als ook fiscale oorzaken aan te wijzen.

#### 3.1 Ledenaansprakelijkheid exit?

Wat betreft de ledenaansprakelijkheid als zodanig is een economisch bezwaar dat gegeven de toenemende intensivering van de bedrijfsvoering van coöperaties in de agro-industrie de risico's die verbonden zijn aan de ledenaansprakelijkheid voor het individuele lid niet zijn te dragen.<sup>19</sup> De wens van de leden om te komen tot een substantiële beperking cq. algehele uitsluiting van de ledenaansprakelijkheid heeft, zoals hierboven reedsesignaleerd, er toe geleid dat er een verschuiving heeft plaatsgevonden in de richting van de vorming van eigen vermogen door de leden tijdens het bestaan van de coöperatie, en wel door inteme reservering en de verplichting tot deelname aan financieringsrekeningen. In de praktijk blijkt deze ontwikkeling zich ook voor te doen bij landbouwcoöperaties die ook nu nog een 'B.A.'-regime kennen.

---

<sup>18</sup> Voor het opleggen van dergelijke financiële verplichtingen dient gezien art. 2:27 lid 4 sub c jo. 34a BW steeds een uitdrukkelijke statutaire grondslag in de statuten aan te wijzen zijn. Zie Asser-Van der Grinten-Maeijer 2-II (1997) nr. 267 p. 315, Galle, diss. KUB 1993, p. 206. In andere zin Dijk/Van der Ploeg, a.w., p. 111. Zie hierover tevens P.A. Stein, De regeling van het omslaan van tekorten in statuten van coöperatieve verenigingen, RM Themis 1961, p. 14-37.

<sup>19</sup> Zie het NCR-rapport 1990, p. 29 en 30.

Evenwel blijkt uit de statuten dat de beperkte aansprakelijkheid doorgaans aldus is geformuleerd dat de leden verplicht zijn bij te dragen in een tekort bij ontbinding tot een bepaald maximum, waarbij de bedragen die reeds uit andere hoofde zijn gestort op een financieringsrekening hierop in mindering komen. Aangenomen kan worden dat een dergelijke wijze van schuldfiniëring niet in strijd is met de ratio van de ledenaansprakelijkheid, daar de crediteuren door raadpleging van de statuten kennis kunnen nemen van een dergelijk 'B.A.'-regime, terwijl de jaarrekening melding moet maken van de tegoeden op de verschillende financieringsrekeningen.<sup>20</sup>

Zoals gezegd, veronderstelt een effectieve werking van de ledenaansprakelijkheid een strakke ledenbinding. Zowel de regeling van de coöperatie in Boek 2 BW als ook de regels van (Europees) mededingingsrecht werken op dit punt zeer belemmerend en doen mijns inziens geen recht aan het karakter van de coöperatie. De coöperatie van art. 2:53 lid 1 BW is door de wetgever vormgegeven als een rechtspersoon met een verenigingsrechtelijke organisatiestructuur waarop voorzover in Titel 3 daarvan niet wordt afgeweken, de overwegend dwingendrechtelijke bepalingen met betrekking tot de vereniging van toepassing zijn.<sup>21</sup> Een en ander brengt met zich dat de leden van een coöperatie steeds de mogelijkheid hebben om uit te treden, hetgeen - gegeven de in de praktijk bestaande koppeling van de ledenaansprakelijkheid aan de omvang van het zakelijk verkeer - leidt tot aantasting van het garantievermogen. Van belang is hier dat naar huidig recht er geen mogelijkheden bestaan de duur van het lidmaatschap bij voorbaat vast te leggen voor een bepaalde periode, gezien het feit dat het lid op grond van de dwingendrechtelijke regel van art. 2:36 lid 1 BW het lidmaatschap steeds kan opzeggen tegen het einde van het boekjaar volgend op het jaar waarin is opgezegd.<sup>22</sup>

Ook art. 2:36 lid 3 BW kan in de praktijk, namelijk voorzover de toepasselijkheid van deze bepaling in de statuten niet is uitgesloten, een storende invloed hebben op de binding van de leden aan de coöperatie. Op grond van deze bepaling kan het lid zijn lidmaatschap met onmiddellijke ingang beëindigen, indien de op hem rustende (financiële) verplichtingen worden verzwaaard cq. zijn rechten worden beperkt. Blijkens rechtspraak kan van een dergelijke verzwaring ook sprake zijn, indien een reeds *bestaande* statutaire verplichting feitelijk wordt opgelegd.<sup>23</sup> Indien deze uitspraak navolging zou

---

<sup>20</sup> Zie art. 2:392 lid 1 sub d BW en art. 2:375 BW.

<sup>21</sup> Vgl. de schakelbepaling in art. 2:53a BW. Zie over het rechtskarakter van de coöperatie de bijdrage van R.C.J. Galle in deze bundel.

<sup>22</sup> Zie voor kritiek op dit uitgangspunt R.C.J. Galle, p. 236 en 263-266, die mede op basis van een vergelijking van het Duitse recht, en de praktische bezwaren die verbonden zijn aan de opzegging voor de continuïteit van de coöperatieve onderneming, pleit voor de mogelijkheid van een 'niet opzegbaar lidmaatschap voor bepaalde tijd'.

<sup>23</sup> Zie Rb Zwolle 15 juli 1992, NJ 1995, 55 inzake ECA/NAM. Zie over de uitspraak in kritische zin R.C.J. Galle, Redelijkheid en billijkheid bij de beëindiging van het coöperatielidmaatschap, S&V 1995 p. 81-83 en G.J.H. Van der Sangen, De ontzieldde materie van de



vinden, zou een lid zich wel zeer gemakkelijk aan de verplichtingen uit het lidmaatschap kunnen onttrekken, hetgeen mijns inziens afbreuk doet aan de coöperatieve samenwerking als zodanig. Daar staat tegenover dat de coöperatie blijkens art. 2:60 BW wel de mogelijkheid heeft aan de uittreding voorwaarden te verbinden indien en voorzover deze in overeenstemming zijn met *doel en strekking* van de coöperatie, hetgeen inhoudt dat de voorwaarde van economisch belang moet kunnen zijn voor de continuïteit van de coöperatie.<sup>24</sup> Als grens geldt hier echter dat een dergelijke voorwaarde de uittreding voor het individuele lid niet feitelijk onmogelijk mag maken.

