

## Leidt verrekening die in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is, tot onverschuldigde betaling?

Hof Amsterdam 13-03-2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:937

### Instantie

Hof Amsterdam

### Datum

13 maart 2018

### Magistraten

Mrs. M.P. van Achterberg, A.W.H. Vink, S.B. van Baalen

### Zaaknummer

200.178.645/01

### Folio weergave

[Download gedrukte versie \(PDF\)](#)

### Vakgebied(en)

Insolventierecht / Faillissement

Verbintenissenrecht / Overige verbintenissen

### Brondocumenten

ECLI:NL:GHAMS:2018:937, Uitspraak, Hof Amsterdam, 13â€³3â€³018

### Wetgeving

Art. 6:2, 6:127, 6:203 BW

## Essentie

**Verrekening. Beperkende werking redelijkheid en billijkheid. Onverschuldigde betaling. Leidt verrekening die in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is, tot onverschuldigde betaling?**

## Samenvatting

*Rabobank heeft aan een ondernemer en zijn twee BV's een zakelijke financiering verstrekt. Tot zekerheid hebben een van de BV's en de ondernemer hypotheekrechten op de bedrijfspanden respectievelijk de woning gevestigd. Rabobank heeft daarnaast een privéfinanciering aan de ondernemer verstrekt. Daarvoor strekt een hypotheekrecht op de woning eveneens tot zekerheid. Rabobank heeft beide financieringen opgezegd en op een termijn van drie maanden opgeëist. Er wordt niet betaald. De incasso door Rabobank vangt aan met verrekening van het creditsaldo op de privérekening van de ondernemer met haar vordering uit hoofde van de zakelijke financiering. Daarna volgt executoriale verkoop van bedrijfspanden. De opbrengst overstijgt de restantvordering van Rabobank uit hoofde van de zakelijke financiering ruim. Rabobank zegt vervolgens de executoriale verkoop van de woning voor de schuld uit hoofde van de privéfinanciering aan. Deze verkoop wordt aangehouden in afwachting van de uitkomst van deze procedure. De rechtbank achtte de veiling van de bedrijfspanden niet onrechtmatig, maar de verrekening naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar. Omdat een contractuele grondslag voor de verrekening aanwezig was, vond de rechtbank niet dat er onverschuldigd betaald was. De aangezegde executie van de woning heeft de rechtbank verboden.*

*Hof: De zakelijke financiering is – onbetwist – rechtmatig opgezegd en Rabobank was in beginsel bevoegd over te gaan tot uitwinning. De verrekening is in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar. Op het moment van verrekening was de veiling van de bedrijfspanden aanstaande en zij hebben op de executieveiling meer dan een tweevoud van het aan Rabobank verschuldigde bedrag onder de zakelijke financiering opgeleverd. Ook het beschikbare taxatierapport liet een fors hogere executiewaarde zien. Rabobank heeft niet gesteld dat zij desondanks concrete aanleiding had te vrezen dat de opbrengst van de veiling (veel) lager zou zijn dan haar openstaande vordering. Onder die omstandigheden diende Rabobank rekening te houden met de privébelangen van de ondernemer. Dit handelen in strijd met de redelijkheid en billijkheid in de zin van art. 6:2 lid 2 BW heeft tot gevolg dat Rabobank van haar bevoegdheid tot verrekening onder deze omstandigheden geen gebruik mocht maken. De verrekening is zonder rechtsgrond geschied, waardoor – anders dan de rechtbank heeft geoordeeld – de ondernemer onverschuldigd*

heeft betaald. Rabobank dient het verrekenende bedrag te restitueren.

## Verwant oordeel

### Zie anders:

- Rb. Amsterdam 23 juli 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:4503 en 29 april 2015 (niet gepubliceerd): tussen- en eindvonnis in deze zaak.

