

27 483

Wijziging van boek 2 van het Burgerlijk Wetboek in verband met kwijting aan bestuurders en commissarissen

MEMORIE VAN ANTWOORD

Ontvangen 3 juli 2001

Met belangstelling nam ik kennis van de vragen en opmerkingen van de leden van de CDA-fractie en de leden van de VVD-fractie.

De leden van de CDA-fractie verzoeken in overweging te nemen de behandeling van dit wetsvoorstel aan te houden totdat ook andere wetsvoorstellen op het vlak van corporate governance aan bod zijn, bijvoorbeeld het aangekondigde wetsvoorstel tot aanpassing van de structuurregeling (Kamerstukken II 2000–2001, 25 732, nr. 18). In aansluiting hierop vragen de leden van de VVD-fractie naar de systematiek van het beleid. De leden van de CDA-fractie vragen voorts naar de praktische betekenis van dit wetsvoorstel. Deze leden verwijzen naar de memorie van toelichting bij dit wetsvoorstel waarin op basis van een onderzoek van de Monitoring Commissie Corporate Governance is opgemerkt dat de onderzochte ondernemingen in het algemeen weinig moeite hadden met de aanbeveling om de decharge van bestuur en raad van commissarissen afzonderlijk te agenderen.

In de nota naar aanleiding van het verslag aan de Tweede Kamer heb ik meegedeeld dat het kabinet hecht aan een goede samenhang tussen verschillende wettelijke en niet wettelijke, nationale en internationale initiatieven op het gebied van corporate governance. Het wetsvoorstel is aangekondigd in een kabinetsreactie van 10 mei 1999 op het rapport van de Monitoring Commissie Corporate Governance (Commissie Peters II, Kamerstukken II 1998/99, 25 732, nr. 8). In de kabinetsreactie is aangegeven dat de wijze waarop het bestuur en de raad van commissarissen aan de algemene vergadering van aandeelhouders verslag doen van en verantwoording afleggen over de wijze waarop zij hun taken binnen de vennootschap hebben vervuld, voor verbetering vatbaar is. Naast de in de kabinetsreactie aangekondigde overige wetsvoorstellen wordt naar aanleiding van de adviezen van de Commissie Peters I geen aanvullende wetgeving voorzien.

De aangekondigde wetswijzigingen vergen inhoudelijk telkens op verschillende plaatsen aanpassing van het recht. De aard van de verschillende wijzigingen vergt dat met verschillende adviesinstanties en belangengroeperingen wordt overlegd. Een en ander heeft tot gevolg dat elke wijziging een eigen voorbereidingstraject kent en een daarmee verband houdende eigen doorlooptijd. Teneinde te voorkomen dat de ene wijziging onnodig wacht op de andere is ervoor gekozen de wijzigingen

separaat in te dienen, tenzij dat vanwege de samenhang met een andere wijziging niet opportuun is. Van dat laatste is bij dit wetsvoorstel geen sprake. In het bijzonder behoeft de behandeling van dit wetsvoorstel niet te wachten op de aangekondigde wijziging van de structuurregeling. Ook de nieuwe structuurregeling dient als uitgangspunt te hebben dat een verzoek om decharge telkens separaat van de jaarrekening aan de aandeelhoudersvergadering moet worden voorgelegd. Aan die regeling bestaat reeds thans behoefte. Het kabinet acht een spoedige behandeling van het wetsvoorstel daarom wenselijk. Overigens blijkt ook uit het SER-advies over de structuurregeling dat de behandeling van dit wetsvoorstel niet behoeft te wachten op de wijziging van de structuurregeling. Het advies noemt het onderhavige wetsvoorstel, maar betreft het overigens niet in de beschouwingen.

Voor de praktische betekenis van het wetsvoorstel is allereerst het rapport van de Monitoring Commissie Corporate Governance die de nakoming van aanbeveling 19 heeft getoetst bij 159 beursgenoteerde ondernemingen van belang. Ten tijde van het onderzoek hadden 23 van de onderzochte ondernemingen geen splitsing aangebracht tussen de decharge en de vaststelling van de jaarrekening. Deze ondernemingen waren ook niet voornemens deze gang van zaken op korte termijn te wijzigen. Deze uitkomst houdt in dat bijna 15% van de onderzochte ondernemingen de aanbeveling niet had opgevolgd en dat ook niet uit eigen beweging zou gaan doen. Het kabinet wil voorts met dit wetsvoorstel bereiken dat de splitsing van de agendapunten vaststelling jaarrekening en decharge plaatsvindt bij alle naamloze en besloten vennootschappen, ongeacht hun omvang. De adviezen van de Commissie Peters I zijn gericht op de beursvennootschappen en andere grote ondernemingen. Teneinde een separate agendering bij alle naamloze en besloten vennootschappen te bereiken is wetgeving noodzakelijk.

