

## Artikel 2:108a BW: een nuttige bepaling?

### Inleiding

Artikel 2:108a BW verplicht het bestuur van een NV een algemene vergadering van aandeelhouders bijeen te roepen, indien het eigen vermogen van de vennootschap aanzienlijk is gedaald. Veel schrijvers hebben kritiek (geleverd) op deze bepaling en zetten vraagtekens bij het nut hiervan; Van der Grinten noemt het zelfs een 'vennootschapsrechtelijke slag in de lucht'. In deze bijdrage zal ik na een korte historische behandeling van artikel 108a, enkele punten van kritiek op het artikel belichten. Vervolgens zal ik een korte vergelijking met het Belgische vennootschapsrecht maken, dat ook een dergelijke bepaling kent, om ten slotte tot een conclusie te komen.

### Geschiedenis

Vóór 1929 kende ons Wetboek van Koophandel ook een bepaling met dezelfde strekking als artikel 108a. Waarom deze bepaling is geschrapt, is niet duidelijk. Artikel 108a is inmiddels weer 'terug' als gevolg van een verplichte omzetting naar Nederlands recht van artikel 17 van de tweede EEG-Richtlijn, vastgesteld op 19 december 1976:

'De ava moet, wanneer een belangrijk deel van het geplaatste kapitaal (niet hoger te stellen dan 50%) verloren is gegaan, bijeengeroepen worden om na te gaan of het noodzakelijk is de vennootschap te ontbinden of andere maatregelen te nemen.'

Deze bepaling is erg ruim opgesteld en daardoor onduidelijk. Zo is het onduidelijk welke 'andere' maatregelen er in het geval van een ernstige vermogensachteruitgang moeten worden genomen. J.H. Maschhaupt en P.M. Storm, preadviseurs voor de Vereniging Handelsrecht, vroegen zich in hun advies bijvoorbeeld af, of het de bedoeling is dat de AVA slechts met het bestuur dient te filosoferen over wat er gedaan moet worden in een dergelijk geval. Uit de toelichting op artikel 17 van de Richtlijn blijkt dat het voorschrijven van 'te nemen andere maatregelen' door de grote verschillen in de wetgeving van de lidstaten onmogelijk was. In 1981 is de richtlijn uiteindelijk geïmplementeerd in de Nederlandse wetgeving. De bewoordingen van artikel 17 werden aangepast en artikel 108a kwam tot stand:

‘Binnen 3 maanden nadat het voor het bestuur aannemelijk is dat het eigen vermogen van de naamloze vennootschap is gedaald tot een bedrag gelijk aan of lager dan de helft van het gestorte en opgevraagde deel van het kapitaal, wordt een algemene vergadering van aandeelhouders gehouden ter bespreking van zonedig te nemen maatregelen.’

De wetgever geeft in de memorie van toelichting als reden voor opneming van dit artikel dat de aandeelhouders moeten vergaderen om de toekomst van de NV te bespreken wanneer het met een bedrijf bergafwaarts gaat.

### Kritiek

Uit de redactie van artikel 108a volgt dat onder de daarin geschetste omstandigheden het bestuur een algemene vergadering moet bijeenroepen binnen drie maanden ‘na het aannemelijk zijn’ van de slechte vermogenstoestand. Over deze passage is veel onduidelijkheid. Er zijn schrijvers, waaronder Van der Grinten, die menen dat het bestuur tot zijn oordeel komt bij het opstellen van de jaarrekening en dat derhalve de in artikel 108a bedoelde bespreking vervolgens kan plaatsvinden in de jaarvergadering. Daarmee zou dan ook door het bestuur aan de verplichting van artikel 108a zijn voldaan. Van der Grinten verwijst hierbij naar de memorie van toelichting, waarin expliciet wordt vermeld dat een dergelijke bespreking kan samenvallen met de jaarvergadering, zodat de drie maanden termijn zoals genoemd in artikel 108a van weinig betekenis zou zijn.

Vervolgens is er onduidelijkheid over de agendering van de in artikel 108a bedoelde bespreking. Degenen die menen dat het bijeenroepen van de AVA ter bespreking van een ‘artikel 108a-situatie’ kan samenvallen met de jaarvergadering, zijn van mening dat de bespreking niet apart behoeft te worden opgenomen in de agenda. Maeijer vindt dat als er sprake is van een in artikel 108a bedoelde omstandigheid, de bespreking van de zonedig te nemen maatregelen wel apart moet worden geagendeerd.

