

Art. - Reactie op bijdrage Vermaire in FIP (2015/1/60): de vordering tot uitkering van participatiereserves; bestaand of toekomstig?

09-05-2015

Reactie op bijdrage Vermaire in FIP (2015/1/60): de vordering tot uitkering van participatiereserves; bestaand of toekomstig?

Deze bijdrage gaat in op enkele uitspraken waarin werd beslist dat de vordering van een coöperatielid op een door de coöperatie (i.c. FloraHolland) voor uitkering beschikbaar gestelde reserve (i.c. een participatiereserve), kwalificeert als een reeds voor de beschikbaarstelling bestaande vordering. De auteur komt op basis van de huidige statuten van FloraHolland en door de uitkering van reserves te beschouwen als een uitkering van kapitaalbreng of een vertraagde winstuitkering, tot de conclusie dat deze vordering pas ontstaat na beschikbaarstelling door de coöperatie. De analyse in deze bijdrage is ook relevant voor de beoordeling van vorderingen tot uitkering van reserves bij andere coöperaties.

1. Inleiding

De vraag of de aanspraak van een coöperatielid op een door de coöperatie opgebouwde reserve bestaand of toekomstig is in de zin van art. 35 lid 2 Faillissementswet ('Fw') is van belang. Het belang hiervan wordt geïllustreerd door de participatiereserve van FloraHolland. FloraHolland, de coöperatie die aan de orde is in het artikel van Vermaire, administreerde per 1 januari 2013 een bedrag van € 60 miljoen als participatiereserve, waarvan zij conform haar statutaire regeling in 2013 een bedrag van € 3 miljoen aan haar leden beschikbaar stelde.^{1, 2}

Kwalificeert de vordering van het lid tot uitkering van de participatiereserve als toekomstig goed in de zin van art. 35 Fw, dan is het gevolg daarvan dat de betreffende vordering onbezwaard in de boedel valt, indien de pandgever failliet gaat vóórdat hij de bij voorbaat verpande vordering verkrijgt.³ Deze kwalificatievraag is echter niet steeds eenvoudig te beantwoorden. Een duidelijk antwoord volgt in ieder geval niet uit de wet of de parlementaire geschiedenis, daarnaast is de jurisprudentie met betrekking tot dit onderwerp sterk casuïstisch. Het door Vermaire besproken criterium van Kleijn biedt enige houvast,⁴ hoewel het criterium nooit expliciet door de Hoge Raad is omarmd. Voornoemd criterium houdt in dat een vordering toekomstig is wanneer voor de totstandkoming daarvan nog een element afkomstig van de debiteur of crediteur ontbreekt en dat de vordering reeds bestaat, zij het voorwaardelijk of onder opschortende tijdsbepaling, wanneer de vordering afhankelijk is van een extern element.

Onder verwijzing naar twee uitspraken uit 2014⁵ en na bespreking van het criterium van Kleijn, concludeert Vermaire dat de in die twee uitspraken voorliggende vorderingen op FloraHolland tot uitkering van de aan haar leden beschikbaar gestelde participatiereserves, reeds vóór het faillissement van het lid bestaande vorderingen zouden zijn. Dat zou betekenen dat het voor het faillissement gevestigde pandrecht dan ook aan de boedel zou kunnen worden tegengeworpen.

De uitkomst van de procedures en het daarop gebaseerde standpunt van Vermaire verdient nuancering. De uitspraken zijn gebaseerd op verouderde versies van de statuten van FloraHolland, zodat de uitspraken in elk geval geen waarde hebben voor de vanaf 2013 door FloraHolland voor uitkering beschikbaar gestelde participatiereserves (zie hierna in paragraaf 2). Daarnaast werpt de kwalificatie van de uitkering participatiereserve als een uitkering van kapitaalbreng of een vertraagde winstuitkering eveneens een ander licht op de kwestie (zie hierna paragraaf 3). In deze bijdrage concentreer ik mij met name op de uitkeringsregeling bij FloraHolland, maar de analyse kan ook worden toegepast op uitkeringsregelingen van opgebouwde reserves bij andere coöperaties (al dan niet onder de noemer van participatiereserves). In deze reactie ga ik overigens voorbij aan de vraag of de vordering overdraagbaar of voor verpanding vatbaar is. De Rechtbank Amsterdam beantwoordde deze vraag recent ontkennend.⁶

