

36

Rechtbank Den Haag
27 september 2017, nr. HA ZA 17-143,
ECLI:NL:RBDHA:2017:11445
(mr. Bordes)
Noot mr. dr. P.P. de Vries

Stemovereenkomst met derde. Rechtsgeldige afspraken over stemrecht op aandelen met derde. Vennootschappelijke doorwerking stemafspraken ontbreekt. Derde valt buiten kring van art. 2:8 BW. Derde komt derhalve geen beroep op vernietigbaarheid (art. 2:15 BW) toe. Gelet op vennootschapsbelang en belangen van overige betrokkenen komt aan derde geen beroep toe op stemafspraken. Van toerekenbare tekortkoming aandeelhouders is derhalve geen sprake.

[BW art. 2:8, 2:15, 6:74]

A is de geestelijk vader van een knikkerproject dat in de vennootschappen Ceraglass en Magic Marble Holding is ondergebracht. Aan de rechtbank ligt thans de vraag voor of A nakoming kan vorderen van de afspraak in de aanvullende overeenkomst omtrent het stemrecht op de aandelen en of de aandeelhoudersbesluiten, waarbij A is ontslagen, vernietigbaar zijn. Partijen zijn bij de aanvullende overeenkomst overeengekomen dat A het stemrecht op de (in de toekomst aan hem over te dragen) aandelen heeft. Volgens de rechtbank is het enkel overdragen van stemrecht op aandelen, zonder dat daarbij ook de aandelen worden overgedragen, naar Nederlands recht niet mogelijk. Partijen kunnen dan ook niet anders hebben bedoeld dan een stemovereenkomst te sluiten, waarbij aandeelhouders B en MCM hebben afgesproken op 50% van de aandelen te stemmen in overeenstemming met de wil van A. De aanvullende overeenkomst komt erop neer dat MCM zich in het algemeen heeft verbonden te stemmen, zoals A wil. Het Nederlandse recht kent geen wettelijke bepaling die het een aandeelhouder verbiedt om een algemene stemvolmacht af te geven aan een niet-aandeelhouder. Ook in het arrest Aurora (HR 19 februari 1960, NJ 160/473) leest de rechtbank geen algemeen verbod op het afgeven van een stemvolmacht aan een niet-aandeelhouder. De rechtbank is dan ook van oordeel dat een dergelijk algemeen verbod niet bestaat, maar dat aan de hand van de specifieke omstandigheden van het

geval moet worden beoordeeld of een algemene stemvolmacht met een derde, niet-aandeelhouder kan worden overeengekomen.

Door het stemmen op de aandelen in strijd met de wensen van A heeft MCM niet gehandeld in strijd met enige wettelijke of statutaire bepaling die het tot stand komen van besluiten bij Ceraglass en Magic Marble Holding regelt. A valt, in hoedanigheid van derde met wie een stemovereenkomst is gesloten, buiten de kring van personen aan wie een beroep op art. 2:8 BW toekomt. Het beroep van A op art. 2:15 BW wijst de rechtbank dan ook af. Hieruit volgt dat de tussen A en B en MCM gemaakte stemafspraken geen vennootschappelijke werking hebben. MCM kon het stemrecht, tegen de wil van A uitoefenen. De aandeelhoudersbesluiten blijven derhalve in stand.

In de gegeven omstandigheden – A was niet volledig arbeidsgeschikt maar wenste als enige de zeggenschap uit te oefenen, de orderportefeuille was (vrijwel) leeg en er moest nog meer geld worden geleend aan Magic Marble Holding en dat wilde MCM niet als A aanbleef, waardoor het faillissement van de vennootschappen onafwendbaar leek – kon van MCM en B niet worden verwacht dat zij zich zouden houden aan de steminstructie van A. Gelet op het vennootschapsbelang en de belangen van alle daarbij betrokkenen, waaronder ook Matcha en A, komt A c.s. onder deze omstandigheden geen beroep toe op de in de aanvullende overeenkomst opgenomen afspraken omtrent het stemrecht op de aandelen. Dit geldt te meer, nu de onderneming nog bestaat, A nog steeds partij is bij de aanvullende overeenkomst en hij op die manier bij de onderneming betrokken kan zijn. MCM is derhalve niet toerekenbaar tekortgekomen in de nakoming van de aanvullende overeenkomst.

In de zaak met zaaknummer/rolnummer C/09/507240/HA ZA 16-304 van

1. A,
2. *Matoha Beheer BV* te Beets, gemeente Edam-Volendam,
eisers in conventie,
verweerders in reconventie,
advocaat: mr. D. Tap,
tegen
1. *Magic Marble Holding BV* te Wassenaar,
2. *Ceraglass Patenten BV* te Leiden,
3. *M.C.M. Holding BV* te Leiden,
gedaagden in conventie,
eiseressen in reconventie,
advocaat: mr. D.A. Beck,

en in de zaak met zaaknummer/rolnummer C/09/526702/HA ZA 17-143 van

A,
eiser,
advocaat: mr. D. Tap te Den Haag,
tegen
B,
gedaagde,
advocaat: mr. D.A. Beck.

(...; red.)

3. *De feiten in de zaak 16-304 en in de zaak 17-143*

3.1. [A] heeft op enig moment het idee gekregen voor de ontwikkeling van glazen knikkers met daarin een figuurtje geplaatst, een figurine geheeten. De knikkers met figurine, ook wel 3D-Winners genoemd, zijn in productie genomen.

3.2. De ontwikkeling van de knikkers heeft [A] veel geld gekost. Zoveel dat hij op enig moment zowel privé als zakelijk – voor het knikkerproject – behoefte had aan extra financiële middelen.

3.3. In het najaar van 2010 heeft [A] een overeenkomst gesloten met [B] naar aanleiding van problemen die hij ondervond met de financiering van zijn woning te [woonplaats 1], Landgoed [het Landgoed] (hierna: [het Landgoed]). [A] had leningen afgesloten met Nationale Nederlanden, ING en Rabo voor een totaal bedrag van ongeveer € 7.000.000. Tot zekerheid voor de terugbetaling van deze leningen had [A] zes hypotheek verstrekt op [het Landgoed]. Aan Rabo waren de vijfde en de zesde hypotheek verstrekt.

3.4. Op enig moment heeft Rabo de door haar verstrekte leningen opgezegd, waardoor zij een opeisbare vordering had op [A] van

€ 3.753.047,63. [A] was met Rabo overeengekomen dat hij deze vordering kon afkopen door aan Rabo een bedrag van € 200.000 te betalen.

[B] was bereid dit bedrag, via een door hem aan te wijzen vennootschap, aan [A] te lenen. Tevens was hij bereid nog een bedrag van € 200.000 aan [A] te lenen, zodat hij en zijn echtgenote in hun levensonderhoud konden voorzien. Naast het betalen van rente was overeengekomen dat [B], als vergoeding voor het verstrekken van de leningen, een deel van de opbrengst van [het Landgoed] zou krijgen, op het moment dat [het Landgoed] werd verkocht. Ter meerdere zekerheid voor de terugbetaling van de leningen zou [A] een hypotheek vestigen op [het Landgoed]. [B] heeft de besloten vennootschap Switch International B.V. (hierna: Switch), aangewezen om de leningen te verstrekken. De door [A] en [B] gemaakt afspraken zijn opgenomen in een overeenkomst door partijen aangeduid als Overeenkomst met Switch (hierna: overeenkomst Switch).

3.5. Op enig moment hebben [A] en [B], namens Switch, een addendum op de overeenkomst Switch ondertekend. Reden hiervoor was dat zij waren overeengekomen dat niet [A] Rabo zou betalen, maar dat Switch de vordering van Rabo op [A] zou overnemen voor een bedrag van € 200.000, zodat Switch de hypotheekrechten van Rabo kon overnemen. In het addendum is opgenomen dat het de uitdrukkelijke bedoeling was om overigens de oorspronkelijke afspraken zoveel mogelijk te respecteren.

3.6. In dezelfde periode dat de overeenkomsten inzake de vordering van Rabo zijn gesloten, had [A] een financiële injectie nodig om de productie en verkoop van de knikkers op grote schaal mogelijk te maken. Daartoe is [A] een samenwerking aangegaan met [B]. [B] was toen, via MCM, eigenaar van alle aandelen in Ceraglass en in Magic Marble Holding. [A] zou 50% van de aandelen in de onderneming verweven. In een e-mail van 25 augustus 2011 van [A] aan [B], inzake de beoogde samenwerking, heeft [A] onder meer melding gemaakt van “zijn 50% van de aandelen”. [A] zou voorts alle intellectuele eigendomsrechten, die betrekking hadden op het knikkerproject, (laten) overdragen aan Ceraglass. Magic Marble Holding zou verantwoordelijk zijn voor het ontwikkelen, produceren, marketen en verkopen van de knikkers. In het kader van de samenwerking zijn diverse overeenkomsten getekend waarin de gemaakte afspraken zijn vastgelegd.

3.7. Zo zijn op 26 oktober 2011 twee participatie- en aandeelhoudersovereenkomsten gesloten, waarbij onder andere [A], [B] en Kittredge B.V. partij waren. Kittredge B.V. is een besloten vennootschap, waarvan de aandelen eigendom zijn van [C] (hierna: Kittredge).

