

omvang van de specifiek aan Le Roux veroorzaakte schade een vergelijking dient te worden gemaakt tussen enerzijds de situatie zoals die zich in werkelijkheid heeft voorgedaan en anderzijds de hypothetische situatie die zou zijn opgetreden als de onrechtmatige gedraging achterwege was gebleven.

3.68 Onderdeel 2 van het incidenteel cassatieberoep bestaat uit vier onderdelen die hierna zullen worden besproken.

3.69 *Subonderdeel 2.1* klaagt erover dat het hof in rov. 4.7 van het tweede arrest blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting, nu het hof niet alle relevante omstandigheden heeft betrokken bij het maken van de vergelijking als bedoeld in rov. 4.5 van het tweede arrest. Immers, in de hypothetische situatie die zou zijn opgetreden als de onrechtmatige gedraging achterwege was gebleven zou weliswaar gegolden hebben dat Le Roux het actief dan had moeten delen met de andere concurrente crediteuren ten tijde van de daadwerkelijk faillietverklaring, zoals door het hof vastgesteld in rov. 4.7 van het tweede arrest, maar zou ook gegolden hebben dat Hyka ten tijde van haar faillietverklaring over voldoende middelen beschikte om de andere schuldeisers buiten Le Roux te voldoen, zoals vastgesteld door het hof in rov. 4.6 van het tweede arrest. Volgens het subonderdeel heeft het hof deze laatste omstandigheid buiten beschouwing gelaten en daarmee verzuimd te onderkennen dat, voor zover een andere concurrente crediteur van Hyka aanspraak maakte op het actief van Hyka, Le Roux, zich alsdan had kunnen verhalen op het evenredige deel van Hyka's middelen (die ten tijde van haar faillietverklaring immers voldoende waren om de andere schuldeisers buiten Le Roux te voldoen), met als gevolg dat Le Roux zich in dat scenario hoe dan ook had kunnen verhalen op een totaal bedrag van € 791.400.

3.70 Het subonderdeel slaagt. Zoals het subonderdeel aangeeft heeft het hof in rov. 4.5 van het tweede arrest juist tot uitgangspunt genomen dat volgens vaste jurisprudentie van de Hoge Raad, bij de vaststelling van de schade een vergelijking gemaakt dient te worden tussen enerzijds de situatie die zich in werkelijkheid heeft voorgedaan, en anderzijds de hypothetische situatie die zou zijn opgetreden als de onrechtmatige gedraging achterwege was gebleven.¹⁶

3.71 Ten behoeve van deze vergelijking heeft het hof in rov. 4.6 van het tweede arrest vastgesteld dat Hyka ten tijde van haar faillietverklaring over voldoende middelen beschikte om haar schuldeisers buiten Le Roux te voldoen. Voorts heeft het hof in de eerste alinea van rov. 4.7 van het tweede arrest geoordeeld

dat het faillissement van Hyka niet noodzakelijk zou zijn geweest en Le Roux zich dus had kunnen verhalen op een bedrag van € 791.400. Vervolgens heeft het hof, in afwijking van het oordeel van de rechtbank, geoordeeld dat Le Roux het aanwezige actief in dat geval had moeten delen met de andere concurrente crediteuren van Hyka. In dat kader heeft het hof vastgesteld dat de vordering op het moment van faillissement 91,2% uitmaakte van de totale vorderingen van de crediteuren van Hyka, zodat Le Roux een bedrag toekomt van € 721.757, zijnde 91,2% van € 791.400.

3.72 Het hof lijkt met dit laatste oordeel de eerder door haar in rov. 4.7 van het tweede arrest vastgestelde omstandigheid, dat op het moment van faillissement van Hyka voldoende middelen aanwezig waren om alle concurrente crediteuren buiten Le Roux te voldoen, bij de vergelijking ten behoeve van het vaststellen van de schade, ten onrechte buiten beschouwing te hebben gelaten. Immers, een logische gevolgtrekking van de vaststellingen van het hof in rov. 4.6 en de eerste alinea van rov. 4.7 van het tweede arrest is dat, indien de onrechtmatige gedraging van K. zich niet zou hebben voorgedaan, er op het moment van het faillissement van Hyka in zijn totaliteit voldoende middelen aanwezig waren om zowel alle concurrente schuldeiser van Hyka, buiten Le Roux, te voldoen, als ook Le Roux verhaal te bieden voor een bedrag van € 791.400. Hoewel de vaststelling van het hof in rov. 4.7 van het tweede arrest dat Le Roux het bedrag van € 791.400 had moeten delen met de overige concurrente crediteuren opzichzelf juist is, gaat het hof, zoals het middel terecht opmerkt, eraan voorbij dat Le Roux zich in dat geval ook naar rato (voor 91,2%) had kunnen verhalen op het moment van faillissement in Hyka aanwezige actief. Dit betekent dat Le Roux, gelet op het voorgaande, ook in dat geval zich in totaal op een bedrag van € 791.400 zou hebben kunnen verhalen.

3.73 Nu subonderdeel 2.1. slaagt, behoeven de overige subonderdelen geen behandeling.

Conclusie

De conclusie strekt in het principaal cassatieberoep tot verwerping en in incidenteel cassatieberoep tot vernietiging

RI 2017/52

HOF 'S-HERTOGENBOSCH

13 april 2017, nr. 200.196.405/01

(Mrs. R.R.M. de Moor, S.M.A.M. Venhuizen, L.Th.L.G. Pellis)

Art. 2:195, 2:198, 3:251 BW

¹⁶ Zie o.a. HR 28 maart 2003, NJ 2003/389.

