

[Volgend artikel »](#)

Decharge? Maak er geen hamerstuk van!

Nummer: *Juridisch up to Date* 2020-0143

Auteur(s)

Mr. J. (Juliette) Wareman, Van Benthem & Keulen advocaten en notariaat te Utrecht
Mr. S.J.A. (Sjoerd) van Gils, Van Benthem & Keulen advocaten en notariaat te Utrecht

Het vraagstuk 'decharge' blijft de gemoederen in de praktijk bezig houden. Dat is ook niet zo gek, omdat bij veel vennootschappen de decharge van bestuurders en commissarissen ieder jaar weer een vaste plaats op de agenda van de algemene vergadering heeft. De wet kent het begrip 'decharge' niet. Op sommige plaatsen spreekt de wet over de term 'kwijting', maar de wet geeft ook hierin niet veel duidelijkheid over de invulling en omvang daarvan. Het is dan ook niet verassend dat elke uitspraak van een rechter met betrekking tot dit onderwerp nauwkeurig wordt bestudeerd door juristen om de invulling van het begrip decharge voor de praktijk te verhelderen. Een recente uitspraak van het Amsterdamse Gerechtshof¹ is aanleiding om weer eens over het onderwerp te schrijven. In dit artikel besteden we aandacht aan de reikwijdte van decharge, de vraag in hoeverre informatie die in de loop van de tijd aan de algemene vergadering wordt verstrekt ook onder de decharge kan vallen, en de mogelijkheden om een verstrekte decharge aan te tasten.

1. De definitie van decharge

Bestuurders en commissarissen zijn als functionarissen van de rechtspersoon ieder belast met een taak. Uit artikel 2:129 (voor de N.V.) en artikel 2:239 BW (voor de B.V.) volgt dat het bestuur belast is met het besturen van de vennootschap. Een andere belangrijke taak die het bestuur op basis van de artikelen 2:130 BW (voor de N.V.) en 2:240 BW (voor de B.V.) toekomt, is de vertegenwoordiging van de vennootschap. Het is hierbij van belang om op te merken dat deze taak slechts beperkt is tot aangelegenheden die onder het doel van vennootschap vallen. Ten slotte kunnen bestuurstaken bij of krachtens de wet of statuten aan een of meerdere bestuurders zijn toebedeeld.² Als dit het geval is, behoort deze taak in beginsel niet tot de taak van het bestuur (maar alleen tot de taak van deze aangewezen bestuurder(s)). Bij de vervulling van haar taak dient het bestuur zich naar het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming te richten.³ Een taakomschrijving voor commissarissen is in artikel 2:140 BW (voor de N.V.) en artikel 2:250 BW (voor de B.V.) te vinden en omvat het toezicht houden op het beleid van het bestuur en op de algemene gang van zaken in de vennootschap en de met de vennootschap verbonden onderneming(en).

Bestuurders en commissarissen zijn tegenover de vennootschap verplicht om hun taak behoorlijk te vervullen. Vervult een bestuurder of commissaris zijn taak onbehoorlijk, dan wacht mogelijk een schadeclaim van de rechtspersoon op grond van artikel 2:9 BW (van overeenkomstige toepassing op de commissaris op grond van artikel 2:149 BW (voor de N.V.) en 2:259 BW (voor de B.V.)). Dit geldt niet indien de bestuurder of commissaris niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen daarvan af te wenden.⁴ Een bestuurder of commissaris zal niet voor elke fout die hij bij de uitvoering van zijn taak maakt aansprakelijk zijn. Op basis van vaste rechtspraak treedt de aansprakelijkheid op basis van artikel 2:9 BW pas in, indien de bestuurder of commissaris een persoonlijk ernstig verwijt kan worden gemaakt. Hiervan is volgens de leer uit het arrest-*Berghuizer Papierfabriek* uit 2002⁵ in ieder geval sprake indien een bestuurder in strijd met de wet of de statuten van de rechtspersoon heeft gehandeld.