## Wenk

### 1. *Handelwijze van de Bank*

Rabobank heeft vorderingen op een ondernemer (dga) en zijn twee BV's uit hoofde van een zakelijke financiering en een privéfinanciering. Van de laatste is alleen de ondernemer schuldenaar. Voor de terugbetaling van beide financieringen zijn hypotheekrechten gevestigd. Daarnaast heeft Rabobank op grond van de wet en de Algemene Bankvoorwaarden (ABV) een recht van verrekening van haar vorderingen uit de financieringen met haar schuld aan de ondernemer (en zijn echtgenote) uit hoofde van een creditstand op de 'en/of-rekening'. Rabobank gaat eerst over tot verrekening. Daardoor wordt de ondernemer in privé 'berooft' van zijn mogelijkheid vanuit dat creditsaldo verplichtingen onder de privéfinanciering te voldoen. Daarna vindt executoriale verkoop van de bedrijfspanden plaats. Uit de opbrengst kan, zoals kennelijk wel was te voorzien, de schuld aan Rabobank uit hoofde van de zakelijke financiering makkelijk worden voldaan. Vervolgens wenst Rabobank de privéwoning executoriaal te verkopen ter delging van de schuld uit de privéfinanciering.

### 2. *Beperkende werking redelijkheid en billijkheid*

Rabobank en de ondernemer staan als schuldeiser en schuldenaar in relatie tot elkaar uit hoofde van zowel de zakelijke financiering als de privéfinanciering. Een tussen hen krachtens wet, gewoonte of rechtshandeling geldende regel is niet van toepassing, voor zover dat in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn (art. 6:2 lid 2 BW). Zowel rechtbank als hof menen dat de krachtens (wet (art. 6:127 BW) en) rechtshandeling (art. 25 ABV) geldende verrekeningsregel onder de in 1 genoemde omstandigheden niet van toepassing is. Rabobank had rekening moeten houden met de privébelangen van de ondernemer. Opvallend is dat het hof ondanks de door haarzelf gestelde contractuele verhouding tussen ondernemer en bank niet art. 6:248 lid 2, maar 6:2 lid 2 BW toepast. Daarin lijkt geen materieel belang te schuilen.

### 3. *Gevolg*

Als de verrekeningsregel niet van toepassing is (voor dit geval niet bestaat), vindt verrekening zonder rechtsgrond plaats. Deze verrekening is een vorm van betaling van een geldsom. Als daarvoor de rechtsgrond ontbreekt, geschiedt de betaling onverschuldigd (art. 6:203 BW). Het onverschuldigd betaalde moet worden gerestitueerd.

De redenering van de rechtbank was een andere. De rechtbank achtte een (wettelijke en contractuele) rechtsgrond voor de verrekening aanwezig, zodat geen sprake was van onverschuldigde betaling. Toch vond de rechtbank de verrekening naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar. Kennelijk is de gedachtegang van de rechtbank geweest dat de bank de verrekening onbevoegd heeft verricht, daardoor onrechtmatig jegens de ondernemer heeft gehandeld en schadeplichtig is.

J.A. Stal

## Partij(en)

Arrest inzake

1. [Appellant 1],
2. [Appellant 2],
3. [Appellant 3],

advocaat: mr. B.J. van de Wijnckel te Oostburg (onttrokken per 22 augustus 2017), appellanten in principaal appel, geïntimeerden in incidenteel appel, tegen

1. Coöperatieve Rabobank U.A., te Utrecht,
2. Rabo-Hypotheekbank N.V., te Amsterdam,

advocaat mr. D.H. de Haan te Utrecht, geïntimeerden in principaal appel, appellanten in incidenteel appel.

Appellanten in principaal appel, geïntimeerden in incidenteel appel worden hierna gezamenlijk [appellanten] genoemd en afzonderlijk [appellant 1], [appellant 2] en [appellant 3]. Geïntimeerden in principaal appel, appellanten in incidenteel appel worden gezamenlijk Rabobank genoemd.

## Uitspraak

**Hof:**

## **1. Het geding in hoger beroep**

[Appellanten] is bij dagvaarding van 17 juli 2015 in hoger beroep gekomen van het vonnis van de rechtbank Amsterdam van 23 juli 2014 (hierna: het tussenvonnissen) en het vonnis van de rechtbank Amsterdam van 29 april 2015 (hierna: het eindvonnis), gewezen onder bovenvermeld zaak-/rolnummer.

