UNIVERSITY OF AMSTERDAM

UvA-DARE (Digital Academic Repository)

Ontstentenis of belet van bestuurders en commissarissen in tijden van corona

van Uchelen-Schipper, M.J.; de Vries, P.P.

Publication date
2020
Document Version
Final published version
Published in
Ondernemingsrecht

Link to publication

Citation for published version (APA):
van Uchelen-Schipper, M. J., & de Vries, P. P. (2020). Ontstentenis of belet van bestuurders en commissarissen in tijden van corona. *Ondernemingsrecht*, *2020*(7), 423-430. Article 78. http://deeplinking.kluwer.nl/?param=00D38F76&cpid=WKNL-LTR-Nav2

General rights
It is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), other than for strictly personal, individual use, unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

Disclaimer/Complaints regulations
If you believe that digital publication of certain material infringes any of your rights or (privacy) interests, please let the Library know, stating your reasons. In case of a legitimate complaint, the Library will make the material inaccessible and/or remove it from the website. Please Ask the Library: https://uba.uva.nl/en/contact, or a letter to: Library of the University of Amsterdam, Secretariat, P.O. Box 19185, 1000 GD Amsterdam, The Netherlands. You will be contacted as soon as possible.

UvA-DARE is a service provided by the library of the University of Amsterdam (https://dare.uva.nl)

Download date:06 Sept 2026

Mr. dr. M.J. van Uchelen-Schipper & mr. dr. P.P. de Vries[1]

Ontstentenis of belet van bestuurders en commissarissen in tijden van corona

Ondernemingsrecht 2020/78

De COVID-19-uitbraak leidt tot beperking van mobiliteit en tot meer en ernstigere ziektegevallen. Dit heeft ook een impact op bestuurders en commissarissen en hun functioneren, en leidt tot meer vragen omtrent ontstentenis en belet. Een uitgewerkte statutaire regeling kan een deel van deze vragen ondervangen. Een ontstentenis- en beletregeling kan de wettelijke tegenstrijdig belangregels daarbij doorkruisen, ook als een raad van commissarissen is ingesteld. De statuten kunnen ook partieel belet regelen en de beletregeling doorkruist dan niet de vertegenwoordigingsregeling indien de bestuurder wel tot vertegenwoordiging in staat is. In deze bijdrage betogen we dat in de huidige uitzonderlijke omstandigheden eerder sprake kan zijn van feitelijk belet dan in de literatuur wel wordt aangenomen. De beletfunctionaris zal moeten acteren met een zekere terughoudendheid bij de uitoefening van zijn taak, maar zal daarbij ook het belang van de vennootschap en de daaraan verbonden onderneming als richtsnoer moeten nemen. Dat kan hem ertoe nopen om ingrijpende of zelfs onomkeerbare besluiten te nemen. De positie van beletfunctionaris is daarbij niet altijd te benijden. Hij is een *ad hoc* bestuurder met mogelijk een achterstand in kennis en ervaring. Bij beoordeling van mogelijke aansprakelijkheid zou daarom enige terughoudendheid gewenst zijn. De dubbelrol van tijdelijk bestuurder en commissaris komt regelmatig voor, maar tijdelijk terugtreden als commissaris is vaak verstandig. Decharge van een beletfunctionaris kan naar onze mening worden verleend door de algemene vergadering. Tot slot kan het wenselijk zijn als een rechtspersoon voorziet in statutaire regels omtrent schorsing en ontslag van een beletfunctionaris.

1. Inleiding

Vanwege het uitbreken van de coronapandemie blijven mensen wereldwijd en masse thuis, al dan niet in quarantaine. Voor zover reizen nog mogelijk is, is het een risicovolle aangelegenheid geworden, die bij voorkeur moet worden vermeden. De fysieke boardroom blijft akelig leeg in deze tijd, net nu het gemiddelde bestuur alle zeilen bij zal moeten zetten om de onderneming door de coronacrisis heen te navigeren. In deze bijdrage proberen wij een helpende hand te bieden bij nadere duiding van de ontstentenis- en beletregels voor bestuurders en commissarissen van rechtspersonen. Als uitgangspunt nemen wij hierbij de situatie van ontstentenis en belet van een bestuurder bij een BV.

Wij gaan eerst in op de begrippen ontstentenis en belet (par. 2) en het wettelijk kader van de ontstentenis- en beletregeling zoals dat nu luidt en in de nabije toekomst zal luiden (par. 3). Vervolgens schetsen wij een aantal mogelijke situaties waarin sprake is of kan zijn van belet (par. 4). Daarna gaan we in op de taak en aansprakelijkheidspositie van de beletfunctionaris (par. 5) en de mogelijkheid voor een commissaris om op te treden als tijdelijk bestuurder (par. 6). Voorts besteden we aandacht aan schorsing en ontslag van de beletfunctionaris (par. 7). We sluiten af met een korte nabeschouwing (par. 8).

2. De begrippen ontstentenis en belet

Ontstentenis. Het begrip 'ontstentenis' is voldoende duidelijk. Het gaat hierbij om de situatie waarbij alle bestuurders ontbreken, dan wel er een of meer vacatures in het bestuur zijn ontstaan waardoor het aantal bestuurders lager is dan bij of krachtens de statuten is voorgeschreven.[2]

Belet. Wat onder het begrip 'belet' moet worden verstaan, is niet altijd duidelijk.[3] Om die reden is bij de flexibilisering van het BV-recht in art. 2:244 BW de mogelijkheid opgenomen om in de statuten nader te bepalen wanneer sprake is van belet. In de Memorie van Toelichting wordt uitgelegd dat het bij belet gaat om situaties waarin de bestuurder zijn functie tijdelijk niet mag uitoefenen door een schorsing, of tijdelijk niet kan uitoefenen, bijvoorbeeld door een langdurige ziekte of verblijf in het buitenland.[4] In een beletsituatie maakt de bestuurder nog wel deel uit van het bestuur, maar is deze niet in staat zijn functie uit te oefenen: hij mag of hij kan dat niet. Anders gezegd: als hij niet mag besturen is hij functioneel belet en als hij niet kan besturen dan is hij feitelijk belet.

1 Marleen van Uchelen is adviseur en kandidaat-notaris te Amsterdam, alsmede docent aan de Universiteit van Amsterdam. Paul de Vries is notaris te Amsterdam.

2 De statuten kunnen bijvoorbeeld bepalen hoeveel bestuurders de BV heeft, dan wel dat het aantal bestuurders door de algemene vergadering wordt vastgesteld.

3 *Kamerstukken II* 2006/07, 31058, 3 (MvT), p. 95.