Het is goed voor te stellen dat bestuurders en commissarissen eventuele aansprakelijkheid zoveel mogelijk zullen proberen af te wenden omdat zij de kans willen minimaliseren dat hun eigen vermogen wordt aangesproken als gevolg van de wijze waarop zij uitvoering hebben gegeven aan de aan hen opgedragen taak. Dat kan een bestuurder of commissaris doen door een verzekering af te (laten) sluiten. De bestuurder of commissaris kan ook de algemene vergadering informeren over het door hem gevoerde beleid, en vervolgens verzoeken om, als de algemene vergadering kan instemmen met dit beleid, namens de vennootschap aan te geven dat de vennootschap afstand doet van vorderingsrechten die kunnen voortvloeien uit dat beleid. Die laatste mogelijkheid wordt in de praktijk aangeduid met de term 'decharge'.

Een besluit tot *decharge* is een afspraak dat er onderling overeenstemming bestaat over het door de bestuurders en/of commissarissen gevoerde beleid en dat de gevolgen daarvan worden aanvaard door de algemene vergadering. Een dechargeverlening heeft slechts interne werking. Interne werking

betekent dat de decharge alleen geldt tussen de vennootschap en de bestuurder of commissaris aan wie het dechargebesluit is gericht. Derden zoals schuldeisers, afnemers en anderen (de externe betrokkenen van de vennootschap), zijn niet aan de decharge gebonden. Decharge wordt doorgaans verleend ten tijde van de jaarlijkse algemene vergadering waarbij de jaarrekening wordt vastgesteld. Middels een apart genomen besluit wordt aan de bestuurder en/of commissaris decharge verleend voor de handelswijze over het afgelopen boekjaar. Een uitzondering op deze regel is te vinden in artikel 2:210 lid 5 BW. In dit artikel is bepaald dat een decharge over het afgelopen boekjaar automatisch wordt verleend bij vaststelling van de jaarrekening indien alle aandeelhouders tevens bestuurders zijn én de overige vergadergerechtigden in de gelegenheid zijn gesteld om kennis te nemen van de jaarrekening en met de wijze van vaststelling hebben ingestemd. Daarnaast is het mogelijk een bestuurder of commissaris bij het beëindigen van zijn functie decharge te verlenen, ook wel aangeduid als 'finale decharge'. De finale decharge is vaak vervat in een 'finale kwijting'. Een finale kwijting zal ook zien op andere verhoudingen tussen de vennootschap en de bestuurder of commissaris, zoals betaling van (achterstallige) vergoeding.

2. De reikwijdte van de decharge

Zoals in de inleiding al is aangegeven, is het begrip 'decharge' in de wet niet terug te vinden. Wel wordt er in de wet gesproken van 'kwijting'. Deze kwijting is onder andere terug te vinden in artikel 2:49 lid 3 voor de vereniging, artikel 2:101 lid 3 voor de N.V. en artikel 2:210 lid 3 BW voor de B.V. In deze artikelen is vastgelegd dat een algemene (leden)vergadering die de jaarrekening vaststelt op basis van aan haar bekende informatie niet automatisch kwijting verleent aan de bestuurder en/of commissaris die deze jaarrekening aan haar heeft voorgelegd. De artikelen zorgen ervoor dat duidelijk is dat decharge via een apart genomen besluit expliciet moet zijn verleend. Voor invoering van deze artikelen in de wet in 2001 was de zogenoemde 'impliciete decharge' nog gebruikelijk. Dit hield in dat de statuten bepaalden dat vaststelling van het jaarverslag eveneens strekte tot decharge. Hoewel deze kwijtingsbepaling voor verschillende rechtspersonen apart in de wet is neergelegd, is het leerstuk decharge voor deze rechtspersonen gelijk van toepassing.⁶

Een uitspraak waarin de reikwijdte van decharge centraal staat, is het arrest-*Staleman/Van de Ven*⁷ uit 1997. De Hoge Raad formuleert daarin dat een decharge geen betrekking kan hebben op gegevens die niet uit het jaarverslag blijken of niet anderszins aan de algemene vergadering zijn bekendgemaakt, voordat deze het jaarverslag vaststelde. Zo oordeelt de Hoge Raad dat: *'in het bijzonder niet kan worden aanvaard dat een decharge zich ook zou uitstrekken tot informatie waarover een individuele aandeelhouder uit anderen hoofde - buiten het verband van de algemene vergadering van aandeelhouders- de beschikking heeft gekregen, of tot gegevens die niet uit de jaarrekening blijken of niet anderszins aan de algemene vergadering van aandeelhouders zijn bekendgemaakt voordat deze de jaarrekening vaststelde.'*