2. Statutaire regeling participatiereserve

De opbouw- en uitkeringsregelingen van participatiereserves van een coöperatie zijn doorgaans statutair bepaald. Voor FloraHolland geldt dat ieder jaar wordt gespaard vanuit het exploitatieresultaat voor zover dat voldoende positief is. De opgebouwde reserves kunnen vervolgens worden aangewend ter dekking van negatieve exploitatieresultaten of kunnen op enig moment aan de leden worden uitgekeerd. Het verplichte karakter van de uitkering van opgebouwde participatiereserves is – in ieder geval vanaf 2013 – uit de statuten van FloraHolland verdwenen. Thans *kan* FloraHolland besluiten om een deel van de participatiereserve aan haar leden uit te keren. Ook bij uitkeringen in verband met het einde van een lidmaatschap, bijvoorbeeld als gevolg van een faillissement van een lid, *kan* FloraHolland besluiten om tot uitkering over te gaan.⁷ De vordering van een lid tot uitkering van de participatiereserves is daarmee afhankelijk van besluitvorming aan de kant van FloraHolland en kwalificeert dus, in lijn met het criterium van Kleijn, als toekomstig.

De statuten van FloraHolland die aan de orde zijn in de door Vermaire besproken uitspraken bevatten nog niet de hiervoor besproken discretionaire bevoegdheid tot uitkering van participatiereserves bij het einde van een lidmaatschap. De statuten bepaalden nog dat de reserves *worden* uitgekeerd bij het einde van een lidmaatschap. Met inachtneming van de huidige statutaire regeling hadden de beslissingen dus anders dienen uit te vallen. Ook via een andere weg kan echter worden geconcludeerd dat de vordering van een lid tot uitkering van beschikbaar gestelde participatiereserves als toekomstig heeft te gelden.

3. Uitkering kapitaalbreng of vertraagde winstuitkering

De vordering tot uitkering van participatiereserves kan ook goed worden beschouwd als een uitkering van eerder ingebracht ledenkapitaal, en daarom als een toekomstig goed. Vergelijk het arrest Staal Bankiers/Ambags q.q.⁸ In dat arrest was aan de orde een vordering van een (failliete) vennoot in een maatschap tot terugbetaling van het door hem ingebrachte ledenkapitaal. Volgens de maatschapsakte zou de maatschap worden ontbonden bij het faillissement van een van de vennoten, tenzij de andere vennoten de maatschap wensten voort te zetten. Bij continuatie zouden de voortzettende vennoten verplicht zijn om de waarde van het aandeel van de failliete vennoot in de maatschap aan de failliete vennoot uit te keren. De Hoge Raad diende vervolgens te beslissen of deze vordering nu was ontstaan vóór of ná het faillissement van de vennoot. Omdat de vordering tot uitkering afhankelijk was van de wilsverklaringen van de andere vennoten (voortzetten van de maatschap of niet), kwalificeerde de Hoge Raad de vordering als een ten tijde van de faillietverklaring nog niet bestaande vordering; de vordering ontstond eerst door aflegging van de betreffende wilsverklaringen.

De uitkering van participatiereserves vertoont grote gelijkenis met de vordering die aan de orde was in het arrest Staal Bankiers/Ambags q.q. Gelijk aan de daar aan de orde zijnde kapitaalbreng wordt de participatiereserve beschouwd als risicodragend eigen vermogen en wordt dat pas uitgekeerd na een

daartoe genomen besluit van de debiteur (in het ene geval de andere vennoten en in het andere geval de coöperatie), dus een wilsverklaring aan de zijde van de debiteur. In lijn met het arrest Staal Bankiers/Ambags q.q. ontstaat de vordering tot uitkering van participatiereserves daarom pas na het besluit van de debiteur en staat dat dus in de weg aan het aannemen van een voor dat besluit bestaand vorderingsrecht. Tot dezelfde uitkomst komt men indien de uitkering van een participatiereserve niet wordt gezien als een uitkering van ingebracht ledenkapitaal, maar als een vertraagde winstuitkering.⁹ De vordering tot uitkering van dit winstaandeel, vergelijkbaar met een dividenduitkering, ontstaat pas nadat de debiteur daarover een besluit heeft genomen.¹⁰

