

## **Wetsvoorstel betreffende kwijting aan bestuurders en commissarissen**

### **Behoorlijke taakvervulling en decharge**

Artikel 2:9 BW bepaalt dat elke bestuurder tegenover de rechtspersoon gehouden is tot een behoorlijke vervulling van de hem opgedragen taak. Indien een bestuurder zijn taak onbehoorlijk vervult, is hij jegens de rechtspersoon aansprakelijk voor de daardoor veroorzaakte schade. Van onbehoorlijke taakvervulling is sprake indien de bestuurder een ernstig verwijt valt te maken (HR 10 januari 1997, NJ 1997, 360 m.nt. J.M.M. Maeijer). Krachtens artikel 2:149/259 BW is het artikel overeenkomstig van toepassing op commissarissen. Over de vervulling van hun taak zijn het bestuur en de raad van commissarissen (RvC) in de eerste plaats aan de algemene vergadering van aandeelhouders (AVA) verantwoording verschuldigd. Het bestuur en de RvC leggen verantwoording af door de jaarrekening die door de bestuurders en commissarissen wordt ondertekend en tezamen met het jaarverslag ter inzage van de aandeelhouders wordt gelegd (art. 2:101/210 BW). Daarnaast dienen het bestuur en RvC de AVA alle verlangde inlichtingen te verschaffen op grond van artikel 2:107/217 BW, tenzij een zwaarwichtig belang van de vennootschap zich daartegen verzet. Bestuurders en commissarissen plegen doorgaans voor het gevoerde beleid respectievelijk gehouden toezicht over het betreffende boekjaar van mogelijke daaruit voortvloeiende aansprakelijkheid jegens de vennootschap te worden gekwet. Dit geschiedt doordat de AVA bij de behandeling van de jaarrekening in de jaarvergadering aan de bestuurders en commissarissen decharge verleent.

### **Decharge op basis van de jaarrekening**

Decharge op basis van de jaarrekening strekt in de regel tot ontslag van bestuurders en commissarissen van aansprakelijkheid jegens de vennootschap voor datgene dat uit de betreffende jaarrekening blijkt of anderszins aan de AVA is bekendgemaakt voor de vaststelling, of, in het geval van een structuurvennootschap, goedkeuring van de jaarrekening (HR 10 januari 1997, NJ 1997, 360). Wanneer hierna in dit artikel over vaststelling van de jaarrekening wordt gesproken, wordt daarmee tevens goedkeuring van de jaarrekening in het geval van structuurvennootschappen bedoeld. Decharge op basis van de jaarrekening geschiedt ofwel impliciet met het besluit tot vaststel-

ling van de jaarrekening ofwel expliciet bij een apart besluit. De statuten schrijven veelal impliciete decharge voor door een bepaling die inhoudt dat het besluit tot vaststelling van de jaarrekening tevens decharge van bestuurders en commissarissen inhoudt, vaak met de toevoeging dat de AVA echter uitdrukkelijk een voorbehoud ten aanzien van decharge kan maken. Er wordt wel verdedigd dat een expliciete decharge een ruimere reikwijdte zou hebben dan een impliciete decharge. Dit is mijns inziens onjuist. Een impliciet of expliciet dechargebesluit ziet op de wijze waarop het dechargebesluit tot stand komt, niet op het type decharge of de reikwijdte daarvan. In beide gevallen betreft het een decharge op basis van de jaarrekening zonder verschil in reikwijdte. Ook de Hoge Raad heeft in zijn hiervoor genoemde arrest geen onderscheid gemaakt tussen expliciete of impliciete decharge. Wel kan de AVA bij een expliciet dechargebesluit een andere reikwijdte aan de decharge toekennen, bijvoorbeeld dat de decharge ook die handelingen betreft die niet uit de jaarrekening blijken of anderszins aan de AVA bekend zijn gemaakt. Men spreekt in dit laatste geval van volledige decharge (H. Beckman in *Bestuur en Toezicht* van J.R. Glasz, H. Beckman en J.A.M. Bos, Deventer 1994, p. 267) of algehele c.q. finale kwijting (H.J.M.N. Honée, NV 1997, p. 93). In lijn met het hierna te behandelen wetsvoorstel betreffende kwijting van bestuurders en commissarissen, komt in dit artikel uitsluitend decharge op basis van de jaarrekening aan de orde en wordt niet ingegaan op andere vormen van decharge. Ik verwijs hiervoor naar de betreffende literatuur, waaronder met name H. Beckman in *Bestuur en Toezicht*, p. 247 e.v. Wellicht ten overvloede wijs ik erop dat decharge bestuurders en commissarissen uitsluitend vrijwaart van aansprakelijkheid jegens de vennootschap en niet van aansprakelijkheid jegens derden.

