

tor van D niet gehandeld zoals in redelijkheid mag worden verwacht van een over voldoende inzicht en ervaring beschikkende curator die zijn taak met nauwgezetheid en inzet verricht. Het hof is dan ook van oordeel dat de inmiddels geruime tijd geleden gedefungeerde curator aansprakelijk is voor de door B en C geleden schade.

9. Met het beroep op art. 23 Fw heeft de curator gelden aan de boedel toegevoegd die daaraan niet behoorden toe te komen. Door deze gelden niet van de boedel te separeren en aan de rechtgebende te retourneren, is de boedel ten onrechte in staat geweest anders onbetaald gebleven boedelschuldeisers (gedeeltelijk) te voldoen. De uitkomst van de procedure acht ik juist.

mr. E.A.H. ten Berge  
advocaat bij Cees Advocaten NV te Naaldwijk

## 294

**Herfinancieringsovereenkomst, waarbij bank instemt met verkoop verpande activa tegen aflossing financiering met verkoopopbrengst, is niet benadelend voor schuldeisers**

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden zp  
Leeuwarden  
3 september 2019, zaaknr. 200.239.716/01,  
ECLI:NL:GHARL:2019:7111  
(mr. Janse, mr. Tubben, mr. Smit)  
Noot mr. A. Steneker

**Faillissementspauliana. Herfinancieringsovereenkomst, waarbij bank instemt met verkoop verpande activa en waarna met verkoopopbrengst financiering deels wordt afgelost. Geen benadeling van schuldeisers. Geen situatie als bedoeld in HR 19 november 2004, «JOR» 2005/19, m.nt. Steneker (ING/Gunning q.q.).**

[Fw art. 42, 54]

*In de zaak ING/Gunning q.q. (HR 19 november 2004, «JOR» 2005/19, m.nt. Steneker) beriep de curator zich op art. 54 Fw. Het stond ING op grond van dat artikel na afstand van haar hypotheekrecht niet vrij de opbrengst van de onroerende*

*zaken (waarop zij geen pandrecht had) te verrekenen met het debetsaldo van haar rekeninghoudster, nu sprake was van een "overgenomen schuld" in de zin van genoemde bepaling (zoals uitgelegd in de rechtspraak) en ING wist of kon weten dat een faillissement te verwachten was. Voor het maken van een uitzondering op de (strenge) regel van art. 54 Fw was volgens de Hoge Raad niet van belang wat ING als hypotheekhoudster had kunnen doen als zij geen afstand zou hebben gedaan van haar hypotheekrecht. In de onderhavige zaak beroept de curator zich evenwel niet op art. 54 Fw, maar op art. 42 Fw. Art. 54 Fw is niet aan de orde omdat de betalingen door Kort aan failliet niet zijn verrekend met een debetsaldo op de (betaal)rekening van failliet, maar door failliet zijn aangewend om aflossingen te doen op de door de bank aan haar verstrekte (afzonderlijke) lening. De vraag of een uitzondering moet worden gemaakt op de strenge regel van art 54 Fw, zoals aan de orde was in ING/Gunning q.q., is (hoewel een parallel niet valt te ontkennen) uiteindelijk van andere orde dan de vraag of schuldeisers zijn benadeeld door een rechtshandeling in de zin van art. 42 Fw. In het eerste geval is sprake van verrekening van een overgenomen schuld aan de failliet. Indien de verkrijger bij die overname niet te goeder trouw was, stelt de wettelijke bepaling dat verrekening niet is toegestaan. Dat wordt niet anders doordat de partij die verrekende, een hypotheekrecht heeft prijsgegeven en in plaats daarvan ook anders had kunnen opereren, te weten door haar bevoegdheid als hypotheekhouder uit te oefenen. De verrekening is in een faillissementsssituatie per definitie benadelend en is daarom door de wetgever niet toegestaan als sprake is van een overname van een schuld niet te goeder trouw. In het tweede, onderhavige, geval wordt de aangevallen rechtshandeling (de financieringsovereenkomst) als zodanig niet getroffen door een wettelijk verbod en is die ook niet per definitie benadelend. Er dient door het maken van de vergelijking (van de hypothetische situatie waarin de schuldeisers zouden hebben verkeerd zonder de gewraakte handeling met de situatie waarin zij feitelijk verkeren als die rechtshandeling onaangetast blijft) te worden onderzocht of benadeling heeft plaatsgevonden (en vervolgens of daar wetenschap van bestond). Daarbij is van belang dat het prijsgeven van de pandrechten en de aanpassing van de kredietovereenkomst niet op zichzelf staande*