Partijen hebben daarna de volgende stukken ingediend:

- memorie van grieven in principaal appel tevens houdende wijziging van eis, met producties;
- memorie van antwoord in principaal appel tevens memorie van grieven in incidenteel appel, met producties;
- memorie van antwoord van [appellanten] in incidenteel appel;
- de stukken van de zijde van [appellanten] ten behoeve van het pleidooi.

Partijen hebben de zaak ter zitting van 9 juni 2017 doen bepleiten, [appellanten] door mr. Van de Wijckel voornoemd en Rabobank door mr. De Haan voornoemd, allen aan de hand van pleitnotities die zijn overgelegd. [Appellant 1] heeft nadien nog stukken gestuurd naar het hof, die door het hof zijn geweigerd als zijnde tardief.

Ten slotte is arrest gevraagd.

[Appellanten] heeft geconcludeerd dat het hof de bestreden vonnissen zal vernietigen en de vorderingen van [appellanten] zoals bij memorie van grieven in principaal appel gewijzigd (alsnog) zal toewijzen met - uitvoerbaar bij voorraad - hoofdelijke veroordeling van Rabobank in de kosten van het geding in beide instanties, met rente. [Appellanten] heeft geconcludeerd tot afwijzing van het incidenteel appel. Rabobank heeft geconcludeerd tot afwijzing van het principaal appel en in incidenteel appel geconcludeerd dat het hof de bestreden vonnissen zal vernietigen en de toegewezen vordering alsnog zal afwijzen met - uitvoerbaar bij voorraad - hoofdelijke veroordeling van [appellanten] in de kosten van het geding in beide instanties, met rente.

## **2. Feiten**

De rechtbank heeft in het bestreden vonnis de feiten vastgesteld. Deze feiten zijn in hoger beroep niet in geschil en dienen derhalve ook het hof als uitgangspunt. Samengevat en waar nodig aangevuld met andere feiten die als enerzijds gesteld en anderzijds niet of onvoldoende betwist zijn komen vast te staan, komen de feiten neer op het volgende.

### **2.1.**

[Appellant 1] is bestuurder en aandeelhouder van [appellant 2] en was bestuurder en aandeelhouder van [B.V.] (hierna: [B.V.]). [Appellant 2] was eigenaar van de onroerende zaak aan het adres [adres], bestaande uit een tweetal percelen grond met daarop drie bedrijfsloodsen en toebehoren (hierna: de bedrijfspanden). In 1999 heeft Rabobank een geldlening verstrekt aan [appellant 2] en [B.V.] (hierna: de zakelijke lening). In dat verband heeft Rabobank een hypotheekrecht verkregen op de bedrijfspanden. In de op 11 maart 1999 verleden hypotheekakte staat, voor zover relevant:

*“Hypotheekverlening*

De comparant onder A genoemd [[appellant 1], hof] (...) verklaarde (...) aan de bank hypotheek te verlenen (...), tot zekerheid voor de betaling van al hetgeen de bank blijkens haar administratie van (...) [appellant 2] en (...) [B.V.] (...) te vorderen heeft of mocht hebben, uit hoofde van verstrekte en/of alsnog te verstrekken geldleningen, verleende en/of alsnog te verlenen kredieten in rekening-courant, tegenwoordige en/of toekomstige borgstellingen, dan wel uit welken anderen hoofde ook. (...)”

### **2.2.**

In 2005 heeft Rabobank een geldlening verstrekt aan [appellant 1] van € 150.000,00 (hierna: de privélening) en daarvoor een hypotheekrecht verkregen op de privéwoning van [appellant 1] en zijn echtgenote [appellant 3] aan het adres [adres] (hierna: de privéwoning). De hypotheekverlening strekt tot zekerheid voor de betaling van al hetgeen de bank van [appellant 1] te vorderen heeft uit hoofde van verstrekte of alsnog te verstrekken gelden. Het hypotheekbedrag bedroeg € 350.000,00 exclusief rente en kosten.