4 *Kamerstukken II* 2006/07, 31058, 3 (MvT), p. 95. Vennootschappen hebben op grond van art. 244 lid 4 BW de mogelijkheid om in de statuten het wettelijke begrip "belet" nader te concretiseren en toe te spitsen op de omstandigheden binnen de vennootschap. De statutaire regeling dient op dit punt voldoende concreet te zijn om vast te stellen in welke situaties de vervanging van een bestuurder aan de orde is.

Blijkens de parlementaire geschiedenis bij het 'Wetsvoorstel bestuur en toezicht rechtspersonen'[5] wordt het aan de rechtspersoon overgelaten om ook tegenstrijdig belang in de statuten aan te merken als een vorm van functioneel belet.[6] Voorzien de statuten hier niet in, dan wordt teruggevallen op de tegenstrijdig belangregeling. Een tegenstrijdig belang kan dan niet als belet gelden. Een statutaire beletregeling kan volgens de minister voor Rechtsbescherming ook een oplossing bieden in de situatie dat sprake is van tegenstrijdig belang van bestuurders en er een raad van commissarissen is ingesteld. Hoewel er goede argumenten zijn te geven waarom in dit geval niet de beletregeling, maar de tegenstrijdig belangregeling zou moeten prevaleren, schept het standpunt van de minister duidelijkheid voor de praktijk. De discussie hierover in de literatuur komt daarmee tot een eind.[7]

Van feitelijk belet is slechts bij uitzondering sprake. In Asser/Maeijer 2-III uit 2000[8] wordt als voorbeeld genoemd een "gedwongen verblijf in het buitenland zonder behoorlijke communicatiemiddelen met de vennootschap". Van Solinge en Nieuwe Weme, de bewerkers van de Asser 2-IIb,[9] zijn nog strenger. Volgens hen kwalificeert tijdelijke onbereikbaarheid tegenwoordig niet meer als belet, tenzij de bestuurder verblijft in een gebied waar alle mogelijkheden tot communicatie ontbreken of zijn weggevallen. Ook in het Handboek staat aangegeven dat de enkele omstandigheid dat de bestuurder met vakantie is of ziek is, geen belet meebrengt. Slechts in uitzonderlijke omstandigheden, zoals bij langdurige ziekte zou sprake van belet zijn.[10] In paragraaf 4 gaan we hier nader op in.

3. Het huidige en het toekomstige wettelijk kader

Ontstentenis of belet van bestuurders van een NV of BV. De wettelijke regelingen voor de NV en de BV over ontstentenis en belet van bestuurders wijken naar de letter enigszins van elkaar af, maar verplichten elk tot een statutaire regeling omtrent de wijze waarop in het bestuur van de vennootschap voorlopig wordt voorzien in het geval van ontstentenis en belet van alle bestuurders.[11] Hieruit volgt dat de statuten van een vennootschap moeten voorzien in (i) een statutaire regeling waaruit blijkt wie tijdelijk met de bestuurstaak is belast, of (ii) een regeling waarin een orgaan, instantie of persoon wordt aangewezen dat of die daartoe iemand kan aanwijzen.

Ingeval van ontstentenis of belet van één of meer bestuurders doch niet van alle bestuurders geldt als uitgangspunt dat de overige bestuurders de taken waarnemen. Het staat de vennootschap echter vrij om ook in die situatie te kiezen voor een statutaire regeling die voorziet in tijdelijke vervanging. Ook is het mogelijk om in de statuten te regelen dat de resterende bestuurders voor bepaalde bestuurshandelingen vooraf advies dienen te vragen aan een orgaan van de vennootschap of een derde, of dat deze besluiten zijn onderworpen aan de voorafgaande goedkeuring van een orgaan.[12] Aan de hiervoor genoemde mogelijkheden kan bijvoorbeeld behoefte bestaan bij joint venture-vennootschappen, voor de situatie waarin een door één van de joint venture-partners benoemde bestuurder tijdelijk wegvalt. We denken ook aan de situatie waarin er een of meer bestuurders zijn ten aanzien waarvan een kwaliteitseis geldt, bijvoorbeeld het zijn van Nederlands ingezetene.[13]

Ontstentenis of belet van commissarissen van een NV of BV. Ontstentenis of belet van commissarissen is voor de NV nu niet geregeld. Dat laat onverlet dat de statuten een ontstentenis- en beletregeling kunnen bevatten. De wettelijke regeling van ontstentenis en belet van commissarissen van een BV komt overeen met die van bestuurders: de statuten moeten een regeling bevatten omtrent de wijze waarop in de uitoefening van taken en bevoegdheden voorlopig wordt voorzien in geval van ontstentenis of belet van alle commissarissen.[14] De beletfunctionaris is tijdelijk belast met toezichthoudende taken en bevoegdheden. Het ligt voor de hand in de statuten te bepalen dat bij ontstentenis of belet van één commissaris de overige commissarissen de taken overnemen. De statuten kunnen ingeval van ontstentenis of belet van alle commissarissen (i) rechtstreeks iemand aanwijzen die tijdelijk toezicht houdt of (ii) een regeling bevatten op grond waarvan een ander orgaan (zoals de algemene vergadering), een instantie of persoon iemand kan aanwijzen.[15]

Slechts voor de BV is in de wet een bepaling opgenomen dat de statuten nader kunnen bepalen wanneer er sprake

5 Hierna duiden we het Wetsvoorstel bestuur en toezicht rechtspersonen (*Kamerstukken II* 34391) aan als Wetsvoorstel BTRP.

6 Zie *Kamerstukken II* 2018/19, 34491, 6, p. 12, in navolging van de huidige BV-regeling. Zie ten aanzien van de BV: *Kamerstukken II* 2006/07, 31058, 3 (MvT), p. 95.

7 Zie voor een samenvatting van deze discussie: H.E. Boschma e.a., Evaluatie Wet bestuur en toezicht, WODC onderzoek, 2017, p. 124-125.

8 Asser/Maeijer 2-III (2000)/318.

9 *Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb* 2019/189.

10 P.J. Dortmond, *Van der Heijden Handboek voor de naamloze en de besloten vennootschap*, Deventer: Kluwer 2013, par. 255.

11 Art. 2:134 lid 4 en 244 lid 4 BW. Zie hierover ook *Kamerstukken II* 2015/16, 34491, 3, p. 13, waar te lezen is dat de verplichting tot het treffen van een statutaire regeling alleen de situatie betreft waarin er ten aanzien van *alle* bestuurders sprake is van belet of ontstentenis. De thans voor de BV geldende bepaling is op dit punt minder duidelijk.