ECLI:NL:GHSHE:2017:1592

Pandexecutie aandelen. Blokkeringsregeling. Toestemming voorzieningenrechter.**Is bij pandexecutie van aandelen volgens de blokkeringsregeling toestemming van de voorzieningenrechter vereist/mogelijk?**

Toonders Beheer B.V. en Quispel Beheer B.V. houden ieder 50% van de aandelen in Thuishaven Zevenbergen B.V. Rabobank heeft aan Toonders Beheer krediet verschaft. Tot zekerheid van de terugbetaling heeft Toonders Beheer haar aandelen in het kapitaal van Thuishaven aan Rabobank verpand. Op die aandelen rust nog een tweede pandrecht ten behoeve van Bethanie N.V. Dit pandrecht is gevestigd zonder medeweten en toestemming van Rabobank. Toonders Beheer is met de terugbetaling van het krediet aan Rabobank in verzuim. Rabobank gaat over tot parate executie. Onder de blokkeringsregeling biedt zij de aandelen aan Quispel aan. Quispel wil de aandelen kopen voor € 10.000 onder voorwaarde van goedkeuring van de voorzieningenrechter. De koopsom is conform een uitgevoerde waardering. Toonders Beheer voert verweer en verzoekt toestemming voor verkoop aan Ontwikkelingsmaatschappij Grensoverschrijdende Projecten B.V. (OGP) die € 20.000 wil betalen en bereid is het tweede pandrecht van Bethanie te handhaven. De voorzieningenrechter oordeelt dat sprake is van een afwijkende wijze van verkoop door de pandhouder op grond van art. 2:198 lid 5 BW die geen ruimte laat voor toepassing van de algemene regels van art. 3:250 e.v. BW.

Hof: In beginsel is tegen een (afwijzende) beslissing van de voorzieningenrechter op grond van art. 3:251 BW geen hogere voorziening toegelaten, tenzij sprake is van een zogenaamde doorbrekingsgrond. Rabobank heeft gesteld dat de voorzieningenrechter ten onrechte art. 3:251 BW buiten toepassing heeft gelaten. Dat is een doorbrekingsgrond en Rabobank is ontvankelijk in haar beroep. De statutaire blokkeringsregeling heeft te gelden als *lex specialis* ten opzichte van de art. 3:248 e.v. BW ter zake de pandexecutie van aandelen. Indien de wettelijke regels ter zake de *lex specialis* lacunes vertonen, dient op de algemene regeling te worden teruggevallen. Niet is uit te sluiten dat opvolging van de blokkeringsregeling door de pandhouder bij de verkoop aan de andere aandeelhouder geen zuiverend effect heeft, omdat van een executoriale verkoop geen sprake zou zijn. Voor dat geval dient een toestemming als bedoeld in art. 3:251 lid 1 BW voor zover vereist op verzoek van de executerende pandhouder te worden afgegeven. Het hof geeft de vereiste toestemming nu de enige andere aandeelhouder bereid is een koopprijs te voldoen die overeenstemt met de waarde blijkend uit het

taxatierapport. Het hof acht het bod van OGP niet relevant nu dat voorbijgaat aan de blokkeringsregeling. De positie van de tweede pandhouder is ook irrelevant, omdat uitvoering van de (ratio van de) blokkeringsregeling prevaleert.

Zie ook:

- HR 10 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:213, RBP 2017/34: over de ontvankelijkheid in hoger beroep;
- HR 28 november 2014, ECLI:NL:HR:2014:3463, NJ 2016/208: over de verhouding statutaire blokkeringsregeling versus regels voor pandexecutie;
- HR 17 juni 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1401, NJ 1995/367: over ontvankelijkheid in hoger beroep (Rabobank/Sporting Connexion);
- Hof Amsterdam 10 maart 2003, ARO 2003/46, JOR 2003/108: over pandexecutie volgens blokkeringsregeling;
- Rb. Amsterdam (vzr.) 2 februari 2006, JRV 2006/333, JOR 2006/93: idem.

Zie anders:

- E.C. MacLaine Pont & R.J.E. Zwaan, 'Executie van pandrecht op aandelen zonder verplichte blokkeringsregeling: vrij baan voor verkoop van aandelen?', *Ondernemingsrecht* 2013/12: en de daarin genoemde literatuur (noot 14).

Wenk:

In deze uitspraak staat de vraag centraal of pandexecutie van aandelen met inachtname van de blokkeringsregeling een executoriaal karakter en zuiverende werking heeft. Zo nee, dan zou behoefte bestaan aan toestemming van de voorzieningenrechter voor deze vorm van onderhandse executoriale verkoop (art. 3:251 lid 1 BW). Naar oud BV-recht (vóór Wet Flex-bv) was een blokkeringsregeling dwingend voorgeschreven. Naar huidig BV-recht (onder de Wet Flex-bv) zijn er drie mogelijkheden: (i) van een blokkeringsregeling wordt in de statuten expliciet afgezien; (ii) de statuten vermelden over een blokkeringsregeling niets, waardoor de wettelijke aanbiedingsplicht geldt (art. 2:195 lid 1 BW); en (iii) de statuten bevatten een blokkeringsregeling. Als een blokkeringsregeling geldt, dan geldt zij ook voor de pandhouder bij de pandexecutie (art. 2:198 lid 6 BW). Weliswaar verwijst de wettekst alleen naar de statutaire blokkeringsregeling, maar bedoeld lijkt ook de wettelijke blokkeringsregeling van art. 2:195 lid 1 BW daaronder te verstaan (G.C. van Daal, 'Executie door pandhouders en beslagleggers van aandelen in een flex-BV', *Ondernemingsrecht* 2012/36, par 4.1). Overigens kan, en dat is nieuw, op verzoek van de

pandhouder de blokkeringsregeling geheel of gedeeltelijk buiten toepassing worden verklaard (art. 2:195 lid 7 BW).