### Koppeling vaststelling jaarrekening en decharge

In de praktijk worden tijdens de jaarvergadering de vaststelling van de jaarrekening en decharge vaak gezamenlijk behandeld. Overigens worden de vaststelling van de jaarrekening en decharge bij de meeste beursvennootschappen inmiddels gescheiden geagendeerd. Bij een gezamenlijke behandeling vermeldt de agenda voor de vergadering in de regel dat de vaststelling van de jaarrekening tevens decharge van de bestuurders en commissarissen inhoudt. Zie H. Beckman, *TVVS* 1994, p. 113 en, met het oog op aanbeveling 19 van het rapport *Aanbevelingen inzake Corporate Governance in Nederland* van de Commissie

Peters, C.C.J. van Rietschoten, *NV* 1997, p. 244 e.v. Ook wordt wel verdedigd dat de vaststelling van de jaarrekening altijd decharge impliceert, tenzij de AVA een voorbehoud maakt. De koppeling van de behandeling van de jaarrekening en decharge is in de afgelopen decennia bekritiseerd. Kern van de kritiek is dat een jaarrekening een weergave bevat van de financiële positie van de vennootschap, maar geen inzicht verschaft in het door het bestuur gevoerde beleid en het daarop door de RvC gehouden toezicht. Reeds Van der Grinten merkte op dat een koppeling van decharge aan vaststelling van de jaarrekening geen aanbeveling verdient, omdat uit de jaarrekening normaliter niet blijkt of de bestuurders en commissarissen wanprestatie kan worden verweten (W.C.L. van der Grinten, *NV* 1987, p. 100). De jaarrekening vormt de weergave van de uitkomsten van het beleid, maar geeft geen uitsluitsel over de vraag of het beleid en het daarop gehouden toezicht naar behoren zijn geweest, aldus H. Beckman in *TVVS* 1994, p. 114 en in *Bestuur en Toezicht*, p. 264. Hiermee komt de vraag aan de orde of de jaarrekening wel geschikt is om als middel van verantwoording te dienen. Op deze principiële vraag wordt hier niet ingegaan. Ik volsta nu met de opmerking dat de jaarrekening, het jaarverslag en de overige aan de AVA verstrekte informatie reeds van oudsher dienen tot verantwoording van het gevoerde beleid en het daarop gehouden toezicht door bestuur en commissarissen. (Zie A.F. Verdam in de bundel *Ondernemingsrecht in internationaal perspectief* (red. M.J.G.C. Raaijmakers e.a.), Deventer 1995, p. 303.)

Indien de jaarrekening een getrouw beeld geeft van de financiële positie van de vennootschap (art. 2:362 BW), behoort deze te worden vastgesteld door de AVA. De hiervoor genoemde koppeling kan de besluitvorming door de AVA over de jaarrekening ernstig bemoeilijken indien de jaarrekening weliswaar een getrouw beeld geeft van de financiële positie van de vennootschap maar er slecht beleid is gevoerd en/of het toezicht tekort is geschoten. Het spiegelbeeld daarvan is de situatie dat de jaarrekening niet het vereiste inzicht verschaft maar dat het beleid en het daarop gehouden toezicht wel naar behoren zijn uitgevoerd. In deze gevallen bestaat er behoefte om de jaarrekening vast te stellen, maar geen decharge te verlenen, respectievelijk de jaarrekening niet vast te stellen maar wel decharge te verlenen. De koppeling van vaststelling van de jaarrekening en decharge verhindert dat de AVA de jaarrekening vaststelt, maar decharge onthoudt en vice versa. Als de AVA geen decharge wil ver-

lenen, zal zij moeten besluiten de jaarrekening niet vast te stellen. Echter, door een jaarrekening niet vast te stellen, snijdt de AVA zich in de vingers. Immers, als er geen vaststelling van de jaarrekening plaatsvindt, kan er ook geen dividend worden uitgekeerd (art. 2:105/216 BW). De AVA behoort niet onder druk te worden gezet decharge te verlenen door de decharge aan de vaststelling van de jaarrekening te koppelen.