12 Zie *Kamerstukken II* 2015/16, 34491, 3, p. 14.

13 In dit laatste geval zal de beletfunctionaris ook aan deze kwaliteitseis moeten voldoen.

14 Art. 2:252 lid 4 BW. Zie ook de opmerking hiervoor in noot 11 die ook geldt voor commissarissen: de verplichting tot het treffen van een statutaire regeling geldt alleen de situatie betreft waarin er ten aanzien van alle commissarissen sprake is van belet of ontstentenis. *Kamerstukken II* 2015/16, 34491, 3, p. 13 en 23.

15 Bij een stichting is er vaak geen ander orgaan en kan in de statuten bepaald worden dat in een dergelijk geval een derde of de rechtbank iemand aanwijst die tijdelijk is belast met de toezichthoudende taken en bevoegdheden.

is van belet. Wij nemen echter aan dat statutaire duiding van het begrip belet ook bij de NV mogelijk is.[16] De statutaire regeling dient overigens voldoende concreet en kenbaar te zijn.[17] Een statutaire regeling waarbij de invulling aan de bestuurder wordt overgelaten is dat niet.[18]

Wetsvoorstel BTRP. De regelingen voor de NV en de BV worden gewijzigd zodra het onlangs in de Tweede Kamer aangenomen Wetsvoorstel BTRP tot wet wordt verheven. De strekking van deze wijziging is dat het opnemen van een statutaire ontstentenis- en beletregeling verplicht wordt voor alle rechtspersonen. Dit is welkome aanvulling op de bestaande regels voor stichtingen, verenigingen, coöperaties en onderlinge waarborgmaatschappijen. Vreemd genoeg regelt de wet voor verenigingen, coöperaties en onderlinge waarborgmaatschappijen nu nog helemaal niets over ontstentenis en belet.[19] Bij de stichting is slechts voorzien in een ontstentenisregeling, voor de situatie waarin een benoeming onmogelijk is zonder tussenkomst van de rechtbank (art. 2:299 BW). Ondanks dit hiaat nemen wij aan dat deze rechtspersonen ook nu al kunnen voorzien in een statutaire ontstentenis en beletregeling. In de praktijk is dit inmiddels ook meer regel dan uitzondering.

De geharmoniseerde tekst die zal gelden, is voor wat betreft bestuurders te vinden in de art. 2:44 lid 5, 2:134 lid 4, 2:244 lid 4 en 2:291 lid 5 Wetsvoorstel BTRP. De tekst luidt als volgt:

> "De statuten omvatten voorschriften omtrent de wijze waarop in de uitoefening van taken en bevoegdheden voorlopig wordt voorzien in geval van ontstentenis of belet van alle bestuurders. De statuten kunnen deze voorschriften bevatten voor het geval van ontstentenis of belet van een of meer bestuurders. In de statuten kan nader worden bepaald wanneer sprake is van belet. Degene die bij ontstentenis of belet van bestuurders ingevolge een statutaire regeling is aangewezen tot het verrichten van bestuursdaden, wordt voor wat deze bestuursdaden betreft met een bestuurder gelijkgesteld."

Deze nieuwe wettekst lijkt voor de BV en de NV geen inhoudelijke wijzigingen tot gevolg te hebben. De laatste zin uit dit wetsartikel is nieuw, maar uit art. 2:151 en 261 BW volgt al dat degenen (commissarissen of anderen) die, zonder deel uit te maken van het bestuur, krachtens een statutaire bepaling of krachtens een besluit van de algemene vergadering, tijdelijk bestuursdaden verrichten, wat hun rechten en verplichtingen ten opzichte van de vennootschap of van derden betreft, als bestuurders wordt aangemerkt.[20]

In de oorspronkelijke tekst van het Wetsvoorstel BTRP[21] was de ontstentenis- en beletregeling voor alle rechtspersonen opgenomen in het voorgestelde art. 2:9 lid 6. De laatste zin van dat artikel was net anders geformuleerd: "Degene die bij ontstentenis of belet van *elk van de bestuurders* ingevolge een statutaire regeling is aangewezen tot het verrichten van bestuursdaden, wordt voor wat deze bestuursdaden betreft met een bestuurder gelijkgesteld."[22] De tekst is inmiddels achterhaald aangezien de meest recente tekst ervan uitgaat dat de beletfunctionaris voor wat zijn bestuursdaden betreft met een bestuurder wordt gelijkgesteld, ongeacht of hij één van de bestuurders vervangt of alle bestuurders (of de enig bestuurder). De wettekst is echter via een amendement in het Wetsvoorstel BTRP terecht gekomen en bevat op dit punt geen nadere toelichting. Naar onze mening kan het in verband met de hierna uit te werken taak en wellicht ook de aansprakelijkheidspositie van de beletfunctionaris uitmaken of hij in plaats van het gehele bestuur of naast een bestuurder die nog in functie is optreedt.

De in het Wetsvoorstel BTRP voorgestelde tekst voor commissarissen, waaronder leden van de raad van toezicht van een stichting, luidt hetzelfde als voor bestuurders met dien verstande dat het uiteraard gaat om de taken van de commissaris.[23] Uitdrukkelijk zal ook worden bepaald dat

16 In vergelijkbare zin: E.E.G. Gepken-Jager, Sdu Commentaar *Ondernemingsrecht* 2019-2020, 2 BW, art. 2:134, C.4.

17 *Kamerstukken II* 2006/07, 3158, 3 (MvT), p. 95.

18 *Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb* 2019/189.

19 De ontstentenis- en beletregeling voor alle rechtspersonen is weer terug in het Wetsvoorstel BTRP gekomen na het daartoe strekkende amendement van Tweede Kamerleden Van Gent en Van Dam (*Kamerstukken II*, 2019/20, 34491, 14) die, naar onze mening terecht, opmerken dat er geen reden is om een onderscheid te maken tussen de vereniging, coöperatie, onderlinge waarborgmaatschappij en stichting enerzijds en de NV en BV anderzijds. Zie hierover ook W.J.M. van Veen en J.A.M. ten Berg, 'Enkele overpeinzingen bij het wetsvoorstel Bestuur en Toezicht rechtspersonen', *WPNR* 2019/7236.

