



Belet of ontstentenis, that is the question

1. Inleiding

De bestuurder steekt zijn blote voeten in het koele water van de beek. Het was een lange reis geweest. Te lang voor de kinderen. Te lang voor iedereen misschien wel. Nadat zijn vrouw een bord van de weg-omleiding had gemist was er gezwegen. Het opzetten van de tent hadden ze beter een keer kunnen oefenen voor vertrek. Het was warm. Nu dan drie weken 'dolce far niente'. Het was meer dan verdiend, het was hoog tijd. Zijn overpeinzing wordt verstoord door het trillen van zijn telefoon. Hij kijkt naar het venster: kantoor. Kunnen ze dan ook helemaal niets zelf? Hij neemt op en voor de beller kan spreken roept hij in een opwelling:

'Ik ben er niet! Ik ben met belet en ontstentenis!
Bel mijn vervanger! Bel mij niet! Drie weken
moet kunnen!'

Met een glimlach verbreekt hij de verbinding.

Anders dan soms wordt gedacht zijn belet en ontstentenis geen synoniemen. Van ontstentenis van een functionaris, zoals een bestuurder of commissaris, is sprake als deze is gedefungeerd. De betreffende persoon is niet langer in functie. Dit kan zijn doordat hij¹ is teruggetreden, is ontslagen, is overleden of, als het een bestuurder-rechtspersoon betreft, is opgehouden te bestaan. Bij ontstentenis is er een vacature in het orgaan waar de functionaris deel van uitmaakte.

1. Bestuurders en commissarissen zijn in toenemende mate vrouwen, hetgeen ik toejuich. Waar ik van een bestuurder of commissaris spreek kies ik echter voor het persoonlijk voor-naamwoord 'hij' aangezien de woorden mannelijk zijn.

Er is sprake van belet als een functionaris effectief zijn taak niet kan vervullen door bijvoorbeeld langdurige onbereikbaarheid of ziekte dan wel door schorsing. De functionaris maakt nog wel deel uit van het bestuur of de raad van commissarissen, maar is niet in staat deze functie uit te oefenen. Er is in die gevallen geen vacature, maar effectief ontbreekt de bestuurder of commissaris tijdelijk. Ontstentenis is een duidelijk begrip. Belet is minder omlijnd. In de bovengeschetste sfeertekening is er sprake van belet noch ontstentenis.

Ik beperk mij in dit artikel tot ontstentenis en belet van bestuurders en commissarissen van naamloze en besloten vennootschappen.

2. Wettelijke regeling

Ingevolge het onlangs gewijzigde art. 2:244 lid 4 BW moeten de statuten van een BV voorschriften bevatten omtrent de wijze waarop in het bestuur van de vennootschap voorlopig wordt voorzien in geval van ontstentenis of belet van *één of meer* bestuurders. De statuten kunnen nader bepalen wanneer er sprake is van belet. De regeling ten aanzien van NV-bestuurders is iets anders geformuleerd: art. 2:134 lid 4 BW schrijft voor dat de statuten voorschriften dienen te bevatten omtrent de wijze waarop in het bestuur van de vennootschap wordt voorzien in geval van ontstentenis of belet van *bestuurders*. De tweede zin van dit artikellid bepaalt dat de statuten deze voorschriften *kunnen* bevatten voor het geval van ontstentenis of belet van een of meer bestuurders. De vraag is of aan deze iets afwijkende bewoordingen betekenis dient te worden toegekend en zo ja, welke. Naar ik aanneem is de formulering van de BV-bepaling niet geheel zuiver en is geen andere regeling bedoeld dan voor de NV.²

De statuten van een BV dienen per 1 oktober 2012 ook een belet- of ontstentenisregeling te bevatten voor commissarissen, aldus art. 2:252 lid 4 BW. Voor de NV is deze bepaling niet opgenomen. Ook ontbreekt bij de NV de bepaling dat in de statuten het begrip belet nader kan worden ingevuld. Zowel de regeling voor de BV als de NV zijn recentelijk gewijzigd, maar dus niet helemaal in dezelfde zin. Het is onduidelijk waarom de wetgever hiervoor gekozen heeft. Bij de BV heeft men wellicht meer flexibiliteit willen betrachten ten aanzien van de invulling van het begrip belet, hoewel daar bij de NV evenzeer behoefte aan zou kunnen bestaan. Ik zou menen dat ten aanzien van de NV het begrip belet ook statutair zou kunnen worden ingevuld.³