Ten slotte, is er kritiek op het feit dat artikel 108a bij schending niet wordt gesanctioneerd. Volgens de critici wordt er daarom in de praktijk zelden of nooit voldaan aan de verplichtingen die voortvloeien uit artikel 108a. Bij dit laatste punt van kritiek – er zijn overigens veel meer punten van kritiek, maar gezien de beperkte omvang van deze bijdrage laat ik het slechts bij deze drie – kan het volgende worden opgemerkt. Op 22 augustus 1996 werd aan de Rechtbank

Maastricht onder andere de vraag voorgelegd of het bestuur van een bepaalde vennootschap het verwijt van kennelijk onbehoorlijk bestuur kon worden gemaakt, omdat zij niet had voldaan aan de verplichtingen van artikel 108a. De rechtbank oordeelde dat er in het onderhavige geval inderdaad sprake was van kennelijk onbehoorlijk bestuur (JOR 1997, 2). Deze uitspraak is interessant te noemen omdat de rechtbank een sanctie verbindt aan de schending van artikel 108a. Het betreft evenwel maar één uitspraak en bovendien ‘lagere rechtspraak’ waarin de schending van artikel 108a duidelijk wordt gesanctioneerd, zodat er niet van een ‘vaste lijn’ gesproken kan worden.

### Belgisch recht

In hun preadvies omtrent de invoering van de tweede EEG-Richtlijn merkten Maschhaupt en Storm op, dat toentertijd in andere lidstaten wel reeds wettelijke bepalingen bestonden die het bestuur van de NV (soms ook de BV) verplichtten om een AVA bijeen te roepen als er sprake is van een ernstige vermogensdaling van de vennootschap. Zij lieten het echter bij deze constatering.

Een van de lidstaten waar de materie van artikel 17 al geregeld was, is België. De Belgen hebben een zeer duidelijke en daarom ook hanteerbare regeling, die zij ook wel de ‘alarmbelprocedure’ noemen. Het gaat hier om artikel 103 van de gecoördineerde wetten op de handelsvennootschappen (Boek 1, titel IX van het Wetboek van Koophandel (hierna: Belgische WvK)). Ingevolge een herstructurering van het Belgische vennootschapsrecht wordt deze bepaling binnenkort vervangen door artikel 633 in het Wetboek van Vennootschappen; de inhoud van de bepaling blijft echter vrijwel hetzelfde. De herstructurering zal in werking treden op 6 februari 2001. De eerder genoemde kritiekpunten: het tijdstip van bijeenroeping van de AVA, de agendering en de sanctie zijn uitgebreid geregeld; hierna volgt een korte beschrijving.

#### *Het tijdstip van bijeenroeping van de AVA*

Artikel 103 van het Belgische WvK vangt aan met:

‘Wanneer ten gevolge van geleden verlies het netto-actief gedaald is tot minder dan de helft van het maatschappelijk kapitaal, moet de algemene vergadering, behoudens strengere bepalingen in de statuten bijeenkomen binnen een termijn van ten hoogste twee maanden nadat het verlies is vastgesteld of krachtens wettelijke of statutaire bepalingen had moeten worden vastgesteld om, in voor-

komend geval, volgens de regels die voor een statutenwijziging zijn gesteld, te beraadslagen en te besluiten over de ontbinding van de vennootschap en eventueel andere in de agenda aangekondigde maatregelen.’

In de toelichting op dit artikel staat expliciet vermeld dat het bestuur voor het vaststellen van het verlies niet de goedkeuring van de jaarrekening mag afwachten. De momenten waaraan de wettekst refereert, zijn van tweeërlei aard. Enerzijds geeft het aan het moment waarop het verlies feitelijk wordt vastgesteld; de toelichting noemt als voorbeeld: naar aanleiding van een maandelijks interne rapportering door de financiële directeur aan de raad van bestuur. Anderzijds betreft het het ogenblik waarop volgens de wet of de statuten het verlies had moeten worden vastgesteld. Hierbij moet men volgens de toelichting denken aan de data waarop de bestuurders de halfjaarlijkse boekhoudkundige staat moeten opstellen of aan bepaalde operaties waarbij de staat van activa en passiva of een omstandig verslag met financiële en boekhoudkundige informatie moet worden opgesteld. Beide ogenblikken (de feitelijke en formele) zijn volgens de toelichting gelijk. Dit houdt in dat als het bewijs geleverd kan worden dat de bestuurders feitelijke kennis hadden van het verlies vóór het moment waarop het verlies formeel had moeten worden vastgesteld, de termijn van de verplichte bijeenroeping op het moment van de feitelijke vaststelling zal beginnen te lopen.