### **2.3.**

Op 4 januari 2007 heeft Rabobank een geldlening van € 360.000,00 verstrekt aan (hoofdelijk) [appellant 1], [appellant 2] en [B.V.] (hierna: de herfinanciering). De reeds bestaande hypotheekrechten - de eerste hypothecaire inschrijving op de bedrijfspanden en op de privéwoning - strekten tevens tot zekerheid voor de herfinanciering. In de brief van 4 januari 2007 van Rabobank aan [appellant 1], [appellant 2] en [B.V.] behorende bij het (door Rabobank, [appellant 1], [appellant 2] en [B.V.] ondertekende) financieringsvoorstel staat dat het voorstel ziet op de herfinanciering van de bestaande financiering.

### **2.4.**

Bij brief van 11 februari 2009 heeft Rabobank de herfinanciering en de privélening opgezegd met een termijn van drie maanden en [appellanten] gesommeerd uiterlijk 5 mei 2009 tot algehele aflossing over te gaan. Aan de opzegging heeft

Rabobank ten grondslag gelegd dat de jaarcijfers 2007/2008 alsmede een plan van aanpak niet zijn aangeleverd en Rabobank geen vertrouwen heeft in de continuïteit van de onderneming.

## **2.5.**

[B.V.] is op 20 april 2010 failliet verklaard.

## **2.6.**

Bij brief van 1 juni 2010 aan [appellant 2] en [appellant 1] heeft Rabobank aangekondigd dat zij het creditsaldo van € 30.663,11 op de privérekening van [appellant 1] en/of [appellant 3] (hierna ook: het creditsaldo van € 30.663,11) zal verrekenen met haar vordering uit hoofde van de herfinanciering. Daarnaast heeft Rabobank aangekondigd dat zij voornemens is tot uitwinning van haar hypothecaire zekerheden over te gaan en [appellant 2] en [appellant 1] nog twee weken de gelegenheid geboden het saldo uit hoofde van de herfinanciering van € 282.659,42 te voldoen.

## **2.7.**

Bij brief van 15 juni 2010 van de Rabobank aan [appellant 1] heeft Rabobank meegedeeld zich genoodzaakt te zien over te gaan tot executie. Voorts heeft zij [appellant 1] bericht dat zij eerst verhaal zal zoeken door middel van executie van de bedrijfspanden en indien zij niet geheel uit de verkoopopbrengst kan worden voldaan, tot uitwinning van de privéwoning zal overgaan.

## **2.8.**

Op 16 juni 2010 is Rabobank, zoals aangekondigd, overgegaan tot verrekening van haar vordering uit hoofde van de herfinanciering met het creditsaldo van € 30.663,11.

## **2.9.**

Op 8 oktober 2010 heeft Rabobank de bedrijfspanden executoriaal doen verkopen. De opbrengst daarvan bedroeg € 610.000,00. De vordering van Rabobank uit hoofde van de herfinanciering bedroeg op dat moment € 351.938,22. Op de bedrijfspanden rustte een tweede hypotheek ten gunste van [B.V. 2].

## **2.10.**

Rabobank heeft in verband met betalingsachterstanden ter zake van privéschulden van [appellant 1] en [appellant 3] de executoriale verkoop van de privéwoning aangezegd per 30 mei 2013. In afwachting van de uitkomst van de procedure in eerste aanleg heeft Rabobank de executoriale verkoop voorlopig aangehouden.

## **2.11.**

Per 9 juni 2017 bedroegen de betalingsachterstanden van [appellant 1] en [appellant 3] € 42.581,90 aan achterstallige rente over de privélening, de opgeëiste privélening van € 150.000,00, een overstand van € 4.095,89 en een voorgesloten verzekeringspremie van € 2.772,00.

