

WETENSCHAP EN PRAKTIJK

De betekenis van decharge voor stichtingbestuurders en -toezichthouders

M. de Jong

1 Inleiding

Wetsvoorstel 34491 inzake bestuur en toezicht bij rechtspersonen (verder: wetsvoorstel 34491)¹ bevat voor de stichting een aanscherping van het wettelijk kader, doordat een aantal bepalingen voor de NV en BV wordt overgeheveld naar het algemene deel van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek (BW).² Wetsvoorstel 34491 beoogt onder meer de onderlinge (onnodige) verschillen tussen rechtspersonen uit Boek 2 BW weg te nemen en helderheid te verschaffen over de tegenstrijdigbelangregeling en de aansprakelijkheid van bestuurders en toezichthouders van stichtingen. Daarnaast komt er een wettelijke grondslag voor het instellen van een raad van toezicht bij de stichting en de aansprakelijkheidsbepalingen bij faillissement – zoals die nu gelden voor de NV en BV – worden van toepassing op bestuurders van de stichting.

Deze wijzigingen maken de verschillen tussen de stichting enerzijds en de NV en BV anderzijds kleiner, maar leggen meer wettelijke verplichtingen op stichtingbestuurders. Tegen die achtergrond is het opvallend dat de wetgever daarbij geen aandacht heeft voor decharge van stichtingbestuurders en -toezichthouders.³ Bij een eerdere wetswijziging, in 2001, heeft men bewust afgezien van een regeling voor decharge van stichtingbestuurders en -toezichthouders, omdat de situatie van een stichting volgens de minister naar haar aard zodanig afwijkt dat toepassing van de regeling voor de NV en BV over decharge op commerciële stichtingen niet voor de hand lag.⁴ Een stichting kent geen leden en de jaarrekening wordt vastgesteld door het daartoe volgens de statuten bevoegde orgaan. In de praktijk is dat de raad van toezicht en bij het ontbreken daarvan het bestuur zelf.

Omdat in de praktijk behoefte blijkt te bestaan aan een regeling voor decharge bij de stichting, wordt in dit artikel decharge van stichtingbestuurders en -toezichthouders onder de loep genomen. Wat is de betekenis/waarde van decharge bij stichtingen? Hoe wordt in de praktijk met decharge omgegaan? Is met het oog op

1 Kamerstukken II 2015/16, 34491, 2.

2 Kamerstukken II 2015/16, 34491, 2.

3 Uitgezonderd de bepaling dat een verleende decharge niet in de wegstaat aan een vordering van de curator in geval van faillissement wegens onbehoorlijk bestuur in de periode van drie jaren voorafgaand aan het faillissement (art. 2:138/248 lid 6 BW (huidig) en art. 2:9c lid 6 BW (nieuw)).

4 Kamerstukken II 2000/01, 27483, 3, p. 4.

uniformering met het vennootschapsrecht een wetswijziging of (statutaire) modelbepaling gewenst?

De opzet van deze bijdrage is als volgt. Eerst komt decharge bij vennootschappen en de betekenis daarvan aan de orde (par. 2). Vervolgens wordt toegelicht in welke vorm stichtingen decharge in de praktijk (kunnen) regelen en welke betekenis daaraan kan worden toegekend (par. 3). Afgesloten wordt met enkele suggesties over hoe de praktijk kan omgaan met decharge van stichtingbestuurders en -toezichthouders (par. 4). Paragraaf 5 bevat een samenvatting en slotopmerkingen.

2 Decharge bij NV en BV

2.1 Wettelijk kader

Voor een goed begrip van de betekenis van decharge is het nuttig de wettelijke regeling van decharge voor de vennootschappen te bespreken. Decharge kan worden omschreven als een ontheffing van (interne) aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen voor het gevoerde beleid respectievelijk uitgeoefende toezicht.⁵ In Boek 2 BW is voorzien in een drietal bepalingen met betrekking tot kwijting, de wettelijke term voor decharge.

In de eerste plaats bepaalt art. 2:101/210 lid 3 BW dat vaststelling van de jaarrekening niet strekt tot kwijting aan een bestuurder onderscheidenlijk commissaris. Hieruit volgt dat een besluit tot kwijting van bestuurders en commissarissen van vennootschappen expliciet door de aandeelhouders moet worden genomen en dus als afzonderlijk onderwerp op de agenda moet worden geplaatst.⁶ Deze bepaling bevordert het afleggen van verantwoording aan de algemene vergadering door bestuurders en commissarissen.⁷ Bovendien wordt met deze bepaling voorkomen dat aan bestuurders en commissarissen 'zomaar' kwijting wordt verleend, omdat aandeelhouders de jaarrekening willen vaststellen met het oog op een dividenduitkering.⁸

In de tweede plaats bepaalt art. 2:210 lid 5 BW voor de BV waarvan alle aandeelhouders tevens bestuurder zijn dat ondertekening van de jaarrekening door de bestuurders strekt tot vaststelling van de jaarrekening en tot kwijting aan de bestuurders en commissarissen. Ingevolge de laatste zin van lid 5 kunnen de statuten de ondertekening en vaststelling van de jaarrekening loskoppelen, waardoor tevens de koppeling met de kwijting wordt losgelaten.⁹ Maar als de statuten niets bepalen, is dus, in afwijking van art. 2:210 lid 3 BW, geen afzonderlijk besluit nodig over decharge van de algemene vergadering. Volgens de wetgever stuit dat niet op bezwaren, omdat alle aandeelhouders tevens bestuurder zijn en die aandeelhouders tezamen met de commissarissen zelf de jaarrekening onderte-

5 Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/479.

