

op de informatie aan hem wordt verschaft: hem wordt gemeld dat de benodigde informatie voorafgaand aan de vergadering ter inzage ligt, maar hij wenst zich op andere wijze voor te bereiden en daartoe de stukken toegezonden te krijgen. Daarbij geldt het volgende. De vennootschap zal aan haar informatieplicht in een geval als dit dienen te voldoen op een wijze die de beheerder van aandelen in staat stelt zich een behoorlijk beeld te vormen over de gang van zaken of de aangelegenheid waarop het informatierecht ziet; de beheerder kan op zijn beurt aandeelhouder [A] informeren over de gang van zaken in de vennootschap. Dat zal met zich kunnen brengen dat de beheerder voorafgaand aan een vergadering van aandeelhouders of een bijeenkomst met het bestuur, informatie op schrift ontvangt, zodat de beheerder zich naar behoren kan voorbereiden. Dat betekent dat de informatie waarvan de beheerder op grond van het informatierecht van de aandeelhouder kennis kan nemen, zoveel mogelijk in kopie of digitaal beschikbaar moet worden gesteld. De vraag op welke termijn een beheerder (of aandeelhouder) met een uitgebreid informatierecht voorafgaand aan een algemene vergadering of bijeenkomst met het bestuur informatie dient te ontvangen, moet worden beantwoord op basis van de redelijkheid en billijkheid en met inachtneming van de omstandigheden van het geval. In het algemeen geldt dat de vennootschap de beheerder (aandeelhouder) de gelegenheid moet bieden zich behoorlijk voor te bereiden op een dergelijke vergadering of bijeenkomst en voorafgaand aan de bijeenkomst zo nodig ruggespraak te hebben over de inhoud van de vergaderstukken met de aandeelhouder wiens aandelen ten titel van beheer zijn overgedragen.

3.11 Ter zitting hebben Overing en Küh toegezegd dat zij nadere afspraken zullen maken met betrekking tot de informatieverzorging. Inmiddels is Küh op eigen verzoek vervangen als beheerder. De Ondernemingskamer gaat er vooralsnog van uit dat Overing en de huidige beheerder – mr. Y. Borrius – op het punt van de informatieverzorging een werkbare modus zullen vinden die recht doet aan voormelde maatstaf. Mede gelet hierop acht de Ondernemingskamer (verder) ingrijpen niet nodig.

3.12 Het standpunt van [A] dat aan Smeets in het kader van zijn werkzaamheden als deskundige in de geschillenregeling informatie is onthouden, dan wel dat hem misleidende informatie is verstrekt, leidt ongeacht van wat daar verder van zij evenmin tot toewijzing van de gevraagde voorzieningen. De groene veiling is pas enkele maanden na deponering van het definitieve deskundigenrapport van Smeets gehouden en heeft niet geleid tot een materiële liquidatie van de onderneming – in welk geval de door Smeets berekende intrinsieke waarde

blijkens het deskundigenrapport wel als uitgangspunt voor de waardering voor de hand zou hebben gelegen. Ook als het voornemen tot die veiling al heeft bestaan voorafgaand aan 20 maart 2019 is het feit dat [D] dat voornemen niet met Smeets heeft gedeeld daarom geen aanleiding voor nader ingrijpen in de onderhavige procedure. Dat de notulen van de vergadering van aandeelhouders van 7 september 2018 kennelijk niet tijdig beschikbaar waren voor Smeets neemt niet weg dat de inhoud van hetgeen op die vergadering is besproken kenbaar was voor [A] via de beheerder van aandelen; zij had daarom die input zelf aan Smeets kunnen verstrekken.

3.13 De slotsom is dat zowel het primaire als het subsidiaire verzoek zal worden afgewezen. De Ondernemingskamer zal [A] als de in het ongelijk gestelde partij veroordelen in de kosten van het geding. Het verzoek van de vennootschap om [A] te veroordelen tot vergoeding van de schade als bedoeld in artikel 2:350, tweede lid BW, zal de Ondernemingskamer afwijzen omdat zij geen aanleiding ziet tevens te beslissen dat het verzoek van [A] niet op redelijke grond is gedaan.

4 De beslissing

De Ondernemingskamer:

wijst het verzoek van [A] af;

veroordeelt [A] in de kosten van het geding, tot op heden aan de zijde van [B] en [C] telkens begroot op € 3.222;

verklaart deze beschikking uitvoerbaar bij voorraad;

wijst af hetgeen meer of anders is verzocht.

Deze beschikking is gegeven door mr. M.M.M. Tillema, voorzitter, mr. A.J. Wolfs en mr. H.J. Vetter, raadsheren, en drs. M.A. Scheltema en W. Wind, raden, in tegenwoordigheid van mr. F.L.A. Straathof, griffier, en in het openbaar uitgesproken door mr. A.J. Wolfs op 13 maart 2020.