## **3. Beoordeling**

De rechtbank heeft in de bestreden vonnissen, voor zover in appel relevant - samengevat - geoordeeld dat de veiling van de bedrijfspanden op 8 oktober 2010 in opdracht van Rabobank niet onrechtmatig was (r.o. 4.4. van het tussenvonnis). De rechtbank heeft voorts geoordeeld dat de verrekening zoals genoemd in 2.6. hiervoor weliswaar in strijd was met de redelijkheid en billijkheid, maar dat niet onverschuldigd is betaald door [appellant 1] en [appellant 3] omdat er een contractuele grondslag voor de verrekening aanwezig was (r.o. 4.9. van het tussenvonnis). De door Rabobank aangezegde executie van de privéwoning is volgens de rechtbank evenwel onrechtmatig, vanwege voormelde verrekening alsmede gelet op de omstandigheden zoals genoemd onder 4.10. van het tussenvonnis. Bij eindvonnis heeft de rechtbank Rabobank verboden over te gaan tot executie van de privéwoning zoals aangezegd, op straffe van verbeurte van een dwangsom. [Appellanten] heeft in principaal appel twee grieven geformuleerd tegen de vonnissen, alsmede zijn eis gewijzigd. Rabobank heeft in incidenteel appel eveneens twee grieven geformuleerd.

### **3.1.**

Rabobank heeft bezwaar gemaakt tegen de wijziging van eis in hoger beroep van [appellanten]. Dit bezwaar wordt verworpen. De gewijzigde eis ziet in de kern (nog steeds) op een aantal twistpunten dat partijen ook in eerste aanleg verdeeld hield (te weten: de verrekening door Rabobank en de wijze waarop Rabobank haar zekerheden uit mocht winnen). Daarnaast heeft [appellanten], anders dan Rabobank veronderstelt, de opzegging van de herfinanciering als zodanig niet ter discussie gesteld. Het stond [appellanten] derhalve vrij, gelet op het bepaalde in artikel 130 lid 1 Rv jo. 353 lid 1 Rv, zijn eis te wijzigen.

### **3.2.**

De eerste principale grief van [appellanten] richt zich tegen rechtsoverweging 4.4. van het tussenvonnissen waarin wordt overwogen dat de gevorderde verklaring voor recht dat de veiling van de bedrijfspanden door Rabobank op onrechtmatige gronden heeft plaatsgevonden zal worden afgewezen. De grief bestrijdt niet de rechtmatigheid van de opzegging van de herfinanciering door Rabobank als zodanig, noch het bestaan van de bevoegdheid van Rabobank om tot uitwinning van haar zekerheden over te gaan. Wel stelt de grief dat Rabobank bij de uitwinning van haar zekerheden geen, althans onvoldoende, rekening heeft gehouden met gerechtvaardigde belangen van [appellanten], althans dat Rabobank daarbij heeft gehandeld in strijd met de op haar rustende zorgplicht. [Appellanten] stelt dat zij bezig was met een alternatief bedrijfsplan ten aanzien van uienreststromen (uienvellen) met goede vooruitzichten, waarvoor de executoriaal verkochte bedrijfspanden hadden kunnen worden gebruikt. Rabobank heeft geen, althans onvoldoende, rekening gehouden met deze mogelijkheden. Door de executoriale verkoop door te zetten, heeft Rabobank niet op de minst bezwarende wijze gebruik gemaakt van haar rechten. Rabobank betwist dat zij onvoldoende rekening heeft gehouden met de gerechtvaardigde belangen van [appellanten] bij de uitoefening van haar (zekerheids)rechten.