Op basis van deze participatie- en aandeelhoudersovereenkomsten heeft Kittredge 10% van de aandelen in Ceraglass en 10% van de aandelen in Magic Marble Holding van MCM overgedragen gekregen. MCM behield 90% van de aandelen in deze vennootschappen. In verband met de positie van [A] is een aanvullende overeenkomst gesloten (zie onder 3.9).

In de participatie- en aandeelhoudersovereenkomst inzake Ceraglass zijn partijen bij die overeenkomst voorts onder meer overeengekomen dat [A] Ceraglass, MCM en Kittredge zou vrijwaren voor alle kosten en schade in verband met de aanspraken van derden op de in Ceraglass onder te brengen intellectuele eigendomsrechten.

In de participatie- en aandeelhoudersovereenkomst inzake Magic Marble Holding zijn partijen bij die overeenkomst voorts onder meer overeengekomen dat MCM een bedrag aan agio zou storten van € 1.400.000.

3.8. Eveneens op 26 oktober 2011 zijn Kittredge en Matoha, waarvan [A] alle aandelen hield, benoemd tot statutair directeur van Magic Marble Holding en van Ceraglass. [A] is benoemd als procuratiehouder. Op dezelfde dag heeft Magic Marble Holding een managementovereenkomst gesloten met Matoha, waarin onder meer is bepaald dat Matoha de door haar te verrichten taken en diensten door [A] moest laten uitvoeren. In artikel 3 is opgenomen dat Matoha, als bestuurder, recht heeft op een management vergoeding van € 100.000 (exclusief BTW) per jaar. Voorts is in de managementovereenkomst een geheimhoudingsbeding en een non-concurrentiebeding opgenomen dat op Matoha en op [A] van toepassing was. Op overtreding van één van deze bedingen was een boete gesteld van respectievelijk € 50.000 en € 100.000.

3.9. [A] is zelf niet aandeelhouder geworden van Ceraglass en Magic Marble Holding. [A], [B], MCM, Kittredge en [C] hebben een aanvullende overeenkomst getekend (hierna: de aanvullende overeenkomst), waarin onder meer het volgende is opgenomen:

“Overwegende

1. In of omstreeks oktober 2010 hebben [A] en [D] [noot rechtbank: de toenmalige echtgenote van [A]] een overeenkomst gesloten met [B], tevens handelend als bestuurder van Switch International B.V.

2. [het Landgoed] is tot op heden nog niet verkocht.

3. [B] staat op het punt om met M.C.M. Holding als aandeelhouder en geldverstrekker van Magic Marble Holding B.V. en Ceraglass B.V. actief deel te nemen in het knikkerproject van [A].

4. [B] heeft via Switch International B.V. aan [A] extra krediet verstrekt, naast het bij de oorspronkelijke overeenkomst afgesproken krediet van € 200.000,-, waardoor de schuld van [A] aan [B] verder is toegenomen.

Artikelen

1. [B] zal via M.C.M. Holding 90% van de aandelen houden in zowel Magic Marble Holding B.V. als Ceraglass B.V. De andere 10% van de aandelen in de twee vennootschappen zal gehouden worden door [C] met Kittredge.

2. [B] zal 5/9 deel van de door hem gehouden aandelen in Magic Marble Holding B.V. en in Ceraglass B.V., overdragen aan [A] nadat [A] zijn krediet schuld aan [B] cq. Switch International B.V. heeft afgelost. Alsdan zal [A] 50% van de aandelen houden in Magic Marble Holding B.V. en Ceraglass B.V., M.C.M. Holding 40% en Kittredge 10%.

4. Indien er dividend wordt uitgekeerd door Magic Marble Holding B.V. en/of Ceraglass B.V. voordat de in artikel 2 bedoelde overdracht van aandelen heeft plaatsgevonden, zal het dividend dat aan M.C.M. Holding wordt uitgekeerd op de over te dragen aandelen in mindering worden gebracht op de krediet schuld van [A] aan [B]/Switch International B.V. Indien de schuld is afgelost zal het eventueel resterende dividend worden uitgekeerd aan [A] of een door hem aan te wijzen partij.

6. In de periode tot aan de in artikel 2 bedoelde overdracht van aandelen, heeft [A] het stemrecht op de over te dragen aandelen in en buiten de algemene vergadering van aandeelhouders, met dien verstande dat [B] een vetorecht toekomt als er een besluit wordt genomen dat voor hem onacceptabel is. De stemverhouding is derhalve in die periode aldus dat [A] 50% van de stemmen heeft, [B] 40% en [C] 10%. Daarnaast geldt dus het veto-recht van [B]

(...)”

3.10. Op enig moment na de start van de samenwerking heeft Magic Marble Holding de besloten vennootschap Magic Marble Sales B.V. opgericht. In deze vennootschap zijn de salesactiviteiten van de knikkeronderneming ondergebracht. Voorts heeft Magic Marble Holding de besloten vennootschap Magic Marble Productions B.V. opgericht. Deze vennootschap was verantwoordelijk voor de productie van de knikkers.

3.11. Op 12 juni 2014 heeft Kittredge, met instemming van [A], zijn aandelen in Ceraglass overgedragen aan MCM.

3.12. Eind juli/begin augustus 2014 heeft [A] een hartoperatie ondergaan. Hierna heeft [B] de heer [E] (hierna: [E]) aangesteld als interimmanager.

3.13. In 2014 heeft supermarktketen Deen 1,1 miljoen knikkers van de Worldcup serie gekocht tegen een gereduceerde prijs. Eveneens in 2014 heeft Magic Marble Sales voor de Worldcupknikkers distributieovereenkomsten gesloten met distributeurs in respectievelijk België en Spanje. In deze overeenkomsten was een recht van retour van knikkers opgenomen. Zowel de distributeur in België als de distributeur in Spanje hebben van dit recht gebruik gemaakt en ongeveer 91% van de door hen afgenomen knikkers weer geretourneerd.

3.14. Voor zijn operatie heeft [A] 4 miljoen Dino figurines besteld voor de productie van Dinoknikkers. Tijdens de afwezigheid van [A] door zijn ziekte zijn 2,6 miljoen figurines weer afbesteld.

3.15. In het najaar van 2014 bleken de speelgoed retail verkopen van knikkers zwaar tegen te vallen. Nieuwe orders werden door de retail niet geplaatst.

3.16. Op 28 oktober 2014 is [het Landgoed] bij openbaar bod verkocht voor een bedrag van € 2.100.000. Deze opbrengst is aan Nationale Nederlanden als eerste hypotheekhouder toegekomen.

3.17. Begin november 2014 heeft [B] getracht Matoha en [A] uit hun functies bij Ceraglass en Magic Marble Holding te ontheffen. [A] heeft op 7 november 2014 een e-mail gestuurd, waarin onder andere het volgende is opgenomen:

“En tevens vandaag duidelijke gemaakt aan [B] [[B]] en [...] dat er geen beslissingen worden genomen zonder mijn toestemming en dat ik de enige bestuurder ben en niemand iets kan en mag doen zonder mijn toestemming. Opdrachten van wie dan ook dienen mijn toestemming te hebben.”

3.18. Op 19 december 2014 is tijdens een buitengewone vergadering van aandeelhouders van Ceraglass Matoha ontslagen als bestuurder en is besloten de procuratie van [A] in te trekken. Op 31 december is tijdens een buitengewone vergadering van aandeelhouders van Magic Marble Holding hetzelfde besloten ten aanzien van Matoha en [A]. Deze besluiten zijn vastgelegd in de notulen van deze vergaderingen.

3.19. Op 18 februari 2016 heeft de voorzieningenrechter van de rechtbank Den Haag een vonnis gewezen in een door één van de eerste pandhouders op de octrooien, [X] (hierna: [X]), aangespannen procedure tegen Ceraglass. In deze procedure vorderde [X], als pandhouder, de overdracht van de octrooien. MCM heeft zich in deze procedure gevoegd en aangevoerd dat zij op 6 maart 2015 een tweede pandrecht op de octrooien had verkregen in verband met vorderingen op Ceraglass. De voorzieningenrechter heeft de vorderingen van [X] afgewezen.

3.20. Bij akte van 17 mei 2016 heeft Switch een aantal van haar vorderingen op [A] gecedeerd aan MCM. Het gaat onder meer om de vordering welke zij op 20 oktober 2010 gecedeerd heeft gekregen van Rabo tot een bedrag van € 3.753.047,63. Daarnaast heeft zij de vorderingen op [A] uit hoofde van de door haar aan [A] in privé verstrekte gelden aan MCM gecedeerd.

3.21. In een overzicht wijzigingen van de Kamer van Koophandel met betrekking tot Matoha is onder meer het volgende opgenomen:

“De ontbinding zonder baten van 27161928, Matoha Beheer B.V., is gerectificeerd op 27-12-2016. De inschrijving is heropend en de rechtspersoon is in liquidatie.”

3.22. Matoha en [A] hebben op 10 januari 2017 een cessie-akte getekend waarin Matoha haar vorderingen op [B], Magic Marble Holding, Ceraglass en MCM heeft gecedeerd aan [A].