RO 2020/49

HOF DEN HAAG

27 mei 2020, nr. 200.276.896/01

(Mrs. K.M. Braun, A.N. Labohm, A. Zonneveld)

Art. 2:9, 2:25, 2:216 lid 3 BW

FR 2020/110

ECLI:NL:GHDHA:2020:974

Dividend. Alimentatie. Directeur-grootheidhouder.

Kan de coronacrisis een grond zijn om geen dividend uit te keren en kan de coronacrisis een grond zijn om een alimentatieverplichting (tijdelijk) te wijzigen?

Een man en een vrouw hebben uit een eerder huwelijk twee minderjarige kinderen. De kinderen hebben hun hoofdverblijfplaats bij de vrouw. De man is een zelfstandig ondernemer. Hij is enig aandeelhouder van een holding, die 45% van de aandelen in een besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid (hierna: BV) houdt. De activiteiten van de BV bestaan uit (nationale en internationale) handel in lelies. De holding heeft als verplichting de betaling van het loon van de man. De rechtbank heeft eind 2018 de door de man aan de vrouw te betalen partneralimentatie vastgesteld op € 2.837 per maand. Tegen de beschikking van de rechtbank heeft de man hoger beroep ingesteld. Hangende een uitspraak in het hoger beroep dient de man de partneralimentatie van € 2.837 per maand aan de vrouw te betalen. Daarnaast betaalt de man ook kinderalimentatie ter hoogte van € 1.307 per maand. De man verzoekt het hof om, bij wijze van voorlopige voorziening op grond van artikel 233 Rv, de bestreden beschikking van de rechtbank te schorsen en de door hem verschuldigde partneralimentatie, zolang op de hoofdzaak nog niet is beslist, op nihil te stellen. Volgens de man ontbreekt het hem namelijk aan draagkracht en dreigt een financiële noodsituatie te ontstaan omdat de omzet van de BV door de coronacrisis stilgevallen is. Dit heeft onder meer tot gevolg dat hij vanuit de holding geen dividend meer kan uitkeren en dat hij zijn salaris als directeur-grootaandeelhouder (DGA) heeft moeten verlagen.

Hof: Volgens het hof mag van een redelijk handelend bestuurder worden verlangd dat hij behoedzaam omgaat of onder de gegeven omstandigheden van het coronacrisis dividend mag en kan worden uitgekeerd. Het Hof overweegt dat bij betaalbaarstelling van het dividend door het bestuur van de vennootschap een uitkeringstoets plaats dient te vinden (artikel 2:216 lid 3 BW). Het is een algemeen bekend gegeven dat de coronacrisis voor een groot aantal vennootschappen verstrekkende gevolgen zal hebben. Sommige sectoren in de economie zijn volledig tot stilstand gekomen. De BV heeft blijkens de door de man overgelegde btw-aangiften sinds maart 2020 een aanzienlijk omzetverlies geleden waardoor onduidelijk is of er op dit moment door de BV nog enig dividend uitgekeerd kan worden. Daarbij speelt mee dat de man, middels het belang van 45% van zijn holding in de werkmaatschappij, niet beslissingsbevoegd is ten aanzien van het uitkeren van dividend door de BV aan zijn holding. Dit heeft een aanzienlijk effect op het inkomen van de man. Naar het oordeel van het hof heeft de man wel voldoende aanmerkelijk gemaakt dat er als gevolg van de coronacrisis thans geen dividend door de BV kan worden uitgekeerd. Echter, de man heeft onvoldoende inzicht verstrekt dat er voor de holding een financiële noodzaak bestond om zijn salaris te verlagen. Volgens het hof lag het op de weg van

de man om bijvoorbeeld de operationele kasstroom te overleggen waar deze financiële noodzaak uit zou blijken. Gelet hierop, en bij gebrek aan recentere informatie, houdt het hof rekening met het oude inkomen van de man. Het hof wijst evengoed het verzoek toe en stelt de partneralimentatie voorlopig op nihil.

Zie ook:

- HR 2 november 2018, ECLI:NL:HR:2018:2045, RFR 2019/31;
- HR 19 mei 2017, ECLI:NL:HR:2017:934, RFR 2017/107;
- HR 6 juni 2014, ECLI:NL:HR:2014:1335, RFR 2014/95;
- Hof Amsterdam 6 augustus 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:2923, RFR 2020/2;
- Hof Arnhem-Leeuwarden 15 september 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:6989;
- Hof Arnhem-Leeuwarden 27 november 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:9206;
- Hof Den Haag 4 september 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:2610;
- Hof Den Haag 10 oktober 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:2664, JONDR 2018/1216;
- Hof 's-Hertogenbosch 6 juni 2019, ECLI:NL:GHSHE:2019:2038;
- B. Bier, 'Dividend in coronatijd', *Ondernemingsrecht* 2020/81;
- B. Bier, 'Besluit tot reservering van winst blijft in stand. Ruime mate van beoordelingsvrijheid voor orgaan dat bevoegd is tot reservering', *Ondernemingsrecht* 2012/16;
- B. Bier, 'Doorbraak van aansprakelijkheid bij uitkeringen', *JB (ZIFO nr. 29) 2019/3*;
- A.N. Labohm, 'De coronacrisis en de afwikkeling van financiële geschillen in de familiepraktijk', *EB* 2020/53;
- A.N. Labohm, 'Hoge Raad: Het inkomen van de dga', *EB* 2014/73;
- A.G. de Neve, 'De balansrest ex art. 2:216 lid 1 BW: nut, noodzaak en complicaties', *JB (ZIFO nr. 29) 2019/27*;
- M.B.F. Canisius & R.E. Canisius, *Uitkeringen aan aandeelhouders in het nieuwe BV-recht, Besluitvorming, vertegenwoordiging en vereenzelviging* (Serie Van der Heijden Instituut nr. 127) (diss. Maastricht), Deventer: Wolters Kluwer 2015.

Wenk:

Uit deze uitspraak blijkt dat de coronacrisis een grond kan zijn om geen dividend uit te keren en om de alimentatieverplichting (tijdelijk) te schorsen of te wijzigen op grond van gebrek aan financiële middelen, en dat het in voorkomende gevallen aan de alimentatieplichtige/DGA is om dit met voldoende en vooral recente gegevens aan te tonen. Het voor de lezer van dit tijdschrift meest interessante aspect van deze uit-

spraak zullen de overwegingen van het Hof zijn ten aanzien van de eisen die aan betaalbaarheid van een dividenduitkering in tijden van corona worden gesteld.

Sinds 2012 dient op grond van art. 2:216 BW een besluit van de algemene vergadering van een BV door het bestuur van die BV voorafgaand aan daadwerkelijke betaling van het bedrag van een dividend of aan de respectievelijke aandeelhouders aan de hand van een uitkeringstoets (en geen uitkeringstest, zoals in de uitspraak staat) worden goedgekeurd. Zonder die goedkeuring heeft het besluit van de algemene vergadering geen gevolgen (art. 2:216 lid 2 BW). Dit geldt eveneens voor andere vermogensonttrekkingen zoals kapitaalvermindering (art. 2:208 lid 1 en lid 6 BW) of inkoop van aandelen (art. 2:207 lid 1 en lid 2 BW). Bij de uitkeringstoets moet het bestuur nagaan of de BV na betaling van het dividend (of andere uitkeringen) haar opeisbare schulden kan blijven betalen. Peilmoment is het moment waarop de uitkering, betaalbaarheid van het dividend, plaatsvindt zo blijkt uit de parlementaire behandeling (*Kamerstukken I 2011/12*, 31058, E, p. 10-11).

De geldende maatstaf is of een BV tijdig en blijvend aan haar verplichtingen kan voldoen, dit wordt ook wel de continuïteitsveronderstelling genoemd. Wordt aan de continuïteitsveronderstelling voldaan, dan komt het bestuur toe aan de bepaling van de maximale uitkeringsruimte. Daarbij wordt volgens de wetsgeschiedenis van het bestuur “verwacht dat de uitkeringstest aan de hand van financiële maatstaven zoals liquiditeit, solvabiliteit en rentabiliteit wordt uitgevoerd. Om aan deze verantwoordelijkheid uitvoering te geven, ligt het in de rede dat men bij de samenstelling van het bestuur zorgt voor de aanwezigheid van voldoende financiële expertise of dat men bij de uitkeringen gebruik maakt van advisering door een financieel deskundige.” (*Kamerstukken II 2006/07*, 31058, 3, p. 32.)

Voor elke bestuurder geldt in het licht van de coronacrisis dat bij de uitkeringstoets de mogelijke invloed van het coronavirus op de onderneming van een vennootschap zal moeten worden ingeschat. Het is voor een bestuurder juist in deze tijd raadzaam om heel voorzichtig te zijn bij de goedkeuring van dividendbesluiten die door de aandeelhouders zijn genomen. Keurt een bestuur de uitkering goed, terwijl achteraf blijkt dat de vennootschap niet meer aan haar verplichtingen kan voldoen, dan loopt de bestuurder die dit wist of redelijkerwijs behoorde te voorzien, het risico om persoonlijk aansprakelijk te zijn. Van een redelijk handelend bestuurder mag, zo

ook het Hof in de onderhavige uitspraak, worden verlangd dat hij behoedzaam omgaat of onder de gegeven omstandigheden dividend mag en kan worden uitgekeerd.