### 3.3.

Deze grief faalt. Onbetwist staat vast dat de herfinanciering rechtmatig is opgezegd door Rabobank. Voorts staat vast dat Rabobank, nadat de vordering uit hoofde van de herfinanciering niet werd voldaan, als hypotheekhoudster in beginsel bevoegd was over te gaan tot uitwinning van het aan haar verstrekte hypotheekrecht op de bedrijfspanden. Dat Rabobank daarbij onvoldoende oog heeft gehad voor de gerechtvaardigde belangen van [appellanten] is het hof niet gebleken. Rabobank heeft meermalen (voordat tot opzegging van de herfinanciering werd overgegaan) haar zorgen geuit over de slechte financiële positie van [appellant 2] en [B.V.] Zij heeft voorts meermalen tevergeefs gevraagd om een plan van aanpak waarin onderbouwd is aangegeven welke concrete maatregelen [appellanten] zou treffen om zijn financiële positie structureel te verbeteren (zie onder meer de brieven van 16 september 2008 en 13 oktober 2008). Voorts heeft Rabobank - ook tevergeefs - verzocht om de jaarcijfers 2007/2008, juist ook omdat [appellanten] had aangegeven dat de wel verstrekte jaarcijfers 2006/2007 (die mede aanleiding waren voor Rabobank om haar zorgen te uiten) volgens hem niet representatief waren. Bij brief van 11 februari 2009 heeft Rabobank de herfinanciering opgezegd met inachtneming van een termijn van drie maanden, waarna bij brief van 25 mei 2009 [appellanten] nog een extra uitstel is gegeven van drie maanden. Het uitstel is verleend om [appellanten] in de gelegenheid te stellen elders een financiering te verkrijgen. Op 20 april 2010 is [B.V.] failliet gegaan. Bij brief van 1 juni 2010 heeft Rabobank aangekondigd over te zullen gaan tot executie van de bedrijfspanden, tenzij [appellanten] het openstaande bedrag van € 282.659,42 binnen twee weken zou voldoen. [Appellanten] heeft eind mei 2010 voor het eerst een (summer) bedrijfsplan doen toekomen aan Rabobank, dat [appellanten] en zijn adviseur op 14 juni 2010 op het kantoor van Rabobank hebben toegelicht. Rabobank heeft in het plan noch de toelichting daarop aanleiding gezien deze nieuwe activiteiten te gaan financieren. Uit het voorgaande blijkt dat [appellanten], ondanks de herhaalde verzoeken van Rabobank, heeft verzuimd om tijdig met de jaarcijfers 2007/2008 en een plan van aanpak te komen. Daarbij komt dat [appellanten] contractueel verplicht was de jaarcijfers tijdig aan te leveren. Een plan is pas gekomen eind mei 2010, bijna anderhalf jaar nadat de herfinanciering en de privélening waren opgezegd vanwege het ontbreken van de jaarcijfers en een plan van aanpak. Het stond Rabobank onder die omstandigheden vrij over te gaan tot executie, te meer omdat het verstrekte plan nieuwe bedrijfsactiviteiten betrof waarvoor aanvullende financiering nodig was. Rabobank was tegen die achtergrond niet gehouden het plan nader te bestuderen of haar afwijzing van de noodzakelijke aanvullende financiering nader te motiveren, hetgeen [appellanten] nog stelt.

### 3.4.

De tweede principale grief en de eerste incidentele grief lenen zich voor gezamenlijke behandeling. De tweede principale grief heeft betrekking op rechtsoverweging 4.9. van het tussenvonnissen waarin de rechtbank - kort gezegd - heeft geoordeeld dat de verrekening door Rabobank van de openstaande schuld van [appellanten] aan Rabobank met het creditsaldo van € 30.663,11 was toegestaan omdat daarvoor een rechtsgrond aanwezig was. Aldus is er niet onverschuldigd betaald volgens de rechtbank. Wel is de rechtbank van oordeel dat de verrekening naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar was. [Appellant 1] en [appellant 3] bestrijden het oordeel van de rechtbank dat zij het bedrag van € 30.663,11 - in eerste aanleg wordt nog uitgegaan van een bedrag van € 29.310,51 - niet onverschuldigd hebben betaald. Uitgaande van het oordeel dat niet onverschuldigd is betaald, had de rechtbank tot het oordeel dienen te komen dat Rabobank met de verrekening onrechtmatig jegens hen heeft gehandeld en dat Rabobank de als gevolg daarvan geleden schade dient te vergoeden. Rabobank stelt in haar verweer dat de rechtbank terecht heeft overwogen dat Rabobank bevoegd was tot verrekening en de betaling niet onverschuldigd is geschied. De gevorderde verklaring voor recht dat [appellant 1] en [appellant 3] een bedrag van € 29.310,51 onverschuldigd aan Rabobank hebben voldaan is volgens Rabobank dan ook terecht afgewezen. In haar incidentele grief stelt Rabobank dat de rechtbank ten onrechte heeft geoordeeld dat de verrekening naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar was ten gevolge waarvan de uitwinning van de privéwoning in deze omstandigheden misbruik van bevoegdheid zou opleveren jegens [appellant 1] en [appellant 3].