Uit het arrest-*Staleman/Van de Ven* volgt dat er een doorslaggevende betekenis toekomt aan de vraag welke informatie ter beschikking van het orgaan de algemene vergadering stond, ten tijde van het nemen van het dechargebesluit. Het is hierbij van belang om te vermelden dat ten tijde van het arrest-*Staleman/Van de Ven* de zogenoemde 'impliciete decharge' nog gebruikelijk was. Ook de statuten van Van de Ven kenden een dergelijke bepaling. In 2001 zijn de vaststelling van de jaarrekening en het dechargebesluit echter uit elkaar getrokken (zoals hiervoor benoemd), waardoor de beoogde decharge afzonderlijk op de agenda moet komen te staan. De reden hiervoor is dat een expliciet dechargebesluit het afleggen van verantwoording aan de algemene vergadering door bestuurders en commissarissen bevordert.⁸ Het principe dat de decharge alleen ziet op aan de algemene vergadering bekend gemaakte informatie blijft overeind.

Omdat een apart dechargebesluit vereist is, kan men zich afvragen op welk moment informatie aan de algemene vergadering moet worden bekendgemaakt. Kan er bijvoorbeeld alleen worden uitgegaan van de informatie die bekend is gemaakt voordat de algemene vergadering het jaarverslag heeft vastgesteld? Of kan ook worden uitgegaan van informatie die na het vaststellen van de jaarrekening, en voor het verlenen van decharge bekend is gemaakt? Het is immers mogelijk dat bepaalde informatie in de algemene vergadering wordt bekendgemaakt na het vaststellen van de jaarrekening, maar vóór het besluit tot decharge. Wij menen dat zolang de informatie maar voorafgaand aan het dechargebesluit is bekendgemaakt aan de algemene vergadering, een decharge ook op deze informatie betrekking heeft. Doorgaans wordt de decharge in dezelfde vergadering verleend als de jaarrekening wordt vastgesteld. Mocht dat echter niet het geval zijn, dat kan informatie die is verstrekt na het vaststellen van de jaarrekening onder de decharge vallen.

Naast het arrest-*Staleman/Van de Ven*, is het arrest-*Rouw/Dingemans* uit 2010 bepalend geweest voor de reikwijdte van een verleende decharge. De Hoge Raad oordeelt in dit arrest⁹ dat een decharge zich niet uitstrekt tot frauduleuze onttrekkingen die door manipulatie van de boeken niet uit

de jaarrekening en de verslaglegging kenbaar zijn. Het belang van dit arrest is vooral gelegen in het feit dat de regel uit het arrest-*Staleman/Van de Ven* ook gaat gelden voor de bestuurder en enig aandeelhouder van de vennootschap (directeur-groootaandeelhouder). Voor een directeur-groootaandeelhouder betekent dit dat hij zijn onbehoorlijke handelingen expliciet ter gelegenheid van het dechargebesluit moet notuleren om een succesvol beroep te kunnen doen op de decharge. Dat zal in de praktijk uiteraard een vreemde situatie opleveren en derhalve niet veel voorkomen.