De mogelijkheden leden middels daartoe strekkende statutaire bepalingen aan de coöperatie te binden, worden ernstig ingeperkt door de toepassing van het mededingingsrecht. Met name is hier van belang de rechtspraak van zowel de nationale rechter als het Hof van Justitie EG terzake van het in art. 85 lid 1 EG-Verdrag neergelegde kartelverbod. Uit deze rechtspraak, die hier verder onbesproken blijft, blijkt dat bepalend is voor de vraag of het complex van ledenbindende bepalingen in de statuten van de coöperatie een beperking inhoudt van de mededinging, afhankelijk is van het antwoord op de vraag of er de facto sprake kan zijn van een onmogelijkheid van de leden om zich tot concurrenten van de betrokken coöperatie te wenden. Afhankelijk van het marktaandeel van een coöperatie kan hiervan reeds sprake zijn, indien er sprake is van een feitelijke binding door de toekenning van prijstoeslagen cq. kwantumkortingen, ook al zijn de leden formeel vrij om uit te treden.<sup>25</sup> Een cumulatie van verschillende ledenbindende bepalingen in de statuten is blijkens recente rechtspraak van het HvJ EG uit mededingingsrechtelijk oogpunt (steeds) verdacht.<sup>26</sup> Opvallend is dat er voor landbouwcoöperaties wel een uitzonderingsregime in Vo. 26/62 bestaat ten aanzien van art. 85 lid 1 EG-Verdrag, maar in de praktijk wordt dit regime dermate beperkt toegepast dat bij de beoordeling of het kartelverbod is overtreden in de regel geen rekening wordt gehouden met het bijzondere karakter van de coöperatie.<sup>27</sup>

### 3.2 Problemen rond interne reservering

Gezien de in de vorige paragraaf beschreven tekortkomingen welke verbonden zijn aan de regeling van de ledenaansprakelijkheid, is aannemelijk dat coöperaties in toenemende mate voor de vorming van risicodragend vermogen aangewezen zijn op interne reservering van de voor uitkering vatbare winst cq. het exploitatie-overschot.<sup>28</sup> Deze vorm van zelffinanciering vindt in de praktijk plaats door, al dan niet naast elkaar, de vorming van *algemene reserves* en de

---

<sup>24</sup> 'Eigenaarscoöperatie', in: J.L.P. Cahen-bundel, Gouda Quint, Deventer 1997, p. 333.

<sup>25</sup> Aldus zeer expliciet in Rb Den Bosch 28 maart 1997, *NJKort* 1997, nr. 38, p. 74.

<sup>26</sup> Zie het arrest vermeld in noot 13.

<sup>27</sup> Zie de arresten vermeld in noot 12.

<sup>28</sup> Zie hierover nader de bijdrage van T.R. Ottervanger in deze bundel, alsmede G.J.H. Van der Sangen, *Ledenbinding bij coöperaties en Europees mededingingsrecht*, S&V 1995 p. 75-83.

<sup>28</sup> Zie art. 2:361 lid 2: 'Coöperaties (...) vervangen de winst- en verliesrekening door een exploitatierekening, indien het in artikel 362 lid 1 bedoelde inzicht daardoor wordt gediend (...).'

vorming van tegoeden op *geïndividualiseerde eigen vermogensrekeningen*, welke onder verschillende benamingen voorkomen.<sup>29</sup>

In dit verband is van belang dat, hoewel de wet dit niet met zoveel woorden zegt, de beslissingsmacht terzake van het te voeren reserveringsbeleid in beginsel ligt bij de algemene vergadering als zodanig. Op grond van haar economische, in de wettelijke omschrijving van de coöperatie neergelegde doelstelling en de bevoegdheid van de leden om de jaarrekening vast te stellen,<sup>30</sup> blijkt dat de algemene ledenvergadering het bevoegde orgaan is ten aanzien van besluiten tot bestemming van een eventueel exploitatie-overschot. In de praktijk kan het reserveringsbeleid een structureel karakter krijgen, indien en voorzover de bevoegdheid tot reservering krachtens statutaire bepaling is toegekend aan het bestuur van de coöperatie. Steeds echter doet zich ten aanzien van een reserveringsbeleid een spanning voor tussen het ledenbelang op korte termijn, dat gebaat is bij een zo hoog mogelijke uitbetalingsprijs, en het ledenbelang op lange termijn, dat gebaat is met een 'redelijke' toevoeging van het exploitatie-overschot aan de algemene reserves cq. aan een eigen vermogensrekening, zodat de continuïteit van de coöperatie en haar inkomensvormende functie ook op lange termijn is gewaarborgd.<sup>31</sup>

Reservering van het exploitatie-overschot cq. tegoedschrijving op een eigen vermogensrekening heeft directe gevolgen voor het voor uitdeling aan de leden beschikbare bedrag. Dit probleem is slechts op te lossen indien de coöperatie het zakelijk verkeer met de leden afwikkelt op basis van marktconforme prijzen. Een en ander betekent wel dat het coöperatieve karakter dan niet meer tot uitdrukking komt in de hoogte van de uitbetalingsprijs, alhoewel ook in een dergelijk geval ledentrouw beloond kan worden met een extra vergoeding voor geleverde goederen cq. een kwantumkorting voor afgenomen producten en/of diensten.

Een belangrijk bezwaar tegen het reserveren van exploitatie-overschotten is gelegen in de fiscale behandeling. Toevoeging aan de algemene reserves cq. creditering op een eigen vermogensrekening heeft steeds tot gevolg dat, voorzover het exploitatie-overschot niet wordt uitgedeeld, het exploitatie-overschot tot dit bedrag niet als *verlengstukwinst* aftrekbaar is van de

---

<sup>29</sup> Men treft aan: ledenrekening, ledenkapitaal, ledenreserverekening, participatierekening, participatiereserverekening, certificatenrekening. Met name de aanduiding ledenrekening kan voor de fiscale behandeling tot problemen leiden indien niet duidelijk aan de hand van de statutaire regeling kan worden vastgesteld of het hier om eigen vermogen dan wel om vreemd vermogen in de vorm van een ledenschuldrekening gaat. Dit is met name van belang voor de toepassing van de zogenaamde verlengstukafrek van art. 9 lid 1 sub h Wet Vpb 1969. Zie hierna.

<sup>30</sup> Zie resp. art. 2:53 lid 1 en 2:58 BW.