20 Blijkens de MvT was de strekking van art. 2:151 en art. 2:261 BW (die bijna letterlijk overeenkomen met de voorgangers van deze bepalingen zoals die in 1928 werden opgenomen in het Wetboek van Koophandel) met name om vast te leggen dat personen die bevoegdelijk bestuursdaden verrichtten, op dezelfde voet aansprakelijk waren als bestuurders. Aangenomen werd dat deze bepalingen van belang waren voor het geval van tegenstrijdig belang van de bestuurders en voor het geval van ontstentenis of belet van bestuurders. Aangezien de tegenstrijdig belangregeling voor de NV en de BV sinds 2013 niet meer uitgaat van een "vertegenwoordigingsregel" maar van een "besluitvormingsregel", zijn de bepalingen nu alleen nog van belang in het kader van ontstentenis of belet, aldus de MvT (*Kamerstukken II* 2015/16, 34491, 3 (MvT), p. 13-14). Om deze reden laat Wetvoorstel BTRP art. 2:151 en 261 BW vervallen.

21 *Kamerstukken II* 2015/16, 34491, 2.

22 Blijkens de MvT was de toenmalige voorgestelde regeling beperkt tot gevallen van ontstentenis of belet van *alle* bestuurders. In de MvT is het volgende te lezen: "In de gevallen waarin er slechts ten aanzien van een deel van de bestuurders sprake is van ontstentenis of belet, kunnen de nodige bestuurshandelingen verricht worden door de overige bestuurders. Hiermee wordt voorkomen dat derden, zonder dat toepassing is gegeven aan de wettelijke en statutaire besluitvormingsregels en waarborgen voor de benoeming van een bestuurder, feitelijk voor enige tijd deel kunnen uitmaken van het bestuur." *Kamerstukken II* 2015/16, 34491, 3, p. 14. Deze passage in de MvT is opmerkelijk, omdat deze voorbij lijkt te gaan aan het eerdergenoemde joint-venture voorbeeld met bestuurders die door soortvergaderingen worden benoemd. In ieder geval in deze situatie is het wel degelijk wenselijk dat bij ontstentenis of belet van een bepaalde bestuurder een beletfunctionaris wordt aangewezen,

23 Zie voor wat betreft commissarissen art. 2:47 lid 5, 2:142 lid 4, 2:252 lid 4 en 2:292a lid 5 BW.

degene die de ingevolge een statutaire regeling tijdelijk toezicht houdt, voor het vervullen van die toezichthoudende taken met een commissaris wordt gelijkgesteld.[24]

Kenbaarheid voor derden. Degene die ingevolge een ontstentenis- en beletregeling wordt aangewezen tot het verrichten van bestuursdaden is vertegenwoordigingsbevoegd. Op grond van een statutaire bepaling kan echter ook sprake zijn van partieel belet van de bestuurder: hij mag niet deelnemen aan de beraadslaging en besluitvorming, maar kan de vennootschap wel vertegenwoordigen (zie ook par. 4 hierna). Als de beletfunctionaris wel vertegenwoordigingsbevoegdheid heeft en het niet gaat om een incidenteel belet, is van belang dat hij wordt ingeschreven in het handelsregister zodat derden daar kennis van kunnen nemen (art. 22 lid 1 sub b Handelsregisterbesluit 2008). Ook het feit dat de bestuurder met belet tijdelijk onbevoegd is om te vertegenwoordigen dient te worden ingeschreven.

4. Situaties en omstandigheden waarin sprake is of kan zijn van belet

Het uitbreken van de coronacrisis brengt grote maatschappelijke gevolgen mee, waaronder ziekte en verregaande beperkingen van de mobiliteit van personen. Dit treft ook bestuurders. In de volgende situaties kan een bestuurder niet fysiek aanwezig zijn bij een bestuursvergadering: (i) een bestuurder ligt in het ziekenhuis (al dan niet op de *intensive care*-afdeling), (ii) een bestuurder zit in thuisquarantaine of er is sprake van een volledige lock down, (iii) een bestuurder bevindt zich in het buitenland en kan door reisbeperkingen voorlopig niet meer in Nederland komen. In de situatie genoemd onder (i) zal de bestuurder niet meer kunnen besturen vanwege feitelijk belet, maar in de situaties genoemd onder (ii) en (iii) is het wellicht mogelijk dat hij "van afstand" bestuurt.

Partieel of volledig belet. In de literatuur is er discussie gevoerd over de vraag of er sprake kan zijn van partieel belet.[25] Inmiddels heeft Minister voor Rechtsbescherming duidelijkheid verschaft.[26] Hij acht partieel belet mogelijk, bijvoorbeeld als tegenstrijdig belang in de statuten wordt aangemerkt als een vorm van belet. Hij meent dat als de rechtspersoon de beletregeling zo inricht dat er vervanging plaatsvindt door een beletfunctionaris in geval van een tegenstrijdig belang, het in de rede ligt dat de geconflicteerde bestuurder in dat geval alleen belet is met betrekking tot het nemen van het besluit in kwestie. In een dergelijk geval betreft het tegenstrijdig belang een vorm van belet die slechts ziet op de uitoefening van een onderdeel van de bestuurstaak, niet van de gehele bestuurstaak.[27] De mogelijkheid van partieel belet, waarbij de bestuurder niet deelneemt aan de beraadslaging en besluitvorming maar wel tot vertegenwoordiging in staat is, dient wel uit de statuten te volgen. Naar onze mening verzetten art. 2:130 en 2:240 BW zich er in dat geval tegen om belet statutair te laten ingrijpen op de vertegenwoordiging. Het gaat hierbij naar onze mening niet om een wettelijk toegelaten of voorgeschreven beperking van de vertegenwoordigingsbevoegdheid of een daarvoor geldende voorwaarde in de zin van art. 2:240 lid 3 BW.[28] Het doorkruisen van de vertegenwoordigingsregeling door een statutaire beletregeling lijkt ons tevens in strijd met de geest van zowel de tegenstrijdig belangregeling van de Wet bestuur en toezicht van 1 januari 2013 als het Wetsvoorstel BTRP, waarin uitdrukkelijk is gekozen voor een besluitvormingsregeling en niet voor een vertegenwoordigingsregeling.[29]

In de hiervoor genoemde situatie (i) dat de bestuurder in het ziekenhuis ligt zal sprake zijn van volledig belet. De noodzaak dat het hier moet gaan om een langdurige ziekte, zoals wordt gesteld in het Handboek (zie par. 2), zien wij niet. Als het in het belang van de vennootschap is dat er urgent wordt gehandeld door het bestuur, zou ook een kortdurende ziekte voldoende basis voor belet moeten kunnen vormen.