### 3.5.

De tweede principale grief slaagt en de eerste incidentele grief faalt. Met de rechtbank is het hof van oordeel dat de verrekening in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. Daarbij is van belang dat op het moment van verrekening de veiling van de bedrijfspanden aanstaande was en de bedrijfspanden op de executieveiling meer dan een tweevoud van het aan Rabobank verschuldigde bedrag hebben opgeleverd. Rabobank beschikte over een bij het op 14 juni 2010 besproken bedrijfsplan gevoegd taxatierapport van 10 juli 2009 waarin de executiewaarde van de bedrijfspanden werd berekend op € 948.000. Rabobank heeft niet gesteld dat zij desondanks concrete aanleiding had te vrezen dat de opbrengst van de veiling van de bedrijfspanden (veel) lager zou zijn dan haar openstaande vordering van € 351.938,22. Onder die omstandigheden diende Rabobank rekening te houden met de privébelangen van [appellant 1] en [appellant 3]. Rabobank had bovendien in het licht van de ontstane financiële problemen kunnen en moeten begrijpen dat [appellant 1] en [appellant 3] als gevolg van de verrekening niet meer aan hun verplichtingen uit hoofde van de privélening konden voldoen, zoals [appellanten] onvoldoende weersproken hebben gesteld. Als gevolg van de verrekening konden zij voor de betaling van de rente van de privélening van € 480,- per maand immers niet langer over het bedrag van € 30.663,11 beschikken. Dit handelen in strijd met de redelijkheid en billijkheid in de zin van art. 6:2 lid 2 BW heeft tot gevolg dat Rabobank - hoewel daartoe contractueel bevoegd - van haar bevoegdheid tot verrekening onder deze omstandigheden geen gebruik mocht maken. [Appellant 1] en [appellant 3] hebben daardoor - anders dan de rechtbank heeft geoordeeld - onverschuldigd betaald; de verrekening is zonder rechtsgrond geschied. De primair gevorderde verklaring voor recht dat [appellant 1] en [appellant 3] op 16 juni 2010 een bedrag van € 30.663,11 onverschuldigd hebben voldaan aan Rabobank is toewijsbaar. Het hof komt niet toe aan de subsidiair gevorderde verklaring voor recht dat Rabobank door genoemde verrekening onrechtmatig jegens [appellant 1] en [appellant 3] heeft gehandeld. [Appellant 1] en [appellant 3] hebben onvoldoende onderbouwd dat ten gevolge van de onverschuldigde betaling meer of andere schade zou zijn geleden dan het bedrag dat onverschuldigd is betaald, te vermeerderen met de wettelijke rente.

### 3.6.

De tweede incidentele grief van Rabobank ziet op het verbod van de rechtbank om op basis van de huidige aanzegging over te gaan tot uitwinning van de privéwoning. Rabobank voert aan dat zij thans met grote betalingsachterstanden wordt geconfronteerd omdat [appellant 1] en [appellant 3] sinds oktober 2010 zijn gestopt met betalen. Zelfs na verrekening van het openstaande bedrag met het creditsaldo van € 30.663,11 zou Rabobank nog een substantieel bedrag van hen te vorderen hebben. Voorts stelt Rabobank dat iedere poging harerzijds om vanaf 2010 met [appellant 1] in overleg te treden over (onder meer) een betalingsregeling steevast door [appellant 1] is afgewezen, zodat een regeling, anders dan de rechtbank overweegt, uitgesloten moet worden geacht en verder dat de gestelde sterke binding met de privéwoning geen rol zou mogen spelen in de belangenafweging. Voorts betwist Rabobank dat de bruto maanlasten van € 480,00 per maand dusdanig laag zouden zijn dat niet tegen een vergelijkbaar bedrag woonruimte kan worden gevonden; op internet staan appartementen in Krabbedijke te huur vanaf een bedrag van € 550,00 per maand. [Appellant 1] en [appellant 3] stellen zich op het standpunt dat het verbod op goede gronden is gegeven.