<sup>31</sup> Het door het bestuur te voeren reserveringsbeleid veronderstelt een optimale communicatie met, en informatieverstrekking aan de leden, waarbij op het bestuur de taak rust aan de algemene vergadering duidelijk te maken dat met een reservering de belangen van de leden beter gediend zijn dan met een hogere uitdeling van het exploitatie-overschot. Zie hierover T.H. Homan, *Topmanagement in coöperatieve organisaties*, diss. Nijenrode 1989, p. 227 en 228 alsmede p. 240-242.

vennootschapsbelasting, zodat er een dubbele belastingheffing optreedt.<sup>32</sup> Met name ten aanzien van de zogenaamde certificatenregeling, waarbij de tegoedschrijving plaats vindt bij wijze van storting op de uit te reiken certificaten die aanspraak geven op het vermogen van de coöperatie, is onduidelijk of de aftrekmogelijkheid van art. 9 lid 1 sub h Wet Vpb 1969 van toepassing is of niet, hetgeen in belangrijke mate afhankelijk is van het antwoord op de vraag of het bedrag dat door de coöperatie aangewend wordt ter storting op de certificaten, kan worden aangemerkt als een uitdeling van de jaarwinst.<sup>33</sup>

Een bijkomend bezwaar tegen de vorming van algemene reserve cq. tegoedschrijvingen is dat er voor de leden geen cq. slechts beperkte mogelijkheden voorhanden zijn om *tijdens* het bestaan van de coöperatie aanspraken op het aldus gevormde vermogen te verzilveren, omdat dergelijke aanspraken als regel niet belichaamd zijn in verhandelbare vermogenstitels. Zelfs indien de statuten bepalen dat de leden aanspraak hebben op het vermogen van de coöperatie en de vermogensgroei, blijkt de verhandelbaarheid van dergelijke aanspraken *de facto* beperkt tot de kring van de leden die met de coöperatie een zakelijk verkeer onderhouden. De reden hiervoor is gelegen in het feit dat aan dergelijke eigen vermogensrekeningen verplichtingen plegen te zijn verbonden om bij te dragen aan de financiering van de coöperatie, en wel naar rato van de omvang van het zakelijk verkeer.

Van een dergelijke koppeling aan de omvang van het zakelijk verkeer is ook sprake bij zogenaamde 'coöperatieve aandelen'.<sup>34</sup> Hoewel ook deze coöperatieve aandelen een overdraagbare aanspraak op het vermogen kunnen belichamen, hebben zij als regel de functie om de omvang van het zakelijk verkeer tussen coöperatie en de leden te reguleren. Aan de omvang van het bezit aan coöperatieve aandelen ontleen de leden hun rechten tegenover de coöperatie, zoals de hoogte van het aantal per lid uit te brengen stemmen in de algemene ledenvergadering, de hoogte van hun aanspraak in een exploitatie-overschot als ook in een eventueel liquidatie-overschot, maar ook het recht om goederen ter verwerking bij de coöperatie aan te leveren. Daartegenover staat dat ook de omvang van de lidmaatschapsverplichtingen, zoals de bijdrageplicht uit hoofde van een tussentijdse aansprakelijkheid voor balans- en/of exploitatietekorten als ook uit hoofde van de ledenaansprakelijkheid, en de verplichting deel te nemen aan een financieringsrekening, worden bepaald aan

---

<sup>32</sup> Zie over de fiscale behandeling van de coöperatie en de door haar gehanteerde financieringsmethoden de bijdragen van J.J.M. Jansen en J.T.L. Nillesen in deze bundel.

<sup>33</sup> Zie hierover J.B.W.M. Kemperink, Nieuw coöperatief perspectief: winsten integraal uitdelen aan de leden?, TVVS 1992, nr. 92/6 p. 142-148 alsmede J.J.M. Jansen, Belastingheffing van coöperaties en haar leden, diss. EUR 1996, p. 150-155.

<sup>34</sup> Dergelijke coöperatieve aandelen komen voor bij Avebe, Cosun (voorheen Suiker Unie) en bij OPG, waar zij echter worden aangeduid als inleggelden. Zie voor de problemen die kunnen ontstaan indien dergelijke coöperatieve aandelen, die een financiële aanspraak kunnen vertegenwoordigen, worden overgedragen los van het lidmaatschap G.J.H. Van der Sangen, Texels Eigen Stoomboot Onderneming. Omzetting van een naamloze vennootschap in een coöperatie, S&V 1995 p. 137 en 138.

de hand van het bezit van het aantal coöperatieve aandelen. Een belangrijke belemmering voor de verhandelbaarheid van coöperatieve aandelen is voorts gelegen in het feit dat aan het bezit van coöperatieve aandelen een leveringsplicht kan zijn verbonden. Kortom, coöperatieve aandelen vervullen een rol bij de vaststelling van de rechten en plichten terzake van het zakelijk verkeer.

### *3.3 Ontkoppeling gewenst?*

Al met al leidt de directe koppeling aan het zakelijk verkeer en het verplichtend karakter er toe dat de bestaande eigen vermogensrekeningen en coöperatieve aandelen als zodanig niet geschikt zijn als beleggingsobject. Daar komt bij dat, voorzover de aanspraken op het vermogen uit hoofde van een eigen vermogensrekening cq. coöperatieve aandelen wel vrij overdraagbaar zijn buiten de kring van de leden, de verkrijger uit dien hoofde geen stemrecht heeft in de algemene vergadering. Op de wijze waarop aan beleggers in het kader van externe financiering van de coöperatie zeggenschap in de coöperatie kan worden toegekend, kom ik nog terug in § 4. Een en ander doet de vraag rijzen of het niet gewenst is dat een ontkoppeling tot stand wordt gebracht tussen enerzijds de te verstrekken vergoedingen aan de leden terzake van het zakelijk verkeer, anderzijds de vergoedingen aan de leden en/of derden voor het door hen verstrekte risicodragend vermogen. Of een dergelijke ontkoppeling tussen het zakelijk verkeer en de deelname in het risicodragend vermogen gewenst is, is mijns inziens in eerste en laatste instantie afhankelijk van de door de leden gewenste economische verbondenheid met hun coöperatie.

Afstand doen van deze economische verbondenheid, die tot uitdrukking komt in het gegeven dat het zakelijk verkeer tussen de leden en hun coöperatie wordt afgewikkeld op basis van het *kostendekkingsbeginsel* en het *proportionaliteitsbeginsel*, impliceert een niet te onderschatten strategische keuze van zowel de leden als bestuur en management ten aanzien van de toekomst van de coöperatie.<sup>35</sup> Vasthouden aan het uitgangspunt van het kostendekkingsbeginsel zou betekenen dat het aantrekken van risicodragend vermogen van leden, voorzover de door hen verstrekte geldelijke middelen geen verband houden met het zakelijk verkeer, en/of van derden alleen mogelijk is indien er sprake is van een vaste, al dan niet preferente vergoeding. Problematisch vanuit het gezichtspunt van de belegger is hierbij evenwel dat uitgaande van het kostendekkingsbeginsel de 'winst' van de coöperatie een manipuleerbare grootte is.<sup>36</sup> Dit probleem is binnen het uitgangspunt van het kostendekkingsbeginsel niet oplosbaar, ook niet door aan de beleggers een goedkeuringsrecht toe te kennen ten aanzien van besluiten van de coöperatie tot

---

<sup>35</sup> Zie over de verhouding leden, bestuur en management de bijdragen van A.L. Mohr en R.C.J. Galle in deze bundel.