De blokkeringsregeling wordt beschouwd als een *lex specialis* ten opzichte van de algemene regeling van pandexecutie van aandelen (art. 3:248 e.v. BW). De algemene regeling gaat uit van openbare verkoop (art. 3:250 BW), of van onderhandse verkoop aan een derde of verblijf van de aandelen aan de pandhouder, in beide gevallen met toestemming van de voorzieningenrechter (art. 3:251 lid 1 BW), dan wel van een afwijkende wijze van verkoop (art. 3:251 lid 2 BW). Dat in geval van het bestaan van een blokkeringsregeling deze ook bij pandexecutie moet worden gevolgd, is bevestigd door Hof Amsterdam (OK) in 2003 en de voorzieningenrechter Amsterdam in 2006 (zie onder 'Zie ook'). Verkoop van de aandelen met toepassing van de blokkeringsregeling door de pandhouder heeft aldus te gelden als executoriale verkoop. Dat is ook de conclusie in de onderhavige uitspraak.

In de literatuur is deze opvatting bestreden (zie onder 'Zie anders'). Men betwijfelt of de verkoop wel executoriaal is en (daardoor) zuiverende werking heeft. Voor zover twijfel zou bestaan, lijkt die twijfel niet meer gerechtvaardigd. De wetgever heeft – met kennis van de rechtspraak en de kritiek daarop, zo mag men aannemen – de *lex specialis* in het nieuwe BV-recht gehandhaafd. Bovendien is de kritiek op executoriale verkoop via de blokkeringsregeling vooral gebaseerd op strijd met de ratio van de algemene regeling van art. 3:248 e.v. BW: opbrengstmaximalisatie. De wetgever heeft ervoor gekozen de verhouding binnen de vennootschap te laten prevaleren boven het belang van de pandhouder. Dat is gerechtvaardigd, omdat de pandhouder wetenschap kan, althans behoort te hebben van een eventuele blokkeringsregeling (en de gevolgen die zij heeft), zie *Kamerstukken 31058, nr. 6* (Nota n.a.v. het eindverslag): 'Een blokkeringsregeling is bedoeld om in de interne verhoudingen de beslotenheid te waarborgen en staat los van de bescherming van derden, zoals crediteuren. In de relatie tot derden zal de mate van overdraagbaarheid van aandelen wel van belang kunnen zijn voor (potentieel) toetredende aandeelhouders. Zij kunnen uit de statuten afleiden of er een statutaire blokkeringsregeling geldt en hoe die regeling er uitziet. Externe financiers die een bijzonder belang hebben bij een blijvende financiële betrokkenheid van de zittende aandeelhouders, zullen daar in hun financieringsvoorwaarden rekening mee kunnen houden.'

Resteert de vraag of pandexecutie met toepassing van de blokkeringsregeling zuiverende werking heeft. Daarover bepaalt de *lex specialis* niets, zodat de algemene regeling van toepassing is. Ook die bepaalt niet met zoveel woorden dat bij pandexecutie zuivering optreedt (anders dan bij hypotheekexecutie, art. 3:273 BW). De zuivering wordt afgeleid uit art. 3:248 lid 3 en 253 BW: bij executie door de oudste pandhouder vervallen de latere pandrechten, andere beperkte rechten en beslagen; executeert een lager gerangschikte pandhouder of beslaglegger, dan dient deze de hoger gerangschikte rechten te respecteren. Ervan uitgaande dat elke vorm van executoriale verkoop zuiverende werking heeft (mits de oudste pandhouder executeert, zoals in de onderhavige zaak), komt men bij toepassing van de blokkeringsregeling aan art. 3:250 en 251 BW niet toe en hoeft men daaraan ook niet toe te komen.

Teneinde iedere discussie over het executoriale karakter en de zuiverende werking te voorkomen, hebben zowel de Voorzieningenrechter Amsterdam in 2003 (zie ook) en het hof in de onderhavige uitspraak desgevraagd en voor zover vereist (ook) toestemming gegeven op grond van art. 3:251 lid 1 BW. Erg zuiver lijkt het niet, pragmatisch wel.

(J.A. Stal)

Uitspraak in de zaak in hoger beroep van:

De coöperatie Coöperatieve Rabobank U.A., gevestigd te Amsterdam, appellante, hierna te noemen: de bank, advocaat: mr. P.W. van Kooij te Rotterdam, tegen

1. De besloten vennootschap Toonders Beheer BV, gevestigd te Zevenbergen, pandgever en verweerster sub 1, hierna te noemen: Toonders, niet verschenen in hoger beroep,
2. De naamloze vennootschap naar Belgisch recht Bethanie NV, gevestigd te Turnhout (België), tweede pandhouder en verweerster sub 2, hierna te noemen: Bethanie, advocaat mr. R. van den Berg Jeths te Eindhoven,
3. De besloten vennootschap De Thuishaven Zevenbergen BV, in de bestreden beschikking abusievelijk aangeduid als "De Thuishaven BV", gevestigd te Zevenbergen, belanghebbende sub 1, hierna te noemen: Thuishaven, advocaat mr. N.W.M. van den Heuvel te Breda,
4. De besloten vennootschap Quispel Beheer BV, gevestigd te Zevenbergen, koper en belanghebbende sub 2, hierna te noemen: Quispel, advocaat mr. N.W.M. van den Heuvel te Breda,
5. De besloten vennootschap Ontwikkelingsmaatschappij Grensoverschrijdende projecten BV, gevestigd te Reusel, opgekomen bieder en belanghebbende sub 3, hierna te noemen: OGP,

in hoger beroep verschenen middels haar bestuurder Heeren Group Bvba, middels de heer P. Heeren.