*rechtshandelingen zijn, maar deel uitmaken van een samenstel van (rechts)handelingen waartoe tevens behoort de instemming met de verkoop van de activa aan Kort. Zonder nadere onderbouwing, die door de curator buiten zijn verwijzing naar ING/Gunning q.q. niet is gegeven, valt niet zonder meer in te zien waarom bij het maken van de vergelijking bij de hypothetische situatie geen rekening zou moeten worden gehouden met de uitoefening van pandrechten die in de werkelijke situatie zijn prijsgegeven. Daarom zal dat wèl worden gedaan. Overwogen wordt dat: (i) op grond van de toepasselijke algemene voorwaarden bij voorgenomen verkoop van verpande goederen toestemming nodig is van de bank als pandhouder; (ii) de bank (onweersproken) heeft aangevoerd dat zij zonder de herstructurering van de financiering niet zou hebben ingestemd met de verkoop van de verpande activa van failliet aan Kort; (iii) indien failliet haar activa zonder toestemming van de bank zou hebben verkocht, de bank haar pandrecht op de verkoopopbrengst openbaar had kunnen maken aan de koper en/of zelf over had kunnen gaan tot het executoriaal te gelde maken van de verpande activa en (iv) dit betekent dat niet kan worden aangenomen dat de verkoopopbrengst van de verpande activa beschikbaar was geweest voor de gezamenlijke schuldeisers indien de financieringsovereenkomst niet zou zijn gesloten. Daaruit vloeit voort dat na vergelijking van de hypothetische situatie waarin de schuldeisers zouden hebben verkeerd zonder de gewraakte handeling met de situatie waarin zij feitelijk verkeren als die rechtshandeling onaangetast blijft, benadeling van de andere schuldeisers van failliet in de zin van art. 42 Fw niet is komen vast te staan.*

*Mr. G.M. Volkerink te Wezep, in zijn hoedanigheid van curator in het faillissement van Melkwinning Steenwijk BV,  
appellant,  
tegen  
Coöperatieve Rabobank UA te Steenwijk,  
geïntimeerde,  
advocaat: mr. D.J. Kramer.*

*(...; red.)*

### 3. De vaststaande feiten

3.1. In rechtsoverweging 2 (2.1 tot en met 2.10) van het bestreden vonnis van 7 maart 2018 heeft

de rechtbank een aantal in deze zaak vaststaande feiten weergegeven. Hierover bestaat geen geschil. Het navolgende staat vast.

3.2 Op 29 december 1998 is Melkwinning Steenwijk B.V. opgericht (hierna: Melkwinning). De bedrijfsvoering van Melkwinning bestond uit de verkoop, installatie en onderhoud van melkwinningsapparatuur. Daarnaast adviseerde Melkwinning melkveehouders over de technische aspecten van melkwinning.

3.3. Op of omstreeks 14 juli 2009 is een kredietovereenkomst tot stand gekomen tussen Melkwinning als kredietnemer en Friesland Bank N.V. (hierna: Friesland Bank) als kredietgever. Krachtens deze kredietovereenkomst verstrekt Friesland Bank aan Melkwinning een krediet in rekening-courant met een limiet van € 150.000,-. Daarnaast verstrekt Friesland Bank een lening van € 50.000,-. Ter zake van het krediet in rekening-courant van € 150.000,- is geen aflossingsverplichting overeengekomen. Ter zake van de geldlening van € 50.000,- is een aflossing overeengekomen van 119 maandtermijnen elk groot € 150,- voor het eerst te voldoen op 1 januari 2010 met een slottermijn van € 32.150,-. De geldlening van € 50.000,- dient te zijn afgelost in juli 2019.

3.4. Rabobank is de rechtsopvolgster onder algemene titel van Friesland Bank.

3.5. Bij pandakten d.d. 8 augustus 2008, 5 februari 2014 en 13 november 2014 heeft Melkwinning zekerheid gesteld voor de door Rabobank (oorspronkelijk Friesland Bank) verstrekte lening met leningnummer 3418.932.916 voor het bedrag van € 170.000,-.

Melkwinning heeft bij voormelde pandakten zekerheid gesteld voor de betaling van al hetgeen Rabobank blijktens haar administratie van Melkwinning te vorderen heeft of mocht hebben uit hoofde van onder meer verstrekte en/of te verstrekken geldleningen en verleende en/of te verlenen kredieten.

3.6. De pandrechten zijn blijkens de akten gevestigd op alle huidige en toekomstige inventaris en/of alle huidige en toekomstige voorraden en/of alle ten tijde van registratie van deze akten bestaande rechten/vorderingen van Melkwinning op derden met alle daaraan verbonden rechten en zekerheden en alle rechten/vorderingen die worden verkregen uit ten tijde van de registratie van deze akten bestaande rechtsverhoudingen tussen Melkwinning en derden, zoals deze onder meer

blijken uit haar administratie, correspondentie of andere gegevens van Melkwinning.

3.7. In de loop van 2014 is de financiële situatie van Melkwinning zorgwekkend geworden. Op 29 september 2014 is Melkwinning onder toezicht komen te staan van de afdeling Bijzonder Beheer van Rabobank.