<sup>36</sup> Vgl. de terminologie in Asser-Van der Grinten-Maeijer 2-II (1997), nr. 393 p. 412.

wijziging van de statutaire bepaling waarin de vaste vergoeding is vastgelegd. De conclusie moet dan ook zijn dat het aantrekken van risicodragend vermogen van beleggers van een coöperatie slechts dan kans van slagen zal hebben, indien (de leden van) de coöperatie afstand doen van het kostendekkingsbeginsel, en het zakelijk verkeer wordt afgerekend op basis van marktconforme prijzen. Alsdan ontstaat er bij de coöperatie een reële winst vergelijkbaar met die bij niet-coöperatieve ondernemingen.

Een dergelijk breuk met de wijze van afwikkeling van het zakelijk verkeer doet mijns inziens de (ook psychologische) vraag rijzen waaruit het coöperatieve karakter van een dergelijke coöperatie bestaat indien dit niet meer tot uitdrukking komt in de uitbetalingsprijs door het doen van nabetalen cq. prijscorrecties. Twee opmerkingen zijn in dit verband op zijn plaats. Ten eerste, of een coöperatie een voldoende coöperatief karakter bezit, is ook hier afhankelijk van de wensen van de leden ten aanzien van de vormgeving van de samenwerking. Daarbij geldt dat het afstand doen van de afwikkeling van het zakelijk verkeer op basis van het kostendekkingsbeginsel, niet hoeft te betekenen dat er van een samenwerking op coöperatieve grondslag geen sprake meer kan zijn. Duidelijk is wel, en dat is de tweede opmerking, dat bij een dergelijke vormgeving van het zakelijk verkeer een (nog) zwaardere wissel zal worden getrokken op de ledenbinding, aangezien het coöperatieve karakter bij een dergelijke *bedrijfscoöperatie* noodzakelijkerwijs hierin tot uitdrukking moet komen dat de leden aan het lidmaatschap van de coöperatie een *exclusief* recht ontlenen om hun goederen aan te bieden cq. de goederen en/of diensten van de coöperatie af te nemen.<sup>37</sup> Daartegenover staat de plicht van de coöperatie, overeenkomstig de in de statuten omschreven wettelijke doelstelling, een dergelijk zakelijk verkeer met de leden te onderhouden.

#### 4 Externe financiering door beleggers

Is eenmaal een keuze voor een dergelijke ont koppeling gemaakt, dan rijst de vraag op welke wijze de gewenste ont koppeling tussen het zakelijk verkeer en de aanspraken op het vermogen van de coöperatie zou kunnen plaatsvinden. Ik zie drie modaliteiten waarbij er sprake is van oplopende graad van 'onthechting':

- a) een gefaseerde ont koppeling, waarbij aanspraken van de leden op het eigen vermogen geleidelijk kunnen worden omgezet in vrij verhandelbare

---

<sup>37</sup> Op basis van de wettelijke omschrijving van de coöperatie in art. 2:53 lid 1 BW zou men de conclusie kunnen trekken dat het onderhouden van een zakelijk verkeer met de leden alleen kan plaatsvinden op basis van afzonderlijke overeenkomsten aan te gaan tussen de coöperatie en haar leden. Vrij algemeen wordt het contractelement in de doctrine bestreden. Als grondslag voor het zakelijk verkeer dient mijns inziens het lidmaatschap als zodanig. Mogelijk is dat op basis van dit lidmaatschap de leden gerechtigd alsmede verplicht zijn tot het aangaan van dergelijke overeenkomsten. Noodzakelijk acht ik dat niet. Zie Asser-Van der Grinten-Maeijer 2-II (1997), nr. 390 p. 408, Dijk/Van der Ploeg, a.w., p. 117 en meer uitgebreid R.C.J. Galle, diss. KUB 1993, p. 144-160. Met name art. 2:59 BW en 2:53 lid 3 en 4 BW komen hierdoor in een vreemd daglicht te staan.

- participaties, zonder dat rechtstreeks participaties kunnen worden uitgegeven aan beleggers,
- b) een ontkoppeling, waarbij aanspraken van de leden op het eigen vermogen zonder beperkingen kunnen worden omgezet in vrij verhandelbare participaties en waarbij tevens de mogelijkheid bestaat dat rechtstreeks participaties worden geplaatst bij beleggers, en
  - c) een totale ontkoppeling, waarbij los van enig zakelijk verkeer rechtstreeks participaties kunnen worden geplaatst.

#### *4.1. Toelaatbaarheid participatie(-bewijzen)*

De hierboven aangestipte modaliteiten gaan er van uit dat aan leden en/of niet-leden vermogenstitels die al dan niet belichaamd zijn in een waardepapier, kunnen worden uitgegeven die aanspraak geven op een aandeel in de eventuele winst en/of in een aandeel in een eventueel liquidatie-overschot.<sup>38</sup> De vraag is of de introductie van dergelijke financiële participaties binnen het huidige coöperatierecht toelaatbaar is. Formeel bestaan er geen belemmeringen tegen de introductie van dergelijke participaties. Op grond van de wet komt noch het exploitatie-overschot noch het liquidatie-overschot dwingendrechtelijk toe aan de leden van de coöperatie. Ten aanzien van het exploitatie-overschot behoeven de statuten geen enkele voorziening te bevatten. Wel valt uit de bevoegdheid van de algemene vergadering om de jaarrekening vast te stellen (zie art. 2:58 BW) af te leiden dat een eventuele winst in beginsel ter beschikking staat van de leden. Ten aanzien van een eventueel liquidatie-overschot wordt in art. 2:27 lid 4 sub e BW slechts bepaald dat de statuten een voorziening moeten bevatten ten aanzien van de bestemming van een bij ontbinding blijvend batig saldo dan wel de wijze waarop een dergelijke bestemming wordt vastgesteld. Verder bepaalt art. 2:23b lid 1 BW dat een batig saldo behoudens afwijkende statutaire bepaling toekomt aan de leden van de coöperatie. Ook de voorzichtige tegenwerping dat de uitgifte van dergelijke financiële participaties dusdanige overeenkomsten vertoont met een emissie van aandelen in een naamloze of besloten vennootschap, zodat het gebruik van een van deze rechtsvormen is aangewezen, doet mijns inziens geen afbreuk aan de toelaatbaarheid van de door de coöperatie uit te geven participaties. Aangezien naar algemene opvatting de uitgifte van participaties in een naamloze of besloten vennootschap toelaatbaar wordt geacht - omdat hieraan geen stemrecht is verbonden, zodat van de vermeende inhoudelijke overeenkomst met het aandeel geen sprake is -,<sup>39</sup> valt

---

<sup>38</sup> Zie de omschrijving van S.E. Eisma, Tussen aandeel en schuldbrief: participatiebewijzen, in: Ondernemingsrechtelijke contracten, Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht Rijksuniversiteit Groningen, Kluwer, Deventer 1991, p. 29 alsmede W.C.L. van der Grinten, Winstbewijzen als financieringsmethode, in: De Bankier als Jurist, tegen wil en dank, Langmanbundel, Kluwer, Deventer 1991, p. 121.