Ten aanzien van de belet- of ontstentenisregeling in geval van een *one tier board* lijken mij geen principiële verschillen te bestaan ten opzichte van een zodanige regeling in het duale systeem dat uit gaat van een bestuur en een raad van commissarissen. Men dient echter bij de one tier board te bedenken dat zowel uitvoerende bestuurders als niet-uitvoe-

rende bestuurders, bestuurders zijn. In geval van belet of ontstentenis van alle uitvoerende bestuurders lijken de niet-uitvoerende bestuurders in eerste instantie de meest voor de hand liggende personen te zijn om de bestuurstaken van de uitvoerende bestuurders waar te nemen. De statuten kunnen echter een andere regeling treffen.⁴

Zouden op enig moment alle bestuurders ontbreken en zou (nog) geen invulling zijn gegeven aan de in de wet voorgeschreven statutaire regeling omtrent de wijze waarop dan in het bestuur van de vennootschap voorlopig wordt voorzien, dan kan de vennootschap onder omstandigheden door derden vertegenwoordigd worden uit hoofde van zaakwaarneming in de zin van art. 6:198 en verder BW.⁵

Waar ik hierna spreek van 'waarnemers' bedoel ik personen die de rol van bestuurder of commissaris tijdelijk vervullen wegens belet of ontstentenis van een bestuurder of commissaris.

2. Zie in dit verband *Kamerstukken II* 2006/07 31 058, nr. 3, p. 94: 'Ingeval van belet of ontstentenis van één of meer bestuurders doch niet van alle bestuurders geldt in beginsel dat de overige bestuurders de taken waarnemen. *Het staat de vennootschap echter vrij* om ook voor die situatie een statutaire regeling op te nemen die voorziet in tijdelijke vervanging.' De minister licht onder verwijzing naar het eerste preadvies toe dat gekozen is voor de term '*één of meer bestuurders*' om uit te drukken dat een statutaire regeling niet noodzakelijkerwijs betrekking behoeft te hebben op belet of ontstentenis van *alle* bestuurders. Zie ook F.J.P. van den Ingh en R.G.J. Nowak, *Vereenvoudiging en Flexibilisering BV-recht Deel I. De preparlementaire geschiedenis*, Deventer: Kluwer 2006, p. 45, C.P. Van Liempt-Maris, 'On-effenheden in de belet- of ontstentenisregeling bij de BV en de NV', *V&O* 2013, p. 39-41 en M. van Offen, 'Inrichting van de one tier-vennootschap bij of krachtens de statuten', in: M.J. Kroeze et al, *Bestuur en toezicht*, Deventer: Kluwer 2009, p. 49-50. Zie echter voor het oude recht P.G.F.A. Geerts, 'De ontstentenis- of beletregeling in de statuten en §7 van de departementale richtlijnen', *WPNR* 1988, p. 25-27. Hij meent dat de statuten ook voor het geval er sprake is van belet of ontstentenis van een of meer bestuurders, doch niet van alle bestuurders, een voorziening *moeten* inhouden.
3. R.G.J. Nowak en F.J.P. van den Ingh, 'Besluitvorming in het wetsvoorstel flex-BV', *TvOB* 2007-4, p. 122-133 achten een analogische toepassing van de regeling inzake ontstentenis en belet op NV's voor de hand liggend. Ook de minister acht het mogelijk om in NV-statuten een nadere invulling te geven van de belet- of ontstentenisregeling, bijvoorbeeld in het geval van een tegenstrijdig belang (*Kamerstukken II* 2008/09, 31 763, nr. 3, p. 19), Zie ook nog C.P. Van Liempt-Maris (2013), p. 41.
4. Zie voor de bijzonderheden van de belet- of ontstentenisregeling bij de one-tier structuurvennootschap T.G.J.M. Melchers, 'De structuurregeling bij de one-tier vennootschap', *V&O* 2013, p. 57-61.
5. Zie in dit verband Rb. 's-Hertogenbosch (pres.) 13 juli 1995, *KG* 1995/322.