Hof:

1 *Het geding in eerste aanleg (C/02/310970/KG RK16-115)*

Het hof verwijst naar de beschikking van de rechtbank Zeeland-West-Brabant, zittingsplaats Breda van 18 april 2016.

2 *Het geding in hoger beroep*

2.1. Bij beroepschrift van 15 juli 2016 met drie producties, ingekomen ter griffie op 18 juli 2016, heeft de bank verzocht voormelde beschikking te vernietigen en opnieuw rechtdoende, en voor zover nodig, te bepalen dat de executorialle verkoop van de aandelen zal plaatsvinden op een van artikel 3:250 BW afwijkende wijze namelijk door middel van de koopovereenkomst.

2.2. Bij verweerschrift, ingekomen ter griffie op 26 september 2016, heeft Bethanie het bij beroepschrift aangevoerde bestreden en geconcludeerd dat het verzoek van de bank door de rechtbank terecht is afgewezen.

2.3. Bij verweerschrift, ingekomen ter griffie op 3 oktober 2016 hebben Thuishaven en Quispel geconcludeerd dat het verzoek van de bank moet worden toegewezen.

2.4. Aan Toonders is op 22 augustus 2016 door de griffier een kopie van het beroepschrift gezonden waarbij Toonders in de gelegenheid is gesteld een verweerschrift in te dienen. Toonders heeft hiervan geen gebruik gemaakt.

2.5. Nadat bij brief van 24 augustus 2016, ingekomen ter griffie op 26 augustus 2016, het proces-verbaal van de behandeling in eerste aanleg d.d. 4 april 2016 is binnengekomen, is bij brief van mr. Van Kooij van 16 november 2016 namens de bank, Bethanie, Thuishaven en Quispel aan het hof het verzoek gedaan zonder mondelinge behandeling uitspraak te doen.

2.6. Bij brief van 5 december 2016 is zowel aan Toonders als aan OGP verzocht zich aangaande bedoeld verzoek uit te spreken. Bij brief van 6 december 2016 heeft OGP laten weten te kunnen instemmen met het achterwege blijven van een mondelinge behandeling. Toonders heeft niet gereageerd.

2.7. Vervolgens is uitspraak bepaald op heden.

3 *De beoordeling*

3.1.1. Het verzoek van de Coöperatieve Rabobank U.A. (hierna: de bank) in eerste aanleg strekt tot het bepalen dat de executorialle verkoop van de aandelen zal plaatsvinden op een van artikel 3:250 BW afwijkende wijze, namelijk door middel van de overgelegde koopovereenkomst, kosten rechtens. De overeenge-

komen koopsom bedraagt € 10.000,00. In dit verband heeft de bank het volgende aangevoerd.

3.1.1.1. De bank heeft aan haar verzoek ten grondslag gelegd dat zij uit hoofde van een kredietverhouding vorderingen heeft op Toonders. Bij notariële akte van 10 september 2007 heeft Toonders ten behoeve van de bank een pandrecht gevestigd op de door Toonders gehouden aandelen in het kapitaal van De Thuishaven, ter zekerheid voor betaling van al hetgeen de bank blijkens haar administratie te vorderen heeft of mocht hebben van Toonders. Het betreft 50%, te weten 963 aandelen, van de aandelen in het kapitaal van De Thuishaven. De andere 50% van de aandelen is in handen van Quispel. Op de aandelen rust voorts een pandrecht tweede in rang ten behoeve van Bethanie. De bank was niet bekend met het tweede pandrecht op het moment dat de aandelen onder de blokkeringsregeling zijn aangeboden. Dit pandrecht is gevestigd zonder medeweten en toestemming van de bank. De bank ziet dan ook niet op welke wijze zij niet aan enige formaliteiten zou hebben voldaan.

3.1.1.2. Toonders is haar financiële verplichting jegens de bank niet nagekomen, zodat de bank bij brief van 20 mei 2014 de verstrekte financieringen heeft opgezegd en Toonders heeft gesommeerd de aan de bank verschuldigde bedragen te voldoen. Toonders heeft niet aan deze sommatie voldaan en verkeert reeds geruime tijd in verzuim. De bank is op basis daarvan bevoegd om gebruik te maken van haar recht van parate executie en wenst de aandelen te verkopen. De statuten bevatten een verplichte blokkeringsregeling in de vorm van een aanbiedingsregeling, tenzij de overige aandeelhouders schriftelijk hebben verklaard met de vervreemding in te stemmen. Conform de blokkeringsregeling heeft de bank de aandelen aangeboden aan Quispel, die de aandelen wil kopen voor een bedrag van € 10.000,00 onder voorwaarde van goedkeuring van de voorzieningenrechter. De koopsom is conform een door ESJ Corporate Finance uitgevoerde waardering. Nu op de aandelen een tweede pandrecht is gevestigd, is Quispel slechts bereid de aandelen te kopen in het kader van een executieverkoop, opdat hij de aandelen onbezwaard kan verkrijgen. De bank is van mening dat een combinatie van een verkoop via de blokkeringsregeling en een executieverkoop mogelijk is. Artikel 3:251 lid 1 BW is een invulling van de blokkeringsregeling, om zittende aandeelhouders een kans te geven en te voorkomen dat de vennootschap onbestuurbaar wordt. Zij verwijst hiertoe naar een uitspraak van de rechtbank Amsterdam van 2 februari 2006 (JOR 2006, 93). Daarnaast stelt de bank dat haar vordering dermate hoog is, dat ook bij een verkoop voor een bedrag van € 20.000,00 geen be-

taling aan de tweede pandhouder plaats kan vinden. Het tweede pandrecht zal hoe dan ook niet in stand blijven. Als de voorzieningenrechter toestemming tot onderhandse verkoop aan Quispel onthoudt, dan volgt er een executieverkoop en zal het tweede pandrecht van rechtswege vervallen.

