
Decharge: onaantastbaar?

Inleiding

Bestuurdersaansprakelijkheid en dechargeverlening zijn onderwerpen die in de belangstelling staan. Op 11 september 2007 heeft het Hof Den Bosch¹ in hoger beroep een arrest gewezen met een op het eerste gezicht opmerkelijke uitkomst. Het hof heeft (met verwijzing naar de Ellemuitspraak²) een beroep op decharge toegelaten aan een bestuurder van wie is vast komen te staan dat hij de vennootschap opzettelijk heeft benadeeld. Ik bespreek hierna kort de feiten, het oordeel van het hof, en geef mijn commentaar hierop.

Feiten en beoordeling hof

Op 23 mei 2001 is het faillissement van De Rouw B.V. uitgesproken. De Rouw B.V. was een galvanisch bedrijf dat zich bezighield met het verchromen en verzinken van metalen en kunststoffen. De heer De Rouw was tussen 3 juli 1997 en 25 oktober 1999 enig bestuurder, en in die periode hield zijn vrouw alle aandelen in De Rouw B.V. In 1998 en daarvoor heeft De Rouw betalingen verricht namens de vennootschap waartegenover geen geleverde diensten stonden.

Het hof heeft vastgesteld dat de heer De Rouw als (enig) bestuurder van de vennootschap onbehoorlijk heeft bestuurd door het betalen van 'spookfacturen' namens de vennootschap en het doen van onttrekkingen. De Rouw was toentertijd enig bestuurder van de vennootschap, terwijl zijn vrouw enig aandeelhouder was. De curator sprak De Rouw aan op grond van onrechtmatige daad, artikel 6:162 Burgerlijk Wetboek (BW), alsmede op grond van onbehoorlijk bestuur, artikel 2:9 BW. Al in een eerder stadium stelde het hof reeds voorlopig vast dat het handelen van De Rouw onrechtmatig is en kwalificeert als een onbehoorlijke vervulling van zijn taak als bestuurder. Het hof is bij deze beginseluitspraak gebleven. Voor het slagen van de vordering op grond van onrechtmatige daad moet echter tevens vaststaan dat het handelen van De Rouw tot benadeling van schuldeisers heeft geleid. Deze vordering werd in de eerste plaats afgewezen door het hof, omdat de crediteuren van de vennootschap gedurende de gewraakte periode wel waren betaald door de vennootschap. Geen van de schuldeisers uit die periode is opgekomen als schuldeiser in het faillissement voor een vordering uit 1999 of daarvoor. Aangezien er geen schade geleden was door de crediteuren, kon het hof niet concluderen dat De Rouw jegens hen een onrechtmatige daad had gepleegd. Daarnaast is door de curator niet of onvoldoende het causale verband aangetoond tussen de onttrekkingen en betalingen van spookfacturen door De Rouw enerzijds en de door de curator in 2002 en later aangetroffen onbetaalde schuldeisers anderzijds.

1. Hof Den Bosch 11 september 2007, JOR 2007, 264.

2. HR 20 oktober 1989, NJ 1990, 308 (Ellem Beheer/De Bruin).

De Rouw werd daarnaast door de curator aangesproken op grond van artikel 2:9 BW. Het hof stelt vast dat de onttrekkingen en betalingen van de spookfacturen geen enkel belang van de vennootschap dienden en derhalve contrair aan de belangen van de vennootschap kunnen worden geacht. Bovendien waren de onttrekkingen en betalingen volgens het hof strafbare feiten en hebben ze ook geleid tot een strafrechtelijke veroordeling van De Rouw. De Rouw verweert zich door zich te beroepen op de aan hem ieder jaar verleende decharge.

Het hof komt tot de slotsom dat een beroep op decharge door De Rouw toelaatbaar is. Het hof overweegt daartoe dat het beroep op decharge niet toelaatbaar zou zijn indien dat beroep hem niet zou kunnen baten. Het overweegt:

‘Dit zou het geval zijn indien een decharge in de hiervoor omschreven omstandigheden nietig zou zijn of indien het beroep op zulk een decharge in dit geval naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn.’