3. Statutaire invulling

De meest voorkomende belet- of ontstentenisregeling die in statuten wordt aangetroffen houdt in dat bij belet of ontstentenis van één of meer bestuurders de overige bestuurders een bevoegd orgaan blijven vormen, onverminderd de gehoudenheid van het benoemende orgaan om in geval van ontstentenis zo spoedig mogelijk in vacatures te voorzien. In aanvulling daarop is vaak bepaald dat bij belet of ontstentenis van alle bestuurders het bestuur van de vennootschap tijdelijk bij een door de algemene vergadering daartoe aangewezen persoon berust.⁶

Een regeling als deze strekt zich uit tot zowel de besluitvorming als de vertegenwoordiging van de vennootschap. Als, bijvoorbeeld, de statuten bepalen dat de vennootschap ten minste twee bestuurders heeft en één bestuurder is gedefungeerd, dan zal indien de statuten een ontstentenisregeling bevatten als voormeld, het bestuur – dan nog slechts bestaand uit de overgebleven bestuurder – een bevoegd orgaan blijven vormen. De overgebleven bestuurder kan zelfstandig bestuursbesluiten nemen en de vennootschap vertegenwoordigen.

De wet geeft een aanzienlijke ruimte om belet- of ontstentenisregelingen vorm te geven. Zo kan het zijn dat de regeling pas in werking treedt bij belet of ontstentenis van alle functionarissen, maar ook is het mogelijk dat bij belet of ontstentenis van één functionaris al een waarnemer wordt aangewezen. Ook kunnen verschillende regelingen worden getroffen voor ontstentenis en voor belet. De regeling kan per functionaris worden gedifferentieerd; niet voor alle functionarissen hoeft de regeling hetzelfde te zijn.

In bepaalde situaties, bijvoorbeeld in *joint ventures*, waar iedere aandeelhouder een bestuurder voordraagt of benoemt, zal doorgaans een andere regeling gewenst zijn. In die gevallen zou kunnen worden bepaald dat in geval van belet of ontstentenis van één van beide bestuurders, de aandeelhouder die de desbetreffende bestuurder heeft voorgedragen of benoemd, een andere persoon kan voordragen of benoemen die tijdelijk met de rol van bestuurder is belast. Zo'n voordacht of benoeming kan ook geschieden voordat er sprake is van belet of ontstentenis. Dat is wellicht zelfs aan te bevelen omdat de benoeming van een waarnemer mogelijk meer tijd zal nemen dan gewenst is. Daarbij brengt de aanvullende besluitvorming meer formaliteiten en kosten met zich mee. De benoeming/aanwijzing van waarnemers zou dan uit praktisch oogpunt ook als een terugkerend punt op de jaarvergadering kunnen worden opgenomen.

Omdat de grenzen van het begrip belet onduidelijk zijn, is voor de BV in de wet de mogelijkheid geopend dit begrip in de statuten nader in te vullen. Zonder nadere invulling, zo zagen wij al, is van belet slechts

sprake in geval van voortdurende niet-beschikbaarheid van een bestuurder of commissaris om zijn taak te vervullen. Aangezien ook derden er belang bij kunnen hebben de beletregeling te kennen in verband met de besluitvorming van het orgaan en de vertegenwoordiging van de vennootschap, kan deze regeling niet krachtens maar slechts bij, dus in de statuten plaatsvinden. Zo zou men in de statuten kunnen opnemen dat in overleg opgenomen vakanties of zelfs vrije dagen of dagdelen als belet kunnen gelden. Of dat laatste een goed idee zou zijn valt overigens te betwijfelen.