3.1.2. Toonders Beheer (hierna: Toonders) heeft verweer gevoerd en heeft de voorzieningenrechter verzocht, op grond van artikel 3:251 lid 1 BW, te bepalen dat de verpande aandelen worden verkocht aan de Ontwikkelingsmaatschappij Grensoverschrijdende Projecten BV (hierna: OGP) voor een bedrag van € 20.000,00 kosten koper en met behoud van het tweede pandrecht van Bethanie NV. Het aldus blijkend bod is opgenomen in de brief van OGP van 23 februari 2016, dat als productie 1 is gehecht aan het verweerschrift in eerste aanleg van Bethanie van 24 februari 2016.

3.1.3. Bethanie heeft verweer gevoerd en de rechtbank verzocht het door de bank verzochte af te wijzen en de bank in de kosten te veroordelen. In dat verband heeft Bethanie het volgende aangevoerd.

3.1.3.1. Bethanie stelt dat zij als tweede pandhouder en schuldeiser van Toonders belang heeft bij een zo hoog mogelijke, faire marktprijs voor de aandelen en dat haar tweede pandrecht op de aandelen blijft rusten. De bank had op grond van artikel 3:249 BW aan Bethanie als beperkt gerechtigde mededeling moeten doen van de voorgenomen verkoop. Nu dit niet is gedaan, is er sprake van een aantastbaar besluit. Als de bank de aandelen met inachtneming van de blokkeringsregeling onvoorwaardelijk onderhands had verkocht aan koper, dan zou de verkoop geen executoriaal karakter hebben en zouden de aandelen bezwaard blijven met het (dan eerste) pandrecht van Bethanie. Uit het verzoek blijkt niet dat een van artikel 3:250 BW afwijkende wijze van verkoop is overeengekomen. Bethanie heeft daar als beperkt gerechtigde in ieder geval geen medewerking aan verleend en zal dit ook niet doen.

3.1.3.2. Als de aandelen zouden worden verkocht zonder de (opschortende) voorwaarde van toestemming ex artikel 3:251 lid 1 BW, dan had Bethanie geen recht en belang om zich tegen de onderhandse verkoop te verzetten. Nu deze toestemming expliciet wordt verzocht, heeft Bethanie er recht en belang bij zich tegen de voorgenomen verkoop te verzetten.

3.1.3.3. Bethanie is van mening dat de geboden prijs beneden de marktwaarde ligt, hetgeen ook blijkt uit het bod van OGP. Deze heeft een bod uitgebracht van € 20.000,00 en is bereid om de aandelen over te nemen met behoud van het pandrecht van Bethanie. Dit bod is niet eerder uitgebracht, omdat eerst de blokkeringsregeling moest worden doorlopen.

Bethanie weerspreekt het standpunt van de bank dat het niet uitmaakt of de aandelen voor een bedrag van € 20.000,00 worden verkocht, gelet op de vordering van de bank. Aandelen kunnen immers in prijs fluctueren en daardoor mogelijk meer waard worden. Bovendien reestert voor Toonders een lagere restschuld.

3.1.3.4. Bethanie stelt voorts dat als toetsingskader aansluiting moet worden gezocht bij de uitgangspunten in de jurisprudentie, namelijk of aannemelijk is dat met de voorgenomen wijze van verkoop niet de maximale, althans optimale, opbrengst wordt bereikt, waardoor waarde voor de overige schuldeisers verloren zou gaan én, in geval er een alternatief bod is, moet worden onderzocht of dat een reëel bod is, namelijk onvoorwaardelijk en betoet. Daarvan is naar het oordeel van Bethanie in onderhavig geval sprake.

3.1.4. Namens Quispel en De Thuishaven als belanghebbenden, te weten de door de bank beoogde koper en de besloten vennootschap waarin de te verkopen aandelen worden gehouden, is tijdens de mondelinge behandeling op 4 april 2016 door mr. Van den Heuvel betoogd dat de bank gehouden is tot het volgen van de blokkeringsregeling in het geval van executie van de aandelen. De achterliggende ratio is bescherming van de andere aandeelhouders, in dit geval Quispel, om toetreding van een externe aandeelhouder te voorkomen indien dit niet in het belang is van de vennootschap. In lagere jurisprudentie is geoordeeld dat de blokkeringsregeling een lex specialis is ten opzichte van artikel 3:250 BW. Dit zou betekenen dat verkoop conform de blokkeringsregeling kwalificeert als een executieverkoop met zuiverende werking, zodat Quispel de aandelen onbezwaard zou verkrijgen. Omdat hierover nog geen jurisprudentie is en in de literatuur wel wordt betoogd dat een verkoop via blokkeringsregeling niet kwalificeert als executieverkoop omdat het geen openbare verkoop betreft, hebben de bank en Quispel besloten om de route van de afwijkende verkoop ex artikel 3:251 lid 1 BW te volgen, gelet op het tweede pandrecht van Bethanie. Aan de voorwaarden voor een dergelijke verkoop is voldaan. Toonders en Bethanie willen kennelijk bewerkstelligen dat OGP het belang van Toonders in De Thuishaven overneemt. De vennootschap wordt daardoor echter onbestuurbaar gelet op de onderlinge verhoudingen. Ook wil de bank in dat geval niet meewerken aan een (noodzakelijke) herfinanciering.