3.8. In de loop van 2015 heeft de heer [A], enig aandeelhouder en bestuurder van Melkwinning, aan Rabobank (als pandhouder) meegedeeld dat het voornemen bestaat om de bedrijfsactiviteiten van Melkwinning over te dragen aan Kort Melktechniek B.V. (hierna te noemen Kort). Rabobank heeft laten weten dat zij akkoord kon gaan met de overdracht onder de voorwaarde dat Melkwinning een financieringsovereenkomst met Rabobank zou sluiten, op grond waarvan Melkwinning hetgeen zij verschuldigd is uit hoofde van de kredietovereenkomst d.d. 14 juli 2009 versneld aan Rabobank zou aflossen.

3.9. In de op 23 april 2015 gedateerde Principeovereenkomst zijn Kort en Melkwinning overeengekomen dat de bedrijfsactiviteiten per 1 september 2015 (zijnde de overnamedatum) zullen worden overgenomen en voortgezet door Kort. De Principeovereenkomst vermeldt onder meer: “I) De totale overname som is dan € 7.000,- + € 5.000,- + € 95.106,- = € 107.106,- (excl. BTW) uitgaande van de voorraad per april 2015. Twee weken voor de overnamedatum zal verkoper voorraadlijsten met actuele aantallen en waarden aanleveren. Op basis van deze lijsten zal de definitieve koopsom worden bepaald (...).

(J) Nadat alle bedragen definitief bekend zijn, zal verkoper een gespecificeerde factuur maken. Koper zal de BTW van deze factuur betalen binnen 14 dagen na factuurdatum evenals het netto-deel wat meer boven de € 90.000,- uit komt. De resterende € 90.000,- zal in 12 maandelijkse termijnen à € 7.500,- betaald worden. De 1e maandtermijn vervalt 1 maand na de overnamedatum.”

3.10. Bij onderhandse akte van 18 augustus 2015 (hierna: de Financieringsovereenkomst) is de bestaande financiering van € 170.000,- (zijnde een krediet in rekening courant van € 130.000,- en een geldlening van € 39.800,-) geherstructureerd in een lineaire geldlening van € 170.000,-. Melkwinning dient krachtens deze Financieringsovereenkomst een bedrag van € 8.334,- per maand af te lossen aan Rabobank met een extra aflossing van € 11.666,- per 1 november 2015. De eerste aflossing dient plaats te vinden op 1 oktober 2015 en

de laatste aflossing moet plaatsvinden in mei 2017.

3.11. Op 6 september 2016 is Melkwinning failliet verklaard met aanstelling van mr. Volkerink tot curator.

3.12. In de periode van 1 oktober 2015 tot datum faillissement heeft Melkwinning krachtens de Financieringsovereenkomst een bedrag van € 99.604,- afgelost aan Rabobank.

3.13. Bij brief van 13 januari 2017 van de curator aan de advocaat van Rabobank heeft de curator de Financieringsovereenkomst aangemerkt als paulianus en vernietigd, alsmede Rabobank gesommeerd om hetgeen door de vernietigde Financieringsovereenkomst uit het vermogen van Melkwinning is gegaan aan de boedel terug te betalen. Rabobank heeft aan deze sommatie geen gehoor gegeven.

#### 4. *Het geschil en de beslissing in eerste aanleg*

4.1. De curator heeft Rabobank gedagvaard en gevorderd:

primair: een verklaring voor recht dat de door de curator bij brief d.d. 13 januari 2017 ingeroepen vernietiging van de Financieringsovereenkomst op grond van de faillissementspauliana gegrond is;

subsidiar: de Financieringsovereenkomst te vernietigen op grond van artikel 42 Fw in verbinding met artikel 3:51 BW;

zowel primair als subsidiar:

Rabobank te veroordelen om binnen 7 dagen na betekening van het te wijzen vonnis over te gaan tot betaling van het bedrag van € 99.604,- en betaling aan de curator van de (na)kosten van het geding vermeerderd met de wettelijke rente over de proceskosten.

4.2. Rabobank heeft verweer gevoerd.

4.3. De rechtbank heeft in het bestreden vonnis van 7 maart 2018 de vorderingen van de curator afgewezen en hem veroordeeld in de kosten van het geding.

#### 5. *De motivering van de beslissing*

5.1. Het hoger beroep strekt tot vernietiging van het vonnis van 7 maart 2018 en het alsnog toewijzen van de vordering van de curator, met veroordeling van Rabobank in de kosten van beide instanties, vermeerderd met nakosten en rente. Daartoe heeft de curator één grief aangevoerd.

5.2. De curator legt aan zijn stelling dat de Financieringsovereenkomst op grond van artikel 42 Fw vernietigbaar is ten grondslag dat

(i) sprake is van een meezijdige onverplichte rechtshandeling omdat Melkwinning niet gehouden was om de Financieringsovereenkomst met een hogere aflossingsverplichting aan te gaan.