Er zijn een paar gevallen bekend waarin de koppeling tot complicaties heeft geleid. In de jaarvergadering van VHS in 1993 stelde de AVA de jaarrekening vast, maar onthield uitdrukkelijk decharge aan het bestuur en commissarissen ondanks dat de statuten bepaalden dat vaststelling van de jaarrekening tevens decharge van bestuurders en commissarissen inhield. De statuten voorzagen niet in een voorbehoud door de AVA. Het lijkt geen onderwerp van discussie te zijn dat de AVA te allen tijde het recht heeft decharge te onthouden. Zie over deze kwestie L. Timmerman in TVVS 1993, p. 267. Een ander bekend voorbeeld is de Nedlloyd-affaire van begin jaren 1990, waarbij een van de grotere aandeelhouders, Torstein Hagen, de AVA zo ver wist te krijgen goedkeuring aan de jaarrekening te onthouden, ten blijke van afkeuring van het gevoerde beleid en omdat hem als grootaandeelhouder geen commissarispositie(s) werd(en) gegund. In dit laatste geval voldeed de jaarrekening aan de daaraan gestelde eisen van het getrouwe beeld, maar kon de AVA niet anders blijk geven van haar ongenoegen met het gevoerde beleid dan door de jaarrekening niet goed te keuren. Zie over de Nedlloyd-affaire W.J. Slagter in TVVS 1991, p. 184.

#### **Wetsvoorstel betreffende kwijting van bestuurders en commissarissen**

Het in november 2000 door de Minister van Justitie ingediende wetsvoorstel tot wijziging van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek in verband met kwijting aan bestuurders en commissarissen (TK 27 483) beoogt aan de gezamenlijke behandeling van de jaarrekening en decharge een einde te maken. De basis voor het onderhavige wetsvoorstel is gelegen in het rapport Aanbevelingen inzake Corporate Governance in Nederland van de Commissie Corporate Governance van 25 juni 1997. Aanbeveling 19 van het rapport hield in dat tussen de vaststelling respectievelijk goedkeuring van de jaarrekening enerzijds en de goedkeuring van het door het bestuur gevoerde beleid en het door de RvC uitgeoefende toezicht, tevens inhoudende decharge van bestuurders en commissarissen

rissen anderzijds, een splitsing zou moeten worden aangebracht in de agenda van de vergadering. Het rapport was primair toegespitst op beursgenoteerde vennootschappen. Het wetsvoorstel heeft een ruimere reikwijdte en strekt zich uit tot alle rechtspersonen behalve de commerciële stichting, aangezien dezelfde problematiek zich ook bij niet-beursgenoteerde rechtspersonen kan voordoen.

De wet dient, zo leert de memorie van toelichting, ter verbetering van de wijze waarop het bestuur en de RvC aan de AVA verslag doen van en verantwoording afleggen over de wijze waarop zij hun taken binnen de vennootschap hebben vervuld. Verantwoording door bestuur en RvC wordt bevorderd wanneer een besluit over kwijting van bestuurders en commissarissen expliciet wordt genomen. Daartoe bepaalt de wet dwingendrechtelijk dat het besluit tot vaststelling van de jaarrekening door de AVA niet strekt tot kwijting. Het gevolg van de regeling is, aldus de minister, 'dat een beoogde decharge van bestuurders en commissarissen telkens als afzonderlijk onderwerp op de agenda moet worden vermeld'. Door een onderscheid aan te brengen tussen de vraag of de jaarrekening een getrouw beeld geeft van de financiële situatie van de vennootschap en de vraag of het gevoerde beleid en het daarop gehouden toezicht naar behoren zijn geweest, wordt aan de oneigenlijke besluitvorming over de vaststelling van de jaarrekening in verband met het oordeel over het beleid en het daarop gehouden toezicht door bestuurders en commissarissen een einde gemaakt (zie hiervoor).

Het wetsvoorstel voorziet in een betrekkelijk eenvoudige wijze in de splitsing. Voor de NV en BV wordt aan het slot van artikel 2:101 lid 3 respectievelijk artikel 2:210 lid 3 BW de volgende volzin toegevoegd: 'Vaststelling of goedkeuring van de jaarrekening strekt niet tot kwijting aan een bestuurder onderscheidenlijk commissaris.' Ik maak de volgende kanttekeningen.