<sup>39</sup> Zie hierover S.E. Eisma, a.w., p. 35-37 en W.C.L. van der Grinten, a.w., p. 122. Van een ongeoorloofde overschrijding tussen aandeel en participatiebewijs zou wel sprake kunnen zijn, indien aan de participatiehouders materieel zeggenschap zou toekomen in de algemene

niet in te zien waarom dit bij een coöperatie anders zou moeten zijn. Zoals hierna zal blijken, kan aan een dergelijke financiële participatie als zodanig ook geen stemrecht in de algemene vergadering van de coöperatie worden verbonden.

Ten aanzien van de invoering van financiële participaties toekomend aan beleggers bestaan mijns inziens slechts bedenkingen die gelegen zijn in de wettelijke doelstelling van de coöperatie. Blijkens haar wettelijke omschrijving in art. 2:53 lid 1 BW moet een coöperatie zich ten doel stellen te voorzien in de stoffelijke behoeften van haar aangesloten leden, en wel door het in stand houden van een onderneming van waaruit de coöperatie een zakelijk verkeer met de leden onderhoudt en waarvan de bedrijfsactiviteiten in het verlengde liggen van de bedrijfsactiviteiten van de aangesloten leden. Uit de wettelijke omschrijving vloeit verder voort dat de uitkomsten van deze onzelfstandige of verlengstukonderneming ten goede dienen te komen aan de leden voorzover zij met de coöperatie hebben gehandeld. De coöperatie moet per saldo een inkomensvormende cq. kostenbesparende functie hebben, en er dient verder steeds sprake te zijn van een zakelijk verkeer tussen de coöperatie en haar leden in de hierboven omschreven zin.

Aannemelijk is dat, in het geval het zakelijk verkeer met de leden plaatsvindt op basis van marktconforme prijzen terwijl de leden aan het lidmaatschap het exclusieve recht ontlenen het in de statuten aangeduide zakelijk verkeer met de coöperatie te onderhouden, de bedrijfsuitoefening nog steeds ten behoeve van de leden plaatsvindt, ook al zouden beleggers aanspraak kunnen maken op een aandeel in de winst.<sup>40</sup> Uiteraard kan de vaststelling van de hoogte van de marktconforme vergoeding terzake van het zakelijk verkeer punt van discussie vormen, waarvan aannemelijk is dat de leden geen inmenging van de beleggers dulden. Naar mijn mening volstaat in dit verband een statutaire voorziening dat de hoogte van de vergoeding terzake van het zakelijk verkeer wordt vastgesteld door het bestuur aan de hand van een in de statuten neergelegde maatstaf. Een dergelijke voorziening dient teneinde een afdoende bescherming te bieden voor de belangen van de leden, aanvulling in de statuten met de bepaling dat voornoemde statutaire bepaling alleen kan worden gewijzigd na goedkeuring van de leden die met de coöperatie een zakelijk verkeer onderhouden.

#### *4.2. Toekenning van zeggenschap*

Uitgaande van de hierboven geschetste omgeving van het zakelijk verkeer ontstaat het volgende beeld. De coöperatie vergoedt aan de leden marktconforme prijzen aan de leden voor de geleverde goederen cq. brengt marktconforme prijzen in rekening voor de door de leden afgenomen goederen

---

vergadering van de nv.

<sup>40</sup> In soortgelijke zin Asser-Van der Grinten-Maeijer 2-II (1997), nr. 393 p. 412.

en/of diensten. Zowel aan de leden als aan eventuele beleggers kunnen los van de omvang van het zakelijk verkeer financiële participaties worden uitgegeven. De na de afwikkeling van het zakelijk verkeer ontstane winst<sup>41</sup> komt mede toe aan de houders van participaties. Zoals hierboven gesteld, gelden hier geen wettelijke belemmeringen. In dit verband rijst de vraag op welke wijze aan de houders van participaties die niet tevens lid van de coöperatie zijn, zeggenschap kan worden toegekend terzake van de vaststelling en de bestemming van de winst. Tevens dient bij de toekenning steeds aandacht te worden besteed aan de verhandelbaarheid van de participaties en aan de vraag of een rechtstreekse zeggenschap van de belegger in de algemene vergadering wenselijk is. Naar mijn mening bestaan er binnen en in overeenstemming met het huidige coöperatierecht voldoende instrumenten die een passende modulering van het stemrecht over leden en beleggers mogelijk maken.

#### *4.2.1. (Een) bijzonder beleggerslidmaatschap?*

Wel moet op dit punt de hindernis worden genomen die het op de coöperatie van toepassing zijnde verenigingsrecht mogelijk opwerpt. Behoudens de hierna te spreken mogelijkheid van art. 2:38 lid 3 BW, hebben alleen leden stemrecht in de algemene vergadering. Andersom is een lidmaatschap zonder stemrecht niet bestaanbaar.<sup>42</sup> Gesteld is wel dat deze regel - alleen aan leden komt stemrecht toe -, de oplossing inhoudt voor de hier aan de orde zijnde zeggenschapsproblematiek, en wel door de belegger tevens toe te laten tot een *bijzonder* lidmaatschap van de coöperatie.<sup>43</sup> Hiervan is sprake indien men lid is van de coöperatie zonder dat er sprake is van een zakelijk verkeer dat in overeenstemming is met de in de statuten neergelegde wettelijke doelstelling. Aan het lidmaatschap zou de belegger dan op grond van de hoofdregel van art. 2:38 lid 1 BW één stem in de algemene vergadering ontnemen. Enige modulering is verder mogelijk door de introductie van een gedifferentieerd en relatief meervoudig stemrecht, waartoe art. 2:38 lid 3 BW zonder beperkingen de mogelijkheid opent.<sup>44</sup>

Zeer ver, mijns inziens te ver, gaan Bartman en Van der Meijden, indien zij beschrijven hoe naast de gewone leden de beleggers rechtstreeks tot een

---

<sup>41</sup> Hier is de aanduiding 'winst' op zijn plaats. Van een 'exploitatie-overschot' kan gezien de ontkoppeling met het zakelijk verkeer en het loslaten van het kostendekkingsbeginsel immers niet meer worden gesproken. Vgl art. 2:361 lid 2 BW.

<sup>42</sup> Zie Asser-Van der Grinten-Maeijer 2-II (1997), nr. 265 p. 313. In andere zin Dijk/Van der Ploeg, a.w., p. 98.