Die extra behoedzaamheid is vooral nu van belang omdat de gevolgen van de coronacrisis niet zijn te voorzien. Deze onvoorspelbaarheid maakt de beoordeling achteraf of de bestuurders op het moment van de uitkering ernstig rekening moesten of hadden moeten houden met betalingsonmacht na de uitkering bijzonder lastig. Het moment van daadwerkelijk betalen van de uitkering is immers beslissend bij de beoordeling. Het is aan te raden om voor de beoordeling de vermogensopstelling op basis waarvan de uitkering zou plaatsvinden te actualiseren en de prognoses voor het komende jaar aan te passen en daarbij ook duidelijk aan te geven welke parameters invloed op dergelijke prognoses hebben gehad.

Concreet betekent dit dat bestuurders de uitkeringstoets en de besluitvorming over de goedkeuring van het dividend inclusief de gemaakte vermogensopstelling en prognoses schriftelijk dienen vast te leggen en bij die schriftelijke vastlegging duidelijk moeten laten blijken dat een inschatting van het effect van de coronacrisis op de bedrijfsvoering is gemaakt, en op welke wijze. Dat kan onder andere gedaan worden door de vermogensopstelling op basis waarvan de goedkeuring is gegeven eveneens schriftelijk vast te leggen en daarbij ook mee te nemen welke prognoses over de solvabiliteit en liquiditeit op dat moment gemaakt zijn, dit allemaal in het licht van de omstandigheden die op het moment van de te betalen uitkering gelden.

F. Henke

Beschikking inzake het verzoek tot het treffen van voorlopige voorzieningen ex artikel 223 Rv [Appellant], verzoeker in hoger beroep, hierna te noemen: de man, advocaat: mr. M.A. Ossentjuk te Leiden, tegen [Geïntimeerde], verweerster in hoger beroep, hierna te noemen: de vrouw, advocaat: mr. A.M.M. de Waal te Bergen op Zoom.

Hof:

1 *Het verloop van het geding in eerste aanleg*

Het hof verwijst voor het geding in eerste aanleg naar de beschikking van de rechtbank Den Haag van 22 oktober 2018, uitgesproken onder voormeld zaaknummer (hierna: de bestreden beschikking).

2 *Het geding in hoger beroep in de hoofdzaak en het verzoek tot het treffen van een voorlopige voorziening*

2.1 De man is op 16 januari 2019 in hoger beroep gekomen van de bestreden beschikking. Dit hoger beroep is bij het hof ingeschreven onder zaaknummer 200.253.038/01 (verder ook te noemen: de hoofdzaak). De man heeft vervolgens op 7 april 2020 bij apart verzoekschrift een verzoek tot het treffen van een voorlopige voorziening ex artikel 223 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv) ingediend. Dit verzoek is bij het hof ingeschreven onder zaaknummer 200.276.896/01.

2.2 De vrouw heeft op 6 mei 2020 een verweerschrift op het verzoek tot het treffen van een voorlopige voorziening ingediend.

2.3 Bij het hof zijn voorts de volgende stukken ingekomen:

- een journaalbericht van de zijde van de man van 21 april 2020 met bijlage, ingekomen op diezelfde datum;
- een journaalbericht van de zijde van de man van 6 mei 2020 met bijlagen, ingekomen op diezelfde datum.

2.4 De mondelinge behandeling heeft op 7 mei 2020 via Skype plaatsgevonden ten overstaan van mr. K.M. Braun als raadsheer-commissaris. Partijen hebben voorafgaand aan de zitting verklaard in te stemmen met een behandeling ten overstaan van de raadsheer-commissaris.

Verschenen zijn:

- de advocaat van de man, mr. M.A. Ossentjuk;
- de vrouw, bijgestaan door haar advocaat mr. A.M.M. de Waal.

De man is, met bericht van verhindering, niet ter zitting verschenen.

3 *De feiten*

3.1 Het hof gaat uit van de door de rechtbank vastgestelde feiten voor zover daartegen in hoger beroep niet is opgekomen. Onder meer staat het volgende vast.

3.2 Partijen zijn gehuwd geweest tot 20 april 2017.

3.3 Partijen zijn de ouders van de volgende thans nog minderjarige kinderen:

- [de minderjarige 1], geboren [in] 2006 te [geboorteplaats];
- [de minderjarige 1], geboren [in] 2008 te [geboorteplaats]

(hierna: de minderjarigen).

De minderjarigen verblijven bij de vrouw.

3.4 Voorafgaand aan de bestreden beschikking heeft het gerechtshof te Den Haag bij beschikking van 29 november 2017, voor zover hier van belang, bepaald dat de uitkering tot levensonderhoud voor de vrouw ten laste van de man (hierna: partneralimentatie) met ingang van de datum waarop de echtscheidingsbeschikking is ingeschreven in de registers van

de burgerlijke stand € 2.673,- per maand draagt. Daarmee heeft het hof de beschikking van de rechtbank bekrachtigd ten aanzien van op het verzoek van de man om limitering van de partneralimentatie.