4. Het geschil in de zaak 16-304

In conventie

4.1. [A] c.s. vordert, na nadere wijziging eis, samengevat en bij vonnis uitvoerbaar bij voorraad: I. de vernietiging van de bestreden ontslagbesluiten;

II. de veroordeling van MCM tot nakoming van de stemovereenkomst door [A] bij ieder aandeelhoudersbesluit een stemrecht te geven van 50%,

op straffe van een dwangsom van € 500.000,00 voor iedere overtreding van dit gebod, tenzij de stemovereenkomst als nietig wordt beoordeeld; III. de hoofdelijke veroordeling van Magic Marble Holding c.s. tot betaling aan [A], althans aan Matoha van een bedrag van € 8.333,33 per maand vanaf 1 december 2014 tot en met 1 februari 2017, te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf de vervaldatum van de betalingsverplichting; IV. de hoofdelijke veroordeling van Magic Marble Holding c.s. tot betaling aan [A], althans aan Matoha van een bedrag van € 8.333,33 per maand vanaf 1 maart 2017 tot en met het moment dat partijen en de betrokken vennootschappen overeenstemming hebben bereikt over het eindigen van de betalingsverplichting, althans tot een in goede justitie te bepalen datum.

alternatieve vordering I

indien de ontslagbesluiten worden vernietigd:

V. de verklaring voor recht dat MCM aansprakelijk is voor de schade ontstaan als gevolg van het niet nakomen van de stemovereenkomst, welke schade nader dient te worden opgemaakt bij staat; VI. bij wijze van voorschot op deze nader bij staat op te maken schade MCM te veroordelen tot betaling aan [A] van een bedrag van € 600.000,00, zijnde de waardevermindering van de patenten gedurende twee jaar, althans een in goede justitie te bepalen bedrag, te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf 1 januari 2015;

alternatieve vordering II

indien de ontslagbesluiten in stand blijven en/of de stemovereenkomst wordt ontbonden of nietig is:

VII. de verklaring voor recht dat MCM aansprakelijk is voor de schade ontstaan als gevolg van het verliezen van de onderneming door [A] en de onmogelijkheid van de verkrijgende vennootschappen deze onderneming terug te leveren, althans de ontvangen prestatie ongedaan te maken; VIII. deze (vervangende) schade te begroten op een bedrag van € 6.000.000,00, althans op een in goede justitie te bepalen bedrag, althans te verwijzen naar de schadestaatprocedure met vaststelling van de bij voorschot te betalen schade die wel reeds kan worden begroot op minimaal een bedrag van € 600.000,00, een en ander te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf 19 december 2014.

4.2. [A] c.s. legt aan zijn vorderingen ten grondslag dat MCM in strijd met de door [A] gegeven steminstructie op de aandelen in Magic Marble

Holding en Ceraglass heeft gestemd, waardoor Matoha is ontslagen als bestuurder en [A] is ontslagen als procuratiehouder.

In reconventie

4.3. Magic Marble Holding c.s. vordert, samengevat, bij vonnis uitvoerbaar bij voorraad:

I. de veroordeling van [A] tot betaling aan MCM van een bedrag van € 3.753.047,63, te vermeerderen met de contractuele rente van 5% vanaf 2 maart 2013;

II. de veroordeling van [A] tot betaling aan MCM van een bedrag van € 518.238, te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf 1 januari 2015;

III. de veroordeling van [A] tot betaling aan MCM van een bedrag van € 18.763,30, te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf 18 mei 2016;

IV. de veroordeling van [A] tot betaling aan Magic Marble Holding van een bedrag van € 50.000, te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf 17 mei 2016;

V. met veroordeling van [A] in de kosten van de procedure in reconventie.

4.4. MCM legt aan haar vordering sub I ten grondslag dat Switch de vordering van Rabo op [A] heeft overgenomen en dat [A] dit bedrag thans opeisbaar verschuldigd is. Door de cessie van deze vordering door Switch aan MCM, dient [A] nu aan MCM te betalen. MCM heeft tevens de vordering van Switch op [A] ter zake van verstrekte gelden overgenomen, zodat [A] ook dit bedrag thans opeisbaar aan MCM verschuldigd is. Aan haar vordering sub III legt MCM ten grondslag dat [A] haar heeft gevrijwaard voor alle schade en/of kosten in verband met eventuele aanspraken van derden op de IE rechten en octrooien.

4.5. Magic Marble Holding c.s. legt aan haar vordering ten grondslag dat [A] het in de managementovereenkomst met Matoha opgenomen geheimhoudingsbeding heeft overtreden.

In conventie en in reconventie

4.6. Partijen voeren over en weer verweer. Op de stellingen van partijen wordt hierna, voor zover van belang, nader ingegaan.

5. Het geschil in de zaak 17-143

5.1. [A] vordert, samengevat, bij vonnis uitvoerbaar bij voorraad:

I. de veroordeling van [B] tot nakoming van de stemovereenkomst door [A] bij ieder aandeelhoudersbesluit een stemrecht te geven van 50%, op straffe van een dwangsom van € 250.000,00 voor iedere overtreding van dit gebod;

II. de veroordeling van [B] tot betaling van een bedrag van € 8.333,33 per maand vanaf 1 december 2014 tot en met 1 februari 2017, te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf de vervaldatum van de betalingsverplichting;

III. de veroordeling van [B] tot betaling van een bedrag van € 8.333,33 per maand vanaf 1 maart 2017 tot en met het moment dat partijen en de betrokken vennootschappen overeenstemming hebben bereikt over het eindigen van de betalingsverplichting, althans tot een in goede justitie te bepalen datum;

alternatieve vordering 1

IV. indien de ontslagbesluiten worden vernietigd, de verklaring voor recht dat [B] aansprakelijk is voor de schade ontstaan als gevolg van het niet nakomen van de stemovereenkomst, welke schade nader dient te worden opgemaakt bij staat;

V. bij wijze van voorschot op deze nader bij staat op te maken schade [B] te veroordelen tot betaling van een bedrag van € 600.000,00, zijnde de waardevermindering van de patenten gedurende twee jaar, althans een in goede justitie te bepalen bedrag, te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf 1 januari 2015;

alternatieve vordering II

VI. indien de ontslagbesluiten in stand blijven en/of de stemovereenkomst wordt ontbonden of nietig is, de verklaring voor recht dat [B] aansprakelijk is voor de schade ontstaan als gevolg van het verliezen van de onderneming door [A] en de onmogelijkheid van de verkrijgende vennootschappen deze onderneming terug te leveren, althans de ontvangen prestatie ongedaan te maken;

VII. deze schade te begroten op een bedrag van € 6.000.000,00, althans op een in goede justitie te bepalen bedrag, althans te verwijzen naar de schadestaatprocedure met vaststelling van de bij voorschot te betalen schade die wel reeds kan worden begroot op minimaal een bedrag van € 600.000,00, een en ander te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf 19 december 2014.

5.2. [A] legt aan zijn vorderingen ten grondslag dat [B] in strijd met de door [A] gegeven steminstructie op de aandelen in Magic Marble Holding en Ceraglass heeft gestemd, waardoor Matoha is ontslagen als bestuurder en [A] is ontslagen als

procuratiehouder. [B] heeft het stemrecht van [A] niet gerespecteerd en daarmee zijn contractuele verplichtingen geschonden. Er is sprake van verzuim nu nakoming niet meer mogelijk is.

5.3. [B] voert verweer. Op de stellingen van partijen wordt hierna, voor zover van belang, nader ingegaan.

6. De beoordeling in de zaak 16-304 in conventie en in de zaak 17-143

6.1. [A] heeft in de procedure 17-143 tegen [B] vrijwel dezelfde vorderingen ingesteld als [A] c.s. in de procedure 16-304 in conventie tegen Magic Marble Holding c.s. heeft ingesteld. [A] heeft in de procedure 17-143 alleen niet de vernietiging van de in december 2014 genomen aandeelhoudersbesluiten gevorderd. Gelet hierop zal de rechtbank de vordering in de procedure 16-304 in conventie en de vordering in procedure 17-143 gezamenlijk behandelen.

Ontvankelijkheid Matoha

6.2. In het handelsregister is als status van Matoha vermeld dat zij is geliquideerd en in het kader van de vereffening is blijven voortbestaan (zie onder 3.21). Eerder (in ieder geval ten tijde van het indienen van de conclusie van antwoord in conventie in procedure 16-304) was in het handelsregister als status vermeld dat Matoha door een turbo liquidatie was ontbonden. Magic Marble Holding c.s. heeft, onder verwijzing naar deze eerdere status in het handelsregister, gesteld dat Matoha is ontbonden en derhalve geen procedure meer kan instellen. Magic Marble Holding c.s. en [B] hebben op dezelfde grond gesteld dat Matoha de mogelijke vorderingen die zij had op [B] niet aan [A] kon cederen, zodat [A] geen door Matoha aan hem gecedeerde vorderingen tegen Magic Marble Holding c.s. en [B] kan instellen.

6.3. [A] c.s. heeft het volgende aangevoerd. Nadat het aandeelhoudersbesluit tot ontslag van Matoha als statutair directeur van Magic Marble Holding op 31 december 2014 was genomen, had [A] geen inkomen meer. Teneinde een uitkering te verkrijgen heeft hij mededelingen gedaan aan de Kamer van Koophandel inzake Matoha. In reactie hierop heeft de Kamer van Koophandel in het handelsregister kennelijk gemeld dat Matoha door een turbo liquidatie was ontbonden. Na zich in de eerste comparitie van 21 november 2016, bij monde van zijn advocaat, aan het oordeel van de rechtbank op dit punt te hebben gerefereerd, heeft [A] c.s.

vervolgens gesteld dat Matoha niet is ontbonden, maar is geliquideerd en in het kader van de vereffening is blijven voortbestaan.