<sup>43</sup> Zie Dortmund, a.w., p. 13 en 14, alsmede Bartman/Van der Meijden, t.a.p., p. 29.

<sup>44</sup> Buitenlandse regelingen zijn op dit punt strenger. Zo kan naar Duits recht slechts een meervoudig stemrecht worden toegekend aan leden die een bijzondere bijdrage leveren aan het zakelijk verkeer, en bovendien slechts tot een maximum van 3 stemmen (§ 43 Abs 3 Genossenschaftsgesetz). Volgens het Zwitserse is een meervoudig stemrecht slechts mogelijk indien de coöperatie meer dan 300 leden heeft en er sprake is van een 'Delegiertenversammlung' (art. 892 Obligationenrecht).



bijzonder lidmaatschap van de coöperatie zouden kunnen worden toegelaten.<sup>45</sup> Daartoe zouden de statuten van de coöperatie mijns inziens in elk geval moeten bepalen dat het bijzondere lidmaatschap wordt verkregen door volstorting, waarbij volstorting geldt als kwaliteitseis.<sup>46</sup> In het beleggerslidmaatschap zijn volgens hen zowel de zeggenschaps- als ook de aan de belegger toekomende financiële rechten belichaamd. Indien de statuten tevens bepalen dat het bijzondere beleggerslidmaatschap overdraagbaar is, terwijl voor een dergelijk beleggerslidmaatschap lidmaatschapsbewijzen aan toonder worden uitgegeven na volstorting, is de gewenste verhandelbaarheid verzekerd.<sup>47</sup> Problematisch acht ik wel dat een statutaire voorziening moet worden getroffen voor de uitsluiting van de mogelijkheid tot opzegging en ontzetting van het lidmaatschap van de zijde van de coöperatie.

Aanmerkelijk voorzichtiger is Dortmund op dit punt. Ook hij acht een bijzonder beleggerslidmaatschap mogelijk maar wijst er meteen op dat het hier dan wel moet gaan om een uitzonderingssituatie. Bovendien moet het bijzondere lidmaatschap, volgens Dortmund, van belang zijn voor het bedrijf van de coöperatie zelf of voor het bedrijf van waaruit het zakelijk verkeer met de leden wordt aangegaan. Dit bijzondere lidmaatschap nu acht Dortmund van belang in verband met de financiering van het door de coöperatie uitgeoefende bedrijf.<sup>48</sup>

Zowel Bartman en Van der Meijden, als ook Dortmund doen voor de toelaatbaarheid van een bijzonder lidmaatschap een beroep op de parlementaire geschiedenis bij de onderlinge waarborgmaatschappij:

'Men kan in de statuten bepalen, dat men evenals bij een coöperatieve vereniging als lid kan toetreden zonder een verzekeringsovereenkomst met de maatschappij te hebben gesloten. Veel betekenis zal een zodanig lidmaatschap niet hebben; het kan echter zin hebben, b.v. wanneer de leden verplicht zijn alle verzekeringen van een bepaalde soort alleen bij de maatschappij te sluiten. Een zodanig lidmaatschap kan ook voortduren niet tegenstaande het einde van de verzekeringsovereenkomst.'<sup>49</sup>

Aannemelijk is dat één enkel bijzonder lidmaatschap dat met het oog op de financiering van de coöperatie in de statuten in het leven wordt geroepen, nog onder deze uitzonderingssituatie uit de parlementaire geschiedenis is begrepen. Of dat ten aanzien van de door Bartman en Van der Meijden beschreven

---

<sup>45</sup> Bartman/Van der Meijden, t.a.p., p. 30 en 31.

<sup>46</sup> Door het niet voldoen aan de stortingsplicht wordt het lidmaatschap niet verkregen, omdat het betrokken lid, de belegger, niet aan de kwaliteitseis voor het lidmaatschap heeft voldaan. Zie Asser-Van der Grinten-Maeijer 2-II(1997), nr. 276 p. 320.

<sup>47</sup> Formeel bestaat er mijns inziens geen principiële onmogelijkheid een lidmaatschap in een coöperatie aan toonder te stellen. Wel geldt daarbij gezien de ratio van de ledenaansprakelijkheid en de mogelijkheid tot uitwinning van de ledenaansprakelijkheid, de beperking dat een lidmaatschap alleen aan toonder kan worden gesteld bij een coöperatie met een U.A.-regime dan wel, in geval van een B.A.-regime, alleen ten aanzien van die leden die gezien de statuten en de ledenlijst niet aansprakelijk kunnen zijn tot betaling van een aandeel in het tekort bij ontbinding. Zie hierover G.J.H. Van der Sangen, S&V 1998, p. 48 en 49.

<sup>48</sup> Dortmund, a.w., p. 14 en 19.

<sup>49</sup> Van Zeben, Parlementaire Geschiedenis Boek 2 BW, p. 520.

bijzondere beleggerslidmaatschappen aan toonder ook nog het geval is, waag ik te betwijfelen.<sup>50</sup> Voor Dortmund bood destijds de geboden uitzondering voldoende houvast voor het door OPG toegepaste beursmodel. Kort gezegd, komt dit model erop neer dat naast de aan leden/apothekers toekomende inleggelden, die een functie vervullen bij de vaststelling van de zeggenschaps- en financiële rechten naar rato van de omvang van het zakelijk verkeer, participaties staan die aanspraak geven op een aandeel in het exploitatie- en een eventueel liquidatie-overschot. Bij OPG kunnen dergelijke participaties slechts worden gehouden door gewone leden/apothekers en door de Stichting Participaties OPG die als administratiekantoor fungeert.<sup>51</sup> Voor deze door de stichting gehouden participaties worden certificaten aan toonder uitgegeven aan het belegend publiek. Het bijzondere aan dit beursmodel is, mijns inziens, dat door de mogelijkheid van een gefaseerde conversie van inleggelden in participaties tegen uitgifte van op de beurs verhandelde certificaten, enerzijds voor de leden de mogelijkheid is geboden hun aanspraken op het eigen vermogen van de coöperatie te verzilveren, terwijl anderzijds door de certificering van de op naam luidende participaties de verhandelbaarheid van het financiële belang is gewaarborgd. Door de stichting toe te laten tot één enkel bijzonder lidmaatschap waaraan een meervoudig stemrecht is verbonden tot ten hoogste 10% van het aantal ter vergadering uitstaande stemgerechtigde inleggelden en participaties,<sup>52</sup> kunnen de beleggers hun belangen op indirecte wijze behartigen door tussenkomst van het administratiekantoor. Hoewel hiervan tot dusverre nog geen gebruik is gemaakt, bieden de statuten tevens de mogelijkheid rechtstreeks participaties te plaatsen bij de Stichting.