3.1.5. Toonders en OGP hebben zich in eerste aanleg aangesloten bij het verweer van Bethanie.

3.1.6. De voorzieningenrechter heeft vervolgens als volgt beslist:

“3.6. Naar aanleiding van hetgeen ter mondelinge behandeling naar voren is ge-

bracht en de door partijen overgelegde stukken, wordt als volgt overwogen.

3.7. De bank baseert haar verzoek, inhoudende dat de aan de bank verpande aandelen in De Thuishaven conform overeenkomst worden verkocht aan Quispel voor een bedrag ad € 10.000,00, op artikel 3:251 lid 1 BW. Dit artikel bepaalt dat, nu in beginsel een pandrecht wordt uitgewonnen door middel van een met waarborgen omklede openbare verkoop als bedoeld in artikel 3:250 BW, een afwijkende wijze van verkoop mogelijk is, bijvoorbeeld indien partijen dit gezamenlijk overeenkomen (ex artikel 3:251 lid 2 BW) of indien de voorzieningenrechter hiertoe, op verzoek van de pandhouder of de pandgever, toestemming verleent (ex artikel 3:251 lid 1 BW). De bank heeft, in overeenstemming met de blokkeringsregeling in de statuten van De Thuishaven, de aandelen te koop aangeboden aan Quispel. Quispel wil de aandelen kopen, echter alleen onder de opschortende voorwaarde van instemming van de voorzieningenrechter, zodat het pandrecht van Bethanie komt te vervallen.

De voorzieningenrechter overweegt dat eerst de vraag moet worden beantwoord of is voldaan aan de blokkeringsregeling. Het verweer van Bethanie dat zij op grond van artikel 3:249 BW had moeten worden geïnformeerd en dat er, nu dit niet is gebeurd, sprake is van een aantastbaar besluit, volgt de voorzieningenrechter niet. Artikel 3:249 lid 1 BW luidt: 'Tenzij anders is bedongen, is een pandhouder die tot verkoop wil overgaan verplicht, voor zover hem dit redelijkerwijze mogelijk is, ten minste drie dagen tevoren de voorgenomen verkoop met vermelding van plaats en tijd op bij algemene maatregel van bestuur te bepalen wijze mede te delen aan de schuldenaar en de pandgever, alsmede aan hen die op het goed een beperkt recht hebben of daarop beslag hebben gelegd.'. De voorzieningenrechter overweegt dat door de bank, niet, althans onvoldoende weersproken is gesteld, dat zij pas met het pandrecht van Bethanie bekend is geworden nadat zij de aandelen heeft aangeboden, zodat het redelijkerwijs niet mogelijk is geweest om eerder van het voornemen tot verkoop melding te maken. Daarnaast dient de pandhouder ten minste drie dagen tevoren de voorgenomen verkoop daarvan mededeling te doen. Nu, vanwege de opschortende voorwaarde in de koopovereenkomst, van een daadwerkelijke verkoop (nog) geen sprake is, is naar het oordeel van de voorzieningenrechter met het indienen van het verzoekschrift deze termijn gewaarborgd. Tevens betreft artikel 3:249 BW aanvullend recht, en niet nale-

ving hiervan leidt niet tot nietigheid van de verkoop.

De voorzieningenrechter is aldus van oordeel dat de aandelen op de juiste wijze aan Quispel zijn aangeboden.

3.8. Nu is vastgesteld dat de statutaire blokkeringsregeling op de juiste wijze is toegepast, moet worden beoordeeld of voor de verkoop via de blokkeringsregeling toestemming van de voorzieningenrechter is vereist. Anders dan de bank stelt, is de voorzieningenrechter van oordeel dat er geen goedkeuring van de voorzieningenrechter hoeft plaats te vinden. Immers, in artikel 2:198 lid 5 BW is een afwijkende regeling opgenomen ten aanzien van vervreemding van aandelen door de pandhouder. Nu in de statuten een blokkeringsregeling is opgenomen, laat dit geen ruimte voor een beroep op artikel 3:250 BW, zodat in het verlengde daarvan ook niet aan een beoordeling op grond van artikel 3:251 lid 1 toegekomen kan worden.

3.9. De voorzieningenrechter acht geen termen aanwezig om met toepassing van artikel 289 Rv een proceskostenveroordeling uit te spreken."

3.1.7. In hoger beroep hebben de bank, Bethanie en Thuishaven en Quispel bij hun stellingname in eerste aanleg volhard. Op de aangevoerde respectieve argumenten in zowel eerste aanleg als hoger beroep zal hieronder voor zover voor de beslissing van belang nader worden ingegaan.