6.4. In de procedures zijn geen stukken overgelegd waaruit volgt dat de aandeelhoudersvergadering van Matoha eind 2014, begin 2015 inderdaad een besluit heeft genomen waardoor Matoha is geliquideerd op grond van artikel 2:19 van het Burgerlijk Wetboek (BW). Weliswaar heeft Magic Marble Holding c.s. zich op dit standpunt gesteld, maar zij heeft geen stukken overgelegd die dit standpunt onderbouwen. In deze procedures geldt dan ook de huidige vermelding in de Kamer van Koophandel, die inhoudt dat Matoha in liquidatie verkeert.

6.5. Magic Marble Holding c.s. en [B] hebben nog gesteld dat zij, door de inschrijving in het handelsregister, erop mochten vertrouwen dat Matoha was opgehouden te bestaan. Zij hebben echter geen feiten of omstandigheden gesteld die de conclusie rechtvaardigen dat zij op basis van dit vertrouwen hebben gehandeld of iets hebben nagelaten, zodat de rechtbank deze stellingen van Magic Marble Holding c.s. en [B] afwijst.

6.6. Gelet op dit een en ander is de rechtbank van oordeel dat Matoha derhalve als partij in deze procedure vorderingen kan instellen en dat zij haar eventuele vorderingen aan [B] kon cederen.

Aanvullende overeenkomst

6.7. [A], [B] en MCM hebben in het kader van de in 2011 overeengekomen samenwerking de aanvullende overeenkomst ondertekend.

6.8. Aan de rechtbank ligt thans de vraag voor of [A] c.s. nakoming kan vorderen van de in artikel 6 van de aanvullende overeenkomst opgenomen afspraken omtrent het stemrecht op de aandelen en of de op 19 december 2014, respectievelijk 31 december 2014 genomen aandeelhoudersbesluiten, waarbij Matoha en [A] zijn ontslagen, vernietigbaar zijn.

6.9. Partijen bij de aanvullende overeenkomst zijn overeengekomen dat [A], gedurende de periode dat MCM de 50% van de aandelen in Ceraglass en Magic Marble Holding, die zij op enig moment aan [A] zal overdragen, nog in eigendom heeft, het stemrecht op de over te dragen aandelen heeft. Het enkel overdragen van stemrecht op aandelen, zonder dat daarbij ook de aandelen worden overgedragen, is naar Nederlands recht niet mogelijk. Partijen kunnen dan ook niet anders hebben bedoeld dan een stemovereenkomst te sluiten, waarbij [B] en MCM hebben afgesproken op 50%

van de aandelen te stemmen in overeenstemming met de wil van [A]. De andersluidende stellingen van Magic Marble Holding c.s. – namelijk dat het stemrecht is overgedragen, dat dit niet geoorloofd is en de overeenkomst derhalve nietig is – wijst de rechtbank dan ook af.

6.10. De aanvullende overeenkomst komt erop neer dat MCM zich in het algemeen heeft verbonden te stemmen, zoals [A] wil. Het Nederlandse recht kent geen wettelijke bepaling die het een aandeelhouder verbiedt om een algemene stemvolmacht af te geven aan een niet-aandeelhouder. De Hoge Raad heeft in het arrest van 19 februari 1960, NJ 160/473, Aurora onder meer overwogen “dat den aandeelhouder ener naamloze vennootschap in het hem verleende stemrecht niet een recht in het belang van anderen is toevertrouwd, doch een eigen recht is gegeven om zijn belang in de vennootschap te dienen, en het hem in beginsel vrijstaat dat recht op zodanige wijze uit te oefenen als hij daartoe dienstig oordeelt, en dus ook op zodanige wijze als waartoe hij zich, omdat hij dat in zijn belang achtte, verbonden heeft.” Ook in dit arrest leest de rechtbank geen algemeen verbod op het afgeven van een stemvolmacht aan een niet-aandeelhouder. De rechtbank is dan ook van oordeel dat een dergelijk algemeen verbod niet bestaat, maar dat aan de hand van de specifieke omstandigheden van het geval moet worden beoordeeld of een algemene stemvolmacht met een derde, niet-aandeelhouder kan worden overeengekomen.

6.11. Voor deze beoordeling in dit geschil is in de eerste plaats van belang de grote betrokkenheid van [A] bij het knikkerproject dat in Ceraglass en Magic Marble Holding is ondergebracht. Hij is de geestelijk vader ervan en heeft hieraan een deel van zijn leven en (een deel van) zijn vermogen besteed. In de tweede plaats is van belang dat bij aanvang van de samenwerking was afgesproken dat [A] 50% van de aandelen zou verkrijgen en dat hij, samen met Kittredge, indirect bestuurder van Ceraglass en van Magic Marble Holding zou zijn. De situatie ten aanzien van de aandelen is aangepast in verband met een potentiële belastingclaim als gevolg van een mogelijke vermogensvrijval. Deze zou ontstaan op het moment dat een regeling zou worden getroffen met de hypotheekhouders van [het Landgoed], waarbij de hypotheekhouders afstand zouden doen van een aanzienlijk deel van hun schuld. Overeengekomen is dat, indien [A] zijn schulden aan [B] en Switch

heeft afgelost, MCM 50% van de aandelen in Ceraglass en in Magic Marble Holding aan [A] dient over te dragen tegen de nominale waarde ervan. De rechtbank is van oordeel dat onder deze omstandigheden [B] en MCM konden overeenkomen dat [B], als directeur van MCM, het stemrecht op 50% van de aandelen uitoefent, in overeenstemming met de instructies van [A]. De rechtbank is dan ook van oordeel dat [A], MCM en [B] een rechtsgeldige overeenkomst hebben gesloten.

6.12. Zowel [A] c.s. als Magic Marble Holding c.s. hebben zich op het standpunt gesteld dat artikel 2:190 BW geen grondslag kan zijn voor de conclusie dat de aanvullende overeenkomst nietig is. De rechtbank ziet geen grond voor een andersluidend oordeel.

Aandeelhoudersbesluiten

6.13. [A] c.s. vordert vernietiging van het aandeelhoudersbesluit van Ceraglass van 19 december 2014 en van het aandeelhoudersbesluit van Magic Marble Holding van 31 december 2014 op grond van artikel 2:15 BW. De rechtbank stelt voorop dat Ceraglass en Magic Marble Holding geen partij zijn bij de aanvullende overeenkomst en derhalve niet zijn gebonden aan de in de aanvullende overeenkomst gemaakte afspraken.

6.14. Door het stemmen op de aandelen in strijd met de wensen van [A] heeft MCM niet gehandeld in strijd met enige wettelijke of statutaire bepaling die het tot stand komen van besluiten bij Ceraglass en Magic Marble Holding regelt. Zij heeft evenmin gehandeld in strijd met enig reglement van deze vennootschappen. Ook van strijd met de redelijkheid en billijkheid die artikel 2:8 BW eist van degenen die krachtens de wet of statuten bij de organisatie van een rechtspersoon zijn betrokken, is geen sprake. [A] valt, in zijn hoedanigheid van derde met wie een stemovereenkomst is gesloten, buiten de kring van personen aan wie een beroep op artikel 2:8 BW toekomt. Het beroep van [A] c.s. op artikel 2:15 BW wijst de rechtbank dan ook af. Hieruit volgt dat de tussen [A] en [B] en MCM gemaakte stemafspraken geen vennootschappelijke werking hebben. MCM kon ten opzichte van Ceraglass op 19 december 2014 en ten opzichte van Magic Marble Holding op 31 december 2014, het stemrecht, tegen de wil van [A] uitoefenen. De aandeelhoudersbesluiten van 19 december 2014 en van 31 december 2014 blijven in stand.

Toerekenbare tekortkoming MCM

6.15. Vervolgens dient de vraag te worden beantwoord of MCM, door in december 2014 bij twee aandeelhoudersvergaderingen niet in overeenstemming met de instructies van [A] te stemmen, toerekenbaar is tekortgekomen in de nakoming van artikel 6 van de aanvullende overeenkomst.

6.16. MCM en [B] hebben gesteld dat [A] in de tweede helft van 2014 met gezondheidsproblemen kampte en niet bereid was de verantwoordelijkheden te delen, dat de orderportefeuille voor de knickers leeg was en dat er nog steeds geld bij moest. Als Matoha en [A] niet uit hun functie waren ontheven, was MCM echter niet langer bereid geweest nog gelden aan Magic Marble Holding ter beschikking te stellen. Een faillissement van Magic Marble Holding en van Ceraglass was dan onafwendbaar geweest, aldus MCM en [B].

Gezondheid [A]

6.17. [A] c.s. heeft verschillende stellingen ingenomen over de hartoperatie van [A] in 2014. Hij heeft onder meer gesteld dat hij begin 2014 te horen had gekregen dat hij een nieuwe hartklep nodig had. Bij de operatie zijn ernstige complicaties opgetreden, waardoor [A] vanaf die operatie niet in staat was volledig te functioneren. Hij heeft maandenlang ernstige last gehad en was beperkt in zijn doen en laten. In de periode dat hij herstellende was, zijn de aandeelhoudersvergaderingen uitgeschreven. In de tijden dat de bestreden besluiten werden genomen, had hij ernstige gezondheidsproblemen en verbleef hij vaker binnen dan buiten het ziekenhuis, aldus nog steeds [A] c.s. Tijdens de comparitie van partijen van 17 mei 2017 heeft [A] gezegd dat hij, nadat hij aanvankelijk na de operatie weer aan het werk kon, een terugslag had gekregen en hem was verteld dat hij zich op zijn revalidatie moest concentreren. Pas in de conclusie van repliek in conventie tevens nadere wijziging eis, heeft [A] c.s. de stelling ingenomen dat hij, behoudens een enkele dag van de operatie, continu beschikbaar is geweest, deelnam aan besprekingen en e-mails verstuurd. Voor zover [A] inderdaad beschikbaar was, deelnam aan besprekingen en e-mails verstuurd, volgt desondanks uit zijn overige stellingen – die hiermee overigens niet in strijd zijn – dat hij in de periode na zijn operatie beperkt inzetbaar was en moest herstellen van ernstige complicaties bij een hartoperatie.