4. Conclusie

Het voorgaande is niet of nauwelijks betrokken in de beoordeling van de in 2014 over dit onderwerp gewezen uitspraken. De besproken argumenten leiden ertoe dat de vordering van een gefailleerd lid op FloraHolland tot uitkering van ten tijde van zijn faillissement beschikbaar gestelde participatiereserves als toekomstig goed in de zin van art. 35 lid 2 Fw moet worden gezien. De analyse is ook van belang bij de beoordeling van het ontstaansmoment van vorderingen tot uitkering van reserves bij andere coöperaties. Ook bij andere coöperaties worden dergelijke reserves opgebouwd en uitgekeerd, en zal bij het faillissement van een lid de vraag aan de orde komen wanneer de aanspraak op de reserve is ontstaan.

Mr. G.G. Boeve

Mr. G.G. Boeve is werkzaam bij Schenkeveld Advocaten N.V.

1) Zie http://jaarverslag.floraholland.com/media/2589660/FloraHolland_Jaarverslag_2013.pdf. In totaal heeft FloraHolland ongeveer vijfduizend leden (<http://www.floraholland.com/nl/over-floraholland/wie-zijn-we-wat-doen-we/cijfers-en-feiten/>).

2) Het tweede onderwerp dat Vermaire in zijn artikel bespreekt, namelijk de zogenaamde ledenlening, laat ik in deze bijdrage buiten beschouwing.

3) Zo volgt uit de art. 23 en 35 lid 2 Fw.

4) Zie de annotaties van W.M. Kleijn onder HR 26 maart 1982, *NJ* 1982/615 (SOS/ABN) en HR 25 maart 1988, *NJ* 1989/200 (Staal Bankiers/Ambags q.q.).

5) Hof 's-Gravenhage 3 juni 2014, «JOR» 2014/221 (Rabobank Gouwestreek/Timmer q.q.) en Rb. Amsterdam 16 april 2014, «JOR» 2014/220 (Van Wijk q.q./ABN Amro).

6) Rb. Amsterdam 4 maart 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:879.

7) Zie voor de uitkeringsvoorwaarden art. 34 lid 3 en 4 van de statuten van FloraHolland van 2013 en 2014.

8) HR 25 maart 1988, *NJ* 1989/200 (Staal Bankiers/Ambags q.q.).

9) Vgl. Asser/Rensen 2-III* 2012/226.

10) Zie in andere zin over de participatiereserve bij FloraHolland A.J. Tekstra in zijn noot bij Hof 's-Gravenhage 3 juni 2014, «JOR» 2014/221. Tekstra overweegt ‘*deze post (te) willen beschouwen als een vanaf het bijboekingsmoment [op de participatierekening van het lid; toevoeging, GGB] bestaande vordering waarvan de opeisbaarheid in de toekomst ligt. Misschien valt de vordering het beste te vergelijken met een vordering van een aandeelhouder in een vennootschap wegens vastgesteld dividend, met uitgestelde “betaalbaarstelling”, zijnde eveneens een bestaande vordering*’. Tekstra gaat er dan aan voorbij dat het saldo van de participatierekening ook kan worden gebruikt om negatieve exploitatieresultaten van FloraHolland op te vangen (art. 33 lid 4 van statuten van FloraHolland van

2013 en 2014) en dat nog een besluit van FloraHolland nodig is om het saldo van de participatierekening betaalbaar te stellen aan het lid (art. 34 lid 3 en 4 van de statuten van FloraHolland van 2013 en 2014). Deze omstandigheden staan m.i. aan de opvatting van Tekstra in de weg.