4 *De omvang van het geschil*

4.1 In geschil is de voorlopige voorziening die de man heeft verzocht ten aanzien van het bedrag aan partneralimentatie dat de man moet betalen aan de vrouw.

4.2 De man heeft in de hoofdzaak het navolgende gevorderd:

Vernietiging van de beschikking van de rechtbank Den Haag van 22 oktober 2018 voor zover dit betreft de verzoeken van de man, en opnieuw beschikkende, met wijziging van het verzoek in eerste aanleg daar waar het de ingangsdatum van de nihilstelling van de door de man te betalen bijdrage betreft – alsnog te bepalen:

- dat de door de man aan de vrouw te betalen bijdrage in de kosten van het levensonderhoud van de vrouw – vanwege het ontbreken van draagkracht aan de zijde van de man, per 1 januari 2019 – nihil bedraagt, althans een zodanig bedrag bedraagt, per zodanige ingangsdatum als het hof juist acht;

- dat de (eventueel) door de man te betalen bijdrage in de kosten van het levensonderhoud van de vrouw na 5 jaar, na de datum van de inschrijving van de echtscheidingsbeschikking in het daartoe bestemde register, derhalve op 20 april 2022, wordt gelimiteerd/beëindigd, op een zodanige datum als het hof juist acht;

- de te geven beschikking zoveel mogelijk uitvoerbaar bij voorraad te verklaren.

4.3 De man heeft in onderhavige procedure als voorlopige voorziening gevorderd:

Primair:

1. de werking van de beschikking van het Gerechtshof Den Haag van 29 november 2017 (200.209.699/01, 02 en 03 en 200.209.700.01), daar waar het betreft de door de man aan de vrouw te betalen uitkering tot haar levensonderhoud, per 1 april 2020, te schorsen totdat in de lopende bodemprocedure ten overstaan van het hof over de hoogte van de door de man te betalen partneralimentatie door het hof definitief is beslist;

Subsidiair:

2. dan wel per 1 april 2020 tijdelijk, en met wijziging van de beschikking van het Gerechtshof Den Haag van 29 november 2017, een zodanig lager bedrag aan partneralimentatie vast te stellen als het hof rechtens juist acht, dit totdat in de hoofdzaak over de hoogte van de door de man aan de vrouw te betalen partneralimentatie definitief door het hof is beslist.

En voor het geval ten tijde van de behandeling van onderhavig verzoek door de vrouw – onder dreiging van executie van de beschikking van

het hof van 29 november 2017 – van de zijde van de man inmiddels betaling is afgedwongen, verzoekt de man het hof:

3. te bepalen, en de vrouw daartoe te veroordelen, dat het door de vrouw ontvangen bedrag aan partneralimentatie, daar waar het betreft de periode vanaf 1 april 2020, door de vrouw aan de man dient te worden terugbetaald, voor zover dit bedrag het bedrag aan partneralimentatie zoals door het hof zal worden vastgesteld, overstijgt.

De man verzoekt het hof tot slot de beschikking zoveel mogelijk uitvoerbaar bij voorraad te verklaren.

4.4 Het verweer van de vrouw ten aanzien van de verzochte voorlopige voorziening strekt tot niet-ontvankelijkverklaring van de man in zijn verzoek, althans hem deze te ontzeggen door deze af te wijzen en de man te veroordelen in de proceskosten.

5 *De motivering van de beslissing*

Voorlopige voorziening ex artikel 223 lid 1 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv)

5.1 Ingevolge artikel 223 lid 1 Rv kan iedere partij tijdens een aanhangig geding vorderen dat de rechter een voorlopige voorziening zal treffen voor de duur van het geding. Lid 2 van dit artikel bepaalt dat de vordering moet samenhangen met de hoofdvordering. De wet en de aard van de verzoekschriftprocedure zoals geregeld in artikel 261 e.v. Rv verzetten zich niet tegen overeenkomstige toepassing van artikel 223 Rv op verzoekschriftprocedures (vgl. HR 5 december 2014, ECLI:NL:HR:2014:3533). De voorlopige voorziening is dus slechts een orde maatregel gedurende het geding. De orde maatregel verliest haar werking op het moment dat er in de hoofdzaak een definitieve beslissing is gegeven.

Spoeiseisend belang

5.2 Een vereiste voor het treffen van een voorlopige voorziening is dat degene die een voorlopige voorziening vraagt een spoedeisend belang heeft en wel van dien aard dat een beslissing in de hoofdzaak niet kan worden afgewacht.