6.18. Tussen partijen staat vast dat [A], ondanks zijn medische toestand – waardoor hij gedurende periodes kennelijk vaker binnen dan buiten het ziekenhuis verbleef – vasthield aan het bestuurderschap van Ceraglass en van Magic Marble Holding. Zo heeft hij op 7 november 2014 geschreven dat er geen beslissingen mochten worden genomen en dat niemand iets mocht of kon doen zonder zijn toestemming.

Orderportefeuille

6.19. Ten aanzien van de orderportefeuille verwijzen MCM en [B] naar de conclusie van [E], de door [B] benoemde interim-manager. [E], was, na zijn benoeming, erachter gekomen dat de orderportefeuille vrijwel leeg was. Een project met Deen was afgerond, speelgoedzaken in Nederland hadden geen behoefte aan nieuwe knikkers, tussenpersonen in Spanje en België hadden knikkers geretourneerd en met Nickelodeon werd via e-mail gediscussieerd over een betaling aan Nickelodeon. De deal met Nickelodeon hield in dat Nickelodeon zendtijd ter beschikking zou stellen en in ruil daarvoor een percentage van de verkoopopbrengst van de knikkers zou krijgen. Van orders via Nickelodeon was geen sprake. Er waren gesprekken met WarChild over een knikkerproject in 2015, maar daaraan zou niets worden verdiend omdat de knikkers tegen kostprijs aan WarChild ter beschikking moesten worden gesteld. [A] had 4.000.000 figurines besteld, waarvan [B] er weer 2.600.000 had afbesteld. Van deze figurines zijn, met 40% uitval, knikkers gemaakt, waarvoor in het najaar van 2014 geen bestellingen waren.

6.20. De rechtbank is van oordeel dat [A] c.s. niet voldoende heeft weersproken dat in het najaar van 2014 de orderportefeuille (vrijwel) leeg was en dat geen kasroom uit de verkoop van knikkers werd gerealiseerd. De contracten met de bedrijven waarnaar hij heeft verwezen betroffen of geen verkoopcontract (Nickelodeon) of waren in 2014 nog niet gerealiseerd (WarChild), nog daargelaten het geschil dat partijen hebben over de precieze aard van het mogelijk met WarChild te sluiten contract.

[A] c.s. voert nog wel aan dat gelden bij Magic Marble Sales zijn binnengekomen en daar zijn afgeroomd. Magic Marble Holding c.s. en [B] hebben echter aangevoerd dat Magic Marble Sales begin 2015 failliet is verklaard en indien daar sprake is geweest van het afkomen van gelden, de curator hiernaar onderzoek zou hebben gedaan. Gesteld noch gebleken is dat de curator hiertoe is

overgegaan. Evenmin heeft [A] c.s. aangevoerd op basis van welke contracten Magic Marble Sales in de tweede helft van 2014 nog gelden ontving. Hij heeft wel verwezen naar de Belgische distributeur die de volledige koopsom zou hebben betaald, maar hij heeft niet weersproken dat deze Belgische distributeur ruim 90% van de knikkers heeft geretourneerd en het door hem betaalde geld derhalve moest worden terugbetaald.

6.21. Gelet op dit een en ander staat tussen partijen vast dat de orderportefeuille in de tweede helft van 2014 (vrijwel) leeg was.

Verdere financiering Ceraglass en Magic Marble Holding

6.22. Uit de jaarrekening van Magic Marble Holding over 2015 volgt dat Magic Marble Holding eind 2015 een schuld had aan MCM van € 4.000.000. Tussen partijen is niet in geschil dat in de participatie- en aandeelhoudersovereenkomst inzake Magic Marble Holding is opgenomen dat MCM een bedrag van € 1.400.000 als agio aan Magic Marble Holding ter beschikking zou stellen. In de jaarrekening van Magic Marble Holding staat ook een agiobedrag van € 1.400.000 opgenomen. Tussen partijen is voorts niet in geschil dat, bij de aanvang van de samenwerking, was overeengekomen dat MCM, naast de agio, nog een bedrag van € 850.000 zou lenen. Het door MCM eind 2015 ter beschikking gestelde bedrag was veel hoger. Uit overgelegde grootboekkaarten van Magic Marble Holding volgt dat MCM in de loop van 2015 maandelijks bedragen aan Magic Marble Holding heeft uitgeleend. [A] c.s. heeft niet weersproken dat dit een bedrag van € 300.000 was. De conclusie is dan ook gerechtvaardigd dat MCM eind 2014 een bedrag van ruim € 3.500.000 aan leningen bij Magic Marble Holding had uitstaan en dat zij ook in 2015 nog gelden ter beschikking heeft gesteld, terwijl in 2015 op haar niet de verplichting rustte nog (meer) gelden ter beschikking te stellen.

6.23. Onder deze omstandigheden – [A] was niet volledig arbeidsgeschikt maar wenste als enige de zeggenschap uit te oefenen, de orderportefeuille was (vrijwel) leeg en er moest nog meer geld worden geleend aan Magic Marble Holding en dat wilde MCM niet als [A] aanbleef, waardoor het faillissement van de vennootschappen onafwendbaar leek – kon van MCM en [B] niet worden verwacht dat zij zich zouden houden aan de steminstructie van [A]. Gelet op het vennootschapsbelang en de belangen van alle daarbij be-

trokkenen, waaronder ook Matoha en [A], komt [A] c.s. onder deze omstandigheden geen beroep op artikel 6 van de aanvullende overeenkomst toe. Dit geldt te meer, nu de onderneming nog bestaat, [A] nog steeds partij is bij de aanvullende overeenkomst en hij op die manier bij de onderneming betrokken kan zijn. Indien [A] een investeerder kan aantrekken en zijn schulden aan [B] kan voldoen, kan hij ook 50% van de aandelen tegen nominale waarde verwerven en op die manier als aandeelhouder invloed uitoefenen. Weliswaar heeft [A] verklaard dat hij daarvoor mogelijk geen belangstelling meer heeft, maar dat is dan zijn vrije keuze. MCM is derhalve niet toerekenbaar tekortgekomen in de nakoming van de aanvullende overeenkomst.

Ook [B] is, voor zover op hem een eigen verplichting rustte om ervoor te zorgen dat MCM in overeenstemming met de steminstructie van [A] stemde, in deze verplichting niet tekortgeschoten. Van enig misbruik van bevoegdheid of handelen in strijd met de redelijkheid en billijkheid door [B], zoals [A] nog stelt, is op gelijke gronden evenmin sprake.

6.24. Dit oordeel betekent dat [A] c.s. niet het recht heeft de aanvullende overeenkomst te ontbinden. In het verlengde hiervan kunnen ook de overige overeenkomsten niet worden ontbonden. Gelet hierop behoeft de rechtbank niet in te gaan op de overige stellingen en wren van partijen ten aanzien van de ontbinding van de overeenkomsten en van de vorderingen tot het vergoeden van schade.

Nakoming aanvullende overeenkomst

6.25. [A] c.s. heeft ook nakoming van de aanvullende overeenkomst gevorderd van [B] en van MCM. Tegen deze vordering heeft MCM geen verweer gevoerd, anders dan dat de overeenkomst (partieel) nietig is. [B] heeft zich ook op de nietigheid beroepen. Voorts heeft [B] zich nog op het standpunt gesteld dat hij in privé geen stemovereenkomst met [A] is aangegaan, zodat de verplichting om op de aandelen van Magic Marble Holding en Ceraglass te stemmen, in overeenstemming met de steminstructie van [A], alleen rust op MCM en niet op hem.

6.26. De rechtbank heeft onder 6.11 overwogen dat de aanvullende overeenkomst niet nietig is. De vordering tot nakoming ervan kan dan ook worden toegewezen. Weliswaar heeft [A] tijdens de comparitie van partijen in mei 2017 verklaard

dat hij wellicht geen belang meer heeft bij nakoming, maar dit heeft niet geleid tot het intrekken van zijn vordering op dit punt. De tevens gevorderde dwangsom zal de rechtbank matiging en maximeren, nu zij van oordeel is dat het door [A] c.s. gevorderde bedrag per overtreding niet in verhouding staat tot de waarde van Ceraglass en Magic Marble Holding.

6.27. Ook [B] zal tot nakoming worden veroordeeld. [B] heeft nimmer weersproken dat hij (indirect) de aandelen in MCM houdt. Hij was ook degene die namens MCM de aanvullende overeenkomst heeft getekend. In zijn verweer miskent hij dat hij zelf ook partij is bij de aanvullende overeenkomst, deze overeenkomst in persoon heeft ondertekend en dat hij de verplichting op zich heeft genomen om te stemmen in overeenstemming met de instructie van [A]. In artikel 6 van de aanvullende overeenkomst wordt immers verwezen naar [B] en niet naar MCM. Als 100% aandeelhouder is hij ook in staat het bij MCM zodanig te organiseren dat MCM op de aandelen stemt in overeenstemming met de steminstructie van [A]. Voor zover hij dat niet kan, komt dat voor zijn rekening en risico. Gelet hierop is de rechtbank van oordeel dat ook [B] tot nakoming van de stemovereenkomst kan worden veroordeeld.