Het belang van een besluit tot decharge is dat bestuurders en/of commissarissen worden ontheven van hun (mogelijke) aansprakelijkheid jegens de vennootschap. Ook indien een besluit tot decharge op grond van de huidige statuten automatisch voortvloeit uit een besluit tot vaststelling of goedkeuring van de jaarrekening, blijven bestuurders en commissarissen verplicht zich te verantwoorden jegens de algemene vergadering. Bij een dergelijke statutaire regeling kan de algemene vergadering bereiken dat decharge wordt onthouden door te weigeren de jaarrekening vast te stellen. Daardoor kan echter ook de winst van de vennootschap niet worden bepaald (en uitgekeerd). De algemene vergadering wordt op deze wijze gedwongen een afweging te maken tussen het belang van het vaststellen van de jaarrekening en het belang om decharge te weigeren. Het wetsvoorstel wil hierin verandering brengen en wil bevorderen dat de algemene vergadering in staat is de jaarrekening vast te stellen maar toch decharge te weigeren.

Indien decharge wordt verleend, heeft dat effect voor alle handelingen van de betrokken bestuurders of commissarissen die aan de algemene vergadering bekend zijn of kunnen zijn. Een ontslag van aansprakelijkheid die op grond van de statuten thans nog is verbonden aan de goedkeuring van de jaarstukken, strekt zich reeds nu niet verder uit dan tot hetgeen uit de stukken blijkt. De redelijkheid en billijkheid brengen met zich dat een bestuurder zich niet kan beroepen op een verleende decharge, wanneer de gepleegde handelingen niet uit de jaarstukken kunnen blijken. Hetzelfde geldt indien de handelingen door de bestuurder zijn verzwegen en de aandeelhouders daarop niet verdacht behoeften te zijn. Een en ander betekent dat een besluit tot decharge op basis van een vastgestelde jaarrekening volledig werkt voor zover de decharge is verleend voor handelingen die de algemene vergadering bekend zijn of redelijkerwijs bekend kon zijn gelet op de verstrekte informatie. Het wetsvoorstel brengt geen verandering in de reikwijdte van een dechargebesluit zoals bepaald door de Hoge Raad in zijn arresten van 17 juni 1921 (NJ 1921, p. 737), 20

juni 1924 (NJ 1924, p. 1107) en 10 januari 1997 (NJ 1997, 360, hierover ook E.A. de Jong, Ondernemingsrecht 2001-8, p. 232-235).

De leden van de CDA-fractie vragen voorts of er aanleiding is om op een andere wijze de aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen in enige mate aan te scherpen teneinde een effectievere verantwoording jegens aandeelhouders en andere stakeholders te bevorderen. De leden verwijzen in dat verband naar een tweetal publicaties.

Deze leden verwijzen in de eerste plaats naar een artikel van mr. J.M. Blanco Fernandez die pleit voor een verscherping van artikel 2:9 BW. De leden van de CDA-fractie hebben terecht aangegeven dat de door de auteur voorgestelde verscherping – waardoor bestuurders aansprakelijk zouden zijn in geval van ernstig verwijtbaar gedrag alsmede wanneer een bestuurder een fout met gewone diligentie had kunnen voorzien en voorkomen maar zulks nagelaten heeft – afwijkt van de jurisprudentie die door de Hoge Raad is ontwikkeld. De verscherping zou neerkomen op aansprakelijkheid bij gewone schuld. Voor een dergelijke verscherping zie ik geen aanleiding. De bestuurder van een vennootschap houdt zich bezig met ondernemen, een activiteit waaraan risico is verbonden en die tot schade aanleiding kan geven. Het is niet passend persoonlijke aansprakelijkheid aan te nemen bij elke fout van de bestuurder. Dat zou het ondernemen te veel onaantrekkelijk maken. Ook overigens ontbreekt de behoefte aan een verscherping. Het uitgangspunt dat persoonlijke aansprakelijkheid van een bestuurder of commissaris een ernstig verwijt behoeft, wordt in de literatuur breed gesteund. Uit de jurisprudentie blijkt niet dat dit uitgangspunt tot onwenselijke resultaten leidt.

De leden van de CDA-fractie noemen voorts een artikel van prof. mr. H.J. de Kluiver uit 1997 alsmede het Ellem-arrest (Hoge Raad 20 november 1989, NJ 1990, 308) besproken in Asser-Maeijer 2-III. Naar aanleiding van dit arrest schrijft Asser-Maeijer (nr. 325) dat in het genoemde arrest door de Hoge Raad is overwogen dat niet is in te zien waarom een aan een bestuur verleende decharge bloot zou staan aan een door de vennootschap in te roepen nietigheid (artikel 3:40 lid 1 BW) of de bestuurder zich niet te goeder trouw zou kunnen beroepen op de decharge wanneer de beide aandeelhouders – in de Ellem-procedure waren dat alle aandeelhouders – volledig bekend waren met de betreffende handelingen van de bestuurder, ook wanneer de bestuurder door die handelingen opzettelijk of onzorgvuldig nadeel heeft toegebracht. Doorslaggevend is derhalve of de aandeelhouders zich bewust zijn voor welke handelingen zij decharge verlenen. Anders dan deze leden lijken aan te voeren geldt dat ook bij het verlenen van decharge bij het einde van een bestuurslidmaatschap.