6 Kamerstukken II 2000/01, 27483, 3, p. 3.

7 Kamerstukken II 2000/01, 27483, 3, p. 3.

8 Kamerstukken I 2000/01, 27483, 293a, p. 2.

9 Kamerstukken I 2011/12, 31058, E, p. 20.

M. de Jong

kenen. Het voorschrijven van een afzonderlijke beslissing over decharge, waarbij bestuurders en commissarissen verantwoording afleggen aan de algemene vergadering, heeft volgens de wetgever geen meerwaarde.¹⁰ Dit geldt echter niet voor onbehoorlijke taakvervulling die niet kenbaar is uit de jaarrekening. Kwijting voor dergelijk handelen vereist een expliciet dechargebesluit van de algemene vergadering.¹¹

In de derde plaats bepaalt art. 2:138/248 lid 6 BW dat een verleende decharge niet in de weg staat aan een vordering van de curator in geval van faillissement wegens onbehoorlijk bestuur in de periode van drie jaren voorafgaand aan het faillissement. In de parlementaire geschiedenis valt niets te lezen over de achtergrond van deze bepaling. Maar in de woorden van Huizink is deze bepaling 'nogal vanzelfsprekend' vanwege 'het rechtskarakter van de vordering ex art. 2:138/248 BW'.¹²

2.2 *Werking en reikwijdte van decharge bij vennootschappen*

Boek 2 BW bevat een aantal beperkingen op de werking van decharge. Een verleende decharge geldt zoals besproken niet indien een curator een bestuurder aansprakelijk wil stellen wegens onbehoorlijk bestuur in het kader van een faillissement.¹³ Ook is de reikwijdte van art. 2:101/210 lid 3 en 2:210 lid 5 BW in die zin beperkt dat decharge geen betrekking heeft op feiten die niet kenbaar zijn uit de jaarrekening of andere stukken die zijn geagendeerd voor de algemene vergadering (verderop kom ik hierop terug).¹⁴ Daarnaast biedt Boek 2 BW de mogelijkheid om het dechargebesluit binnen een jaar in rechte aan te vechten met een beroep op de redelijkheid en billijkheid.¹⁵ Ook kan een beroep op een verleende decharge in strijd zijn met de maatstaven van redelijkheid en billijkheid als daarvoor goede gronden bestaan.¹⁶ Beckman haalt in een annotatie als voorbeeld aan de aantasting van het vermogen als verhaalsobject voor crediteuren.¹⁷ Tot slot kan het dechargebesluit worden vernietigd door de Ondernemingskamer.¹⁸

In de jurisprudentie is de reikwijdte van decharge zowel beperkt als verruimd. Enerzijds is de reikwijdte van decharge *verruimd*, in die zin dat zij niet alleen door de algemene vergadering kan worden verleend, maar ook door een besluit van

10 Kamerstukken II 2008/09, 31058, 6, p. 39.

11 Boschma & Schutte Veenstra, in: T&C Burgerlijk Wetboek 2017, art. 2:210 lid 5 BW, aant. 6.

12 J.B. Huizink, in: GS Rechtspersonen (losbl. en online), art. 2:248 BW, aant. 27.

13 Zie art. 2:138/248 lid 6 BW. Deze bepaling is overgenomen in art. 2:9c lid 6 BW van wetsvoorstel 34491.

14 Boschma & Schutte Veenstra, in: T&C Burgerlijk Wetboek 2017, art. 2:210 lid 5 BW, aant. 6.

15 Art. 2:15 lid 1 onder b jo. art. 2:8 BW; Asser/Maeijer, Van Solinghe & Nieuwe Weme 2-II* 2009/481; zie bijv. Rb. Amsterdam 13 juni 2007, ECLI:NL:RBAMS:2007:BA8556, r.o. 3.2 en 4.10.

16 H. Beckman, 'Misverstanden om en rond decharge', Ondernemingsrecht 2004/144, p. 2.

17 HR 25 juni 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM2332, Ondernemingsrecht 2010/117 m.nt. H. Beckman, r.o. 3.

18 Art. 2:356 onder a BW; Hof Amsterdam 17 april 1997, ECLI:NL:GHAMS:1997:AD2721 (Bobel); Hof Amsterdam 27 mei 2010, ECLI:NL:GHAMS:2010:BM5928, JOR 2010/189 m.nt. T.M. Stevens (PCM).