Vordering betaling managementfee

6.28. [A] c.s. vordert ook de betaling van de management fee over de maand december 2014. Alleen in de managementovereenkomst tussen Magic Marble Holding en Matoha is een managementfee overeengekomen. Als statutair directeur van Ceraglass ontving Matoha geen vergoeding. Het aandeelhoudersbesluit van Magic Marble Holding dateert van 31 december 2014. Gelet hierop ziet de rechtbank geen grond voor het oordeel dat Magic Marble Holding de vergoeding over de maand december 2014 niet aan Matoha verschuldigd is. Zij zal dan ook Magic Marble Holding veroordelen tot betaling van deze vergoeding, te vermeerderen met rente vanaf de vervaldatum van de factuur.

6.29. [B] was zelf geen partij bij de managementovereenkomst tussen Magic Marble Holding en Matoha, zodat Matoha jegens [B] geen contractuele aanspraak heeft op dit bedrag. Voor het overige heeft [A] onvoldoende feiten en omstandigheden gesteld die de conclusie kunnen dragen dat [B] op andere gronden jegens Matoha aanspraak

kelijk is voor deze niet betaalde managementfee. Gelet hierop zal dit gedeelte van de vordering van [A] op [B] worden afgewezen.

6.30. Matoha heeft haar vorderingen op Magic Marble Holding gecedeerd aan [A]. Magic Marble Holding c.s. heeft nog aangevoerd dat Matoha de vorderingen niet om niet aan [A] kon cederen, vanwege de financiële positie van Matoha. Dit verweer wijst de rechtbank af, nu Magic Marble Holding geen partij is bij deze cessie en zij, gelet op de akte van cessie, als debiteur van Matoha thans bevrijdend kan betalen aan [A]. Ook voor zover Magic Marble Holding c.s. dit verweer voert, omdat zij zelf nog vorderingen heeft op Matoha, die nu oninbaar zijn of die zij had willen verrekenen, passeert de rechtbank dit verweer. Magic Marble Holding c.s. heeft deze vorderingen niet geconcretiseerd en de rechtbank kan er derhalve geen rekening mee houden. Magic Marble Holding zal dan ook worden veroordeeld om te betalen aan [A].

Proceskosten in de zaak 16-304 in conventie

6.31. Nu beide partijen deels in het ongelijk zijn gesteld, zal de rechtbank de kosten van de procedure in conventie compenseren, in die zin dat iedere partij de eigen kosten draagt.

Proceskosten in de zaak 17-143

6.32. Nu beide partijen deels in het ongelijk zijn gesteld, zal de rechtbank de kosten van de procedure in conventie compenseren, in die zin dat iedere partij de eigen kosten draagt.

7. De beoordeling in de zaak 16-304 in reconventie

Cessie

7.1. Switch heeft geld geleend aan [A] en Switch heeft de vordering van Rabo op [A] overgenomen (zie: 3.2). Daardoor heeft Switch vorderingen gekregen op [A]. Op grond van de overeenkomst van cessie van 17 mei 2016 heeft Switch haar vorderingen op [A] gecedeerd aan MCM. MCM kan derhalve thans terugbetaling van [A] vorderen.

7.2. [A] beroept zich op een gemeenschap die zou bestaan tussen Switch en [B] en MCM. Hij heeft echter onvoldoende feiten en of omstandigheden gesteld die de conclusie dat een dergelijke gemeenschap bestaat, kunnen dragen. Zijn weren op dit punt wijst de rechtbank dan ook af.

Mediation

7.3. De omstandigheid dat partijen zijn overeengekomen dat zij zich bij een geschil eerst wenden tot een mediator, betekent niet dat zij zich, indien zij dit niet hebben gedaan, niet tot een rechter kunnen wenden. Het volgen van een mediation-traject kan louter op basis van vrijwilligheid dan wel bereidheid hiertoe bij partijen bij het geschil en waar die ontbreekt, kan dit niet onbevoegdheid van de rechtbank meebrengen, ingeval de ene partij de andere toch in rechte wil betrekken. De rechtbank neemt hierbij in aanmerking het arrest van de Hoge Raad van 20 januari 2006 (ECLI:NL:HR:2006:AU3724), waarin is overwogen dat het partijen, gelet op de aard van het middel mediation, te allen tijde vrij staat om daaraan alsnog hun medewerking te onthouden, dan wel die om hen moverende redenen te beëindigen. De verweren van [A] op dit punt wijst de rechtbank dan ook af.

Vordering MCM tot betaling van een bedrag van € 3.753.047,63

7.4. [A] en Magic Marble Holding c.s. verschillen van mening over de uitleg van de overeenkomst Switch en van het addendum hierbij. Gelet op hetgeen partijen over en weer hebben gesteld, is de rechtbank van oordeel dat een redelijke uitleg van het addendum met zich brengt dat partijen met dit addendum enkel de hypotheekkosten voor een hypotheek ten gunste van Switch hebben willen voorkomen. In de inleiding bij het addendum is opgenomen dat Switch de vorderingen van Rabobank op [A] zal overnemen waardoor Switch ook de hypotheekrechten zal overnemen, met de uitdrukkelijke bedoeling om overigens de oorspronkelijke afspraken zoveel als mogelijk te respecteren. In de oorspronkelijke overeenkomst, de overeenkomst Switch, was overeengekomen dat Switch € 200.000 zou lenen aan [A] zodat [A] de vorderingen van Rabobank voor dat bedrag kon afkopen. Het kan dan ook niet de bedoeling zijn geweest dat Switch met de uitvoering van het addendum – bedoeld om de kosten voor het vestigen van een hypotheekrecht te voorkomen – tegen betaling van een bedrag van € 200.000 in het bezit zou komen van een vordering op [A] tot een bedrag van € 3.753.047,63. Alleen indien de verkoopopbrengst van [het Landgoed] voldoende was, kon Switch aanspraak maken op een deel van het meerdere boven het bedrag dat [A] verschuldigd was aan andere hypothecaire geldverstrek-

kers. Dit is in het addendum uitdrukkelijk zo afgesproken, waar is opgenomen dat Switch alleen aanspraak kon maken op maximaal € 1.200.000 bij een toereikende opbrengst bij verkoop van [het Landgoed].

7.5. De koopsom voor [het Landgoed] van € 2.100.000 was echter alleen voldoende om (een deel van) de schuld van Nationale Nederlanden te voldoen. De rechtbank is van oordeel dat Switch, gelet op de uitleg van het addendum, derhalve alleen aanspraak kan maken op betaling van een bedrag van € 200.000 vermeerderd met rente. De opbrengst van [het Landgoed] was niet voldoende voor de uitbetaling van een surplus.

Artikel 6 van de overeenkomst Switch bepaalt dat Switch bij een bepaalde opbrengst, behalve op aflossing van de lening en het krediet en betaling van de verschuldigde rente, aanspraak kan maken op een deel van de opbrengst. Anders dan [A], leest de rechtbank hierin niet dat [A] het door Switch betaalde bedrag van € 200.000 alleen hoefde terug te betalen op het moment dat dit mogelijk was uit de opbrengst van [het Landgoed].

7.6. MCM heeft nog erop gewezen dat in de overeenkomst Switch een opschortende voorwaarde is opgenomen, waaraan niet is voldaan. Het gaat om de voorwaarde dat Nationale Nederlanden ermee diende in te stemmen dat de rente die haar toekwam voorlopig schuldig mocht worden gebleven. Met deze voorwaarde is Nationale Nederlanden niet akkoord gegaan, zodat [A] geen beroep kan doen op de overeenkomst, aldus MCM. Deze stelling van MCM gaat niet op, nu uitvoering is gegeven aan de overeenkomst doordat Switch de vordering van Rabo heeft overgenomen. MCM kan nu niet met beroep op deze opschortende voorwaarde (een deel van) de overeenkomst opzij zetten.

7.7. Gelet op dit een en ander is [A] in ieder geval een bedrag van € 200.000 aan MCM verschuldigd.

Vordering MCM tot betaling van een bedrag van € 518.238

7.8. [A] heeft niet weersproken dat aan hem een bedrag van € 518.238 is betaald. Van dit bedrag is geen specificatie overgelegd. Tijdens de comparitie van partijen is besproken of het door Switch aan Rabo betaalde bedrag van € 200.000 hiervan deel uitmaakt. De advocaat van Magic Marble Holding c.s. heeft hierover opgemerkt dat daar in deze procedure van kan worden uitgegaan. Dit betekent dat van het bedrag van € 518.238 in ieder

geval een bedrag van € 200.000 zal worden toegevoegd, zoals de rechtbank onder 7.7 heeft overwogen.