3.2. Het hof overweegt het volgende.

3.2.1. Voor beslissingen op grond van artikel 3:251 BW, zoals de beslissing van de voorzieningenrechter van 18 april 2016 in de onderhavige zaak, geldt op basis van vaste rechtspraak van de Hoge Raad dat een hogere voorziening niet is toegelaten. Zie onder meer HR 10 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:213, waarin wordt overwogen:

"3.5.2. In Rabobank/Sporting Connection heeft de Hoge Raad in algemene bewoordingen geoordeeld dat de strekking van art. 3:251 lid 1 BW meebrengt dat een hogere voorziening tegen een krachtens deze bepaling gegeven beschikking niet is toegelaten. (...) Belangrijkste grond voor de beslissing in Rabobank/Sporting Connection was dat voor de uitsluiting van een hogere voorziening tegen een krachtens art. 3:251 lid 1 BW gegeven beschikking dezelfde redenen gelden als voor de uitsluiting van een hogere voorziening bedoeld in art. 3:268 lid 3 BW. De wetgever heeft die als volgt toegelicht: "Een definitieve beslissing op het verzoek dient snel te kunnen worden verkregen, niet alleen om de executie zo min mogelijk op te houden, maar ook omdat de koper niet langer dan strikt nodig is in het onzekere-

re mag worden gelaten of de onderhandse verkoop aan hem doorgang zal vinden.” (Parl. Gesch. Boek 3, p. 824).

3.5.2. (...) Met de tussenkomst van de rechter – die als hij daartoe aanleiding ziet, nadere instructiemaatregelen kan treffen – is dus voldoende gewaarborgd dat de prijs van het verpande goed naar objectieve maatstaven wordt bepaald.”

3.2.2. Vervolgens geldt dat ingevolge HR 17 juni 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1401 (de hierboven reeds genoemde uitspraak Rabobank/Sporting Connection) ten aanzien van het rechtsmiddelenverbod uitzonderingen mogelijk zijn, namelijk indien sprake is van zogenaamde ‘doorbrekingsgronden’:

“3.4. (...) Ook voor beschikkingen, gegeven krachtens art. 268 lid 2 of art. 251 lid 1, geldt dat ondanks de uitsluiting van hogere voorziening een daartegen ingesteld hoger beroep ontvankelijk is, indien en voor zover erover wordt geklaagd dat de rechter buiten het toepassingsgebied van het desbetreffende artikel is getreden, dat artikel ten onrechte heeft toegepast of ten onrechte buiten toepassing heeft gelaten, dan wel bij de behandeling van de zaak essentiële vormen heeft verzuimd”.

3.2.3. Nu de bank in haar beroepschrift heeft gesteld dat de voorzieningenrechter ten onrechte artikel 3:251 BW buiten toepassing heeft gelaten, is zij al gezien het voorgaande als zodanig ontvankelijk in haar beroep.

3.3.1. Vervolgens rijst de vraag of daadwerkelijk de voorzieningenrechter ten onrechte artikel 3:251 lid 1 BW buiten toepassing heeft gelaten door te overwegen als in onderdeel 3.1.6. al is weergegeven. De bank stelt dat dit het geval is, zulks wordt door Bethanie en Quispel niet weersproken. Laatstgenoemden gaan intendeel in hun respectieve verweerschriften in op de inhoudelijke vraag of in het onderhavige geval al dan niet toestemming moet worden gegeven.

3.3.2. Met de door de bank en Bethanie aangehaalde rechterlijke colleges (Voorzieningenrechter Rb Amsterdam 2 februari 2006, *JOR* 2006, 93 respectievelijk Gerechtshof Amsterdam 10 maart 2003, *JOR* 2003, 108) is het hof, mede gezien HR 28 november 2014, ECLI:NL:HR:2014:3463, van oordeel dat artikel 2:198 lid 6 BW jo. artikel 2:195 BW en de in laatstgenoemd artikel bedoelde statutaire blokkeringsregeling (zijnde in het onderhavige geval artikel 12 lid 18 juncto artikel 12 leden 1 tot en met 10 van de statuten van Thuis haven) in beginsel hebben te gelden als *lex specialis* ten opzichte van de artikelen 3: 248 e.v. BW wanneer het gaat om de te gelde making door de pandhouder van aan hem of haar verpande aandelen in een besloten vennootschap. Hierbij neemt het hof mee dat ook uit artikel 474g

lid 4 eerste zin Rv in het kader van executoriaal beslag blijkt dat in beginsel de “*wettelijke bepalingen en statutaire bepalingen ter zake vervreemding van aandelen in acht genomen (moet worden)*”.

In beginsel want zowel artikel 2:195 leden 5 en 7 als artikel 474g lid 4 tweede zin Rv geven ruimte voor rechterlijk ingrijpen indien - kort gezegd – de statutaire bepalingen als hier aan de orde overdracht respectievelijk executie onmogelijk of uiterst bezwaarlijk maken.

3.3.3. Het primaat van de blokkeringsregeling acht het hof hiermee een gegeven, met de kanttekening dat indien de wettelijke regels ter zake als *lex specialis lacunes* vertonen, op de algemene regeling dient te worden teruggevalen. Dat lijkt hier aan de orde, nu zowel de bank als Bethanie als Quispel het standpunt betreft respectievelijk niet uitsluit dat de opvolging van de regels van de blokkeringsregeling door de pandhouder in het kader van de verkoop aan de andere aandeelhouder geen zuiverend effect heeft, omdat van een executoriale verkoop geen sprake zou zijn. Ook in de literatuur (zie het door de bank aangehaalde artikel van Messelink, p. 663 als ook Maclaine Pont en Zwaan, *Executie van pandrecht op aandelen zonder verplichte blokkeringsregeling: vrij baan voor de verkoop van aandelen?*, *Ondernemingsrecht* 2013/20) bestaat twijfel over de zuiverende werking van een gedwongen verkoop waarbij uitsluitend de blokkeringsregeling wordt gevolgd.