aandeelhouders buiten vergadering.¹⁹ Daarnaast oordeelde de Hoge Raad in Ellem/De Bruin²⁰ dat decharge kan worden verleend voor gepleegde handelingen van welke aard ook, mits deze aan de aandeelhouders die decharge verlenen bekend zijn. Verder werkt, althans volgens de Rechtbank Overijssel, een verleende decharge aan een rechtspersoon-bestuurder ook ten aanzien van de indirect en feitelijk bestuurder van die rechtspersoon.²¹ Anderzijds is de reikwijdte van decharge blijkens de jurisprudentie *beperkt*. Decharge heeft uitsluitend betrekking op de interne aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen. Ondanks een verleende decharge kan een derde een bestuurder aanspreken. Daarnaast blijkt uit de rechtspraak dat gebrek aan openheid, het niet tijdig verstrekken van informatie en de aannemelijkheid van tegenstrijdige belangen kunnen leiden tot het oordeel dat sprake is van wanbeleid.²² Die omstandigheden spelen mijns inziens eveneens een rol bij de vraag of gepleegde handelingen onder de verleende decharge vallen. Betekenisvolle uitspraken in het kader van een beperking van de reikwijdte van decharge vormen Deen/Perlak²³ en Staleman/Van de Ven.²⁴ Uit deze uitspraken blijkt samengevat dat decharge zich slechts uitstrekt tot gegevens die uit de jaarrekening blijken of die anderszins aan de algemene vergadering van aandeelhouders zijn bekendgemaakt voordat deze de jaarrekening vaststelde of goedkeurde.²⁵ Aangetekend zij dat deze rechtspraak dateert van voor de loskoppeling van de vaststelling jaarrekening en decharge, maar dit geldt thans uiteraard evenzeer voor het afzonderlijke dechargebesluit.²⁶ Al veel langer geleden, in Truffino, oordeelde de Hoge Raad reeds dat de goede trouw meebrengt dat een bestuurder zich niet kan beroepen op een hem door de algemene vergadering uitdrukkelijk verleende decharge, indien de gepleegde handelingen niet uit de jaarstukken kunnen blijken en aan de bestuurders als verzwegen verweten mogen worden, terwijl de aandeelhouders geen enkele reden hadden daarop verdacht te zijn.²⁷

In Rouw/Dingemans oordeelde de Hoge Raad dat (impliciete en expliciete) decharge zich niet uitstrekt tot frauduleuze onttrekkingen die door manipulatie van de boeken niet uit de jaarrekening en de verslaglegging kenbaar zijn.²⁸ De omstandigheid dat de (indirect) enig aandeelhouder en enig bestuurder van de BV

19 Kamerstukken II 2000/01, 27483, 3, p. 3.

20 HR 20 oktober 1989, ECLI:NL:PHR:1989:AD0915, NJ 1990/308 m.nt. J.M.M. Maeijer (Ellem/De Bruin).

21 Rb. Overijssel 18 juni 2014, ECLI:NL:RBOVE:2014:3475, JOR 2014/262 m.nt. U.B. Verboom, r.o. 4.7.

22 Hof Amsterdam 26 mei 1983, ECLI:NL:GHAMS:1983:AC8007, NJ 1984/481 m.nt. J.M.M. Maeijer (Linders/Hofstee).

23 HR 17 juni 1921, NJ 1921/737 (Deen/Perlak).

24 HR 10 januari 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2243, NJ 1997/360 m.nt. J.M.M. Maeijer (Staleman/Van de Ven).

25 HR 10 januari 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2243, NJ 1997/360 m.nt. J.M.M. Maeijer (Staleman/Van de Ven), r.o. 3.4.1.

26 Wet van 4 oktober 2001, Stb. 2001, 467.

27 HR 20 juni 1924, NJ 1924/1107 (Truffino); J.B. Huizink, in: GS Rechtspersonen (losbl. en online), art. 9 Boek 2 BW, aant. 12.3.

28 HR 25 juni 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM2332, JOR 2010/227 m.nt. J.B. Wezeman, r.o. 4.2.

M. de Jong

‘telkens ten tijde van de goedkeuring van de jaarrekeningen en verslagleggingen kennis moet hebben gedragen van (...) onttrekkingen en manipulatie’ door hemzelf, maakt dat naar het oordeel van de Hoge Raad niet anders.²⁹ De bestuurder, tevens enig aandeelhouder, had de bestuurshandelingen die niet uit de jaarrekening blijken expliciet binnen het verband van de algemene vergadering moeten meedelen.³⁰

Tot slot overwoog de Rechtbank Oost-Brabant dat de verleende finale kwijting in de beëindigingsovereenkomst niet strekt tot kwijting aan de bestuurder in het kader van een vordering op grond van art. 2:9 BW.³¹ De finale kwijting in de beëindigingsovereenkomst had blijkens de partijbedoelingen uitsluitend betrekking op de vorderingen uit hoofde van de arbeidsrelatie.³²

Het voorgaande laat zien dat decharge de bestuurder en commissaris weliswaar ontslaat van interne aansprakelijkheid op grond van art. 2:9 BW, maar tegelijkertijd ruimte laat om die bestuurder en commissaris jegens de vennootschap desondanks aansprakelijk te houden. Daarmee is de betekenis van decharge enigszins ingeperkt. Bestuurders en commissarissen zullen in de praktijk geen honderd procent zekerheid hebben dat de algemene vergadering beschikt over alle relevante informatie. Daarmee verkrijgen een bestuurder en commissaris via decharge niet de bescherming waarop zij doorgaans bij het verkrijgen van decharge zullen rekenen.