#### *4.2.2. Toekenning stemrecht via art. 2:38 lid 3 BW*

Met Galle ben ik van mening dat het huidige verenigings- en coöperatierecht een adequatere mogelijkheid biedt om stemrecht toe te kennen aan niet-leden/beleggers, en wel via de mogelijkheid die in art. 2:38 lid 3 BW wordt

<sup>50</sup> In het algemeen is het de vraag in hoeverre men uit een niet nader beargumenteerde verwijzing naar de coöperatie bij de parlementaire geschiedenis over de onderlinge waarborgmaatschappij conclusies mag trekken voor de regelgeving bij de coöperatie. Met name de ook door Meijers gehuldigde opvatting dat de onderlinge waarborgmaatschappij in wezen een coöperatie is die slechts verzekeringsovereenkomsten aangaat met haar leden, was en is reeds op historische gronden niet houdbaar. Zie Ontwerp Meijers, Van Zeben, Parlementaire geschiedenis Boek 2, blz. 457 en voor kritiek op dit uitgangspunt Asser-Van der Grinten-Maeijer 2-II (1997), nr. 421 p. 446.

<sup>51</sup> Daarnaast bieden de statuten van OPG een bijzondere voorziening voor de aanbieder van participaties aan de coöperatie. Zie art. 19 lid 2 jo. 25 lid 5 Statuten OPG d.d. 20 september 1995.

<sup>52</sup> Art. 43 lid 1 Statuten OPG 20 september 1995. De terminologie in deze is verwarrend, aangezien aan de inleggelden en aan de participaties als zodanig geen stemrecht verbonden kan zijn. Stemrecht ontlenen de leden/apothekers aan het lidmaatschap, de beleggers indirect aan het *bijzondere* lidmaatschap van de Stichting Participaties OPG. Het bezit van en het aantal aan inleggelden cq. participaties is van belang voor de bepaling van het meervoudige stemrecht dat, zoals gezegd, beperkt is tot 10%.

geboden.<sup>53</sup> Niet geheel duidelijk is waarom Dortmund, en Bartman en Van der Meijden deze mogelijkheid bij hun onderzoeken niet hebben betrokken. Een mogelijke verklaring kan hierin gelegen zijn dat door de introductie van een al dan niet rechtstreeks bijzonder lidmaatschap de voor de deelnemingsvrijstelling van art. 13 Wet Vpb 1969 vereiste lidmaatschapsverhouding aanwezig is, zodat beleggers die tevens rechtspersoon zijn, hiervan gebruik zouden kunnen maken.<sup>54</sup> In het algemeen geldt echter dat bij de introductie van aan beleggers toekomende participaties ten aanzien van de fiscale behandeling vooroverleg met de fiscus geboden is.

Deze bijdrage leent zich niet voor een bespreking van alle varianten waarop aan de belegger via de weg van art. 2:38 lid 3 BW zeggenschap in de coöperatie kan worden toegekend teneinde zijn financiële belangen te waarborgen. Wel wil ik in dit verband een meer academisch punt, dat evenwel van praktisch belang is, aanroeren. Ingevolge art. 2:38 lid 3 BW kunnen de statuten van de coöperatie bepalen dat de leden van een orgaan van de coöperatie, anders dan de algemene ledenvergadering, stemrecht hebben in de algemene vergadering tot ten hoogste de helft van het aantal door de leden daadwerkelijk ter vergadering uitgebrachte stemmen. Duidelijk is inmiddels dat door een eventuele toekenning van stemrecht op de voet van art. 2:38 lid 3 BW de *ledendom instantie* - waaronder ik zou willen verstaan de mogelijkheid van de leden in overwegende mate invloed te kunnen uitoefenen op de aard van het zakelijk verkeer, de in de statuten neergelegde doelstelling en de daarbij behorende primaire en secundaire rechtshandelingen,<sup>55</sup> alsmede de daaruit voortvloeiende structuur van de coöperatieve onderneming - gezien de in art. 2:38 lid 3 BW vervatte grens bij voorbaat gewaarborgd is.

In dit verband rijst echter de vraag of *een speciaal met het oog op de financiering van de coöperatie in het leven geroepen instantie*, zoals een in de statuten van de coöperatie als zodanig aangeduide 'vereniging van houders van participaties' op kan treden als orgaan. Het antwoord op deze vraag is afhankelijk van hetgeen men onder het begrip 'orgaan' verstaat. Een veel gehanteerde omschrijving van het begrip 'orgaan' in Boek 2 BW is de volgende:

'Orgaan is elke instantie binnen de rechtspersoon waaraan krachtens de wet of de statuten taak en/of de bevoegdheid is toegekend om voor de rechtspersoon bindende besluiten te nemen.'<sup>56</sup>

Uitgaande van een dergelijk restrictief orgaan-begrip zou op de voet van art. 2:38 lid 3 BW slechts stemrecht aan niet-leden kunnen worden toegekend die

---

<sup>53</sup> Galle, a.w., blz. 200 alsmede diens inaugurele rede *De coöperatie in eigentijds perspectief*, Schoordijk Instituut, Center for Company Law, W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle 1994, p. 29.

<sup>54</sup> Zie hierover Nillesen, t.a.p., p. 122 en 125. Indien er sprake zou zijn van een (al dan niet middellijk) lidmaatschap van een belegger/rechtspersoon, dan zou, zo is de gedachte, de in art. 13 Vpb 1969 ten aanzien van aandelen gestelde 5%-eis niet van toepassing zijn.

<sup>55</sup> De terminologie is afkomstig van F.J.W. Löwensteyn, *Wezen en bevoegdheid van het bestuur van de vereniging en de naamloze vennootschap*, diss. Amsterdam, 1959, p. 137 en 138.

<sup>56</sup> Vlg. de omschrijving in Asser-Van der Grinten-Maeijer 2-II (1997), nr. 37 p. 37.

reeds deel uitmaken van een instantie waaraan de wet (zoals bij het bestuur) of de statuten (zoals bijvoorbeeld bij een raad van overleg waaraan bij de statuten reeds de bevoegdheid is opgedragen besluiten te nemen ten aanzien van daar genoemde onderwerpen) reeds beslissingsmacht is toegekend.

