

27 483

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

VOORLOPIG VERSLAG VAN DE VASTE COMMISSIE VOOR JUSTITIE¹

Vastgesteld 29 mei 2001

Het voorbereidend onderzoek van dit wetsvoorstel heeft de commissie aanleiding gegeven tot het maken van de onderstaande opmerkingen en het stellen van de navolgende vragen.

Algemeen

De leden van de fractie van de **VVD** hadden kennis genomen van bovengenoemd wetsvoorstel en wilden nog enkele specifieke vragen stellen alsook een meer algemene vraag.

De leden van de **CDA**-fractie hadden met belangstelling kennis genomen van het voorstel. Deze leden constateerden, dat het voorstel deel uitmaakt van een pakket wetswijzigingen die voortvloeit uit de discussie over Corporate Governance. Zij betreuren het, dat de verschillende voorstellen niet in één samenhangend pakket aan de Kamers van de Staten-Generaal zijn gepresenteerd. Ook al zijn zij zich ervan bewust, dat het overgrote deel van de aanbevelingen van de zogenaamde Commissie-Peters niet via wetswijziging, maar door zelfregulering in het bedrijfsleven toegepast zullen moeten worden, een samenhangende behandeling had de mogelijkheid geboden om ook van de zijde van de Kamers een samenhang aan te brengen waar deze op zijn plaats is. Zo is er op zich alle aanleiding om de positie van bestuurders en commissarissen in termen van zowel verantwoordelijkheid als aansprakelijkheid nader te bezien in samenhang met de discussie over de structuurregeling. Door het onderhavige wetsvoorstel lijken die aspecten van de positie van bestuurders en commissarissen echter afgedaan en buiten de discussie geplaatst en dat kwam de leden hier aan het woord ongewenst voor, omdat in het kader van de beoordeling van het totale evenwicht tussen stakeholders in ondernemingen, meer in het bijzonder in ondernemingen die door vennootschappen worden gedreven, die verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid nadere aandacht verdienen. De leden van de CDA-fractie vroegen dan ook aan de minister om in overweging te willen nemen om behandeling van dit wetsvoorstel aan te houden totdat hiermee samenhangende wetsvoorstellen op het vlak van Corporate Governance aan bod zijn.

¹ Samenstelling: Holdijk (SGP), Rensema (VVD), Jurgens (PvdA), Le Poole (PvdA), Ruers (SP), Rosenthal (VVD) (*plv. voorzitter*), Dölle (CDA), Kohnstamm (D66), Kneppers-Heijnert (VVD), Timmerman-Buck (CDA) (*voorzitter*), De Wolff (GL) en V.d. Beeten (CDA).

Vragen

De aan het woord zijnde leden van de CDA-fractie motiveerden hun verzoek met de volgende opgeworpen vraagpunten.

1. Zoals ook aangehaald in de memorie van toelichting, heeft de Monitoring Commissie Corporate Governance in haar rapport van 3 december 1998 opgemerkt, dat de onderzochte ondernemingen in het algemeen weinig moeite hadden met aanbeveling 19, te weten de afzonderlijke agendering van décharge van het bestuur en Raad van Commissarissen. De leden van de CDA-fractie vroegen zich af of daaruit niet blijkt, dat het hier gaat om een ingreep die geen of weinig praktische betekenis heeft. Hoe denkt de minister hierover? Hierbij sloot de meer algemene vraag van de leden van de VVD-fractie naar de systematiek in het beleid aan. Zij vroegen: Waarom wordt van de 40 aanbevelingen die de commissie Corporate Governance heeft gedaan nu aanbeveling no. 19 (en in de toekomst nog vier (willekeurige?) andere aanbevelingen) omgezet in wetgeving? Wat gebeurt er met de overige aanbevelingen? Daarop hervatten de leden van de CDA-fractie de opsomming van hun vraagpunten.
2. In aansluiting hierop wezen deze leden op de literatuur omtrent de betekenis van het décharge (zie onder andere Mr. J.R. Glas, Prof. Mr. Drs H. Beckman RA, Mr. J.A.M. Bos: *Bestuur en toezicht*, Kluwer, Serie recht en praktijk nr 71; Asser Maeijer: *Vertegenwoordiging en rechtspersoon*, in Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht, Tjeenk Willink, Deventer 2000; Van der Heijden-van den Grinten: *Handboek voor de naamloze en de besloten vennootschap*, 12e druk, Tjeenk Willink, Zwolle 1992). Het beeld dat uit de literatuur en de jurisprudentie oprijst is, dat décharge weinig of geen betekenis heeft wanneer het gaat om de bestuurlijke verantwoordingsplicht van bestuur en commissarissen en slechts een beperkt effect heeft als het gaat om uitsluiting of beperking van aansprakelijkheid jegens de vennootschap voor schade die door handelen of nalaten aan de vennootschap is toegebracht. Deelt de minister de indruk van de leden hier aan het woord, dat in het licht van die literatuur en jurisprudentie het wetsvoorstel in belangrijke mate een symbolisch gehalte heeft? Indien dat niet het geval is, kan de minister dan uitleggen waaruit de materiële betekenis van het wetsvoorstel bestaat en indien hij het wel met de leden hier aan het woord eens is, kan hij dan de maatschappelijke relevante van deze symbolische wijziging uiteenzetten?
3. In aansluiting op het voorgaande vroegen de leden van de CDA-fractie zich voorts af, of de minister geen aanleiding zag of ziet om op een andere wijze de aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen in enige mate aan te scherpen en juist daardoor een effectievere verantwoording jegens aandeelhouders en andere stakeholders te bevorderen. In dit verband wezen zij op een tweetal recente publicaties.
4. In de eerste plaats het artikel van Mr. J.M. Blanco Fernández: *Rechtspositie en aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen* (Ondernemingsrecht 2000–17, pagina 474 tot en met 480). Deze schrijver bepleit – overigens in afwijking van de heersende leer – de aansprakelijkheid van de bestuurder niet alleen te laten intreden in geval van ernstige verwijtbaarheid, zoals de Hoge Raad artikel 2:9 Burgerlijk Wetboek invulde in het arrest van 10 januari 1997 (Recht-