#### **Heeft splitsing een betere verantwoording door bestuur en RvC tot gevolg?**

De AVA wordt gedwongen zich expliciet uit te laten over decharge. Het kan worden betwijfeld of de huidige tekst van het wetsvoorstel volstaat om daadwerkelijk een inhoudelijke behandeling van het functioneren van bestuur en RvC en een daarmee gepaard gaande betere verantwoording door bestuur en RvC te bewerkstelligen. Mijns inziens sluit de wettekst niet

uit dat de AVA nog steeds op basis van de behandeling van de jaarrekening zowel tot vaststelling van de jaarrekening overgaat als decharge verleent. Separate agendering van decharge tijdens de jaarvergadering hoeft niet noodzakelijkerwijs tot een grotere verantwoording door het bestuur en RvC te leiden. Het wetsvoorstel is te mager om zelfstandig een grotere verantwoording door bestuur en commissarissen af te dwingen. Vooralsnog is het te hopen dat de aparte agendering van decharge de AVA motiveert daadwerkelijk inzicht te vragen in het beleid en toezicht van bestuur en RvC. Een kritische AVA in combinatie met een grotere mate van informatieverschaffing door bestuurders en commissarissen om zoveel mogelijk van hun handelen gedekt te krijgen door decharge (ingegeven door het arrest van de Hoge Raad van 10 januari 1997) kan tot een verbetering van de verantwoording van bestuur en RvC leiden. Voor een zinvolle behandeling van decharge is nadere regelgeving omtrent de verantwoordingsplicht nodig, bijvoorbeeld door aanvullende eisen te stellen aan de inhoud van de jaarrekening of het jaarverslag. Er is dan ook wetgeving in voorbereiding die ook een betere verantwoording beoogt en het onderhavige wetsvoorstel dient dan ook in samenhang te worden gezien met de door de minister aangekondigde wetgeving. Te wijzen valt op wetsvoorstellen in verband met de openbaarmaking van de bezoldiging en het aandelenbezit van bestuurders en commissarissen, betreffende de toepassing van internationale accountantsnormen in Nederland (IAS) en een wetsvoorstel op grond waarvan het jaarverslag van beursgenoteerde vennootschappen melding maakt van de corporate governance hoofdlijnen van de betreffende vennootschappen (zie de nota naar aanleiding van het verslag, TK 27 483, nr. 5). Voorts valt in dit kader te wijzen op het advies van de SER inzake het structuurregime van 17 januari 2001, dat beoogt aan aandeelhouders (en certificaathouders) meer invloed te geven op de samenstelling van de RvC van structuurvennootschappen. Zie ook J. den Engelsman, *V&O* 2001, p. 24 e.v. en M.A. van Valen verderop in deze aflevering van *V&O*.

#### **Decharge verplicht (periodiek) agendapunt?**

Het huidige wetsvoorstel verplicht niet tot (periodieke) behandeling van decharge. Zoals ook de Raad van State in zijn advies over het wetsvoorstel reeds opmerkte, kunnen bestuurders en commissarissen in een situatie geraken waarbij zij gedurende lange(re) tijd in onzekerheid verkeren omtrent verkrijging van decharge. De Raad van State bepleitte daarom perio-

dieke behandeling van decharge. De minister heeft het voorstel van de Raad niet overgenomen op de grond dat bestuurders en commissarissen geen recht op decharge hebben. Bestuurders en commissarissen hebben mijns inziens inderdaad geen recht op decharge, maar dat laat onverlet dat bestuurders en commissarissen er wel een gerechtvaardigd belang bij hebben dat de AVA zich uitspreekt over het door hen in enig boekjaar gevoerde beleid respectievelijk gehouden toezicht. Het gaat niet aan om de ontkoppeling van de behandeling van de jaarrekening en decharge aan te wenden om bestuurders en commissarissen gedurende onbepaalde c.q. langere tijd in het ongewisse te laten omtrent het oordeel over hun beleid en toezicht. Mijns inziens zou het functioneren van bestuurders en commissarissen ook in de jaarvergadering aan de orde moeten worden gesteld. Dan weten de bestuurders en commissarissen in ieder geval waar ze aan toe zijn. Zij kunnen aan het feit dat de AVA voor een bepaald boekjaar niet bereid is decharge te verlenen consequenties verbinden, bijvoorbeeld door de koers te wijzigen of zelfs terug te treden om langs die weg aansprakelijkheidsrisico's te beperken. In de praktijk zijn het overigens het bestuur en de RvC die de agenda vaststellen. Het valt te verwachten dat zij zullen zorg dragen dat decharge op de agenda voor de jaarvergadering wordt geplaatst.