In situaties (ii) en (iii) kan de bestuurder tijdelijk niet deelnemen aan fysieke vergaderingen. De statuten kunnen echter vergaderingen langs elektronische weg mogelijk maken. Voor zover de statuten dergelijke vergaderingen niet faciliteren, biedt de Tijdelijke wet COVID-19 Justitie en Veiligheid mogelijk een oplossing.[30] Op basis van deze tijdelijke wet kan worden afgeweken van eventuele statutaire bepalingen over het houden van fysieke bijeenkomsten. De wet voorziet erin dat het bestuur langs elektronische weg in plaats van fysiek kan vergaderen,[31] mits alle bestuurders daarmee instemmen. De door de tijdelijke wet aangedragen regeling voorziet echter niet in een oplossing als de overige bestuurders niet met deze wijze van besluitvorming instemmen en ook schriftelijke

24 De huidige regeling voor NV's en BV's bevat, anders dan voor degenen die tijdelijk daden van bestuur verrichten (art. 2:151 en 2:261 lid 1 BW), geen gelijkstelling met commissarissen van degenen die tijdelijk toezichthoudende taken verrichten.

25 Zie hierover P.H.N. Quist. 'Belet of ontstentenis, that is the question', *WPNR* 2013/6990 en *Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb* 2019/189.

26 *Kamerstukken II* 2018/19, 34491, 6, p. 12 en *Kamerstukken II* 2018/19, 34491, 11, p. 4.

27 Zie ook R.G.J. Nowak, 'Tegenstrijdig belang als vorm van belet', *WPNR* 2013/6979.

28 Anders: *Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb* 2019/189; T.P. van Duuren, 'Tegenstrijdig belang en vertegenwoordiging', *WPNR* 2017/7173, p. 970.

29 *Kamerstukken II* 2015/16, 34491, 3 (MvT), p. 5: "De genoemde «vertegenwoordigingsregeling» blijkt in de praktijk niet naar behoren te functioneren, onder meer omdat zij leidt tot rechtsonzekerheid bij de rechtspersoon en bij de wederpartij. De nadelen van de «vertegenwoordingsregel» zijn aanleiding geweest om voor de NV en de BV per 1 januari 2013 over te stappen naar een zogeheten «besluitvormingsregel»."

30 *Kamerstukken II* 2019/20, 35434.

31 Hetzelfde geldt voor vergaderingen van de raad van commissarissen of bij de stichting de raad van toezicht.

besluitvorming geen optie is.[32] In dat geval kan er ook in situaties (ii) en (iii) sprake zijn van feitelijk belet.

Het is mogelijk dat een bestuurder alleen bepaalde vertegenwoordigingshandelingen niet kan verrichten, bijvoorbeeld omdat hij vanwege een quarantaine geen mogelijkheid heeft om stukken te tekenen, maar wel kan mee vergaderen via elektronische weg. In dit geval ligt het voor de hand dat het bestuur besluit tot toekenning van een volmacht aan een bestuurder of een derde die ter uitvoering van het bestuursbesluit de vennootschap vertegenwoordigt. Hoewel het ook mogelijk is om in de statuten voor partieel belet een regeling te treffen, menen wij dat dit voornamelijk zal gelden voor de hiervoor genoemde tegenstrijdig belangsituaties. Veelal zullen de statuten geen specifieke regeling bevatten, maar een algemene beletregeling. Als de statuten slechts een algemene beletregeling bevatten, zal naar onze mening sprake moeten zijn van volledig belet. Een beletfunctionaris verricht alsdan tijdelijk alle bestuurshandelingen en de bestuurder kan of mag dan zelf geen bestuurshandelingen meer verrichten. Belet werkt privatief, maar het belet sluit niet uit dat de bestuurder die belet is, of ziet aankomen, zijn advies over voorgenomen besluitvorming deelt.[33]

Veel mensen bevinden zich op dit moment in een situatie waarin werken, besturen en andere taken lastig te combineren zijn. Vanwege het sluiten van kinderopvang, kan er minder tijd over zijn voor een bestuurder met jonge kinderen om (geconcentreerd) te besturen, waardoor de bestuurder bijvoorbeeld in deeltijd zal moeten werken. Familieomstandigheden, zoals een familielid dat ernstig ziek is geworden of een overlijden, kunnen maken dat een bestuurder zichzelf tijdelijk (mentaal) niet in staat acht om te besturen. De vraag komt dan op of de bestuurder een beroep kan doen op de beletregeling. Hoewel wij menen dat niet licht gebruik gemaakt zou mogen worden van de beletregeling, zouden wij menen dat een tijdelijk beroep daarop in de genoemde omstandigheden mogelijk zou moeten zijn. Het staat de rechtspersoon overigens vrij om op dit punt duidelijkheid te verschaffen door statutair het begrip belet nader te duiden.

5. De taak en aansprakelijkheidspositie van de beletfunctionaris

In paragraaf 3 werd reeds opgemerkt dat beletfunctionarissen die bestuurders vervangen tijdelijk bestuursdaden verrichten en wat betreft hun rechten en verplichtingen ten opzichte van de vennootschap en derden als bestuurders worden aangemerkt.[34] Een beletfunctionaris kan – als gezegd – het gehele bestuur of de enig bestuurder vervangen, maar hij kan ook naast een of meer nog functionerende bestuurders worden aangewezen. De beletfunctionaris oefent tijdelijk de taken en bevoegdheden van de bestuurder uit, waaronder het – al dan niet met de anderen – vertegenwoordigen van de rechtspersoon.

Uitgangspunt is naar onze mening dat de beletfunctionaris een zekere terughoudendheid dient te betrachten en datgene moet doen dat past bij zijn tijdelijke taak in de gegeven omstandigheden. Hij is immers niet benoemd op de wijze waarop een bestuurder wordt benoemd, maar is aangewezen conform de beletregeling. Net als de gewone bestuurder dient de beletfunctionaris zich te richten naar het belang van de rechtspersoon en de daaraan verbonden onderneming of organisatie. Daarbij dienen de belangen van alle betrokkenen in acht genomen te worden, zoals de belangen van werknemers, klanten en leveranciers. Dat betekent echter ook dat een beletfunctionaris onder omstandigheden actie dient te ondernemen; uitstel van belangrijke beslissingen kan in bepaalde omstandigheden schadelijk zijn voor de continuïteit van de onderneming. Juist in de huidige tijden moet ook een beletfunctionaris de continuïteit van de onderneming bewaken en verrichten wat nodig is om de rechtspersoon door de coronacrisis heen te loodsen.