spraak van de week 1997, 16C, NJ 1997, 360), maar ook de bestuurder die de fout met gewone diligentie had kunnen voorzien en voorkomen, maar zulks nagelaten heeft. Blanco Fernández betoogt, dat een dergelijke bestuurder ook niet zijn taak heeft vervuld met «het inzicht en de zorgvuldigheid die mogen worden verwacht van het bestuur die voor zijn taak is berekend en deze nauwgezet is vervuld», zoals de Hoge Raad meergenoemd arrest de taakvervulling van de bestuurder heeft omschreven. Hoe staat de minister tegenover de gedachte om artikel 2:9 BW in deze zin aan te scherpen?

5. In de tweede plaats wezen de leden hier aan het woord op een artikel van Prof. Mr. H.J. de Kluiver: *Aansprakelijkheid in décharge; «Een paar apart»* in WPNR 1997/6273, pagina's 373 tot en met 378. De Kluiver wijst op de situatie in Groot-Brittannië, Frankrijk en Duitsland, in de nota naar aanleiding van het verslag summier aangeduid door de minister. De Kluiver wijst erop, dat in Duitsland décharge in beginsel niet bevrijdt van aansprakelijkheid en de vennootschap een aanspraak jegens een bestuurder pas kan prijsgeven na drie jaar en na verkregen instemming van de Algemene Vergadering van Aandeelhouders. Ook in Frankrijk geldt een déchargebesluit als een vertrouwensvotum en niet als een ontslag uit de aansprakelijkheid; minderheidsaandeelhouders hebben het recht om een actie op naam en voor rekening van de vennootschap in te stellen tegen een aansprakelijk te houden bestuurder. Dit alles is van belang, omdat naar Nederlands recht in ieder geval vaststaat, dat een bestuurder op het eind van zijn bestuurslidmaatschap door décharge volledig gekweten wordt – ook ten aanzien van feiten en omstandigheden waar de Algemene Vergadering van Aandeelhouders niet van op de hoogte was – zoals blijkt uit het arrest van de Hoge Raad van 20 november 1989 (NJ 1990/308) en zoals ook in de literatuur breed wordt aangenomen (zie onder andere Asser-Meijer, pagina 444).
6. Daarnaast wijzen Asser-Meijer en De Kluiver erop, dat bij ontslag van de directeur met deze ook een overeenkomst kan worden gesloten waarin iedere aansprakelijkheid voor het gevoerde beleid wordt gekweten (Asser-Meijer pagina 474, De Kluiver pagina 377). Blanco Fernández gaat zelfs zover om te stellen, dat de algemene vergadering ook ex ante een bestuurder kan déchargeren voor de gevolgen van onbehoorlijke taakvervulling. Met dit laatste zit hij op een lijn die in de buurt komt van een contractuele exoneratie, waarvan Asser-Meijer – in de visie van de leden hier aan het woord: terecht – opmerkt dat zulks niet houdbaar is (pagina 434, punt 321).
7. De leden hier aan het woord staan wat langer bij deze problematiek stil, omdat de praktijk nu eenmaal is, dat bij problemen in een onderneming die het gevolg zijn van het tekort schieten door het bestuur er zich spoedig een binnen-vennootschappelijke conflictsituatie voordoet, waarin uiteindelijk het bestuur het veld moet ruimen. In de doorgaans sterk arbeidsrechtelijk getinte onderhandelingen over het vertrek van het bestuur gaat het dan niet alleen om de welbekende «gouden handdruk», maar ook om kwijting van de vertrekkende bestuurder of bestuurders voor eventuele aansprakelijkheid uit hoofde van het gevoerde beleid. Anders gezegd: de leden hier aan het woord hebben de indruk, dat in de praktijk van ondernemingsland de *contractuele* kwijting van een veel grotere betekenis is – juist in situaties waarin getwijfeld kan worden aan een behoorlijke vervulling door het bestuur van zijn taak – dan de formele décharge ter vergadering van de Algemene Vergadering van Aandeelhouders.