(ii) sprake is van benadeling van schuldeisers omdat zij minder hebben ontvangen dan zonder de Financieringsovereenkomst het geval zou zijn geweest. Zonder de Financieringsovereenkomst zou de aflossing van € 99.604,- niet zijn betaald aan Rabobank en zou de verkoopopbrengst van de bedrijfsactiviteiten beschikbaar zijn geweest voor de gezamenlijke schuldeisers. Het pandrecht van Rabobank op de activa is komen te vervallen ten gevolge van de door haar toegestane verkoop van de bedrijfsactiva en de betaling van de koopsom door Kort aan Melkwinning. Rabobank had geen pandrecht op de koopprijs. Rabobank had ter zake van de verkoopopbrengst van de bedrijfsactiva dan ook géén hogere rang dan de concurrente schuldeisers.

(ii) Bij zowel Melkwinning als Rabobank was op het moment van het sluiten van de Financieringsovereenkomst de wetenschap van benadeling aanwezig. Rabobank was op de hoogte van de financiële positie van Melkwinning, waaronder de liquiditeitskrapte die als gevolg van de overname door Kort in combinatie met de Financieringsovereenkomst zou ontstaan, en daarmee tevens van de negatieve gevolgen voor de overige crediteuren.

5.3. De rechtbank heeft onder verwerping van het andersluidend verweer van Rabobank geoordeeld dat de Financieringsovereenkomst is aan te merken als een meezijdige onverplichte rechtshandeling om baat. Het hof neemt dat oordeel (dat bij het slagen van de grief opnieuw bezien zou moeten worden, maar daar logischerwijs aan voorafgaat) en de motivering daarvoor over.

5.4. De rechtbank heeft verder geoordeeld dat geen sprake is van benadeling. Op grond daarvan heeft zij geconcludeerd dat het beroep op de Pauliana niet slaagt. Tegen dat oordeel is de grief gericht.

5.5. Uit de toelichting op de grief volgt dat deze zich – terecht – niet keert tegen de door de rechtbank toegepaste maatstaf in rov. 4.4:

“Benadeling van schuldeisers houdt in dat één of meer schuldeisers daadwerkelijk in hun verhaalsmogelijkheden is beperkt. Bij de beantwoording

van de vraag of sprake is van benadeling van schuldeisers als bedoeld in artikel 42 Fw is volgens vaste jurisprudentie uitgangspunt dat die benadeling aanwezig moet zijn op het tijdstip waarop de curator zijn rechten doet gelden. Wordt in rechte gestreden over de vraag of de curator terecht een beroep doet op artikel 42 Fw, dan is nodig maar ook voldoende dat benadeling aanwezig is op het moment waarop over het beroep op die bepaling wordt beslist. De vraag of benadeling aanwezig is op het moment waarop in rechte over de vordering wordt beslist, moet worden beantwoord door de hypothetische situatie waarin de schuldeisers zouden hebben verkeerd zonder de gewraakte handeling te vergelijken met de situatie waarin zij feitelijk verkeren als die rechtshandeling onaangetast blijft (HR 19 oktober 2001, ECLI:NL:HR:2001:ZC3645, NJ 2001, 654 («JOR» 2001/269, m.nt. NEDF (*Diepstraten/Gilhuis q.q.*; *red.*)).”

5.6. De grief keert zich tegen de wijze waarop de rechtbank deze maatstaf heeft toegepast op het onderhavige geval. De rechtbank heeft haar oordeel dat in dit geval geen sprake is van benadeling in de hiervoor bedoelde zin (rov. 4.7) als volgt gemotiveerd (rov. 4.6):

“Volgens de curator zou deze verkoopopbrengst zonder de gewraakte rechtshandeling beschikbaar zou zijn geweest voor de gezamenlijke schuldeisers. De rechtbank volgt dit standpunt niet. Op grond van de toepasselijke algemene voorwaarden is bij voorgenomen verkoop van verpande goederen immers toestemming nodig van Rabobank als pandhouder en Rabobank heeft (onweersproken) aangevoerd dat zij zonder de herstructurering van de financiering niet zou hebben ingestemd met de verkoop van de verpande activa van Melkwinning aan Kort. Bovendien geldt dat indien Melkwinning haar activa zonder toestemming van Rabobank zou hebben verkocht, Rabobank haar pandrecht op de verkoopopbrengst openbaar had kunnen maken aan de koper en/of zelf over had kunnen gaan tot het executoriaal te gelde maken van de verpande activa. Dit betekent dat niet kan worden aangenomen dat de verkoopopbrengst van de verpande activa beschikbaar was geweest voor de gezamenlijke schuldeisers indien de Financieringsovereenkomst niet zou zijn gesloten.”