3 De betekenis van decharge voor stichtingbestuurders en -toezichthouders: de praktijk

Op grond van het huidige art. 2:9 BW is de bestuurder tegenover de rechtspersoon gehouden tot een behoorlijke vervulling van de hem opgedragen taak. Met het wetsvoorstel 34491 worden aan deze bepaling twee onderdelen toegevoegd: de aansprakelijkheid wegens onbehoorlijk bestuur in faillissement en de tegenstrijdigbelangregeling voor stichtingen. Tegelijkertijd regelt het wetsvoorstel 34491 niets omtrent decharge van stichtingbestuurders en -toezichthouders. Het lijkt erop dat de minister daaraan niet heeft gedacht. Eerder had de minister, zoals reeds opgemerkt, bewust niets over decharge voor stichtingbestuurders en -toezichthouders geregeld, omdat de situatie van een stichting naar haar aard zodanig afwijkt van de regeling voor de NV en BV dat toepassing van de regeling voor de NV en BV over decharge op (commerciële) stichtingen niet voor de hand lag.³³ Toch leert de praktijk dat bij stichtingen behoefte bestaat aan een regeling

29 HR 25 juni 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM2332, JOR 2010/227 m.nt. J.B. Wezeman, r.o. 4.2.

30 HR 25 juni 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM2332, *Ondernemingsrecht* 2010/117 m.nt. H. Beckman, r.o. 4.

31 Rb. Oost-Brabant 20 november 2013, ECLI:NL:RBOBR:2013:6455, r.o. 5.1.9 en 5.1.10 (*Servatius*).

32 Rb. Oost-Brabant 20 november 2013, ECLI:NL:RBOBR:2013:6455, r.o. 5.1.9 (*Servatius*).

33 Kamerstukken II 2000/01, 27483, 3, p. 4.

van decharge. Dat blijkt niet alleen uit sectorspecifieke regelgeving,³⁴ maar ook uit de statuten van verschillende stichtingen.

3.1 Sectorspecifieke regelgeving

In de zorgsector bestaat aandacht voor decharge. Zo bepaalt de Governancecode Zorg 2017 dat de raad van toezicht decharge verleent aan de leden van de raad van bestuur.³⁵ Ook vermeldt de Governancecode Zorg 2017 dat de raad van toezicht bevoegd is decharge te verlenen aan de leden van de raad van toezicht, tenzij deze bevoegdheid wettelijk of statutair aan de algemene vergadering of een andere instantie is toegekend.³⁶

De cultuursector had tot 2016 ook oog voor decharge. De Code Cultural Governance uit 2006 bepaalde dat de raad van toezicht na goedkeuring van de jaarrekening besloot

‘omtrent het verlenen van kwijting aan de directeuren voor de uitoefening van hun taak, voor zover van die taakuitoefening blijkt uit de jaarrekening of uit informatie die anderszins voorafgaand aan de vaststelling van de jaarrekening aan de raad van toezicht is verstrekt. De reikwijdte van een verleende kwijting is onderworpen aan beperkingen op grond van de wet.’³⁷

Niet valt in te zien welke wettelijke beperkingen worden bedoeld. Een vergelijkbare bepaling is niet terug te vinden in de opvolger: de Governance Code Cultuur 2016.³⁸

3.2 Statuten van stichtingen

Bestudering van een aantal statuten maakt inzichtelijk dat stichtingen op verschillende manieren omgaan met decharge.³⁹ Ik bespreek deze hierna en maak daarbij onderscheid in drie categorieën:

a *In sommige gevallen komen statutaire bepalingen – voor zover dat kan – overeen met de wettelijke regeling (art. 2:101/210 lid 3 en 2:210 lid 5 BW) voor de NV en BV.*

De statuten van twee ziekenhuizen bepalen dat vaststelling en goedkeuring van de jaarstukken en het jaarverslag niet strekt tot decharge van de leden van de raad van bestuur en dat de raad van toezicht bij afzonderlijk besluit decharge kan verlenen aan de leden van de raad van bestuur.⁴⁰ Deze statuten

34 Zie bijv. de Governancecode Zorg 2017.

35 Zie art. 6.5.2 Governancecode Zorg 2017.

36 Zie art. 6.2.2 Governancecode Zorg 2017.

37 Zie art. 4.13 Code Cultural Governance 2006, te raadplegen op www.scez.nl (geraadpleegd op 25 september 2017).

38 Governance Code Cultuur, Goed bestuur en toezicht in de cultuursector. De 9 principes, 2016, te raadplegen op www.cultuur-ondernemen.nl (geraadpleegd op 25 september 2017).

39 De onderzochte statuten betreffen een willekeurige selectie van stichtingen van zorgaanbieders, onderwijsinstellingen, woningcorporaties en goede doelen.

40 Zie art. 15 lid 6 van de statuten van Stichting Zuyderland Medisch Centrum en art. 15 lid 6 van de statuten van Stichting Sint Antonius Ziekenhuis.

M. de Jong

zijn in lijn met de wettelijke regeling voor de NV en BV, zij het dat niets wordt bepaald over decharge voor leden van de raad van toezicht.

- b *In sommige gevallen wijken de statuten af van de wettelijke regeling voor de NV en BV.*

De statuten van een thuiszorginstelling bepalen dat in de vergadering van de raad van toezicht waarin de goedkeuring van het groepsjaarverslag en de groepsjaarrekening aan de orde komt, decharge aan de leden van de raad van bestuur en de leden van de raad van toezicht als afzonderlijk agendapunt wordt behandeld.⁴¹ Deze bepaling lees ik zo dat het besluit tot decharge genomen moet worden *tijdens* de vergadering waarin de goedkeuring van het groepsjaarverslag en de groepsjaarrekening aan de orde komt. Deze voorwaarde geldt niet ten aanzien van decharge voor de NV en BV. Deze statutaire bepaling wijkt daarmee af van de wettelijke regeling over decharge voor de NV en BV.