Naar mijn mening dient men echter in het kader van art. 2:38 lid 3 BW uit te gaan van een extensief orgaan-begrip. Argumenten daarvoor ontleen ik aan de op dit punt duidelijke parlementaire geschiedenis ten aanzien van de totstandkoming van art. 2:38 lid 3 BW (in het bijzonder art. 2:39 lid 1 Invoeringswet Boek 2 BW). In de Tweede Nota van Wijzigingen bij de Invoeringswet Boek 2 BW naar aanleiding van art. 2:39 lid 1 lezen we:

:'In de laatste zin is thans allereerst de mogelijkheid geopend dat de statuten aan bestuurders, commissarissen, leden van een raad van advies, enz. (*cursief:vdS*) het recht toekennen de vergadering bij te wonen en daar het woord te voeren. Bovendien kan volgens deze zin een verdergaande regeling worden getroffen, door de genoemde personen, stemrecht in de algemene vergadering toe te kennen.'<sup>57</sup>

Naar mijn mening voldoet een speciaal met het oog op de financiering in het leven geroepen en als zodanig in de statuten aangeduide 'vereniging van houders van participaties' aan het in art. 2:38 lid 3 BW gebezigde orgaan-begrip.<sup>58</sup>

Toekenning van zeggenschap op de voet van art. 2:38 lid 3 BW leidt in beginsel tot een rechtstreeks door de houder van participaties uit te oefenen stemrecht in de algemene vergadering. Acht men een dergelijke directe invloed van de belegger ongewenst, dan kan certificering op dit punt uitkomst brengen.<sup>59</sup> Daarbij zou men als volgt te werk kunnen gaan: de statuten van de coöperatie bepalen dat ten aanzien van aan niet-leden te emitteren vermogenstitels participaties in de coöperatie alleen kunnen worden geplaatst bij een speciaal met het oog op de financiering opgerichte stichting. Deze stichting heeft tot doel het in de participaties belichaamde financiële belang door te geven aan de belegger door uitgifte van certificaten aan toonder, uiteraard tegenover de verplichting tot volstorting. Voor deze certificaten aan toonder kan desgewenst een beursnotering worden aangevraagd. De statuten bepalen verder dat aan de stichting een meervouding stemrecht toekomt dat overeenkomt met het kapitaal dat door de door de stichting gehouden participaties wordt vertegenwoordigd, een en ander binnen de grens van art. 2:38 lid 3 BW.

---

<sup>57</sup> Van Zeben, *Parlementaire geschiedenis Invoeringswet Boek 2*, p. 1203.

<sup>58</sup> In soortgelijke zin Galle, a.w., p. 200. Ruimte voor een dergelijke extensieve uitleg zien we ook bij Asser-Van der Grinten-Maeijer 2-II (1997), nr. 37 p. 39, alsmede nr. 294 p. 334 en 335. In andere zin Dortmund, S&V 1995, p. 13.

<sup>59</sup> Certificering is in dit geval dan geen middel om, zoals het Dortmund destijds bij het beursmodel van OPG inkleedde, om stemrecht toe te kennen, maar juist een middel om de op de wijze van art. 2:38 lid 3 BW toegekende zeggenschap in de algemene vergadering te ontnemen.

## 5 Slotoverweging

Uit het hier voorgaande blijkt dat de huidige wettelijke regeling van de coöperatie civielrechtelijk gezien voldoende ruimte en mogelijkheden biedt niet-le den/beleggers te betrekken bij de vorming van risicodragend vermogen door de uitgifte van participaties op het niveau van de coöperatie/rechtspersoon. Uiteraard geldt daarbij wel dat de coöperatie moet voldoen aan de wettelijke omschrijving van art. 2:53 lid 1 BW. Opmerkelijk is dat het door apothekerscoöperatie OPG toegepaste beursmodel als ook de door aan- en verkoopcoöperatie Cebeco-Handelsraad gehanteerde methode - het betreft hier een onderhandse plaatsing van participaties aan de Nationale Investeringsbank, waaraan een vaste financiële vergoeding is verbonden, en waarbij de Nationale Investeringsbank als bijzonder K-lid een (beperkt) stemrecht heeft - bij coöperaties in de agrarische sector tot dusverre geen navolging heeft gevonden. Anders dan wel wordt beweerd, is de oorzaak hiervan niet gelegen in de juridische structuur van de coöperatie. Veeleer is hieraan debet dat de economische functie van de coöperatie, ongeacht haar juridische vorm, met zich brengt dat zij ten behoeve van haar leden bedrijfsactiviteiten verricht die de bedrijfsactiviteiten van de individuele leden bevorderen.<sup>60</sup> De mate waarin een coöperatie daadwerkelijk op een dergelijke wijze aan de inkomensvorming van de aangesloten leden bijdraagt, is afhankelijk van de vormgeving van het zakelijk verkeer en de daaruit voortvloeiende economische verbondenheid. In essentie is dat geen juridisch, meer een economisch probleem onafhankelijk van de rechtsvorm waarin de coöperatieve onderneming wordt gedreven. Een dergelijke spanning doet zich namelijk ook gelden indien de belegger in de financiering van de coöperatie wordt betrokken door de uitgifte van aandelen van een van haar beleidsafhankelijke maatschappij, waarin al dan niet (een gedeelte van) het kernbedrijf is ondergebracht.<sup>61</sup> Zelfs een algehele omzetting van de coöperatie in een naamloze vennootschap biedt, voorzover men het 'coöperatief ondernemen' nog serieus wil nemen, voor het wegnemen van een dergelijke spanning geen uitkomst.<sup>62</sup>

---

<sup>60</sup> In soortgelijke zin J.B.W.M. Kemperink/M.E. van Rossum, De rechtsvorm coöperatie: bezwaarlijk of juist niet?!, TVVS 1998 nr. 98/4, p. 101-103.

<sup>61</sup> Met name rijst hier de vraag op welke wijze de coöperatie als grootaandeelhouder het beleid in de betrokken dochtervennootschap met het oog op het door deze vennootschap met de leden te onderhouden zakelijk verkeer kan blijven bepalen. Zie over de holdingfunctie van de coöperatie Dortmund, a.w., p. 7, Bartman/Van der Meijden, t.a.p., p. 16 en 26. In zeer kritische zin over de holdingfunctie van de coöperatie Gale, diss., p. 170 en diens inaugurele rede KUB 1994, p. 19 en 20. Of en in welke mate de coöperatie het beleid kan bepalen in de dochtervennootschap die het zakelijk verkeer feitelijk en juridisch met de leden onderhoudt, is mede afhankelijk van de toepassing van het structuurregime op de coöperatie dan wel de betrokken vennootschap. Zie hierover de dissertatie van M.E. Engelaar, Organen van de coöperatie, Kluwer, Deventer 1995, p. 183-205 en haar bijdrage in S&V, Juridische fusie van coöperaties, S&V 1998, p. 146, 148 en 149.

<sup>62</sup> Een omzetting van een coöperatie in een naamloze vennootschap met het oog op de gewenste beursgang heeft zich anders dan in het buitenland tot dusverre nog niet voorgedaan. Blijkbaar acht men de rechtsvorm van de coöperatie binnen de agrarische sector nog steeds de meest

---

geëigende voor een samenwerking op coöperatieve grondslag. Zie het destijds geformuleerde uitgangspunt in het NCR-rapport 1973, De structuur van de grote landbouwcoöperatie, p. 15.