3.3.4. Ten einde die zuivering met zekerheid te bewerkstelligen en in ieder geval in dit kader ongewenste onduidelijkheid te voorkomen – indien uiteraard aan alle overige voorwaarden als in deze te stellen is voldaan, zie hierna – dient naar het oordeel van het hof minst genomen een toestemming als bedoeld in artikel 3:251 lid 1 BW voor zover vereist op verzoek van de executerende pandhouder te worden afgegeven.

3.3.5. De voorzieningenrechter heeft dit ten onrechte nagelaten. Het hof zal dan ook de beschikking voor zover in beroep aan de orde vernietigen en alsnog op het verzoek van de bank om toestemming als hiervoor bedoeld inhoudelijk beslissen.

3.4. In de onderhavige zaak zijn door de (eerste) pandhouder met inachtneming van de blokkeringsregeling de verpande aandelen aangeboden aan de enige andere aandeelhouder. Deze is bereid gebleken een koopprijs te voldoen die overeenstemt met de waarde van de aandelen als volgend uit het als bijlage 8 bij het inleidende verzoek gevoegde taxatierapport van ESJ van 27 oktober 2015, te weten € 10.000,= (p. 4/63). Ten overvloede merkt het hof op dat uit een bijlage bij het rapport overigens blijkt dat de opdracht aan ESJ door Quispel gezamenlijk met Toonders is verstrekt

(opdrachtbevestiging 7 oktober 2015). Het taxatierapport en de daaruit voortvloeiende waardering van de verpande aandelen is noch door Toonders noch door Bethanie noch door OGP weersproken. Hiermee is voor het hof betreffende waardering een gegeven.

3.5. Vervolgens rijst de vraag of toestemming voor zover vereist voor de voorgenomen onderhandse verkoop door de bank aan Quispel – conform de als bijlage 9 aan het verzoekschrift in eerste aanleg gehechte koopovereenkomst van 28 januari 2016 als door de bank, Thuishaven en Quispel ondertekend – voor een prijs gelijk aan de vaststaande waarde moet worden geweigerd vanwege het enkele feit dat een derde partij (OGP) bereid is een hoger bedrag voor de aandelen te betalen, zelfs onder handhaving van het tweede pandrecht. Het hof is van oordeel dat dit geen reden vormt voor weigering, nu naleving van de blokkeringsregeling in het kader van de verkoop door de pandhouder een opbrengst oplevert die conform de vaststaande waarde is. Meer zou Toonders Beheer immers, als zij zelf de aandelen zou hebben willen verkopen, vanwege de geldende blokkeringsregeling – ter zake waarvan geen artikel 2:195 lid 7 BW verzoek is gedaan – ook niet hebben ontvangen. Het bod door een derde is niet relevant nu daarmee geen recht wordt gedaan aan het door de blokkeringsregeling beoogde effect de kring van aandeelhouders beperkt te houden (vergelijk Buijn & Storm, *Ondernemingsrecht BV en NV in de praktijk*, Kluwer 2013, p.149), op welk effect Quispel (de andere aandeelhouder) en De Thuishaven (de vennootschap waarvan aandelen worden verkocht) zich uitdrukkelijk en onder aanvoering van argumenten aangaande de gestelde mogelijkheden van voortbestaan van de vennootschap, hebben beroepen. Nu de algemene regeling van artikel 3:348 e.v. BW in deze slechts geldt voor zover boek 2 BW geen voorziening biedt, ziet het hof geen reden het beoogde effect van de blokkeringsregeling in het onderhavige geval en de onderhavige omstandigheden, waaronder de omvang van de vordering van de eerste pandhouder, niet tot haar recht te laten komen.

3.6. De positie van de tweede pandhouder, die bij verkoop aan OGP haar pandrecht zou behouden, doet aan het voorgaande niet af nu uitvoering van de (ratio van de) blokkeringsregeling prevaleert, waarbij thans in het midden kan blijven of gezien de bekendheid bij de tweede pandhouder (zie de als productie C aan het beroepschrift gehechte pandakte van 11 november 2011, p. 3) met het toestemmingsvereiste door de bank, en de niet-naleving hiervan, de tweede pandhouder wel een beroep op bescherming in deze toekomst. Met de voorzieningenrechter is het hof overigens van oordeel dat in de gegeven omstandigheden artikel

3:249 BW richting de tweede pandhouder ook in eerste aanleg voldoende is nageleefd, zodat ook daaraan geen belemmering kan worden ontleend.

3.7. Het hof zal dan ook de beschikking waarvan beroep vernietigen en alsnog de verzochte toestemming voor zover vereist verleenen.

3.8. In de aard van het geschil ziet het hof – in navolging van de voorzieningenrechter – aanleiding op de voet van artikel 289 Rv een proceskostenveroordeling achterwege te laten.

3.9. Het hof zal voorts op de voet van artikel 288 Rv zijn beslissing ambtshalve uitvoerbaar bij voorraad verklaren.

4 De beslissing

Het hof:

vernietigt de tussen partijen gegeven beschikking van de rechtbank Zeeland-West-Brabant, zittingsplaats Breda van 18 april 2016;

en in zoverre opnieuw rechtdoende:

bepaalt, voor zover vereist, dat de executoriale verkoop van de aandelen van Toonders in Thuishaven zal plaatsvinden op een van artikel 3:250 BW afwijkende wijze en wel door middel van de tussen de bank en Quispel gesloten koopovereenkomst van 28 januari 2016;

verklaart deze beschikking voor zover het de verleende toestemming voor zover vereist betreft, uitvoerbaar bij voorraad.