Een beknopte formulering van een bepaling over decharge is te lezen in de statuten van een woningcorporatie. Hierin is opgenomen dat decharge van het bestuur bij afzonderlijk besluit van de raad van commissarissen geschiedt.⁴² Niet wordt toegelicht wanneer en op welke wijze het afzonderlijke besluit genomen moet worden.

In de statuten van een onderwijsinstelling is de bevoegdheid om na goedkeuring van de jaarrekening decharge te verlenen aan de leden van het dagelijks bestuur belegd bij een commissie van het stichtingsbestuur, die bestaat uit leden die niet lid zijn van het dagelijks bestuur.⁴³ Toegevoegd is dat de reikwijdte van een verleende kwijting is onderworpen aan beperkingen op grond van de wet. Niet valt in te zien welke beperkingen worden bedoeld, nu in de wet niets is geregeld omtrent decharge van stichtingsbestuurders. Bovendien is onduidelijk of het besluit tot decharge tijdens de vergadering waarin de goedkeuring van de jaarrekening op de agenda staat, moet worden genomen of tijdens een andere vergadering.

- c *In sommige gevallen wijken de statuten sterk af van de wettelijke regeling voor de NV en BV.*

In de statuten van een stichting voor goede doelen is opgenomen dat uitsluitend decharge wordt verleend aan de penningmeester. De statuten bepalen dat de jaarstukken na vaststelling ondertekend worden door alle leden van het bestuur en dat de ondertekening door alle bestuursleden de penningmeester dechargeert voor het betreffende boekjaar.⁴⁴ Dit is ook terug te lezen in modelstatuten voor de stichting, zoals die op internet te raadplegen zijn.⁴⁵ Een ander voorbeeld van statuten die sterk afwijken van de wettelijke regeling voor de NV en BV betreft de statuten van een onderwijsinstelling. Hierin is opgenomen dat de raad van toezicht met het geven van goedkeuring voor

41 Zie art. 19 lid 7 van de statuten van Stichting Careyn.

42 Zie art. 25 lid 7 van de statuten van Stichting Woningbeheer Betuwe.

43 Zie art. 11 lid 7 van de statuten van Stichting Nyenrode.

44 Zie art. 10 lid 3 van de statuten van Stichting Make A Wish® Nederland.

45 Zie art. 11 lid 4 van de modelstatuten, te raadplegen op www.stichtingoprichten.info (geraadpleegd op 11 september 2017).

de jaarrekening en het jaarverslag, zoals vastgesteld door het college van bestuur, decharge verleent aan het college van bestuur.⁴⁶

De modelstatuten van de Nederlandse Vereniging van Bestuurders in de Zorg (NVZD) en de Nederlandse Vereniging van Toezichthouders in Zorg en Welzijn (NVTZ) bepalen dat de raad van toezicht bevoegd is tot het verlenen van decharge aan de leden van de raad van toezicht en raad van bestuur.⁴⁷ Daarnaast koppelen de NVZD en NVTZ decharge niet per definitie aan de vaststelling van de jaarrekening. Het is ook mogelijk decharge te koppelen aan een afzonderlijk besluit van de raad van toezicht. Laatstgenoemde geniet zelfs de voorkeur van de NVTZ en NVZD.⁴⁸

3.3 *Enkele kanttekeningen bij onderzochte statuten*

Uit het voorgaande blijkt dat een aantal stichtingen aansluiting heeft gezocht bij de wettelijke regeling over decharge voor de NV en BV, maar tegelijkertijd bevat een aantal statuten ook een beperking of juist een verruiming daarop. De onderzochte statuten laten een grote variëteit zien in de wijze waarop stichtingen statutair decharge regelen. Daar waar de ene stichting uitsluitend de penningmeester dechargeert, bevat de andere stichting een regeling voor alle bestuurders. De ene stichting regelt decharge voor de leden van de raad van toezicht, de andere niet. Voorts bestaan verschillen in de wijze waarop het dechargebesluit wordt genomen. De verschillen tussen de statutaire bepalingen maken dat de betekenis van decharge voor stichtingbestuurders en -toezichthouders lastig op waarde te schatten is.

Ondanks de uiteenlopende bepalingen over de wijze waarop decharge van stichtingbestuurders plaatsvindt, bepalen de meeste door mij onderzochte statuten dat bij stichtingen de raad van toezicht bevoegd is decharge aan het bestuur te verlenen. Ook zien we dat de raad van toezicht in sommige gevallen bevoegd is decharge te verlenen aan de leden van de raad van toezicht zelf. Dat is opmerkelijk. In een dergelijke situatie is er geen afzonderlijk orgaan dat een beslissing neemt over de kwijting over het gevoerde beleid. De raad van toezicht zal niet twifelen om aan zichzelf kwijting te verlenen. Dat geldt overigens ook in situaties waarin het bestuur zichzelf dechargeert.⁴⁹

Tot slot signaleer ik met betrekking tot decharge van stichtingbestuurders en -toezichthouders twee aandachtspunten.

In de eerste plaats verdient afzonderlijke aandacht de situatie waarin het dechargebesluit van een stichtingbestuurder respectievelijk -toezichthouder genomen

46 Zie art. 17 lid 6 van de statuten van Stichting Hoger Onderwijs Nederland.

47 Zie art. 7 lid 1 en 9 lid 2 van de modelstatuten van NVTZ en NVZD, te raadplegen op www.nvtz.nl (geraadpleegd op 18 september 2017).