7.9. [A] voert aan dat hij een deel van het door hem geleende bedrag heeft gebruikt voor het herstel van waterschade en dat aan [B] het recht is overgedragen op de hiervoor te ontvangen verzekeringspenningen. [A] meent dat [B] een bedrag van € 96.000 van de verzekering heeft ontvangen. Hij kan dit echter niet met zekerheid zeggen. MCM heeft stukken overgelegd waaruit volgt dat de verzekeringsmaatschappij een bedrag van € 3.000 heeft aangeboden. Van dit bedrag heeft [B] tijdens de comparitie gezegd dat dit niet is geaccepteerd. Daarmee is onvoldoende weersproken dat een bedrag aan verzekeringspenningen in mindering kan worden gebracht. De rechtbank zal een bedrag van € 3.000 in mindering brengen, nu dit in ieder geval is aangeboden en het voor rekening en risico van MCM dient te komen dat dit bedrag niet is geaccepteerd. In deze procedure zijn onvoldoende feiten en of omstandigheden gesteld op basis waarvan de rechtbank kan oordelen dat een hoger bedrag in mindering dient te worden gebracht.

7.10. [A] voert voorts nog aan dat hij twee vorderingen heeft, die hij met het door hem aan MCM verschuldigde bedrag kan verrekenen. In de eerste plaats gaat dit om door Ceraglass en Magic Marble Holding aan hem uit te betalen dividenden. [A] heeft, op grond van de aanvullende overeenkomst, jegens MCM en [B] recht op uitbetaling van 50% van deze dividenden. In 2013 en in 2014 heeft Ceraglass royalties ontvangen, die als winst kunnen worden beschouwd. MCM heeft weersproken dat Ceraglass dividend kan uitbetalen.

Gelet op de stellingen van partijen op dit punt kan niet eenvoudig worden vastgesteld of [A] werkelijk recht heeft op dividend, zodat – indien [A] dit dividend al zou kunnen verrekenen – hiermee in deze procedure geen rekening kan worden gehouden.

7.11. In de tweede plaats stelt [A] dat hij in 2010 en in 2011 in totaal een bedrag van € 48.000 heeft betaald dat in mindering op de schuld dient te worden gebracht. Tijdens de comparitie van partijen heeft hij gezegd dat in de lening van [B]/Switch zakelijke kosten zaten voor de patenten en dat daarvan bij het oprichten van de vennootschappen, was afgesproken dat die voor rekening van de vennootschappen zouden komen. Magic Marble Holding c.s. heeft dit bestreden. Feitelijk

stelt [A] dat hij kosten voor de vennootschappen heeft betaald. Hij heeft dan ook een vordering op de vennootschappen, ter hoogte van dit bedrag. Hij heeft niet gesteld, noch is anderszins gebleken waarom hij deze vordering op de vennootschappen kan verhalen op MCM en daarmee met enige vordering van MCM op hem kan verrekenen. Gelet hierop zal de rechtbank met dit bedrag geen rekening houden.

7.12. Gelet op dit een en ander is [A] een bedrag aan MCM verschuldigd van € 315.238.

7.13. [A] doet nog een beroep op opschorting, zolang hij geen stemrecht heeft en geen bestuurder is. [A] vordert in deze procedure dat hij weer in de gelegenheid zal worden gesteld het stemrecht uit te oefenen. Hij heeft echter niet voldoende gesteld om de conclusie te kunnen dragen dat MCM hem, anders dan de ene keer in december 2014, heeft belemmerd zijn stemrecht uit te oefenen. Evenmin heeft hij gevorderd dat hij opnieuw tot bestuurder moet worden genoemd. Gelet hierop ziet de rechtbank geen aanleiding om [A] thans niet te veroordelen tot het betalen van de aan MCM verschuldigde bedragen.

7.14. De rechtbank zal de vordering tot betaling van € 200.000 toewijzen, vermeerderd met de rente van 5% vanaf 3 maart 2010 zoals gevorderd. Tevens zal zij [A] veroordelen tot betaling van een bedrag van € 315.238 vermeerderd met de wettelijke rente vanaf 15 januari 2015, zoals gevorderd. Tegen de vordering tot het betalen van rente heeft [A] geen verweer gevoerd en ook overigens verzet zich niets hiertegen.

Vordering MCM inzake vrijwaring

7.15. Tegen het beroep van MCM op de vrijwaring, voert [A] onder meer aan dat [X] in de procedure, waarvoor MCM vergoeding van kosten vordert, Ceraglass heeft aangesproken en niet MCM en dat dan ook Ceraglass kosten heeft gemaakt en niet MCM, zodat MCM die niet kan vorderen. De rechtbank begrijpt dit verweer aldus dat [A] betwist dat MCM door haar gemaakte kosten op basis van de vrijwaring van hem kan vorderen.

7.16. Gelet op dit verweer is de rechtbank van oordeel dat MCM haar vordering op dit punt onvoldoende heeft toegelicht. Uit het vonnis, waarnaar wordt verwezen, blijkt dat MCM in deze procedure is tussengekomen. Zij heeft in deze procedure gevorderd dat, voor zover de vorderingen van [X] tot het op zijn naam stellen van de

octrooien zouden worden toegewezen, de rechtbank hieraan voorwaarden verbindt die haar rechten als navolgend pandhouder voldoende waarborgen. Kennelijk heeft MCM een tweede pandrecht gevestigd op de octrooien en wilde zij dit tweede pandrecht beschermen. Voor zover MCM voor deze bescherming kosten heeft gemaakt, is, zonder nadere toelichting, die MCM niet heeft gegeven, niet duidelijk waarom [A] deze kosten op grond van de vrijwaring aan MCM moet vergoeden. Voor zover MCM kosten heeft gemaakt inzake de aanspraak van [X] op Ceraglass, is niet duidelijk waarom MCM deze kosten verschuldigd is geworden en is derhalve evenmin duidelijk waarom [A] deze aan MCM moet vergoeden.

Gelet op dit een en ander zal de rechtbank de vordering tot het vergoeden van de advocatenkosten dan ook afwijzen.

Gelet hierop komt de rechtbank niet toe aan de behandeling van de stellingen van [A], inhoudende dat MCM al voor de overdracht van het octrooi op de hoogte was van het bestaan van het pandrecht, zodat de vrijwaring daarvoor niet kan zijn bedoeld.

Vordering Magic Marble Holding inzake overtreding geheimhoudingsbeding

7.17. [A] heeft onder meer aangevoerd dat de managementovereenkomst tussen partijen is geëindigd op het moment dat Matoha werd ontslagen en dat Matoha en daarmee ook [A] vanaf dat moment ontslagen waren van hun verplichtingen onder het geheimhoudingsbeding. Magic Marble Holding heeft, in reactie hierop, haar vordering niet nader toegelicht. Zij heeft niet gesteld wanneer de managementovereenkomst tussen Magic Marble Holding en Matoha volgens haar is geëindigd en wat daarvan de gevolgen zijn. Evenmin heeft zij gesteld wanneer [A] bepaalde informatie met betrekking tot Ceraglass aan [X] ter beschikking heeft gesteld. De rechtbank kan dan ook niet beoordelen of dit voor of na de beëindiging van de managementovereenkomst is geweest. Gelet hierop is de rechtbank van oordeel dat Magic Marble Holding haar vordering op [A] op dit punt onvoldoende heeft toegelicht. Zij zal deze vordering afwijzen.

Proceskosten

7.18. Nu beide partijen deels in het ongelijk zijn gesteld, zal de rechtbank de kosten van de procedure 16-304 in reconventie compenseren, in die zin dat iedere partij de eigen kosten draagt.

8. De beslissing

De rechtbank:

in de zaak 16:304

8.1. veroordeelt MCM tot nakoming van artikel 6 van de aanvullende overeenkomst door [A] bij ieder aandeelhoudersbesluit van Magic Marble Holding en van Ceraglass een stemrecht te geven van 50%, op straffe van een dwangsom van € 25.000,00 voor iedere overtreding van dit gebod, met een maximum van € 500.000;

8.2. veroordeelt Magic Marble Holding tot betaling aan [A] van een bedrag van € 8.333,33, vermeerderd met de rente over dit bedrag met ingang van de vervaldatum van de factuur van de managementfee van Matoha over de maand december 2014, tot aan de datum der algehele voldoening;

8.3. verklaart de veroordelingen onder 8.1. en 8.2. uitvoerbaar bij voorraad;

8.4. compenseert de kosten tussen partijen, in die zin dat iedere partij de eigen kosten draagt;

8.5. wijst af het meer of anders gevorderde; *in reconventie*

8.6. veroordeelt [A] tot betaling aan MCM van een bedrag van € 200.000, vermeerderd met de contractuele rente van 5% vanaf 3 maart 2010, tot aan de dag der algehele voldoening;

8.7. veroordeelt [A] tot betaling aan MCM van een bedrag van € 315.238, vermeerderd met de wettelijke rente vanaf 1 januari 2015 tot aan de dag der algehele voldoening;

8.8. verklaart de veroordelingen onder 8.6. en 8.7. uitvoerbaar bij voorraad;

8.9. compenseert de kosten tussen partijen, in die zin dat iedere partij de eigen kosten draagt;

8.10. wijst af het meer of anders gevorderde;

in de zaak 17-143

8.11. veroordeelt [B] tot nakoming van artikel 6 van de aanvullende overeenkomst door ervoor te zorgen dat MCM [A] bij ieder aandeelhoudersbesluit van Magic Marble Holding en van Ceraglass een stemrecht geeft van 50%, op straffe van een dwangsom van € 25.000,00 voor iedere overtreding van dit gebod, met een maximum van € 500.000;

8.12. verklaart de veroordeling onder 8.11. uitvoerbaar bij voorraad;

8.13. compenseert de kosten tussen partijen, in die zin dat iedere partij de eigen kosten draagt;

8.14. wijst af het meer of anders gevorderde;

NOOT

1. In de afgelopen jaren is er veel geschreven en met enige regelmaat geprocedeerd over de "doorwerking" van aandeelhoudersovereenkomsten in vennootschappelijke verhoudingen. Een belangrijke vraag in dit verband is of het uitoefenen van stemrecht in strijd met een stemovereenkomst kan leiden tot vernietiging van een aandeelhoudersbesluit wegens strijd met de redelijkheid en billijkheid die worden geëist binnen de vennootschap door art. 2:8 BW (art. 2:15 lid 1 sub b BW). In recente rechtspraak wordt enige doorwerking doorgaans erkend, waarbij rechters het belang van een aandeelhouder bij doorwerking afwegen tegen andere bij de vennootschap betrokken belangen, zie *Vanka-Kawat* («JOR» 2012/286, m.nt. Blanco Fernández), *Kekk/Delfino* («JOR» 2014/157 en «JOR» 2015/69, beide m.nt. Nowak) en *Bonder/MeijbonVastgoed* («JOR» 2015/325, m.nt. De Vries).