3. Recente ontwikkelingen

Of een dechargebesluit in de weg staat aan de aansprakelijkheid van een bestuurder of commissaris hangt dus af van de informatie die de algemene vergadering voor het nemen van het dechargebesluit had. Toch kan ook dit uitgangspunt nog enkele vragen oproepen. Ter illustratie bespreken wij een recente casus die werd voorgelegd aan het Gerechtshof Amsterdam (zie inleiding). In deze zaak werd een voormalig bestuurder aansprakelijk gesteld wegens schade die de vennootschap leed in het kader van een groot vastgoedproject. De bestuurder in kwestie was het vastgoedproject namens de vennootschap aangegaan in 2010 zonder de vereiste toestemming van de raad van toezicht en zonder de financiering rond te krijgen. Dit leidde tot de nodige spanningen tussen de bestuurder en de raad van toezicht. Bovendien had de bestuurder gedurende het project informatie achtergehouden en in strijd met enkele statutaire bepalingen gehandeld. Zoals besproken kan een bestuurder die zich op een dergelijke wijze gedraagt normaal gesproken een claim van de vennootschap verwachten. De vennootschap stelde de betreffende bestuurder eind 2015 aansprakelijk. De bestuurder deed echter een beroep op een vier jaar daarvoor aan hem verleende decharge. Tijdens die desbetreffende algemene vergadering in 2011 werd de bestuurder decharge verleend en werd zowel de jaarrekening als het jaarverslag goedgekeurd. De algemene vergadering verleende de decharge terwijl de leden met grote regelmaat geïnformeerd waren over het conflict tussen de bestuurder en de leden van de raad van toezicht. Zo werden de leden door het jaarverslag geïnformeerd dat een groot deel van het conflict ging over het vastgoedproject en dat de bestuurder werd verweten de raad van toezicht niet of onvoldoende te hebben geïnformeerd. Voorts bleek ook uit het jaarverslag dat er fundamentele kritiek werd geuit op de bestuurder. Uit de notulen bleek daarnaast dat het jaarverslag ook inhoudelijk was besproken. Ten slotte volgde uit de notulen van een eerdere algemene vergadering dat het functioneren van de bestuurder destijds was aangekaart. Ook op deze vergadering werd aan de leden informatie verstrekt over het conflict met de bestuurder. De algemene vergadering was dus op verschillende wijzen én op verschillende momenten op de hoogte gesteld van het handelen van de bestuurder. Desalniettemin werd er decharge aan de bestuurder verleend.

De rechtbank en het hof waren het met de bestuurder eens dat de algemene vergadering ten tijde van het nemen van het dechargebesluit op de hoogte was van de handelwijze die de vennootschap de bestuurder nu verwijt. Op grond van het arrest-*Staleman/Van de Ven* strekt de decharge zich dan ook uit over de gedragingen op basis waarvan de bestuurder op dit moment aansprakelijk wordt gesteld. De vennootschap vist daardoor achter het net en kan de bestuurder niet aansprakelijk stellen.

Deze casus is interessant, omdat het de vraag oproept in hoeverre informatie uit eerdere vergaderingen kan bijdragen aan de zogenaamde 'wetenschap' van de algemene vergadering ten tijde van het dechargebesluit. In de literatuur wordt verschillend tegen deze situatie aangekeken. Zo meent Kemp¹⁰ in zijn noot bij deze uitspraak dat dergelijke informatie slechts mee mag worden genomen indien het ledenbestand niet (materieel) is gewijzigd. Wij delen deze mening niet. Het nemen van het dechargebesluit is een handeling van een orgaan van de vennootschap, niet van alle aandeelhouders gezamenlijk. Wat de samenstelling van dit orgaan is bij het nemen van het besluit is, behoudens quorumvereisten in de statuten, niet relevant voor de geldigheid van het besluit. Met andere woorden: wie precies informatie gekregen hebben, en vervolgens decharge hebben verleend is niet relevant. De bestuurder kan zich er ook niet op beroepen dat bepaalde informatie (buiten de aandeelhoudersvergadering) bij een bepaalde aandeelhouder terecht is gekomen (arrest-*Staleman/Van de Ven*). Tegelijkertijd kan een aandeelhouder die de informatie niet ontvangen heeft (omdat hij niet aanwezig was in een aandeelhoudersvergadering), zich niet op het standpunt stellen dat de decharge niet namens hem is gegeven. Als het orgaan (bijeengeroepen en gekomen volgens de statutaire voorschriften) informatie heeft ontvangen, is het vervolgens niet relevant welke aandeelhouder wel, en welke aandeelhouder deze informatie niet ontvangen heeft. Wel kan uiteraard relevant zijn of bepaalde wetenschap van de algemene vergadering wel aanwezig is, als er een lange tijd verstreken is na het verstrekken van de betreffende informatie.