5.7. Volgens de curator klopt deze redenering niet omdat in zijn visie uit het arrest ING/Gunning q.q. (HR 19 november 2004,

ECLI:NL:HR:2004:AR3137, NJ 2005, 199 («JOR» 2005/19, m.nt. Steneker; *red.*) volgt dat “hypothetische rechtshandelingen, door Faber<sup>1</sup> aangeduid als ‘gebeurtenissen die zich hadden kunnen voordoen, maar zich feitelijk niet hebben voorgedaan’ volgens de Hoge Raad niet verdisconteert mogen worden” (MvG 13.7).

Het hof begrijpt de curator aldus dat de rechtbank ten onrechte rekening heeft gehouden met wat de bank in de hypothetische situatie zonder de gewraakte rechtshandeling als pandhouder zou hebben gedaan. Rabobank heeft nu eenmaal, zo stelt de curator, haar pandrechten en positie als separatist vrijgegeven net zoals ING in bedoeld arrest afstand had gedaan van haar hypotheekrecht. Rabobank heeft zich vervolgens trachten te verhalen op de opbrengst van de bedrijfsactiva terwijl zij geen voorrang had. Met andere woorden: “De Financieringsovereenkomst heeft geleid tot benadeling van schuldeisers van Melkwinning Steenwijk.” (MvG 13.6).

5.8. Rabobank betwist de gestelde benadeling. Rabobank wijst erop dat de rente krachtens de Financieringsovereenkomst lager is dan de rente op het oorspronkelijke krediet. Het totale bedrag van het krediet is niet gewijzigd. Ook de zekerheidspositie is niet veranderd omdat Rabobank reeds pandrechten had onder het oorspronkelijke krediet. Rabobank betwist niet dat bij de herstructurering de aflosverplichting aanzienlijk is verzaamd, maar zij stelt in lijn met wat de rechtbank heeft overwogen dat als Melkwinning niet had ingestemd met de herfinanciering, Rabobank geen toestemming had gegeven voor de verkoop van de activa en haar pandrecht op de activa niet had vrijgegeven. Zonder de herfinanciering hadden de schuldeisers zich dus ook niet op de opbrengst van de activa kunnen verhalen, aldus Rabobank. Overigens stelt Rabobank dat haar pandrecht zich wel mede uitstrekte tot de koop prijs, onder verwijzing naar de zogenoemde vangnetbepaling.

5.9. Het hof kan de curator in zijn betoog niet volgen. In de zaak ING/Gunning beriep de curator zich op artikel 54 Fw. Het stond ING op grond van dat artikel na afstand van haar hypotheekrecht niet vrij de opbrengst van de onroerende zaken (waarop zij geen pandrecht had) te verrekenen met het debetsaldo van haar rekeninghoud-

ster, nu sprake was van een “overgenomen schuld” in de zin van genoemde bepaling (zoals uitgelegd in de rechtspraak) en ING wist of kon weten dat een faillissement te verwachten was. Voor het maken van een uitzondering op de (strengere) regel van artikel 54 Fw was volgens de Hoge Raad inderdaad niet van belang wat ING als hypotheekhoudster had kunnen doen als zij geen afstand zou hebben gedaan van haar hypotheekrecht (rov. 3.11). In de onderhavige zaak beroept de curator zich evenwel niet op artikel 54 Fw. maar op art. 42 Fw. Artikel 54 Fw is (ook volgens de curator, zie onder meer inleidende dagvaarding 7.1 en pleidooi in E.A. sub 23) niet aan de orde omdat de betalingen door Kort aan Melkwinning niet zijn verrekend met een debetsaldo op de (betaal)rekening van Melkwinning, maar door Melkwinning zijn aangewend om aflossingen te doen op de door Rabobank aan haar verstrekte (afzonderlijke) lening. De vraag of een uitzondering moet worden gemaakt op de strenge regel van art 54 Fw, zoals aan de orde was in ING/Gunning, is (hoewel een parallel niet valt te ontkennen) naar het oordeel van het hof uiteindelijk van andere orde dan de vraag of schuldeisers zijn benadeeld door een rechtshandeling in de zin van artikel 42 Fw. In het eerste geval is sprake van verrekening van een overgenomen schuld aan de failliet. Indien de verkrijger bij die overname niet te goeder trouw was, stelt de wettelijke bepaling dat verrekening niet is toegestaan. Dat wordt niet anders doordat de partij die verrekende een hypotheekrecht heeft prijsgegeven en in plaats daarvan ook anders had kunnen opereren, te weten door haar bevoegdheid als hypotheekhouder uit te oefenen. De verrekening is in een faillissementssituatie per definitie benadelend en is daarom door de wetgever niet toegestaan als sprake is van een overname van een schuld niet te goeder trouw. In het tweede, onderhavige, geval wordt de aangevallen rechtshandeling (de Financieringsovereenkomst) als zodanig niet getroffen door een wettelijk verbod en is die ook niet per definitie benadelend. Er dient door het maken van de vergelijking als bedoeld in rov. 5.5 te worden onderzocht of benadeling heeft plaatsgevonden (en vervolgens of daar wetenschap van bestond). Daarbij is van belang dat het prijsgeven van de pandrechten en de aanpassing van de kredietovereenkomst niet op zichzelf staande rechtshandelingen zijn maar deel uitmaken van een samenstel van (rechts)handelingen waartoe tevens behoort de instemming