2. De onderhavige casus verschilt van de hierboven genoemde uitspraken, omdat de stemovereenkomst niet werd gesloten tussen aandeelhouders onderling, maar tussen een aandeelhouder en een derde. De vraag die voorligt, is in hoeverre een stemovereenkomst met een derde juridisch toelaatbaar is en kan doorwerken in de vennootschappelijke verhoudingen.

3. De casus is als volgt. A heeft grote successen geboekt als ondernemer met de verkoop van 'flippo's', de plastic schijfjes die in de jaren negentig op ieder schoolplein in Nederland te vinden waren. A is vervolgens 'Winners' gaan ontwikkelen, glazen knickers met een 3D-figuurtje. Dit tweede project leidt tot een uitputting van zijn financiële reserves, zowel zakelijk als privé. Ondernemer B schiet A te hulp door zijn privéschuld te financieren. Daarnaast gaan beide ondernemers een samenwerking aan met C. Bij deze samenwerking houdt B middels M.C.M. Holding BV (MCM) 90% van de aandelen in Ceraglass Patenten BV (Ceraglass) en Magic Marble Holding BV (de Projectvennootschappen) en houdt C de resterende 10% middels de vennootschap Kittredge BV. A draagt het intellectuele eigendom met betrekking tot de knickers over

aan Ceraglass. De door A gecontroleerde vennootschap Matoha Beheer BV (Matoha) treedt toe als bestuurder van de Projectvennootschappen en A wordt procuratiehouder. Voorts gaan A, ondernemers B en C, MCM en Kettridge een aanvullende overeenkomst aan waarin is opgenomen dat zodra A zijn privéschuld aan ondernemer B heeft afgelost, MCM 50% van de aandelen in de Projectvennootschappen zal overdragen aan A en A alsdan gerechtigd is tot 50% van alle aan MCM uitgekeerde dividenden. In de tussentijd zal A de stemrechten uitoefenen op deze aandelen. In de loop van 2014 treedt C uit, wordt A ziek en blijkt het project niet goed van de grond te komen. Matoha en A worden ontheven van hun functies door de algemene vergadering van de Projectvennootschappen.

4. De rechtbank buigt zich over de vraag hoe de afspraken over het stemrecht moeten worden geïnterpreteerd. De rechtbank trekt terecht de conclusie dat het enkele overdragen van het stemrecht op de aandelen, zonder aandelenoverdracht, naar Nederlands recht niet mogelijk is. Boek 2 BW kent slechts aandeelhouders (art. 2:228 BW), vruchtgebruikers (art. 2:197 lid 3 BW) en pandhouders (art. 2:198 lid 3 BW) met stemrecht.

5. De rechtbank stelt vervolgens dat partijen hebben beoogd om een stemovereenkomst te sluiten, waarbij MCM de stemrechten op 50% van de aandelen in de Projectvennootschappen uitbrengt conform de instructies van A. De rechtbank overweegt daarbij dat het Nederlandse recht geen wettelijke bepaling kent die het geven van een algemene stemvolmacht door een aandeelhouder aan een niet-aandeelhouder verbiedt. Zo'n verbod leest de rechtbank ook niet in het bekende Aurora-arrest (HR 19 februari 1960, NJ 160/473) waarin staat: *“dat den aandeelhouder ener naamloze vennootschap in het hem verleende stemrecht (...) een eigen recht is gegeven om zijn belang in de vennootschap te dienen, en het hem in beginsel vrijstaat dat recht op zodanige wijze uit te oefenen als hij daartoe dienstig oordeelt, en dus ook op zodanige wijze als waartoe hij zich, omdat hij dat in zijn belang achtte, verbonden heeft.”* Ik merk op dat in het Aurora-arrest het feit dat een stemvolmacht was verleend aan een niet-aandeelhouder voor de Hoge Raad geen reden was om de stemovereenkomst nietig te achten. Dit maakte de casuspositie in Aurora anders dan die in de arresten Dis-

tilleerderij Melchers en Wennex, waarbij aandeelhouders onderling stemovereenkomsten aangingen.

6. De rechtbank acht de stemovereenkomst met een derde in beginsel geoorloofd, maar of deze rechtsgeldig is, hangt af van de concrete omstandigheden van het geval. Daarmee volgt de rechtbank de lijn die uitgezet is in Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/385. Strenger is het Handboek (2013), nr. 217.1, die permanente stembinding niet geoorloofd acht, tenzij hiervoor een bijzondere rechtvaardiging bestaat. De rechtbank acht in casu relevant de grote persoonlijke betrokkenheid van A bij het knikkerproject, zijn voorwaardelijke recht op 50% van de aandelen in de Projectvennootschappen en zijn betrokkenheid als (indirect) bestuurder. In het licht van deze omstandigheden acht de rechtbank de stemovereenkomst rechtsgeldig, waarbij MCM het stemrecht op 50% van de aandelen uitoefent in overeenstemming met de instructies van A. Overigens lijkt van permanente stembinding in dit geval niet geheel sprake, aangezien B had bedongen dat hij onwelgevallige besluiten kon vetoën. Maar gelet op het potestatieve karakter van dit beding, lijkt me dit slechts afdwingbaar als B een bijzonder belang heeft dat een veto rechtvaardigt. Dit belang kan zich bijvoorbeeld voordoen in de doorgaans in pandaktes omschreven situatie waarin een besluit of daarmee samenhangende handeling tot een waardedaling van de aandelen kan leiden.

7. Na het nemen van de drempel van rechtsgeldigheid, beoordeelt de rechtbank de mogelijkheid van vernietiging van de aandeelhoudersbesluiten. Allereerst overweegt de rechtbank dat de Projectvennootschappen geen partij zijn bij de stemovereenkomst, maar geeft niet aan of dit gegeven relevant is. Vervolgens strandt de vordering tot vernietiging van de besluiten op grond van de redelijkheid en billijkheid. De rechtbank oordeelt dat A, als derde met wie een stemovereenkomst is gesloten, buiten de kring van personen valt aan wie een beroep op art. 2:8 BW toekomt. Dit is in overeenstemming met de letterlijke tekst van art. 2:8 BW, die betrokkenheid op grond van de wet en de statuten eist, met de wetsgeschiedenis en met de heersende leer, zie ook Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/356 en Handboek (2013), nr. 172.4. Hier valt tegenin te brengen dat de aandeelhouders hebben getracht A in een positie te

brengen die zoveel mogelijk het aandeelhouder- schap benadert. Een ruimere kring zou meer recht doen aan de economische werkelijkheid, zoals we dat inmiddels ook zien bij de meer di- gitale benadering in het enquêterecht ten aan- zien van de verwaterde en onteigende aandeel- houder (Slotervaart en SNS).

8. De vervolgvraag is of het niet nakomen van de stemovereenkomst een toerekenbare tekort- koming van MCM is. Gelet op de omstandighe- den dat A deels arbeidsongeschikt was en niet bereid was bestuurdersverantwoordelijkheid te delen, dat Magic Marble Holding financiering nodig had om een faillissement af te wenden, en dat MCM dit niet wilde verstrekken als A aanbleef, kon van MCM en B niet worden ver- wacht dat zij de stemovereenkomst zouden na- komen. Ik lees hierin de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid (art. 6:248 lid 2 BW). Tot op zekere hoogte lijken deze precaire financiële omstandigheden vergelijkbaar met de “bijzondere omstandigheden” van Bon- der/Meijbon Vastgoed («JOR» 2015/325), op grond waarvan de rechter “doorwerking” van de stemovereenkomst afwees. Het lijkt mij dan ook zeer de vraag of de rechtbank tot een ander eindresultaat was gekomen als A wel geacht was binnen de kring van personen als bedoeld in art. 2:8 BW te vallen.

9. *For what it's worth*, A had een declaratoire uitspraak kunnen vragen, waarin de nietigheid van de aandeelhoudersbesluiten tot intrekking van zijn procuratie wordt vastgesteld. Deze be- sluiten hadden door het bestuur moeten worden genomen en niet door de algemene vergadering (zoals lijkt te volgen uit r.o. 3.18). Anders dan het vorderen van vernietiging van besluiten op grond van de vennootschappelijke redelijkheid en billijkheid, kan een ieder een beroep doen op nietigheid.

P.P. de Vries,
kandidaat-notaris bij Houthoff