Dit is niet anders indien decharge is verleend door de algemene vergadering, die in feite uit de bestuurder zelf of uit zijn vrouw bestond, aldus het hof. Ter onderbouwing verwijst het hof naar de overwegingen van de Hoge Raad in het Ellem-arrest. Het hof leidt daaruit af dat het de vennootschap vrijstaat haar bestuurder te dechargeren, ook indien de bestuurder de vennootschap opzettelijk heeft benadeeld. Daarnaast concludeert het hof dat een beroep op decharge in dit geval niet in strijd is met de redelijkheid en billijkheid, aangezien is vastgesteld dat de onttrekkingen en betalingen niet tot benadeling van schuldeisers in het faillissement hebben geleid.

Commentaar

De geschiedenis lijkt zich te herhalen ...

In de Truffino-uitspraak,³ uit midden jarig twintig van de vorige eeuw, en de Ellem-uitspraak zo'n zeventig jaar later, is in het kader van bestuurdersaansprakelijkheid een strikte scheiding tussen de interne en externe werking voorgestaan. In de laatstgenoemde uitspraak sprak de nieuwe enigaandeelhouder de ex-bestuurder, de heer De Bruin, van de vennootschap (Ellem) aan op grond van artikel 6:162 BW. De Bruin en zijn echtgenote hadden geruime tijd samen alle aandelen in Ellem gehouden, terwijl De Bruin tevens enig bestuurder van Ellem was. Ook in deze zaak had de ex-bestuurder de vennootschap opzettelijk benadeeld, in dit geval door geld over te maken aan een niet-bestaande buitenlandse vennootschap (Bungalet AG). De algemene vergadering van aandeelhouders, bestaande uit het echtpaar De Bruin, had de heer De Bruin ontslag verleend onder verlening van volledige decharge vlak voordat zij tezamen alle aandelen in Ellem overdroegen aan de nieuwe aandeelhouder.

De Hoge Raad besliste dat rechtsgeldig decharge kon worden verleend voor opzettelijk benadelend handelen jegens de vennootschap en dit besluit niet nietig was op grond van strijd met de redelijkheid en billijkheid. Dit was volgens de Hoge Raad anders geweest indien De Bruin alle aandelen in Ellem had gehouden ten tijde van dechargeverlening. De Hoge Raad ziet voorts geen reden waarom het beroep op decharge door De Bruin in strijd zou zijn met de redelijkheid en billijkheid, ook al was sprake van opzettelijk benadelend handelen jegens de vennootschap. De Hoge Raad merkt hierbij op:

‘Daarbij verdient aantekening dat het in deze zaak niet gaat om het geval dat schade is geleden door derden, doch uitsluitend om de vraag of de decharge kan worden tegengeworpen aan een vordering van de vennootschap zelf tot schadevergoeding terzake van het door De Bruin gevoerde beheer.’

In de Ellem-uitspraak werd dus zowel het dechargebesluit op zich als het beroep op decharge door de ex-bestuurder rechtsgeldig geacht.

Dechargebesluit

Voor een geslaagd beroep op decharge moet voldaan zijn aan de algemene eisen zoals geformuleerd in de jurisprudentie ten aanzien van decharge. Daargelaten of de bestuurder handelingen heeft verricht die op zichzelf onrechtmatig zijn en derden hem aansprakelijk kunnen stellen voor schade daardoor geleden, blijft voor de vennootschap de mogelijkheid open haar bestuurder expliciet van de interne aansprakelijkheid te ontheffen. De vraag is door verschillende auteurs opgeworpen of de vennootschap in het kader van artikel 2:9 BW dan geen ‘eigen belang’ heeft, en of het vennootschapsbelang niet ruim moet worden uitgelegd,⁴ zodat de decharge in een later stadium kan worden aangetast door de vennootschap (vertegenwoordigd door een nieuwe bestuurder of curator). In lijn met de Ellem-uitspraak heeft het hof geoordeeld dat de vennootschap haar bestuurder kan dechargeren, ook indien de vennootschap een vordering jegens hem heeft wegens opzettelijk benadelend handelen. Ik wijs erop dat een verleende decharge niet kan afdoen aan een vordering op grond van artikel 2:248 lid 1 BW, zie artikel 2:248 lid 6 BW. Een dergelijke vordering was in dit geval niet aan de orde. Los daarvan overweegt het hof dat het onbehoorlijk bestuur van de bestuurder geen belangrijke oorzaak van het faillissement was.