1 Het hof begrijpt: N.E.D. Faber in “Verrekening”, 3.46

met de verkoop van de activa aan Kort. Zonder nadere onderbouwing, die door de curator buiten zijn verwijzing naar ING/Gunning niet is gegeven, valt niet zonder meer in te zien waarom bij het maken van de vergelijking bij de hypothetische situatie geen rekening zou moeten worden gehouden met de uitoefening van pandrechten die in de werkelijke situatie zijn prijsgegeven. Daarom zal het hof dat in navolging van de rechtbank wél doen.

5.10. Tegen de wijze waarop de rechtbank vervolgens, rekening houdende met de bevoegdheden van Rabobank als pandhouder in de situatie zonder gewraakte rechtshandeling, de vergelijking heeft gemaakt, heeft de curator in de toelichting op de grief geen bezwaren aangevoerd. De rechtbank heeft overwogen dat (samengevat):

(i) op grond van de toepasselijke algemene voorwaarden bij voorgenomen verkoop van verpande goederen toestemming nodig is van Rabobank als pandhouder,

(ii) Rabobank (onweersproken) heeft aangevoerd dat zij zonder de herstructurering van de financiering niet zou hebben ingestemd met de verkoop van de verpande activa van Melkwinning aan Kort,

(iii) indien Melkwinning haar activa zonder toestemming van Rabobank zou hebben verkocht, Rabobank haar pandrecht op de verkoopopbrengst openbaar had kunnen maken aan de koper en/of zelf over had kunnen gaan tot het executoriaal te gelde maken van de verpande activa,

(iv) en dit betekent dat niet kan worden aangenomen dat de verkoopopbrengst van de verpande activa beschikbaar was geweest voor de gezamenlijke schuldeisers indien de Financieringsovereenkomst niet zou zijn gesloten.

Aangezien deze overwegingen niet inhoudelijk door de grief zijn bestreden, zal het hof van de juistheid daarvan uitgaan. Daaruit vloeit voort dat, zoals de rechtbank heeft overwogen, na vergelijking van de hypothetische situatie waarin de schuldeisers zouden hebben verkeerdd zonder de gewraakte handeling met de situatie waarin zij feitelijk verkeren als die rechtshandeling onaangetast blijft, benadeling van de andere schuldeisers van Melkwinning in de zin van artikel 42 Fw niet is komen vast te staan. Daarom hoeft niet te worden onderzocht of aan de overige vereisten van artikel 42 Fw, met name de wetenschap van benadeling, is voldaan.

Verder kan in het midden blijven de vraag of Rabobank niet ook een pandrecht op de koopprijs had, zoals zij stelt en de curator betwist.

5.11. De grief faalt. Het vonnis waarvan beroep zal worden bekrachtigd. De curator zal als de in het ongelijk te stellen partij worden veroordeeld in de proceskosten, tot op heden aan de zijde van Rabobank begroot op € 1.978,- aan griffierechten en € 4.741,50 (1,5 punt in tarief V) aan geliquideerd salaris advocaat. Verder zal de curator worden veroordeeld tot betaling van nakosten als gevorderd.

#### 6. De beslissing

Het hof, rechtdoende in hoger beroep: bekrachtigt het vonnis van 7 maart 2018 van de rechtbank Overijssel, locatie Zwolle, waarvan beroep;

veroordeelt de curator in de kosten van de procedure in hoger beroep (...; *red.*);

verklaart dit arrest uitvoerbaar bij voorraad ten aanzien van de proceskostenveroordeling; wijst af het meer of anders gevorderde.

#### NOOT

1. Rabobank heeft Melkwinning gefinancierd en heeft pandrechten op de inventaris, de voorraden en de debiteuren van Melkwinning. Op verzoek van Melkwinning gaat Rabobank akkoord met overdracht van de bedrijfsactiviteiten door Melkwinning aan Kort met verval van de pandrechten. Normaal gesproken wordt een dergelijke toestemming verleend onder de voorwaarde dat de opbrengst in mindering komt op het krediet. Dat kan op twee manieren. De eerste manier is dat de bank afstand doet van haar pandrechten onder de voorwaarde dat de koopprijs op een door haar aangegeven bankrekening wordt betaald. Dat kan een bankrekening ("tussenrekening") van de bank zelf zijn of een bankrekening van de klant/verkoper. In het laatste geval loopt de bank het risico dat de verrekening van het binnengekomen bedrag met het krediet in strijd komt met art. (53 of) 54 Fw. Dat risico kan worden ondervangen door een pandrecht te vestigen op de vordering van de klant/verkoper op de koper tot betaling van de koopprijs. Vgl. HR 17 februari 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1641 (*Mulder q.q./CLBN*); HR 19 november 2004, «JOR» 2005/19, m.nt. Steneker (*ING/Gunning q.q.*) en HR 23 no-