Wij menen dat een parallel kan worden getrokken met de tijdelijk door de rechter aangewezen bestuurder. Bij een stichting kan de rechtbank bij wijze van voorlopige voorziening op grond van art. 2:298 lid 2 BW een tijdelijke bestuurder aanwijzen.[35] Ook de Ondernemingskamer (OK) kan als onmiddellijke voorziening een tijdelijke bestuurder benoemen al dan niet met een specifieke taak of opdracht (art. 2:349a BW). De Hoge Raad heeft in het Fuldauerstichting-arrest bepaald dat een door de rechtbank op grond van art. 2:298 lid 2 BW tijdelijk benoemde bestuurder in zoverre terughoudend gebruik dient te maken van zijn bevoegdheden dat hij in beginsel niet meer doet dan past bij de hem als tijdelijk bestuurder opgedragen taak en in de gegeven omstandigheden noodzakelijk is voor een behoorlijk bestuur van de stichting.[36] Dit kan betekenen dat de tijdelijke bestuurder zich moet beperken tot besluiten die geen uitstel kunnen verdragen, maar de opvatting dat een tijdelijke bestuurder zich – behoudens bijzondere omstandigheden – steeds daartoe dient te beperken, kan in haar algemeenheid niet als juist worden aanvaard, aldus de Hoge Raad. Ook voor de door de

32 We kunnen ons onder omstandigheden voorstellen dat het niet instemmen met besluitvorming langs elektronische weg strijd oplevert met de redelijkheid en billijkheid.

33 Met Quist menen we dat ook hier terughoudendheid zal moeten worden betracht, zie P.H.N. Quist, *a.w.*, p. 835.

34 Art. 2:151/261 lid 1 BW. Zie ook art. 2:44/134/244/291 lid 4 Wetsvoorstel BTRP.

35 De rechtbank kan ook op grond van art. 2:299 BW een bestuurder aanwijzen wanneer het bestuur geheel of gedeeltelijk ontbreekt. Voor de op deze wijze tijdelijk benoemde bestuurder geldt hetzelfde. Zie hierover M. Koelemeijer, 'De nieuwe ontslagregeling voor de stichting, naar een beter bestuur en toezicht?', *TvOB* 2013-2.

36 HR 19 februari 2010, *JOR* 2010/92, m.nt. Schmiemann (*Fuldauerstichting*).

OK bij wijze van onmiddellijke voorziening benoemde bestuurder geldt als uitgangspunt dat deze voor de duur van zijn benoeming alle bevoegdheden heeft die de wet en de statuten aan bestuurders van de desbetreffende rechtspersoon toekennen, tenzij de OK anders bepaalt.[37] Uit de jurisprudentie volgt dat bij het uitoefenen van zijn taak en het gebruikmaken van zijn bevoegdheden de OK-bestuurder alle relevante omstandigheden in acht dient te nemen, waaronder de omstandigheid dat het gaat om een tijdelijke benoeming. Dat betekent echter niet dat de bestuursbevoegdheid daardoor is beperkt. Zeer wel is denkbaar dat de bestuurder besluiten neemt die diep ingrijpen in de rechtspersoon en/of de daaraan verbonden onderneming en dat die besluiten onomkeerbare gevolgen hebben, zoals de verkoop van belangrijke activa of zelfs faillissementsaanvraag, aldus de OK in de Slotervaart-beschikking.[38]

Aansprakelijkheidspositie van de beletfunctionaris. De beletfunctionaris die bestuursdaden verricht, kan net als een bestuurder aansprakelijk zijn jegens de rechtspersoon of jegens derden als hij zich schuldig maakt aan onbehoorlijk bestuur dat ernstig verwijtbaar is.[39] Aansprakelijkheid van OK-functionarissen is bij de Wet aanpassing enquêterecht onderwerp van debat geweest.[40] De Gecombineerde Commissie Vennootschapsrecht bepleitte aanvankelijk om aansprakelijkheid voor OK-functionarissen te beperken tot gevallen waarin zij met opzet of bewuste roekeloosheid schade hebben veroorzaakt. De toenmalige Minister van Veiligheid en Justitie meende echter dat zo'n beperking niet gepast is. Wanneer een persoon tijdelijk bestuurder wordt van een vennootschap, behoort hij te vallen onder hetzelfde aansprakelijkheidsregime als de andere bestuurders, aldus de minister. De minister zag geen reden voor een verschillend regime, nu die bestuurders op basis van hetzelfde beginsel – handelen in het belang van de vennootschap en de daarmee verbonden onderneming – moeten optreden.[41]

Een handelen of nalaten van de beletfunctionaris dat ernstig verwijtbaar is kan leiden tot het oordeel dat sprake is van onbehoorlijk bestuur.[42] Wij onderschrijven de opmerking van Vroom en Kreuze dat het gepast zou zijn wanneer rechters die hierover oordelen zoveel mogelijk rekening houden met de huidige uitzonderlijke omstandigheden waarin veel onzekerheid en onbekendheid bestaat over de toekomst. Daardoor kunnen bepaalde beslissingen heel complex zijn, zeker voor iemand die tijdelijk bestuurt.[43] De druk zal mogelijk nog groter zijn als een beletfunctionaris tijdelijk alleen het gehele bestuur of de enig bestuurder vervangt en niet kan overleggen met medebestuurders, en mogelijk zelfs niet ingewerkt is door de bestuurders die belet zijn, en van de beletfunctionaris ook niet verwacht mocht worden dat hij bekend was met bepaalde feiten. Overigens kan dat ook een reden zijn om niet één maar twee beletfunctionarissen aan te wijzen, vooropgesteld dat de statuten daartoe ruimte bieden. We kunnen ons voorstellen dat in deze situatie een beroep op disculpatie eerder zal worden gehonoreerd.

Net als een gewone bestuurder kan het een beletfunctionaris helpen als hij aantoonbaar zorgvuldig handelt en zorgvuldig besluiten neemt. Dat betekent concreet dat hij, waar nodig, deskundig advies inwint en de overwegingen die aan zijn besluit ten grondslag liggen toelicht en documenteert. Hiermee helpt hij overigens niet alleen zichzelf maar ook de bestuurder die na zijn terugkeer de draad weer oppakt.

Decharge. Een beletfunctionaris zal, net als een gewone bestuurder, na het eindigen van zijn beletperiode gedechargeerd willen worden voor zijn tijdelijke bestuursdaden. Meer concreet zal de beletfunctionaris ontslagen willen worden van interne aansprakelijkheid van de voor de rechtspersoon eventueel financieel nadelige gevolgen van zijn handelen als tijdelijk bestuurder. Bestuurders van een BV worden doorgaans jaarlijks gedechargeerd door de algemene vergadering op basis van de vastgestelde jaarrekening. Hoewel een beletfunctionaris niet noodzakelijkerwijs door de algemene vergadering is aangewezen, menen wij dat de algemene vergadering wel het bevoegde orgaan

37 Hierbij wordt het hiervoor genoemde Fuldauerstichting-arrest gevolgd aangezien deze regeling hetzelfde doel heeft als de regeling van het enquêterecht. Zie ook Gerechtshof Amsterdam (Ondernermingskamer) 30 oktober 2013, *JOR* 2013/337, met noot Josephus Jitta *(Novero)* en Gerechtshof Amsterdam (Ondernermingskamer) 11 december 2013, *JOR* 2014/36, met noot Josephus Jitta (*Jeemer en Meromi*). Y. Borrius, 'Enkele observaties over de positie van OK-functionarissen', *Ondernemingsrecht* 2018/74 en M.H.C. Sinninghe Damsté, 'De (on)mogelijkheden van de Ondernemingskamer ten aanzien van door haar benoemde functionarissen', *TOP* 2014/382, afl. 5.