48 Zie art. 13 lid 8 van de modelstatuten van NVTZ en NVZD en de Toelichting modeldocumenten NVTZ-NVZD juli 2017, p. 19, te raadplegen op www.nvtz.nl (geraadpleegd op 18 september 2017).

49 Dat is een andere situatie dan wanneer het algemeen bestuur of een commissie het dagelijks bestuur dechargeert.

M. de Jong

wordt door het bestuur respectievelijk toezichthouders.⁵⁰ Volgens wetsvoorstel 34491 zal de tegenstrijdigbelangregeling van toepassing zijn op stichtingen. Indien een bestuurder of toezichthouder decharge verleent aan de andere bestuurders respectievelijk toezichthouders levert dat in het licht van hoofdelijke aansprakelijkheid mogelijk een tegenstrijdig belang op. Op grond van het wetsvoorstel 34491 zullen stichtingbestuurders en -toezichthouders met een tegenstrijdig belang niet mogen deelnemen aan de beraadslaging en besluitvorming over het betreffende onderwerp.⁵¹ Als alle bestuurders een tegenstrijdig belang hebben, kan het bestuur geen besluit nemen en verschuift de beslissingsbevoegdheid naar de raad van toezicht. Voor zover de stichting geen raad van toezicht heeft, blijft de bevoegdheid blijkens het wetsvoorstel 34491 ondanks het tegenstrijdig belang van de bestuurders rusten bij het bestuur.⁵² Wel moet het bestuur van de stichting in dat geval schriftelijk vastleggen wat de overwegingen zijn die aan het besluit ten grondslag liggen. Indien de stichting wél over een raad van toezicht beschikt, blijft die raad van toezicht ook in geval van een tegenstrijdig belang van de toezichthouders bevoegd te beslissen. Wel moet de raad van toezicht in dat geval de overwegingen die aan het besluit ten grondslag liggen, schriftelijk vastleggen. Het vereiste van de schriftelijke vastlegging van de overwegingen die aan het besluit ten grondslag liggen, betreft als zodanig overigens niet de totstandkoming van het besluit. Het niet-naleven daarvan leidt dus niet tot nietigheid of vernietigbaarheid van het besluit.⁵³

In de tweede plaats is in de praktijk een verschijnsel waarneembaar waarbij stichtingen naast een uitdrukkelijke bepaling over decharge een bepaling over vrijwaring opnemen. Die bepaling houdt bijvoorbeeld in dat de stichting een lid van de raad van bestuur niet aansprakelijk zal stellen ter zake van schade die de stichting lijdt als gevolg van enig handelen of nalaten van een lid van de raad van bestuur in diens hoedanigheid van lid van de raad van bestuur van de stichting.⁵⁴ Deze bepaling strekt in feite tot een voorafgaande kwijting van bestuurders. Dat is mijns inziens in strijd met het doel en de strekking van art. 2:9 BW.

3.4 Rechtspraak

In de rechtspraak is een aantal beperkingen geformuleerd op decharge van stichtingbestuurders en -toezichthouders. Zo blijkt uit de jurisprudentie dat soms expliciete goedkeuring van het bestuur nodig is ondanks een statutaire bepaling dat goedkeuring strekt tot decharge van de stichtingbestuurders. De Rechtbank Den Haag overwoog dat in de enkele omstandigheid dat de jaarrekening is goedgekeurd niet zonder meer de goedkeuring van, en daarmee decharge voor, het boekjaar ligt besloten. De rechtbank oordeelde dat het 'gelet op het verstrekkende gevolg van decharge dat ingevolge de statuten van de stichting in de goedkeuring van de jaarrekening besloten ligt, is vereist dat een expliciet goedkeuringsbesluit

50 Zie bijv. de statuten van Stichting Make A Wish® Nederland.

51 Kamerstukken II 2015/16, 34491, 3, p. 5-6.

52 Kamerstukken II 2015/16, 34491, 3, p. 6.

53 Kamerstukken II 2015/16, 34491, 3, p. 6.

54 Zie bijv. art. 16 lid 1 van de statuten van Stichting Zuyderland Medisch Centrum en art. 20 lid 2 van de statuten van Stichting Careyn.

over het betreffende wordt genomen'.⁵⁵ Enige aan de vaststelling of goedkeuring van de jaarrekening gekoppelde decharge strekt naar het oordeel van de Rechtbank Den Haag niet verder dan tot datgene wat uit die stukken blijkt. Van decharge, zoals bedoeld in de statuten, kan geen sprake zijn bij feiten die niet bekend waren bij degenen die het bestuur controleerden.

Ruim twee jaar later deed zich bij de Rechtbank Den Haag opnieuw een zaak voor waarin in de statuten van een stichting was bepaald dat goedkeuring van de jaarrekening strekt tot decharge van het bestuur. De Rechtbank Den Haag liet zich in deze zaak niet uit over de toelaatbaarheid van de statutaire bepaling, maar oordeelde in lijn met het Staleman/Van de Ven-arrest dat decharge voor stichtingen zich niet uitstrekt tot feiten die niet bekend waren bij degenen die het bestuur controleerden.⁵⁶

Uit een arrest van het Gerechtshof 's-Hertogenbosch valt af te leiden dat de verleende decharge zich niet uitstrekt tot feiten waarover de raad van toezicht niet concreet en specifiek is geïnformeerd, ook al zou die informatie uit de jaarrekening kunnen worden afgeleid.⁵⁷

Tot slot oordeelde de Rechtbank Oost-Brabant dat het verlenen van de jaarlijkse decharge niet inhoudt dat in geen geval meer sprake kan zijn van aansprakelijkheid op grond van art. 2:9 BW.⁵⁸ Deze overweging van de rechtbank illustreert de beperkte waarde van decharge van stichtingbestuurders en -toezichthouders.