#### **Aansprakelijkheid voor hetgeen uit de jaarrekening blijkt**

De minister stelt in de memorie van toelichting dat indien de AVA de jaarrekening wel vaststelt, maar niet besluit tot decharge, daaruit niet kan worden afgeleid dat een (ex-)bestuurder of (ex-)commissaris aansprakelijk is voor hetgeen uit de jaarrekening blijkt, alsmede voor hetgeen tijdens de jaarvergadering is meegedeeld of anderszins aan de AVA is bekendgemaakt voordat de AVA de jaarrekening heeft vastgesteld. Hier past een nuancering. Met de minister kan worden gezegd dat het ontbreken van decharge niet tot gevolg heeft dat de bestuurders en commissarissen aansprakelijk zijn voor het gevoerde beleid en het gehouden toezicht voorzover dat uit de jaarrekening blijkt of anderszins aan de AVA is bekendgemaakt. Bestuurders en commissarissen zijn eerst aansprakelijk jegens de vennootschap voorzover bestuurders of commissarissen zijn tekortgeschoten in het gevoerde beleid respectievelijk gehouden toezicht. Zoals hiervoor reeds is vermeld, is eerst sprake van een tekortkoming indien hun een ernstig verwijt kan worden gemaakt. Decharge is een rechtshandeling van de vennootschap

met als rechtsgevolg dat de vennootschap afstand doet van haar vordering tot schadevergoeding op bestuurders en commissarissen wegens tekortkoming in hun taakvervulling. Decharge heeft geen betrekking op het totale gevoerde beleid of gehouden toezicht (tenzij het gevoerde beleid of gehouden toezicht in zijn geheel tekortschiet in de hiervoor bedoelde zin). Voorzover dergelijk tekortschieten uit de jaarrekening blijkt, zijn de bestuurders en commissarissen wel degelijk aansprakelijk indien hun geen decharge is verleend. Dit aspect moet wel goed voor ogen worden gehouden. Decharge voor beleid en toezicht waarvoor geen aansprakelijkheid bestaat, heeft juridisch geen betekenis. Zie voor een andere benadering in Duitsland en Frankrijk, H.J. de Kluiver, WPNR 1997, nr. 6273, p. 375.

#### **Reikwijdte decharge**

Het wetsvoorstel bepaalt niets over de reikwijdte van decharge. In zijn hiervoor genoemde arrest van 10 januari 1997 heeft de Hoge Raad met betrekking tot impliciete en expliciete decharge door de AVA bij gelegenheid van de vaststelling van de jaarrekening uitgemaakt dat decharge strekt tot kwijting voor die gegevens die uit de jaarrekening blijken of anderszins aan de AVA voor de vaststelling van de jaarrekening zijn bekendgemaakt. Hiermee is voor decharge op basis van de jaarrekening de reikwijdte gegeven. Of bepaalde gegevens uit de jaarrekening blijken, is een zeer feitelijke vraag. Zoals hiervoor is vermeld, bevat de jaarrekening een weergave van de uitkomsten van het beleid en niet zozeer van de wijze waarop het beleid is gevoerd. Voorts zijn de activiteiten van de vennootschap altijd gecompriëerd in de jaarrekening weergegeven, zeker bij de grotere ondernemingen. (Zie ook A.F. Verdam, a.w., p. 303, die ook ingaat op de mededelings- en onderzoeksplichten van bestuur en RvC en de AVA, W.C.L. van der Grinten, NV 1987, p. 100 en J.M.M. Maeijer in zijn noot onder HR 10 januari 1997, NJ 1997, 360.) De reikwijdte van decharge op basis van de jaarrekening is derhalve beperkt. Door niet te accepteren dat decharge ook strekt tot kwijting voor hetgeen de aandeelhouders redelijkerwijze konden weten of waarop zij, gelet op de hun verstrekte informatie, bedacht hadden kunnen zijn, heeft de Hoge Raad in ieder geval wel de goede richting aangegeven om zorg te dragen dat het bestuur en de RvC openheid van zaken geven. Het bestuur en de RvC dienen ter verkrijging van zekerheid over hun positie in verband met mogelijk tekortschietend handelen, dit handelen expliciet aan de AVA kenbaar te maken.

De VVD heeft gevraagd of het geen aanbeveling verdient om de bestaande jurisprudentie over de reikwijdte van decharge te codificeren (Verslag van de Vaste Commissie voor Justitie, TK 2000-2001, 27 483, nr. 4). De minister heeft geantwoord dat het niet nodig is te bepalen dat een dechargebesluit zich niet uitstrekt tot gegevens die niet zijn verantwoord. Voorts acht de minister het niet gewenst dat de AVA de mogelijkheid wordt ontnomen om ook decharge te verlenen voor die handelingen die niet zijn verantwoord (volledige of finale kwijting, zie hiervoor).

*Mr. H.A. Sijnja  
Allen & Overy*

---