5.3 De man heeft gesteld dat hij een spoedeisend belang heeft bij zijn vordering. Hij heeft onder meer het volgende aangevoerd. Er ontstaat voor de man een financiële noodsituatie indien de beschikking waarvan de man wijziging verzoekt niet wordt geschorst. Door de coronacrisis de omzet in de onderneming [de BV] stil gevallen. Dit heeft onder meer tot gevolg dat de man vanuit zijn holding [de holding] geen dividend meer kan uitkeren. De man heeft zijn salaris dat hij zich uitkeert uit [de holding] moeten verlagen. Het hof verwijst

naar de brief van de man van 21 april 2020 waarbij hij aangeeft dat zijn salaris thans € 46.000,- op jaarbasis bedraagt. De vrouw heeft verweer gevoerd tegen de vordering van de man. Het hof begrijpt uit het verweer van de vrouw dat zij van mening is dat de man geen spoedeisend belang heeft. In de visie van de vrouw kan de man nog steeds een aanzienlijke levensstandaard voeren.

5.4 Het hof overweegt als volgt. De man is directeur-grotaandeelhouder van [de holding]. In artikel 2:25 van het Burgerlijk Wetboek (BW) is bepaald dat de bepalingen van boek 2 BW van dwingendrechtelijke aard zijn, tenzij uit de wet anders voortvloeit. Als uit de BV dividend wordt uitgekeerd, dan dient op het moment van de betaalbaarstelling van het dividend door het bestuur van de vennootschap een uitkeringstest plaats te vinden. Het hof verwijst hier expliciet naar artikel 2:216 lid 3 BW. Van een bestuurder van een vennootschap mag worden verlangd dat hij/zij het vennootschappelijk belang dient. Daartoe verwijst het hof naar artikel 2:9 BW. Onder het vennootschappelijk belang verstaat het hof onder meer dat rekening wordt gehouden met de belangen van derden, waaronder crediteuren. Voorts dient de continuïteit van de vennootschap gewaarborgd te worden. De kas van de vennootschap is niet de kas van de bestuurder. Het is een algemeen bekend gegeven dat de coronacrisis voor een groot aantal vennootschappen verstrekende gevolgen zal hebben. Sommige sectoren in de economie – waaronder de horeca – zijn volledig tot stilstand gekomen. Van een redelijk handelend bestuurder mag dus worden verlangd dat hij zeer behoedzaam omgaat of onder de gegeven omstandigheden dividend mag en kan worden uitgekeerd.

5.5 [De holding] heeft in ieder geval als verplichting de betaling van het loon van de man. [de holding] houdt slechts 45% van de aandelen in [de BV]. De activiteiten van de werkmaatschappij [de BV] bestaan uit de handel in lilies, zowel in Nederland als export en levering naar, onder andere, Engeland. De huidige coronacrisis heeft, zo blijkt uit de door de man overgelegde btw-aangiften, geleid tot een aanzienlijk omzetverlies in de werkmaatschappij sinds maart 2020. Hierdoor is onduidelijk of er op dit moment nog enig dividend uitgekeerd kan worden door [de BV] aan de holding, mede gelet op de uitkeringstest. Daarbij speelt mee dat de man, middels het belang van 45% van zijn holding in de werkmaatschappij, niet beslissingsbevoegd is ten aanzien van het uitkeren van dividend door de werkmaatschappij aan zijn holding. Dit brengt met zich dat evenmin duidelijk is of de man nog enige dividend-uitkering uit de holding kan ontvangen. Het hof acht het op dit moment aannemelijk dat er geen dividend kan worden uitgekeerd van de

werkmaatschappij aan de holding en van de holding aan de man. Dit laatste heeft dus een aanzienlijk effect op het inkomen van de man. Hiermee staat het spoedeisend belang van de man bij een voorlopige voorziening vast.

5.6 Het hof zal hierna overgaan tot de inhoudelijke behandeling van het verzoek van de man.

Partneralimentatie

Behoeft en behoefte van de vrouw

5.7 De behoefte van de vrouw is in deze procedure niet in geschil. Het hof zal derhalve uitgaan van de (aanvullende) behoefte van de vrouw van (thans) € 2.837,-, bruto per maand gelijk het hof in zijn beschikking van 29 november 2017 en de rechtbank in haar beschikking van 22 oktober 2018 hebben vastgesteld.

Draagkracht van de man

5.8 De man voert aan dat hij zijn salaris, dat hij uit de holding ontvangt, heeft moeten verlagen tot het minimale gebruikelijke loon voor een DGA van € 46.000,-. De man heeft ter onderbouwing van de stelling een salarisstrook overgelegd. De vrouw heeft de noodzaak van deze salarisverlaging betwist. Zij stelt dat het salaris uit de holding komt en dat er geen stukken zijn overgelegd waaruit blijkt dat het momenteel slecht gaat met de holding. De vrouw betwist dat er sprake is van inkomensverlies.