Indien de statuten bepalen dat in geval van belet de overige leden van het orgaan een bevoegd orgaan blijven vormen en alle hen toekomende bevoegdheden kunnen blijven uitoefenen, dient men hier mogelijk nog wel andere statutaire regelingen omtrent de besluitvorming van bestuurders op af te stemmen. Indien, bijvoorbeeld, de statuten bepalen dat bepaalde bestuursbesluiten slecht kunnen worden genomen met instemming van alle in functie zijnde bestuurders, dan levert een beletregeling die zegt dat de overblijvende bestuurders een bevoegd orgaan blijven vormen onduidelijkheid op: kan het bestuur nu wel of niet een besluit nemen waarvoor eenstemmigheid van alle bestuurders is vereist? Zonder nadere bepaling is dat denk ik niet het geval. Alleen als in de betreffende bepaling omtrent het nemen van unanieme bestuursbesluiten is vermeld dat in geval van belet een besluit alsnog kan worden genomen met alle bestuurders ten aanzien waarvan geen belet bestaat, kan het besluit alsnog worden genomen.

Leidend principe bij de belet- en ontstentenisregeling zou mijns inziens moeten zijn de kenbaarheid en verifieerbaarheid van deze situatie, zowel voor de functionaris die het betreft als voor de vennootschap, de waarnemer en derden. Via de vennootschap zou belet- of ontstentenis eenvoudig moeten kunnen worden geverifieerd. Daarnaast zou de regeling dusdanig dienen te zijn dat belet een uitzonderlijke situatie blijft. Een beletregeling kan overigens niet tot gevolg hebben dat het zijn van bestuurder of commissaris verwordt tot een vennootschappelijke duobaan die beurtelings wordt uitgeoefend, soms door de functionaris zelf, dan weer door zijn waarnemer. Op die manier zou effectief een systeem van plaatsvervangende bestuurders en commissarissen zijn gemaakt. De wet heeft echter nadrukkelijk niet voor die figuur gekozen.⁷

6. Deze regeling voldoet aan het letterlijke voorschrift van art. 2:134/244 lid 4 BW.

7. *Kamerstukken II 2006/07 31 058*, nr. 3, p. 94-95.

4. Belet nader verkend

Ten aanzien van het begrip belet zouden we een onderscheid kunnen maken tussen feitelijk en functioneel belet. Met feitelijk belet bedoel ik dat de betreffende bestuurder of commissaris gedurende een bepaalde tijd werkelijk verhinderd is zijn taken uit te oefenen. Met functioneel belet bedoel ik de situatie waarin een functionaris zijn taken niet kan uitoefenen omdat in de statuten is geregeld dat bepaalde gevallen leiden tot belet. Zo zouden de statuten kunnen bepalen dat een tegenstrijdig belang belet tot gevolg heeft en dat in dat geval in plaats van de desbetreffende functionaris een andere persoon aan de beraadslaging en besluitvorming deelneemt. Op deze wijze wordt voorkomen dat bij belet of ontstentenis van alle leden van het bestuur op grond van art. 2:129/239 lid 6 BW de besluitvorming moet worden overgedragen aan de raad van commissarissen, en in het geval er geen raad van commissarissen is of in geval van belet of tegenstrijdig belang van alle commissarissen, de besluitvorming moet worden overgedragen aan de algemene vergadering.⁸ Maar een statutaire regeling zou nog verder kunnen gaan. Zo zouden de statuten kunnen bepalen dat er sprake is van belet als de betreffende bestuurder dit schriftelijk te kennen geeft aan de vennootschap.

Nu bij functioneel belet de betreffende functionaris wel fysiek beschikbaar is om zijn taken uit te oefenen, maar deze op grond van de statutaire regeling niet kan uitoefenen, dient men erop bedacht te zijn dat ook in deze situatie belet doorwerkt in andere besluitvorming en in de vertegenwoordiging van de vennootschap. Er is immers sprake van belet of er is geen sprake van belet; er is niet een beetje sprake van belet.

5. Aansprakelijkheid van de tijdelijk bestuurder/commissaris

De waarnemer is op gelijke wijze als de functionaris voor wie hij waarneemt gehouden tot een behoorlijke taakvervulling in de zin van art. 2:9 BW.⁹ Op gelijke wijze als een bestuurder of commissaris is de waarnemer ook aanspreekbaar en uiteindelijk mogelijk ook aansprakelijk voor onbehoorlijke taakvervulling. In beginsel wordt in dat opzicht geen onderscheid gemaakt tussen functionarissen en waarnemers. Niet ondenkbaar lijkt mij echter dat een waarnemer zich onder omstandigheden eerder kan disculperen doordat hem bepaalde zaken niet bekend waren en konden zijn. Voorbeelden in de rechtspraak zijn daarover echter niet te vinden.