vember 2018, «JOR» 2019/27, m.nt. Schuijling (*Eurocommerce*). De tweede manier is dat de bank geen afstand doet van haar pandrechten, maar deze pandrechten juist executeert door de pandgever de verpande goederen zelf te laten verkopen (art. 3:251 lid 2 BW). Vgl. HR 14 februari 2014, «JOR» 2014/118, m.nt. Schuijling en NEDF (*Feenstra q.q./ING*).

2. Als ik de eerstgenoemde manier tijdens een college of een cursus bespreek, gaan er vaak handen in de lucht met de vraag of het afdwingen van rechtstreekse betaling, of het vestigen van een pandrecht op de koopprijsvordering, niet paulianeus zal zijn als de pandgever kort daarna failliet gaat. Dan blijkt dat de vraag of verrekening op grond van art. 54 Fw verboden is, een heel andere materiële beoordeling vergt dan de vraag of de transactie op grond waarvan de bank betaling ontvangt (al dan niet door middel van verrekening) paulianeus is. Bij de toetsing van de verrekening aan art. 54 Fw moet *niet* worden meegewogen dat de bank, alvorens te verrekenen, haar pand- of hypotheekrechten heeft vrijgegeven. De vergelijking dat de bank, in plaats van te verrekenen, ook die pand- of hypotheekrechten *had kunnen* uitwinnen, is niet relevant. Vgl. HR 19 november 2004, «JOR» 2005/19, m.nt. Steijker (*ING/Gunning q.q.*). Voor de vraag of een transactie paulianeus is, meer in het bijzonder of er sprake is van benadeling, *moet* juist een hypothetische vergelijking worden gemaakt tussen de staat waarin de boedel *zou hebben* verkeerd zonder de gewraakte transactie en de staat waarin de boedel nu feitelijk verkeert (HR 19 oktober 2001, «JOR» 2001/269, m.nt. NEDF (*Diepstraten/Gilhuis q.q.*)). Van belang is dan dat het gehele samenhangende samenstel van rechtshandelingen onderwerp dient te zijn van die hypothetische vergelijking, en niet bijvoorbeeld alleen de vestiging van het pandrecht, de betaling of de verrekening *sec.* Vgl. 19 december 2008, «JOR» 2009/172 (*Air Holland*). Verrekening van een koopprijs na vrijgave van zekerheden kan dus heel goed wél in strijd zijn met art. 54 Fw, terwijl het afdwingen van rechtstreekse betaling of de vestiging van een pandrecht op de koopprijsvordering om dit art. 54 Fw-probleem te voorkomen, niet paulianeus is.

3. In de onderhavige zaak ontvangt de Rabobank de koopprijs niet rechtstreeks of via verrekening, maar laat zij de koopprijs door Melkwinning zelf ontvangen. De Rabobank geeft vrijgave van haar

pandrechten onder de voorwaarde dat de bestaande financiering van Melkwinning wordt herstructureerd in een lineaire geldlening die daarna door Melkwinning versneld moet worden afgelost (r.o. 3.8). De curator van Melkwinning stelt dat het aangaan van deze financieringsovereenkomst paulianeus is, omdat de verkoopopbrengst zonder de financieringsovereenkomst beschikbaar zou zijn geweest voor de gezamenlijke schuldeisers. Onder verwijzing naar het eerdergenoemde arrest ING/Gunning q.q. stelt hij dat daarbij niet moet worden meegewogen dat de verkoopopbrengst zonder de financieringsovereenkomst ook naar de bank was gegaan omdat de bank haar pandrechten dan niet zou hebben vrijgegeven en zich als pandhouder op de verkoopopbrengst had kunnen verhalen. Het hof laat in r.o. 5.9 mooi zien dat wat de bank zonder de gewraakte rechtshandeling *had kunnen* doen, *niet* moet worden meegewogen bij de toetsing van een verrekening aan art. 54 Fw (waar ING/Gunning q.q. over ging), maar *wel* bij de toetsing van een samenhangend samenstel van rechtshandelingen aan art. 42 Fw. Omdat de bank vrijgave van haar pandrechten heeft gegeven onder de uitdrukkelijke voorwaarde van het sluiten van de financieringsovereenkomst, moet voor de vraag of die financieringsovereenkomst benadelend is geweest, een hypothetische vergelijking worden gemaakt tussen de huidige situatie en de situatie zoals die was geweest als de financieringsovereenkomst niet was gesloten, maar de bank nog steeds pandhouder was geweest. Die vergelijking levert waarschijnlijk eerder bevoordeling dan benadeling op, omdat de bedrijfsactiviteiten nu onderhands en niet executoriaal zijn verkocht.