4. De (on)mogelijkheden van aantasting van het dechargebesluit

Bij het verstrekken van een decharge, doet de vennootschap afstand van het vorderingsrecht dat haar toekomt op basis van artikel 2:9 BW. De vennootschap verliest daarmee de mogelijkheid om haar (toekomstige) schade te kunnen verhalen op haar (voormalige) bestuurders of commissarissen, voor zover de algemene vergadering bekend was met de gedragingen van de desbetreffende

bestuurder of commissaris. Indien er sprake is van schade bij de vennootschap, zijn er naast de vennootschap verschillende anderen die hier de gevolgen van kunnen ondervinden. Lijdt de vennootschap schade, maar is zij verder financieel gezond, dan kan zij ondanks de geleden schade haar opeisbare vorderingen blijven voldoen. In deze situatie zullen de schuldeisers van de vennootschap weinig merken van de geleden schade. Dit geldt echter niet voor de aandeelhouders. Zij zullen de gevolgen van de schade ondervinden door middel van een waardevermindering van hun aandelen. De hoogte van de schade wordt (in het vermogen van de vennootschap) immers niet gecompenseerd met een vordering op de bestuurder. Kan de vennootschap niet doorgaan met het betalen van haar schulden, dan zullen ook de schuldeisers van de vennootschap de gevolgen van die schade ondervinden. De aandeelhouders en schuldeisers in de zojuist toegelichte situaties zullen het door de vennootschap verstrekte dechargebesluit willen aantasten, zodat het vermogen van de vennootschap weer wordt gecompenseerd met een vordering van de vennootschap op de bestuurder. Ook de vennootschap kan een gegeven dechargebesluit willen aantasten. Aantasting van een dechargebesluit kan op verschillende manieren gerealiseerd worden. Met de stelling dat het verstrekte dechargebesluit in strijd is met de redelijkheid en billijkheid van artikel 2:8 BW kan een vordering tot vernietiging van het besluit ingevolge artikel 2:15 lid 1 onderdeel b BW worden ingesteld.¹¹ Een dechargebesluit kan vernietigbaar zijn indien bijvoorbeeld het dechargebesluit door een meerderheidsaandeelhouder wordt genomen, die tevens bestuurder is, en die daarbij bewust relevante informatie aan de minderheidsaandeelhouder heeft onthouden, of deze anderszins heeft misleid.¹² De minderheidsaandeelhouder zou in deze situatie moeten aantonen dat hij door het dechargebesluit onevenredig in zijn belangen is geschaad.¹³

Een vordering tot vernietiging op grond van artikel 2:15 BW moet binnen een jaar worden ingesteld. Dit kan tot de nodige complicaties leiden. Neem de situatie waarbij de decharge is verleend en de bestuursdaad in kwestie uit de jaarrekening of verslag is op te maken. Indien de schade pas een jaar na het dechargebesluit ontstaat, kan het dechargebesluit niet meer vernietigd worden.¹⁴ Vernietiging van een dechargebesluit zou daarnaast kunnen plaatsvinden door een door de Ondernemingskamer getroffen voorziening op grond van artikel 2:356 onderdeel a BW, nadat via een enquêteprocedure van wanbeleid is gebleken. In het arrest-Textlite uit 1997¹⁵ heeft de Hoge Raad expliciet geoordeeld dat dechargebesluiten ten aanzien van bestuurder en commissarissen onder de reikwijdte van artikel 2:356 onderdeel a BW vallen en derhalve vernietigd kunnen worden door de Ondernemingskamer.

Ten slotte menen wij dat de werking van de redelijkheid en billijkheidsnorm uit artikel 2:8 BW een dechargebesluit kan aantasten. In zijn noot onder het arrest-*Ellem/De Bruin* uit 1998¹⁶, stelt Maeijer dat een dechargebesluit met een beroep op de goede trouw 'wegens te grote verwaarlozing van het vennootschappelijk belang' kan worden aangetast. Deze stelling ondersteunen wij. Neem bijvoorbeeld de situatie waarbij de vennootschap schade heeft geleden door-dat de bestuurder of commissaris ernstig verwijtbaar tekort is geschoten in de vervulling van zijn taak en het vermogen van de vennootschap hierdoor dermate is afgenomen, dat zij haar opeisbare schulden niet kan betalen en haar voortbestaan wordt bedreigd. Deze situatie kan ertoe leiden dat deze vennootschap nieuwe leningen moet aangaan, noodzakelijke investeringen moeten worden uitgesteld en nieuwe betalingsregelingen met haar schuldeisers moet overeenkomen.¹⁷ Ons inziens kan artikel 2:8 lid 2 BW de werking van het dechargebesluit in een dergelijk geval aantasten indien de bestuurder of commissaris in kwestie ten tijde van het verlenen van de decharge wist of behoorde te weten dat de opeisbare schulden niet zouden kunnen worden voldaan, ook indien zij de algemene vergadering van aandeelhouders hierover hebben geïnformeerd. In de hiervoor besproken casus die aan het Gerechtshof Amsterdam is voorgelegd heeft de vennootschap zich (voor zover ons bekend) niet op een dergelijk standpunt gesteld. Gezien het feitencomplex was het wel interessant geweest als het hof zich in die situatie over een dergelijk standpunt had uitgelaten.