De bestuurder met belet blijft als bestuurder gehouden tot een behoorlijke taakvervulling en verantwoordelijk voor de algemene gang van zaken. Een grond van disculpatie zou kunnen zijn dat hem gezien zijn feitelijke niet beschikbaarheid geen ernstig verwijt kan worden gemaakt. In gevallen van functioneel belet lijkt disculpatie minder voor de hand te liggen.

6. Tijdelijke maatregel

De belet- of ontstentenisregeling is bedoeld als tijdelijke maatregel. Duurt de periode te lang dan moeten opvolgende bestuurders worden benoemd.¹⁰ Dit geldt eens te meer indien sprake is van de situatie dat een commissaris of de raad van commissarissen voorlopig met het bestuur is belast. Bestuur en toezicht kunnen in het wettelijk systeem niet lang in een hand zijn. Zou het in dit verband zelfs redelijk zijn dat een commissaris die tijdelijk belast is met het bestuur (tijdelijk) aftreedt als commissaris? Over het antwoord op deze vraag is men enigszins verdeeld. Ik zou menen dat uit praktische overwegingen een commissaris wel tijdelijk in het bestuur kan voorzien zonder te hoeven terugtreden uit de raad van commissarissen, mits deze situatie van beperkte duur is.¹¹ Om belangenverstrengeling te voorkomen zou een commissaris zich in dit geval kunnen onthouden van stemming in de raad van commissarissen, in ieder geval waar de stemming betrekking heeft op het toezicht op het bestuur.

8. Zie ook R.G.J. Nowak, 'Tegenstrijdig belang als vorm van belet', *WPNR* 2013, p. 471-472. Anders echter: R.G.J. Nowak en A.F.J.A. Leijten, 'De nieuwe tegenstrijdigbelangregeling', *Ondernemingsrecht* 2012/92. Nowak en Leijten menen dat een van de tegenstrijdig belang regeling afwijkende statutaire regeling alleen in de vorm van een beletregeling kan worden gegoten indien afwijking door de wettelijke tegenstrijdig belang regeling wordt toegestaan. Meer in het algemeen kan volgens hen worden gesteld dat bij samenloop van een statutaire beletregeling en de wettelijke tegenstrijdigbelangregeling de laatste prevaleert. Nowak neemt in zijn *WPNR* artikel afstand van deze laatste stelling, voor het geval dit zou betekenen dat wanneer alle bestuurders geconfliteerd zijn (terwijl de statuten voor dat geval beletpersonen aanwijzen), het bestuursbesluit niettemin door de raad van commissarissen moet worden genomen. Aan deze laatste – op zich dwingendrechtelijke – regel komt men volgens Nowak niet toe, het besluit wordt immers genomen door het bestuur, tijdelijk bestaande uit beletpersonen.
9. Zie voor de tijdelijk bestuurder Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009, nr. 437 en 477.
10. Hof Amsterdam (OK) 19 december 1985, kenbaar uit HR 24 december 1986, *NJ* 1987/903, m.nt. J.M.M. Maeijer (Westhaven) en Hof Amsterdam (OK) 5 augustus 2005, *JOR* 2005/270 (Samlarhuset).
11. F.K. Buijn en P.M. Storm, *Sanders/Westbroek. BV en NV. Het nieuwe ondernemingsrecht*, Deventer: Kluwer 2005, p. 159 en P.G.F.A. Geerts, 'Het door commissarissen ex art. 134 (244) lid 4 Boek 2 BW tijdelijk voorzien in het bestuur van de vennootschap', *De NV* 1988, p. 101-106. Anders: Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009, nr. 491. Voor beursvennootschappen is in best practice bepaling III.6.7 van de corporate governance code bepaald dat commissarissen moeten aftreden. In de Samlarhuset uitspraak is uitgemaakt dat uit een oogpunt van corporate governance onwenselijk wordt geacht de situatie waarin de raad van commissarissen langer dan een half jaar belast is met de bestuurstaak.