3.5 De betekenis van decharge voor stichtingen

Concluderend is de betekenis van decharge in de statuten van stichtingen niet eenduidig vast te stellen. Dat komt met name doordat stichtingen op verschillende manieren een regeling over decharge in hun statuten opnemen. Daar waar de ene stichting aansluiting zoekt bij de regeling van decharge voor de NV en BV, wijkt de andere stichting daarvan in meer of mindere mate af. In afwijking van de regeling van decharge voor de NV en BV kiezen sommige stichtingen ervoor om decharge uitsluitend te richten op de penningmeester. Ook bevatten de statuten van een aantal stichtingen een koppeling tussen de vaststelling van de jaarrekening en decharge van het bestuur en toezichthouders. Uit de jurisprudentie valt af te leiden dat de waarde van decharge voor stichtingen beperkt lijkt te zijn. Ondanks een statutaire bepaling met een koppeling tussen de vaststelling van de jaarrekening en decharge is een expliciet besluit van het bestuur nodig.⁵⁹ Daarnaast moet de informatie niet alleen uit de jaarstukken blijken, maar is bekendheid met die informatie ook van belang.

55 Rb. Den Haag 24 april 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:BZ9375, r.o. 4.4.

56 Rb. Den Haag 24 juni 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:8773, r.o. 4.45.

57 Hof 's-Hertogenbosch 11 april 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:1550, r.o. 3.14 en 3.17.

58 Rb. Oost-Brabant 20 november 2013, ECLI:NL:RBOBR:2013:6055, r.o. 5.1.11.

59 Rb. Den Haag 24 april 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:BZ9375, r.o. 4.4.

M. de Jong

4 Mogelijkheden decharge voor stichtingen

In paragraaf 2 is de wettelijke regeling over decharge voor vennootschappen uiteengezet en in paragraaf 3 zijn verschillende statutaire bepalingen over decharge voor bestuurders en toezichthouders van stichtingen besproken. In tijden waarin bestuurders en toezichthouders onderworpen worden aan meer wet- en regelgeving en daarmee samenhangende risico's is het essentieel dat die bestuurders en toezichthouders 'een stukje comfort' geboden wordt. Dat daaraan behoefte bestaat, blijkt ook wel uit de trend dat het invullen van bestuursfuncties binnen ziekenhuizen moeizaam verloopt.⁶⁰ De reden daarvan is, zo blijkt, onder andere de toenemende regeldruk.⁶¹ Op grond hiervan verdient het mijns inziens aanbeveling om de mogelijkheden met betrekking tot decharge van stichtingsbestuurders en -toezichthouders duidelijk te regelen. Daartoe zie ik de volgende mogelijkheden.

4.1 Optie 1: wettelijke regeling

In de eerste plaats zou een wetswijziging duidelijkheid kunnen scheppen. De wetgever kan in het kader van de uniformering van het rechtspersonenrecht ervoor kiezen om voor stichtingen in titel 6 van Boek 2 BW bepalingen op te nemen vergelijkbaar met de huidige wettelijke bepalingen over decharge voor bestuurders en toezichthouders van vennootschappen. Daarbij gaat het uitsluitend om art. 2:101/210 lid 3 en 2:210 lid 5 BW. Art. 2:138/248 lid 6 BW wordt reeds verwerkt in het nieuwe art. 2:9c lid 6 van het wetsvoorstel bestuur en toezicht rechtspersonen. Art. 2:101/210 lid 3 en 5 BW – zoals in paragraaf 2 besproken – heeft echter een beperkte betekenis. Bovendien is het de vraag of een nieuwe bepaling in titel 6 van Boek 2 BW de oplossing is. De wetgever zal immers met het oog op de uniformering van het rechtspersonenrecht niet kunnen volstaan met een regeling voor stichtingen, hij zal ook oog moeten hebben voor verenigingen, coöperaties en onderlinge waarborgmaatschappijen.

De wetgever zou er daarom goed aan doen in het algemene deel van Boek 2 BW een wettelijke bepaling op te nemen over decharge. Een dergelijke bepaling is in lijn met het doel van wetsvoorstel 34491, omdat het alle rechtspersonen betreft. Dat neemt niet weg dat een algemene dechargebepaling lastig te formuleren is, want zij heeft gelet op de verschillende rechtspersonen een wisselende invulling nodig. Voor stichtingen rijzen bijvoorbeeld vragen in verband met het ontbreken van een algemene vergadering: Wie is bevoegd decharge te verlenen aan stichtingsbestuurders bij afwezigheid van een toezichthoudend orgaan? Wie is bevoegd decharge te verlenen aan stichtingsbestuurders en toezichthouders als er wel een toezichthoudend orgaan is? Wie verleent decharge bij een eenhoofdig bestuur? Hoe om te gaan met decharge bij kleine stichtingen die geen jaarrekening hoeven te deponeren?