#### *De agenda*

Als de raad van bestuur op grond van artikel 103 zich genoodzaakt ziet om een AVA bijeen te roepen, dan heeft zij twee mogelijkheden: zij kan voorstellen de vennootschap te ontbinden of zij kan voorstellen de vennootschap voort te zetten. In beide gevallen moet dit in de agenda worden aangekondigd. Bij het voorstel tot voortzetting van de vennootschap moet het bestuur zelfs binnen vijftien dagen voor de vergadering een verslag aan de AVA overleggen. In dit verslag moet het bestuur de maatregelen opnemen die zij overweegt te nemen ter verbetering van de financiële situatie van de vennootschap. Ook dit verslag moet in de agenda worden vermeld (vergelijk Maeijer hiervoor).

#### *Sanctie*

De sanctie op overtreding van artikel 103 is duidelijk:

‘Is de algemene vergadering niet overeenkomstig dit artikel bijeengeroepen, dan wordt de door der-

den geleden schade, behoudens tegenbewijs geacht uit het ontbreken van een bijeenroeping voort te vloeien.’

Het betreft hier aansprakelijkheid van de bestuurders van de betreffende vennootschap. De algemene grondslag van een dergelijke aansprakelijkheid wordt gegeven door een andere wet. Artikel 62 van de Vennootschappenwet bepaalt dat de bestuurders, hetzij jegens de vennootschap, hetzij jegens derden hoofdelijk aansprakelijk zijn voor alle schade die het gevolg is van een overtreding van een bepaling van de Vennootschappenwet (die weer verwijst naar de Belgische WvK). Als de schadevordering wordt ingesteld door de vennootschap, dan dient deze het causaal verband tussen de overtreding van het artikel en de schade aan te tonen. Derden die een dergelijke vordering instellen, hoeven dit niet; in dit geval geldt er een causaliteits-vermoeden ten laste van de bestuurders. Wel kunnen de bestuurders het vermoeden weerleggen en het tegenbewijs van de causaliteit leveren.

De hiervoor genoemde artikelen 103 en 62 doen sterk denken aan artikel 2:138 BW (kennelijk onbehoorlijk bestuur) met dien verstande dat de Belgische bepaling ook strekt tot gevallen buiten het faillissement van de vennootschap.

#### **Conclusie**

Artikel 108a is ruim geformuleerd en daardoor onduidelijk. Het ontbreken van voorschriften, bijvoorbeeld omtrent de wijze en het tijdstip van oproeping, maakt de bepaling moeilijk te hanteren in de praktijk, hetgeen nog eens extra wordt bemoeilijkt door het ontbreken van een sanctie in geval van niet-naleving. Nutteloos zou ik het artikel evenwel niet willen noemen. Mijns inziens is het belangrijk dat het bestuur extra wordt gemotiveerd om tijdig zijn maatregelen te nemen ter verbetering van de financiële situatie van de vennootschap. Een dergelijke bepaling houdt het bestuur scherp. Wel zou de wetgever artikel 108a moeten herformuleren, met name op het onderdeel aangaande de te nemen maatregelen.

Naar mijn mening heeft de Belgische wetgever deze materie beter geregeld. Terecht meent de Belgische wetgever dat voor het constateren van een verlies als bedoeld in artikel 108a, het bestuur niet mag wachten tot de jaarvergadering. In die tijd kan immers al veel kwaad zijn geschied. Bovendien zijn er zoals de Belgische wetgever ook aangeeft, tal van momenten waarop het bestuur kan concluderen dat er maatregelen genomen moeten worden. Het wachten op een

jaarvergadering terwijl er actie ondernomen moet worden, is dan niet wenselijk. Ook de verplichte separate agendering van de 'artikel 108a-situatie' is een goed punt. Het komt mij voor dat een slechte vermogenstoestand van de vennootschap een separaat agendapunt rechtvaardigt. Ten slotte de sanctie. Als gezegd acht ik een bepaling als artikel 108a nuttig. De kritieken omtrent het ontbreken van een sanctie zijn terecht. Het is nu eenmaal zo dat een goede sanctie mede bewerkstelligt dat wettelijke voorschriften worden nageleefd.

*Mr. A. Alan  
Loyens & Loeff*

---