Beroep op decharge

Nu het hof heeft vastgesteld dat het besluit als zodanig rechtsgeldig is, komt de vraag aan de orde of, en zo ja, in welk geval een verleende decharge nog kan afstuiten. Aangenomen wordt dat een dechargeverlening beperkt is

3. HR 20 juni 1924, NJ 1924, 1107 (Truffino).

4. Zie in het bijzonder S.M. Bartman, Over decharge, in het bijzonder bij de eenmansvennootschap, WPNR (1990) 5958, p. 269-273.

tot het handelen van bestuurders dat uit de jaarstukken blijkt en/of op de jaarvergadering is medegedeeld aan de aandeelhouders.⁵ Decharge kan dan mede handelen omvatten dat kwalificeert als ernstig verwijtbaar, en opzettelijk benadelend handelen. Voor zover alle aandeelhouders op de hoogte zijn, kan de bestuurder voor dit handelen gedechargeerd worden. Voor handelen waarover door de bestuurder gezwegen wordt, kan echter geen decharge worden verleend. Los van de reikwijdte van de decharge staat het beroep op decharge door de bestuurder.

Uit artikel 2:8 BW volgt dat een beroep op verleende decharge in strijd kan zijn met de redelijkheid en billijkheid. Door Beckman is als voorbeeld hiervan genoemd het geval dat de meerderheidsaandeelhouder misbruik heeft gemaakt van zijn machtspositie en de bestuurder heeft gedechargeerd, waarbij het besluit niet tijdig is vernietigd.⁶ Indien de bestuurder deze meerderheidsaandeelhouder heeft beoordeeld ten koste van de vennootschap (en dit kwalificeert als onbehoorlijk bestuur), kan men zich voorstellen dat een beroep op decharge in strijd is met de redelijkheid en billijkheid. Hoe verhoudt zich nu deze kritiek tot de uitspraak van het hof? Het hof overwoog dat het beroep op decharge naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet onaanvaardbaar is, omdat niet is komen vast te staan dat het handelen van De Rouw tot benadeling van schuldeisers in het faillissement heeft gestrekt. Dit is een opmerkelijke overweging, omdat de vraag of naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid het beroep op decharge onaanvaardbaar is, een vraag is waarbij de belangen van derden geen rol spelen. Decharge werkt immers slechts intern: tussen de vennootschap en haar bestuurder. Naar mijn mening valt niet in te zien hoe de belangen van crediteuren daarbij een cruciale rol spelen.

Conclusie

De uitkomst van deze hofuitspraak is vergelijkbaar met de uitkomst uit het Ellem-arrest. Ook decharge verleend door de algemene vergadering van aandeelhouders, vertegenwoordigende de vennootschap, die feitelijk bestaat uit de enig bestuurder (of diens vrouw), is niet per definitie (ver)nieutig(baar), noch is een beroep hierop door de bestuurder in strijd met de redelijkheid en billijkheid. Volgens het hof is een beroep op decharge door de voormalig bestuurder niet in strijd met de redelijkheid en billijkheid, nu niet is komen vast te staan dat het handelen van de bestuurder tot nadeel van schuldeisers in faillissement heeft gestrekt. Dit laatste lijkt inconsistent met de in de jurisprudentie voorgestane strikte scheiding tussen de interne en externe aansprakelijkheid van bestuurders. Immers, of derden (waaronder schuldeisers) wel of niet benadeeld zijn, zou niet relevant moeten zijn voor de interne aansprakelijkheid op grond

van artikel 2:9 BW. Daarbij is alleen van belang of de vennootschap benadeeld is. Of de Hoge Raad in een eventuele cassatie dezelfde maatstaf zal aanleggen, is nog de vraag. Of cassatie is ingesteld, is mij niet bekend.

*Mr. D.A. van Wees
Stibbe*

5. H. Beckman, *Misverstanden om en rond decharge*, *Ondernemingsrecht* 2004, p. 392.

6. Beckman, 2004, p. 393.