8. Dit aspect is niet aan de orde geweest in het kader van het onderzoek door de Commissie-Peters en is ook niet terug te vinden in één van de 40 aanbevelingen van de Commissie Corporate Governance.
9. In het kader van dergelijke onderhandelingen over het vertrek van een bestuurder zal doorgaans nog geen volledig zicht bestaan op de eventuele «schade» als gevolg van een onbehoorlijke taakvervulling door de op het punt van vertrek staande bestuurders, terwijl anderzijds de doorgaans voor de vennootschap optredende commissarissen in een dergelijke onderhandeling er alle belang bij hebben om tot een snelle en soepele afwikkeling van het ontslag te komen en dus geneigd zullen zijn om aan het verlangen van de bestuurder volledig gekwetend te worden, tegemoet te komen. Voor zover zij deel uitmaken van eenzelfde «old boys network» zal het groepsgegedrag daarbinnen ook stimuleren om een dergelijke kwijting te verlenen.
10. Tegen deze achtergrond vroegen de leden hier aan het woord dan ook aan de minister of het niet wijs zou zijn om in Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek op te nemen, dat noch tijdens hun lidmaatschap van het bestuur of Raad van Commissarissen, noch bij het einde daarvan aan leden van het bestuur of de Raad van Commissarissen civielrechtelijk ontslag van aansprakelijkheid jegens de vennootschap kan worden verleend dan met goedkeuring van de Algemene Vergadering van Aandeelhouders. Daarmee zou Nederland dan in de pas gaan lopen van belangrijke buurlanden, mede-lidstaten van de Europese Unie, zoals Groot-Brittannië, Frankrijk en Duitsland. Belangrijker is nog, dat van een dergelijke uitdrukkelijke beperking in de wet een belangrijke impuls zal uitgaan tot een behoorlijke taakuitoefening. Ook al kan aansprakelijkheid jegens de vennootschap worden gedekt door een verzekering wegens bestuurders-aansprakelijkheid, dan is het toch van betekenis dat bestuurder en commissarissen in de toekomst zouden weten, dat bij de vaak voorkomende beëindiging van het lidmaatschap van het bestuur of de Raad van Commissarissen in een conflictsituatie niet verwacht mag worden, dat dit gepaard gaat met een contractueel ontslag uit aansprakelijkheid voor gevoerd beleid.
11. De leden van de CDA-factie achtten dit heel goed passend in de gedachtegang die ligt besloten in de voorstellen op het vlak van Corporate Governance. De leden hier aan het woord willen ook niet verhullen, dat met name de zeer krachtig gestegen salariëring van de bestuurders en de aanzienlijke voordelen die zij tegenwoordig ontvangen in de vorm van aandelenopties een weliswaar niet dragende, maar wel stimulerende reden vormen om de weg van contractuele uitsluiting van kwijting voor aansprakelijkheid buiten de Algemene Vergadering van Aandeelhouders om, te willen afsnijden. Ook andere stakeholders dan de aandeelhouders profiteren van een dergelijke regeling, omdat nu eenmaal aandeelhouders in hun gerechtigdheid tot het vermogen van een vennootschap ten achter zijn gesteld bij alle andere schuldeisers.
12. De leden van de CDA-factie zouden graag de visie van de minister hierop vernemen.

Tenslotte stelden de leden van de **VVD**-fractie nog enkele specifieke vragen. Zij vroegen of de minister een voorbeeld zou kunnen geven van een situatie waarin een bestuurder/commissaris nog intern aansprakelijk kan zijn als de jaarrekening is goedgekeurd terwijl geen decharge is

verleend? Immers financiële rekening enerzijds en verantwoording over het gevoerde beleid anderzijds staan toch niet los van elkaar?

Een bestuurder/commissaris kan aan een impasse (jaarrekening goedgekeurd, geen kwijting verleend) geen einde maken door op te stappen. Hij blijft intern aansprakelijk. Hij kan de zaak op scherp zetten door op te stappen c.q. daarmee te dreigen en vervolgens te onderhandelen over de condities waaronder hij vertrekt. «Het afkopen» van eventuele aansprakelijkheid als gevolg van het ontbreken van decharge zou daar dan een onderdeel van kunnen zijn. Is de regering het hiermee eens?

Het lijkt erop dat de ava, na afgelegde verantwoording, naar believen over verlening van decharge kan beslissen. Vindt de minister dit terecht? Zou de ava haar beslissing zowel positief (verlenen van kwijting) als negatief (onthouden) niet moeten beargumenteren?

De voorzitter van de commissie,
Timmerman-Buck

De wnd. griffier van de commissie,
Baljé