### 3.7.

Dienaangaande geldt het volgende. Het hof heeft geoordeeld dat de verrekening van Rabobank heeft geleid tot een onverschuldigde betaling. Na terugbetaling van het ten onrechte verrekende bedrag van € 30.663,11 waartoe Rabobank zal worden veroordeeld, kan de verrekening als zijnde naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar, niet (meer) als grondslag dienen voor het verbod om op basis van de huidige aanzegging over te gaan tot de executoriale verkoop van de privéwoning, zoals de rechtbank heeft beslist. In de omstandigheid dat Rabobank zonder dat zij daartoe bevoegd was zich het bedrag van € 30.663,11 van [appellant 1] en [appellant 3] heeft toegeëigend ziet het hof aanleiding gedurende vier maanden na de datum van onderhavig arrest te verbieden de privéwoning te executeren, teneinde partijen de gelegenheid te bieden met elkaar in overleg te treden over een aanzuivering van de betalingsachterstand, onderhandse verkoop van de privéwoning en/of een betalingsregeling. Daarbij neemt het hof in aanmerking dat Rabobank onvoldoende heeft weersproken dat ten gevolge van de verrekening [appellant 1] en [appellant 3] niet meer aan hun verplichtingen uit hoofde van de privélening konden voldoen. Aannemelijk is dat het treffen van een regeling nu wel een kans van slagen heeft, omdat de onbevoegdelijke verrekening, die de verhoudingen ernstig heeft verstoord, wordt teruggedraaid. De grief slaagt gedeeltelijk.

### 3.8.

Het voorgaande heeft tot gevolg dat het eindvonnis moet worden vernietigd. De gevorderde verklaring voor recht dat het bedrag van € 30.663,11 onverschuldigd is betaald zal worden toegewezen evenals de gevorderde hoofdelijke veroordeling van Rabobank tot terugbetaling van dat bedrag, te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf 16 juni 2010, nu Rabobank die datum niet heeft betwist. Voorts zal het hof aan het verbod om op basis van de huidige aanzegging over te gaan tot de executoriale verkoop van de privéwoning een termijn van vier maanden verbinden. Het hof zal aan het verbod geen dwangsom verbinden omdat gesteld noch gebleken is dat Rabobank in strijd met het verbod zal handelen. De andere

vorderingen van [appellanten] zullen worden afgewezen.

### 3.9.

Aangezien partijen over en weer in het (on)gelijk worden gesteld in appel, dienen zij de kosten te delen in die zin dat ieder der partijen de eigen kosten in appel draagt. Datzelfde geldt voor de kostveroordeling in eerste aanleg waarbij partijen ieder de eigen kosten reeds dienden te dragen.

## 4. Beslissing

Het hof:

vernietigt het eindvonnis waarvan beroep,

en opnieuw rechtdoende:

verklaart voor recht dat [appellant 1] en [appellant 3] op 16 juni 2010 een bedrag van € 30.663,11 onverschuldigd hebben voldaan aan Rabobank;

veroordeelt Rabobank hoofdelijk tot betaling van een bedrag van € 30.663,11 aan [appellant 1] en [appellant 3], te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf 16 juni 2010 tot aan de dag der algehele voldoening;

verbiedt Rabobank hoofdelijk om op basis van de huidige aanzegging binnen vier maanden na de datum waarop dit arrest wordt uitgesproken over te gaan tot de executoriale verkoop van de privéwoning;

bepaalt dat iedere partij de eigen proceskosten van de eerste aanleg en het hoger beroep draagt;

wijst af het meer of anders gevorderde.

Dit arrest is gewezen door mrs. M.P. van Achterberg, A.W.H. Vink en S.B. van Baalen en door de rolraadsheer in het openbaar uitgesproken op 13 maart 2018.