60 Skipr Redactie, 'Ziekenhuis worstelt met invullen bestuursfuncties', 1 mei 2017, te raadplegen op www.skipr.nl.

61 Boardroom Zorg, 'Zorgbestuurders waarschuwen anoniem', 1 mei 2017, te raadplegen op www.boardroomzorg.nl.

Omdat de statuten ruimte bieden voor maatwerk, lijkt het mij nuttig een wettelijke bepaling over decharge in het leven te roepen, waarbij de rechtspersoon de uitwerking daarvan in de statuten verwerkt. Een wettelijke bepaling over decharge bevat mijns inziens bij voorkeur een definitie van decharge, de wijze waarop decharge wordt verleend en de van toepassing zijnde beperkingen zoals in de rechtspraak geformuleerd.

Een wettelijke bepaling in het algemeen deel van Boek 2 BW zou bijvoorbeeld als volgt kunnen luiden:

- 1 'De rechtspersoon bepaalt in de statuten wie bevoegd is kwijting te verlenen aan de leden van het bestuur en van het toezichthoudend orgaan, onverminderd het bepaalde in het vijfde lid van artikel 9, het vijfde lid van artikel 9a en het zesde lid van artikel 11 van Boek 2 BW.
- 2 Het besluit tot kwijting van de leden van het bestuur en van het toezichthoudend orgaan geschiedt bij afzonderlijk besluit door het orgaan dat ingevolge het eerste lid bevoegd is dat besluit te nemen.
- 3 De kwijting strekt zich slechts uit tot gegevens die uit de jaarrekening blijken of die anderszins aan het bevoegde orgaan als bedoeld in het eerste lid zijn bekendgemaakt voordat de jaarrekening is vastgesteld of goedgekeurd.'

4.2 Optie 2: (statutaire) modelbepaling

In de tweede plaats kan een modelbepaling uitkomst bieden, zoals blijkt uit de modelstatuten van de NVTZ en NVZD. Deze biedt bestuurders en toezichthouders een handvat en daarmee duidelijkheid voor toepassing van decharge in de praktijk. Daartegenover staat dat bij ontbreken van een wettelijke regeling de stichting ook dan de vrijheid heeft om geen bepaling over decharge in de statuten op te nemen. De duidelijkheid van een modelbepaling gaat dus gepaard met vrijblijvendheid.

Naar mijn mening kan een modelbepaling nuttig zijn voor een aantal sectoren (waarin bijvoorbeeld een bepaalde governancestructuur gebruikelijk is) met daarnaast een wettelijke regeling over decharge in het algemeen deel van Boek 2 BW, die ruimte laat om decharge nader te concretiseren in de statuten. De Governancecode Zorg 2017 doet dat (deels) al door te bepalen dat bestuurders van zorginstellingen een raad van toezicht moeten hebben die decharge kan verlenen aan de leden van de raad van bestuur en van de raad van toezicht. Maar deze code bevat geen 'harde' verplichting voor zorgaanbieders om deze bepaling over te nemen. Het is mijns inziens aan te bevelen een modelregeling over decharge op te nemen in governancecodes, gekoppeld aan de verplichting voor de desbetreffende stichtingen om de inhoud daarvan (grotendeels) over te nemen in de statuten.

M. de Jong

5 Slotopmerkingen

In paragraaf 2 is de wettelijke regeling van decharge voor bestuurders en commissarissen van vennootschappen besproken. Stilgestaan is bij de werking en reikwijdte van decharge. Concluderend is de reikwijdte beperkt en neemt decharge de interne aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen van vennootschappen niet per definitie weg.

In paragraaf 3 is een aantal statutaire bepalingen onder de loep genomen, waarmee een beeld is verkregen over de manier waarop stichtingen omgaan met decharge. De onderzochte stichtingen hebben doorgaans een statutaire decharge-regeling. Met betrekking tot de inhoud daarvan is echter geen eenduidige lijn te herkennen. Wel is zichtbaar dat bij stichtingen met een raad van toezicht dit orgaan doorgaans het dechargebesluit neemt.

In paragraaf 4 is een aantal mogelijkheden met betrekking tot decharge voor stichtingbestuurders en -toezichthouders besproken. Ik kom tot de conclusie dat voor stichtingen een wettelijke bepaling als voor de NV en BV in combinatie met (statutaire) modelregelingen tekort zal schieten. Vooral vanwege de beperkte betekenis van de wettelijke regeling voor de NV en BV en de vrijblijvendheid van modelstatuten verdient het aanbeveling om een algemene wettelijke bepaling over decharge op te nemen in het algemeen deel van Boek 2 BW. Naar mijn idee sluit een dergelijke wetswijziging het beste aan bij de behoefte vanuit de praktijk. Een dergelijke bepaling zou moeten verplichten tot nadere regeling van decharge in de statuten van rechtspersonen, waaronder stichtingen. Een verdergaande wettelijke regeling is niet wenselijk, omdat daarvoor de verschillen tussen rechtspersonen te groot zijn. Nagedacht kan worden om voor elke sector waarbij een bepaalde governancestructuur gebruikelijk is, zoals bij de zorgsector, een modelbepaling te schrijven of een regeling over decharge in governancecodes uit te werken. Hoewel decharge de aansprakelijkheid van bestuurders niet volledig kan wegnemen, kan zij wel bijdragen aan het vertrouwen om als bestuurder en toezichthouder te functioneren en de daarbij behorende risico's te nemen. Bestuurders en toezichthouders moeten hun taken kunnen uitoefenen zoals van een goed bestuurder en toezichthouder mag worden verwacht. Daar hoort het nemen van risico's bij.