7. Bezoldiging van tijdelijk bestuurders/commissarissen

De wet regelt niets omtrent de bezoldiging van waarnemers. Indien men de benoeming van waarnemers in de vennootschap wil institutionaliseren, dienen daarover gedachten te worden gevormd. Zo zou men bijvoorbeeld een vergoeding per dag of dagdeel kunnen afspreken. Voorts zou dienen te worden nagegaan of de aansprakelijkheidsverzekering die voor bestuurders en commissarissen is afgesloten zich ook uitstrekt tot hun tijdelijke plaatsvervangers. Eventueel aangegane vrijwaringsovereenkomsten dienen zich eveneens tot de tijdelijke plaatsvervangers uit te strekken. In een geval waarin de taak van een bestuurder tijdelijk werd vervuld door een commissaris bepaalde de Hoge Raad¹² dat weliswaar de raad van commissarissen de bezoldiging van de bestuurders kon bepalen, maar dat dit niet meebrengt dat de raad van commissarissen ook bevoegd was de bezoldiging van de betreffende commissaris aan te passen, enkel vanwege het feit dat deze tijdelijk bestuurstaken uitoefende. Men is immers commissaris en blijft dat ook, ongeacht of de commissaris daarbij een bestuurstaak voor zijn rekening neemt. Het is de algemene vergadering die op grond van art. 2:255 BW over de bezoldiging van commissarissen gaat.

8. Inschrijving functionarissen in het handelsregister

Art. 22 lid 1 sub b Handelsregisterbesluit 2008 bepaalt dat in het handelsregister worden ingeschreven 'de persoonlijke gegevens van anderen dan de bestuurders aan wie de statuten de bevoegdheid tot vertegenwoordiging toekennen en de inhoud van de bevoegdheid'. Waarnemers voor bestuurders dienen aldus in beginsel te worden ingeschreven en ook zou de onbevoegdheid tot vertegenwoordiging van de bestuurder met belet dienen te worden vermeld. Wanneer dit vaak voor kortere duur zou moeten gebeuren is dat wat onpraktisch. Ik zou echter geen voorstander zijn van een doorlopende inschrijving van plaatsvervangend bestuurders in het handels-

register, dus ongeacht of er sprake is van belet of niet. Op die manier creëert men eerder verwarring dan helderheid nu het voor de derde niet kenbaar zal zijn wanneer de plaatsvervanger al dan niet bevoegd is. In geval van ontstentenis zal een functionaris zo spoedig mogelijk dienen te worden uitgeschreven.

9. Samenvatting

Van ontstentenis is sprake indien er een vacature is doordat een bestuurder of commissaris is gedefungeerd. Van belet is sprake als een bestuurder of commissaris tijdelijk zijn taak niet kan uitoefenen. De regeling voor de NV en de BV ten aanzien van belet of ontstentenis zijn niet geheel gelijklopend. De wet biedt voor de BV de mogelijkheid in de statuten het begrip belet nader in te vullen. Naar ik meen zou dit voor de NV ook mogelijk moeten zijn. Waarnemers kunnen niet verworden tot plaatsvervangende bestuurders of commissarissen met een quasi doorlopende bevoegdheid. Bij belet kan onderscheid worden gemaakt tussen feitelijk en functioneel belet. Tegenstrijdig belang kan worden omschreven als een oorzaak van belet. Is er sprake van belet, dan geldt dit voor alle rollen van de betreffende functionaris. Van een partieel belet kan geen sprake zijn. Waarnemers zijn gehouden tot een behoorlijke taakvervulling als waren zij de bestuurder of commissaris voor wie zij waarnemen en zij kunnen ook aansprakelijk worden als waren zij bestuurder of commissaris. Waarnemers van bestuurders kunnen als zodanig in het handelsregister worden ingeschreven. Drie weken moet kunnen.

*Mr. P.H.N. Quist**

12. HR 6 januari 2012, *JOR* 2012/75, m.nt. L.G. Verburg.

* Notaris te Amsterdam.
(paul.quist@stibbe.com)