Onder omstandigheden kan een dechargebesluit (van de meerderheid van de aandeelhouders) worden vernietigd wegens strijd met de redelijkheid en billijkheid (artikel 2:15 lid 1 sub b BW), bijvoorbeeld in het geval dat een mede-minderheidsaandeelhouder niet met de betrokken handelingen bekend is, of dat de meerderheidsaandeelhouder-bestuurder de minderheidsaandeelhouder heeft misleid, of beide aandeelhoudersgroeperingen wel bekend zijn met de betrokken handelingen maar de meerderheidsaandeelhouder bij het nemen van het besluit de belangen van de minderheidsaandeelhouder te veel heeft verwaarloosd. Dit systeem leidt tot een zeker evenwicht tussen de onderscheiden belangen.

De leden van de CDA-fractie vragen of zou moeten worden bepaald dat ontslag van aansprakelijkheid van de leden van het bestuur of de raad van commissarissen uitsluitend tijdens of na het einde van hun lidmaatschap kan worden verleend na goedkeuring van de algemene vergadering van aandeelhouders in verband met de mogelijkheid dat de vennootschap door middel van een overeenkomst met een bestuurder overgaat tot het verlenen van decharge.

Decharge kan worden verleend bij besluit van de algemene vergadering. Decharge kan ook worden verleend bij overeenkomst van de vennootschap met een bestuurder. In de praktijk wordt van deze laatste

mogelijkheid gebruik gemaakt wanneer een bestuurder in een conflictsituatie ontslag neemt en daarbij finale kwijting bedingt. Bij het aangaan van een dergelijke overeenkomst wordt de vennootschap gewoonlijk vertegenwoordigd door de raad van commissarissen. De decharge is in beginsel geldig, tenzij de aftredende bestuurder opzettelijk de raad van commissarissen heeft misleid. Elk besluit tot decharge, verleend bij besluit van de algemene vergadering dan wel bij overeenkomst met de vennootschap, kan in rechte worden doorbroken door het vorderingsrecht van een curator in het geval de vennootschap failliet is gegaan en bestuurders zich schuldig hebben gemaakt aan kennelijk onbehoorlijk bestuur in de zin van de artikelen 2:138 en 248 BW.

Wanneer een bestuurder de vennootschap verzoekt om decharge in een conflictsituatie is de raad van commissarissen het meest geëigende orgaan om over het verzoek te beslissen. In een dergelijk geval moet een afweging tussen tegenstrijdige belangen worden gemaakt. Artikel 2:146 (en 256) BW heeft als uitgangspunt dat de vennootschap in het geval van tegenstrijdig belang wordt vertegenwoordigd door de raad van commissarissen. Uitgangspunt van de raad is om te handelen in het belang van de vennootschap en de daarmee verbonden onderneming. De raad zal alle relevante belangen in zijn afweging moeten betrekken voordat hij de vennootschap ten behoeve van decharge vertegenwoordigt. Ook is van belang dat de mogelijkheid om decharge te verlenen bij overeenkomst verzekert dat de vennootschap op kortst mogelijke termijn een einde kan maken aan een conflictsituatie, zonder daartoe een aandeelhoudersvergadering met alle daaraan verbonden formaliteiten te moeten afwachten. In een conflictsituatie zou zo'n verplichting tot onvoldoende flexibiliteit kunnen leiden en tot het onnodig voortduren van een wellicht onhoudbare situatie.

Uitgaand van het voorgaande is er geen reden om de bestaande regeling op dit punt aan te passen. Dat is evenmin het geval vanwege de stijging van salarissen en andere emolumenten van sommige bestuurders. Tot op heden is niet gebleken dat een hoog salaris algemene vergaderingen aanleiding geeft tot het sneller onthouden van decharge dan een laag salaris. Daarvoor zullen andere omstandigheden een rol spelen. De verwachting is voorts dat de separate besluitvorming niet zal leiden tot het in beginsel onthouden van decharge aan bestuurders en commissarissen. Het kabinet heeft wel reeds een wetsvoorstel aangekondigd dat ertoe zal leiden dat het salaris en de andere inkomsten van een zittende of gewezen bestuurder en van een zittende of gewezen commissaris via het financieel verslag openbaar worden gemaakt.