38 Gerechtshof Amsterdam (Ondernermingskamer) 11 december 2013, *JOR* 2014/36, met noot Josephus Jitta (*Jeemer en Meromi*), waarover Y. Borrius, 'Enkele observaties over de positie van OK-functionarissen', *Ondernemingsrecht* 2018/74 en M.H.C. Sinninghe Damsté, De (on)mogelijkheden van de Ondernemingskamer ten aanzien van door haar benoemde functionarissen', *TOP* 2014/382, afl. 5.

39 Op grond van art. 2:9, art. 2:138/248 en/of art. 6:162 BW. Blijkens de MvT is de strekking van art. 2:151 en art. 2:261 BW om vast te leggen dat personen die bevoegdelijk bestuursdaden verrichtten, op dezelfde voet aansprakelijk zijn als bestuurders. *Kamerstukken II*, 2015/16, 34 491, 3, p. 13-14. De huidige regeling voor NV's en BV's bevat echter geen gelijkstelling met een commissaris als iemand tijdelijk toezichthoudende taken verricht. Het Wetsvoorstel BTRP brengt hierin verandering, zoals opgemerkt in par. 3.

40 Zie hierover Y. Borrius, 'Enkele observaties over de positie van OK-functionarissen', *Ondernemingsrecht* 2018/74.

41 *Kamerstukken II* 2010/11, 32887, 3, p. 39 en *Kamerstukken II* 2010/11, 32887, 6, p. 3-4.

42 Zie voor voorbeelden van handelen en nalaten van bestuurders en commissarissen dat als onbehoorlijk bestuur respectievelijk toezicht werd aangemerkt bijvoorbeeld Rechtbank Midden-Nederland 19 juni 2013, *JOR* 2013/237 (Landis).

43 V.R. Vroom en G. Kreuze, 'Herfinanciering en herstructurering in tijden van corona', *Ondernemingsrecht* 2020/72.

is om decharge namens de BV te verlenen.[44] Deze decharge kan eveneens geschieden op basis van de jaarrekening over het boekjaar waarin de beletfunctionaris tijdelijk bestuurde. In dat geval zal decharge dus niet direct bij het eindigen van het tijdelijk bestuur maar pas later bij het vaststellen van de jaarrekening plaatsvinden.

6. De commissaris als beletfunctionaris

Statutaire regeling. Als er een raad van commissarissen is ingesteld, ligt het voor de hand deze statutair een rol te geven bij ontstentenis of belet van bestuurders. De statuten kunnen bepalen dat in geval van ontstentenis of belet van alle bestuurders of de enig bestuurder, het bestuur tijdelijk berust bij een door de raad van commissarissen – al dan niet uit zijn midden – daartoe aangewezen persoon. De raad van commissarissen kan dan dus een van de commissarissen, bijvoorbeeld de voorzitter, als beletfunctionaris aanwijzen. Commissarissen zijn al betrokken bij de onderneming en kunnen daardoor wellicht sneller schakelen dan derden die de onderneming nog niet kennen. In theorie is het mogelijk dat alle commissarissen als beletfunctionarissen gaan fungeren; de volledige raad van commissarissen bestuurt de vennootschap dan tijdelijk. Dit deed zich bijvoorbeeld voor bij Telegraaf Media Groep (TMG): de raad van commissarissen schorste beide leden van de raad van bestuur en nam zelf op grond van de statuten de bestuurstaak tijdelijk waar. De raad van commissarissen vertegenwoordigde vervolgens TMG bij het tekenen van het fusieprotocol met de in haar ogen meest geschikte partij (het Consortium).[45] Vanwege de hierna te noemen dubbelrol van commissarissen lijkt het ons echter minder verstandig als de *hele* raad van commissarissen het tijdelijk bestuur op zich neemt. Het is immers, zeker als onduidelijk is hoe lang de beletperiode gaat duren, ook van belang dat er toezicht wordt gehouden.

Dubbelrol. Formeel blijft een commissaris die op grond van een statutaire regeling is aangewezen als beletfunctionaris commissaris.[46] In beginsel wordt hij ook als commissaris beloond,[47] maar als beletfunctionaris heeft hij dezelfde rechten en bevoegdheden als een bestuurder. De commissaris heeft dus gedurende de periode dat hij beletfunctionaris is een dubbelrol: hij verricht bestuurshandelingen en houdt ook toezicht op het bestuur. Om die reden bepaalt de Nederlandse Corporate Governance Code voor beursvennootschappen dat een commissaris die tijdelijk voorziet in het bestuur bij ontstentenis of belet van bestuurders uit de raad van commissarissen treedt.[48] Wij menen dat ook als de Code niet (direct) van toepassing is, deze dubbelrol zoveel mogelijk vermeden dient te worden. Uit de literatuur en jurisprudentie volgt dat het samenvallen van de rol van commissaris en beletfunctionaris gedurende een beperkte periode geoorloofd is,[49] maar dat deze periode niet te lang mag voortduren.[50] Het hangt van de omstandigheden van het geval af welke tijdspanne de rechter nog toelaatbaar acht. Om die reden, maar ook vanwege de onwenselijkheid dat bestuur en toezicht samenvallen, menen wij dat het de voorkeur verdient dat de commissaris die beletfunctionaris wordt zo snel als mogelijk is, terugtreedt uit de raad van commissarissen.[51]

Einde beletperiode. Als de beletsituatie is geëindigd en de bestuurder weer bestuurt, zou de beletfunctionaris kunnen terugkeren in de raad van commissarissen.[52] De terugkerende commissaris dient er echter rekening mee te houden dat hij in zekere zin nog toezicht uitoefent over "zijn" bestuursperiode, die bijvoorbeeld tot uitdrukking komt in de jaarrekening over het desbetreffende boekjaar. Om die reden kan het raadzaam zijn te wachten met het terugkeren totdat de raad van commissarissen heeft ingestemd met de jaarrekening en deze heeft ondertekend. In ieder geval dient de voormalige beletfunctionaris zich te onthouden van deelname aan de beraadslaging en besluitvorming door de raad van commissarissen in verband met die jaarrekening.[53] Overigens dient beletfunctionaris die wil terugkeren als commissaris nadat hij tijdelijk afgetreden was opnieuw conform de wettelijke en statutaire vereisten benoemd te worden als commissaris.