5.9 Het hof overweegt als volgt. Met betrekking tot het uitkeren van dividend is het hof van oordeel dat de man aannemelijk heeft gemaakt dat er als gevolg van de coronacrisis thans geen dividend kan worden uitgekeerd. Naar het oordeel van het hof heeft de man evenwel onvoldoende inzicht verstrekt dat er voor [de holding] een financiële noodzaak is om het salaris van de man te verlagen naar € 46.000,- per jaar. Het had op de weg van de man gelegen om bijvoorbeeld aan de hand van de operationele kasstroom van de vennootschap aan te tonen dat de vennootschap niet meer in staat is om het salaris van de man te kunnen voldoen. In de operationele kasstroom van de vennootschap komen tot uitdrukking de inkomsten en uitgaven die direct betrekking hebben op de operatie van de vennootschap. Gelet op het voorgaande, en bij gebrek aan recentere informatie, zal het hof bij het bepalen van de draagkracht van de man voor partneralimentatie uitgaan van het gemiddelde salaris van de man over de jaren 2015-2017 zoals de rechtbank dat heeft vastgesteld in haar beschikking van 22 oktober 2018, derhalve van een bedrag van € 97.443,-. In de hoofdprocedure dient de man dus nader in te gaan op de vraag waarom de vennootschap het salaris van de man niet meer kan betalen. In deze voorlo-

pige voorziening heeft de man dit onvoldoende onderbouwd.

5.10 Het hof heeft op het inkomen van de man de auto van de zaak in mindering gebracht en voorts gaat het hof bij de, bij deze beschikking gevoegde, draagkrachtberekening uit van de kosten zoals de man die in zijn draagkrachtberekening opvoert nu deze kosten het hof niet onredelijk voorkomen en de vrouw hiertegen geen verweer heeft gevoerd.

5.11 Uitgaande van voormelde inkomsten en lasten becijfert het hof dat de man, rekening houdend met het door hem te betalen bedrag aan kinderalimentatie van € 1.307,- per maand voor twee kinderen, geen bedrag beschikbaar heeft voor partneralimentatie. De berekende draagkracht van de man voor partneralimentatie is negatief. De draagkrachtberekening is bij deze beschikking gevoegd. Het hof zal de draagkracht van de man bij wijze van voorlopige voorziening dan ook op nihil stellen.

Ingangsdatum

5.12 De man heeft zijn verzoekschrift ingediend op 6 april 2020. Het hof acht het redelijk om de voorlopige partneralimentatie in te doen gaan op de datum van deze beschikking. Het hof gaat ervan uit dat de alimentatie die de man heeft betaald door de vrouw zal zijn verteerd.

Het verzoek tot terugbetaling van teveel betaalde alimentatie

5.10 De man heeft als bijkomend verzoek het hof verzocht om te bepalen dat, in het geval de vrouw ten tijde van het behandeling van onderhavig verzoek en onder dreiging van executie inmiddels betaling heeft afgedwongen, daar waar het betreft de periode na 1 april 2020, het bedrag door de vrouw aan de man dient te worden terugbetaald voor zover dit bedrag het door het hof vast te stellen bedrag aan partneralimentatie overstijgt. Nu niet is gebleken dat de vrouw betaling heeft afgedwongen en de man zijn verzoek ook niet nader heeft onderbouwd, zal het hof dit verzoek van de man afwijzen.

Proceskosten

5.11 Gelet op de familierechtelijk aard van de procedure zal het hof de proceskosten compenseren.

6 De beslissing

Het hof:

bepaalt de door de man aan de vrouw te betalen voorlopige bijdrage in de kosten in haar levensonderhoud – zolang over de partneralimentatie in de hoofdzaak nog niet is beslist – met ingang van heden op nihil;

compenseert de kosten van het geding in hoger beroep in die zin dat iedere partij de eigen kosten draagt;

verklaart deze beschikking tot zover uitvoerbaar bij voorraad;

wijst het meer of anders verzochte af.

Deze beschikking is gegeven door mrs. K.M. Braun, A.N. Labohm en A. Zonneveld, bijgestaan door mr. A.M. Sipkes-Kerkman als griffier en is op 27 mei 2020 door de voorzitter in het openbaar uitgesproken.

RO 2020/50

RECHTBANK DEN HAAG

6 mei 2020, nr. C-09-590429-KG ZA 20-266
(Mr. H.J. Vetter)

Art. 2:38 BW

ECLI:NL:RBDHA:2020:4043

Stemrecht.

Dient een vereniging een fysieke algemene vergadering te houden of kan worden volstaan met een uitsluitend digitale vergadering?