De leden van de VVD-fractie vragen een voorbeeld van een situatie waarin een bestuurder of commissaris nog intern aansprakelijk kan zijn als de jaarrekening is goedgekeurd terwijl geen decharge is verleend, uitgaand van de gedachte dat financiële rekening en verantwoording over het gevoerde beleid niet los van elkaar staan.

De vaststelling van de jaarrekening houdt in dat de algemene vergadering van oordeel is dat de weergave van de activa en passiva van de vennootschap een juist beeld geeft van de feitelijke situatie die winst- of verliesgevend kan zijn. Naast de beoordeling of de jaarrekening een goed beeld geeft, dient in verband met een verzoek om decharge te worden bezien of het gevoerde bestuursbeleid zodanig is geweest dat decharge wordt verleend. In het geval dat een vennootschap een verlies heeft geleden, zou dat veroorzaakt kunnen zijn door een instorting van de markt die aan de bestuurder niet kan worden verweten. Een verlies zou echter bijvoorbeeld ook door een onverantwoorde investering van de bestuurder kunnen zijn veroorzaakt. In het eerste geval zal de algemene vergadering bereid zijn decharge te verlenen, in het tweede geval wellicht niet. De weergave van het financiële resultaat van het bestuursbeleid in de jaarrekening laat de vraag open of dat bestuursbeleid tot decharge

aanleiding moet geven.

Deze leden vragen of het kabinet het ermee eens is dat een bestuurder of commissaris door het neerleggen van zijn functie geen einde kan maken aan een impasse indien deze ontstaan is door het goedkeuren van de jaarrekening maar het verlenen van decharge is geweigerd. De leden menen dat de bestuurder intern aansprakelijk blijft, maar zijn mogelijke aansprakelijkheid kan betrekken in de onderhandelingen over zijn vertrek. Indien de algemene vergadering een verzoek om decharge afwijst, blijft een bestuurder aansprakelijk jegens de vennootschap voor eventueel ernstig verwijtbare handelingen die hebben plaatsgevonden in de periode waarover verantwoording is afgelegd. De bestuurder heeft ook geen recht op decharge. Met het onthouden van decharge staat evenwel niet vast dat een bestuurder zich aan verwijtbare handelingen schuldig heeft gemaakt. Dat zal door een rechter moeten worden beoordeeld in het geval de vennootschap overgaat tot aansprakelijkstelling van de bestuurder. Een verzoek om decharge kan bijvoorbeeld worden afgewezen omdat de algemene vergadering nader onderzoek wenselijk acht voordat een besluit tot decharge wordt genomen. Indien een bestuurder zijn vertrek heeft aangekondigd, kan hij onderhandelen met de vennootschap over de voorwaarden waaronder hij wenst te vertrekken. Indien de algemene vergadering decharge heeft uitgesloten zal dat wellicht die voorwaarden beïnvloeden. Of en hoe dat het geval is zal afhangen van de feitelijke omstandigheden die voor de bestuurder en de vennootschap van belang zijn.

De leden van de VVD-fractie vragen of de algemene vergadering van aandeelhouders naar believen over de verlening van decharge kan beslissen, te weten zonder daarvoor argumenten kenbaar te maken. Een verzoek aan de algemene vergadering om decharge te verlenen wordt geïnitieerd via de agenda van die vergadering. Het bestuur of de raad van commissarissen zal het punt aan de agenda hebben toegevoegd en zal het voorts in de vergadering willen toelichten. Over de voorgestelde decharge kan vervolgens van gedachten worden gewisseld in de vergadering. Een bestuurder of commissaris heeft geen recht op een voor hem gunstig besluit tot decharge. Een aandeelhoudersbesluit ten aanzien van decharge dient echter wel de vrucht van onderling overleg van de stem- en vergadergerechtigden te zijn. Ook dient de algemene vergadering in relatie tot het bestuur en de raad van commissarissen zich te gedragen met inachtneming van de normen van redelijkheid en billijkheid. Dit betekent dat de algemene vergadering niet gerechtigd is om willekeurig, zonder de beantwoording van een daartoe strekkend verzoek om argumenten te besluiten dat decharge wordt onthouden, met als gevolg dat bestuurders en commissarissen voortdurend in onzekerheid blijven verkeren. Indien de algemene vergadering zich schuldig zou maken aan gedrag dat kort gezegd neerkomt op misbruik van haar bevoegdheid om decharge te weigeren, dan kan dat afhankelijk van de omstandigheden van het geval onrechtmatig zijn jegens de bestuurder. In de literatuur is wel aangevoerd dat de algemene vergadering in zoverre een motiveringsplicht heeft (mr. A.F. Verdam, NTBR 2001/4, p. 167).

De Minister van Justitie,
A. H. Korthals