44 De algemene vergadering is immers het orgaan waaraan de (tijdelijke) bestuurder middels de jaarrekening intern verantwoording aflegt. Bovendien komt decharge neer op het beschikken over een vermogensrecht van de vennootschap (afstand van het recht om zich op de bestuurder te verhalen) en het vermogen van een kapitaalvennootschap komt uiteindelijk toe aan de aandeelhouders. Zie ook H. Beckman, 'Décharge, grenzen en nut', *Ondernemingsrecht* 2000, p. 419 en C.D.J. Bulten en N. Kreileman, 'De dans ontspringen door decharge?' in G. van Solinge e.a. (red.), *Aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen. Nadere terreinverkenning in een uitdijend rechtsgebied*, Deventer: Kluwer 2017.

45 Gerechtshof Amsterdam (Ondernermingskamer) 21 maart 2017, *JOR* 2017/229 *(TMG).*

46 Dit werd ook overwogen in de hiervoor genoemde TMG-beschikking.

47 Het orgaan dat bevoegd is om de bezoldiging van de raad van commissarissen vast te stellen behoudt deze bevoegdheid, ook als de commissaris het bestuur tijdelijk overneemt. Zie HR 6 januari 2012, *JOR* 2012/75 en HR 13 juli 2018, *JOR* 2018/268 *(Imeko).*

48 Bpb 2.3.9. Nederlandse Corporate Governance Code. Sectorale codes voor stichtingen in de semipublieke sector hanteren ook als uitgangspunt dat een persoon niet tegelijkertijd bestuurder en commissaris kan zijn. Zie bijvoorbeeld bepaling 4.1.3 van de Governance Code Zorg.

49 Zie HR 6 januari 2012, *JOR* 2012/75 en HR 13 juli 2018, *JOR* 2018/268 *(Imeko).*

50 Gerechtshof Amsterdam (Ondernermingskamer) 5 augustus 2005, *JOR* 2005/270 *(Samlerhuset).*

51 In *Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb* 2019/306 wordt nog opgemerkt dat het denkbaar is dat de bestuurswerkzaamheden door de commissaris als een situatie van belet op het niveau van de raad van commissarissen wordt gekwalificeerd. Niettemin achten wij het zuiverder als de commissaris terugtreedt.

52 Bpb 2.1.8 onder v. juncto 2.1.7 van de Nederlandse Corporate Governance Code bepaalt echter dat een commissaris niet onafhankelijk is als hij gedurende de voorafgaande twaalf maanden tijdelijk heeft voorzien in het bestuur bij belet en ontstentenis. Zie ook bepaling 4.1.3 van de Governance Code Zorg.

53 Dit speelt in het bijzonder bij stichtingen waar de raad van toezicht de jaarrekening vaststelt. Zie hierover nader M.J. van Uchelen-Schipper, *De rol en positie van de raad van toezicht van de stichting*, (Instituut voor Ondernemingsrecht nr. 112) (diss. Utrecht), Deventer: Wolters Kluwer 2018.

7. Schorsing en ontslag van de beletfunctionaris

De situatie kan zich voordoen dat schorsing en ontslag van een beletfunctionaris gewenst is. In veel statuten is dit doorgaans niet geregeld. In dat geval kan voor de NV en BV worden teruggevallen op restbevoegdheid van de algemene vergadering van de art. 2:106 en 217 BW. De algemene vergadering is naar onze mening bevoegd tot schorsing of ontslag van de beletfunctionaris. Het is ook mogelijk dat in de statuten is uitgewerkt dat een ander orgaan daartoe bevoegd is, bijvoorbeeld de raad van commissarissen. Hierbij kan de situatie escaleren in die zin dat de raad van commissarissen een beletfunctionaris uit zijn midden heeft benoemd, en niet van zins is deze te schorsen of te ontslaan, hoewel de raad daartoe bevoegd is. Voor zover daartoe de praktische mogelijkheid bestaat, zal de algemene vergadering dan tot draconischer maatregelen over kunnen gaan, zoals het wijzigen van de statuten, of het ontslag van de belette bestuurder, met benoeming van een nieuwe bestuurder. Dat zal niet in alle gevallen tot een makkelijke oplossing leiden.

8. Tot slot

Het begrip belet leidt nogal eens tot hoofdbrekens in de praktijk. In deze bijdrage betogen wij dat in de huidige uitzonderlijke omstandigheden, die zijn veroorzaakt door COVID-19, zich vaker situaties van feitelijk belet kunnen voordoen. Statuten kunnen op dit punt voor meer helderheid zorgen, maar ook dan zullen grensgevallen zich voordoen. De parlementaire behandeling van het Wetsvoorstel BTRP heeft inmiddels duidelijkheid geschapen over de onderlinge verhouding van de beletregeling en de tegenstrijdig belangregeling. De beletregeling kan de tegenstrijdig belangregeling ook doorkruisen als er een raad van commissarissen is ingesteld. Wij menen dat als dit statutair geregeld is, van partieel belet sprake kan zijn en dat de beletregeling de vertegenwoordigingsregeling niet kan doorkruisen als de bestuurder niet tot besluitvorming, maar wel tot vertegenwoordiging in staat is. Het Wetsvoorstel BTRP leidt overigens ook tot meer duidelijkheid over ontstentenis- en beletregelingen bij andere rechtspersonen dan de NV en de BV.

Hoewel de beletfunctionaris een zekere terughoudendheid moet betrachten bij de uitoefening van zijn taak, zal hij niet moeten terugdeinzen om ook ingrijpende of zelfs onomkeerbare besluiten te nemen indien het belang van de vennootschap daarom vraagt. Daarbij zouden we willen bepleiten dat bij een rechterlijke beoordeling van alle relevante omstandigheden voldoende gewicht wordt toegekend aan het ad hoc karakter van de benoeming en de mogelijke kennisachterstand van de beletfunctionaris. Een beletfunctionaris zou daarbij zoveel mogelijk moeten voorkomen dat bestuur en toezicht zich in dezelfde hand concentreert. Tot slot is het bij het ontwerp van een statutaire ontstentenis en beletregeling gewenst ook te voorzien in regels omtrent schorsing en ontslag van de beletfunctionaris.