Op grond van het huishoudelijk reglement van de politieke partij 50PLUS wordt de voorzitter van de selectiecommissie voor kandidaten voor de Tweede Kamerverkiezingen benoemd door de algemene vergadering van deze vereniging. Vanwege de uitbraak van het coronavirus wenst het bestuur van 50PLUS de benoeming te laten plaatsvinden met stembiljetten via e-mail en per post, zonder een algemene vergadering te houden. Partijlid Peter Pont is kandidaat voor de functie van voorzitter van de selectiecommissie en vordert in kort geding een verbod op het, op deze wijze, houden van verkiezingen en een gebod tot het houden van een fysieke algemene vergadering. De statuten van 50PLUS bevatten geen regeling voor het digitaal uitoefenen van het stemrecht in de algemene vergadering, zoals bedoeld in artikel 2:38 lid 6 t/m lid 9 BW. Tussen het uitbrengen van de dagvaarding en de behandeling van het kort geding is de Tijdelijke wet COVID-19 Justitie en Veiligheid ("Spoedwet") in werking getreden. De Spoedwet faciliteert onder andere het houden van digitale algemene vergaderingen, ook in die gevallen dat de statuten hiervoor geen regeling bevatten.

Vzr.: Voor de beantwoording van de vraag naar de legitimiteit van de besluitvorming is van belang dat de Spoedwet is aangenomen. Artikel 6 van de Spoedwet voorziet erin dat het bestuur van een vereniging, in afwijking van artikel 2:38 lid 1 BW, (onder voorwaarden) kan bepalen dat leden geen fysieke toegang hebben tot de algemene vergadering. Daarnaast kan het bestuur bepalen dat – voor zover de statuten dat niet bepalen – het stemrecht slechts kan worden uitgeoefend door middel van een elektronisch stemmiddel. Uit

het voorgaande volgt dat de stelling van de heer Pont dat benoeming van de voorzitter van de kandidatencommissie op grond van de statuten moet plaatsvinden in een fysieke algemene vergadering waarin schriftelijk wordt gestemd, inmiddels achterhaald is. Voorts is in geschil of de benoemingsprocedure enkele maanden kan worden uitgesteld, wanneer het wellicht weer mogelijk is om een fysieke vergadering te houden. Uit de memorie van toelichting bij de Spoedwet ("MvT") volgt dat de wet is bedoeld om de continuïteit van het rechtsverkeer te waarborgen en ziet op noodzakelijke besluitvorming. De voorzieningenrechter is van oordeel dat 50PLUS de noodzaak van de besluitvorming voldoende aannemelijk heeft gemaakt. 50PLUS heeft overtuigend gemotiveerd dat de inrichting en de werkzaamheden van de commissie de nodige tijd vergen en zorgvuldig moeten verlopen. De vergelijking met de procedure in de aanloop naar de vorige verkiezingen gaat niet op, omdat 50PLUS heeft betoogd dat die voorbereidingen te laat werden opgestart, waardoor het proces gebrekkig en chaotisch verliep. Ook de vergelijking met andere politieke partijen snijdt niet zonder meer hout, alleen al omdat geenszins vaststaat dat andere partijen een vergelijkbare procedure volgen. Het door 50PLUS opgestelde tijdpad lijkt reëel en hieruit volgt dat niet veel langer kan worden gewacht met het starten van het benoemingsproces.

Ten slotte is in geschil of de voorgestane wijze van elektronisch stemmen voldoet op het punt van de vereiste transparantie. De voorzieningenrechter merkt op dat 50PLUS een risico neemt door niet met haar leden in overleg te treden over de wijze waarop zij de verkiezing wil organiseren. Achteraf kan immers twist ontstaan over de rechtsgeldigheid van genomen besluiten. Wat daar ook van zij, nu 50PLUS heeft toegezegd zich te zullen richten naar de vigerende wetgeving en er geen concrete aanwijzingen zijn dat het verkiezingsproces onregelmatig zal verlopen, bestaat op dit moment ook geen grond voor het treffen van een voorlopige voorziening.

Ondanks dat de vorderingen worden afgewezen, bepaalt de voorzieningenrechter dat iedere partij de eigen proceskosten draagt. Het kan de heer Pont niet worden verweten dat hij tot dagvaarding is overgegaan en proceskosten heeft veroorzaakt. 50PLUS leek voornemens de leden een stem te laten uitbrengen via elektronische weg of per post, zonder dat een algemene vergadering bijeen zou worden geroepen en zonder dat het bestuur zich zou inspannen tot het faciliteren van beraadslaging. De geest van de Spoedwet ten aanzien van besluitvorming in vergaderingen lijkt immers te zijn dat nog steeds zo veel mogelijk sprake is van ruimte voor gedachtewisseling, zodat het te nemen besluit een vrucht is van onderling overleg (HR 15 juli 1968, NJ 1969/101 (Wijsmuller)). Uit niets blijkt dat 50PLUS zich daarvan rekenschap heeft gegeven.