5. Slot

De uitspraak van het Gerechtshof Amsterdam laat zien dat het vraagstuk decharge in de praktijk nog steeds voor de nodige problemen kan zorgen. Wanneer men de feiten en omstandigheden uit deze zaak op een rij zet, doemt het beeld op van een algemene vergadering die weliswaar decharge verleende aan de bestuurder, maar zich onvoldoende realiseerde welke gevolgen deze dechargeverlening daadwerkelijk had. De decharge werd als hamerstuk verleend. Uit de arresten-*Staleman/Van de Ven en -Rouw/Dingemans* volgt dat de Hoge Raad een beperkte reikwijdte aan de jaarlijkse decharge toekent. Deze decharge strekt zich slechts uit tot die ernstige verwijtbare tekortkomingen in de taakvervulling van bestuurders of commissarissen waarover de algemene vergadering duidelijk en kenbaar is geïnformeerd. Willen de bestuurders en commissarissen een deugdelijke dekking onder een decharge krijgen, dan dienen zij de algemene vergadering uitdrukkelijk te informeren. Dit kan onder andere door middel van het jaarverslag, de jaarrekening en in de algemene vergadering verstrekte (mondelijke) informatie. Bij dat laatste is het uiteraard wel

essentieel dat deze wordt vastgelegd in notulen. Uit de uitspraak van het Gerechtshof Amsterdam blijkt dat informatie uit eerdere vergaderingen kan bijdragen aan de zogenaamde 'wetenschap' van de algemene vergadering. Of en in hoeverre een gewijzigde samenstelling van de algemene vergadering daarvoor relevant is, is nog niet uitgemaakt. Duidelijk is dat een decharge geen volledige bescherming biedt tegen aansprakelijkheid van de bestuurder of commissaris, maar ook dat een algemene vergadering er goed aan doet deze niet automatisch als hamerstuk te verlenen.

Voetnoten:

1. Gerechtshof Amsterdam 22 oktober 2019, [ECLI:NL:GHAMS:2019:3820](#).
2. Artikel 2:9 lid 1 BW.
3. Artikel 2:129 lid 5 BW en artikel 2:239 lid 5 BW.
4. Artikel 2:9 lid 1 BW.
5. Hoge Raad 29 november 2002, [ECLI:NL:HR:2002:AE7011](#).
6. Gerechtshof Amsterdam 22 oktober 2019, [ECLI:NL:GHAMS:2019:3820](#), r.o. 3.5. Zie ook: B. Kemp, 'Reikwijdte decharge voormalig bestuurder woningbouwvereniging', JOR, aflevering 2, 2020.
7. Hoge Raad 10 januari 2017, [ECLI:NL:HR:1997:ZC2243](#).
8. B. Kemp, 'Reikwijdte decharge voormalig bestuurder woningbouwvereniging', JOR, aflevering 2, 2020.
9. Hoge Raad 25 juni 2010, [ECLI:NL:HR:2010:BM2332](#).
10. B. Kemp, 'Reikwijdte decharge voormalig bestuurder woningbouwvereniging', JOR, aflevering 2, 2020.
11. Zie voor deze alinea B. Bier, 'Rondom de decharge', TOP, aflevering 8, 2010.
12. Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/483.
13. B. Bier, 'Rondom de decharge', TOP, aflevering 8, 2010.
14. B. Bier, 'Rondom de decharge', TOP, aflevering 8, 2010.
15. Hoge Raad 4 juni 1997, [ECLI:NL:HR:1997:AG7240](#).
16. Hoge Raad 20 oktober 1989, [ECLI:NL:PHR:1989:AD0915](#).
17. Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/479.

Datum: 20200828