4. Benadeling zou bij onderhandse verkoop door de pandgever in twee gevallen wél aan de orde kunnen zijn. Het eerste geval is dat de verpande goederen voor een lagere prijs worden verkocht dan de executiewaarde die zij zouden hebben opgebracht bij openbare veiling of onderhandse verkoop door de bank met toestemming van de voorzieningenrechter. Het tweede geval is dat de verpande goederen weliswaar tegen een reële prijs worden verkocht, maar met de opbrengst daarvan ook vorderingen van de bank op de pandgever worden voldaan die niet door die pandrechten werden gedekt. Stel dat de bank een gecureerde vordering heeft van 100 en een ongesecureerde vordering van 100, dat de ver-

pande goederen een executiewaarde hebben van 125 en dat de bank toestemming geeft voor onderhandse verkoop tegen een prijs van 150 onder de voorwaarde dat zij de koopsom ontvangt. Een hypothetische vergelijking levert dan op dat er nu geen opbrengst voor de boedel meer over is en de bank nog een vordering ter verificatie indient van 50, terwijl er na vernietiging van het hele samenstel van rechtshandelingen 25 opbrengst voor de boedel zou zijn overgebleven en de bank een vordering ter verificatie zou hebben ingediend van 100. Omdat de restantopbrengst van 25 dan beschikbaar zou zijn geweest voor de gezamenlijke schuldeisers, kan er heel goed sprake zijn geweest van benadeling, terwijl de goederen voor een meer dan reële prijs zijn verkocht.

5. De bank trekt in deze zaak aan het langste eind doordat zij het sluiten van de financieringsovereenkomst heel uitdrukkelijk als voorwaarde heeft gesteld voor het vrijgeven van de pandrechten (r.o. 3.8) en zodoende het vrijgeven van de pandrechten en het vervolgens sluiten van de financieringsovereenkomst heeft gekoppeld tot een samenhangend samenstel van rechtshandelingen. Als de bank uitdrukkelijk of stilzwijgend verkoop van verpande goederen door de pandgever zou hebben toegestaan en los daarvan een financieringsovereenkomst met de pandgever zou hebben gesloten, had de benadeling van de financieringsovereenkomst wel afzonderlijk beoordeeld moeten worden. Banken kunnen zich dan ook zeker niet altijd verweren tegen een pauliana-actie door te stellen dat er geen benadeling is omdat in het verleden verpande goederen zijn verkocht zonder dat de opbrengst daarvan naar de bank is gegaan.

6. Er was in deze zaak nog wat gesteggel over de vraag of de vordering tot betaling van de koopprijs van de verpande goederen ook was verpand (r.o. 5.2 en 5.8). De koopprijsvordering kan, ook als daar geen afzonderlijke pandakte van is opge maakt, heel goed verpand zijn, als de pandgever zich heeft verbonden tot verpanding van vorderingen, de pandgever een volmacht aan de bank heeft gegeven tot het opmaken van (verzamel) pandaktes en de bank nadat de koopovereenkomst is gesloten en voordat de koopprijs is voldaan, een verzamel pandakte heeft geregistreerd. Vgl. art. 3:239 lid 1 BW; en HR 3 februari 2012, «JOR» 2012/200, m.nt. Schuijling (*Dix q.q./ING*). Dat pandrecht is echter alleen van belang voor

de vraag of er, in uitzondering op art. 53 en 54 Fw, toch verrekend mag worden op grond van HR 17 februari 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1641 (*Mulder q.q./CLBN*). In deze zaak is de koopprijs echter niet verrekend. Hoewel de koopprijsvordering waarschijnlijk wel verpand zal zijn geweest, overweegt het hof aan het slot van r.o. 5.10 terecht dat dit voor de vraag of het hele samenstel van rechtshandelingen benadelend is, in het midden kan blijven.

mr. A. Steneker

## 295

### Afwijzing verzoek tot wraking rechter-commissaris

Rechtbank Den Haag  
14 oktober 2019, rekestnr. KG RK 19-1292,  
ECLI:NL:RBDHA:2019:10953  
(mr. Van Steen, mr. De Hek, mr. Brandt)  
Noot mr. P.J. Neijt

### Afwijzing verzoek tot wraking rechter-commissaris. Rechterlijke beslissing kan geen grond voor wraking vormen. Niet gebleken van (schijn van) partijdigheid.

[Rv art. 36]

*Een rechter kan alleen gewraakt worden als zich omstandigheden voordoen waardoor de rechterlijke onpartijdigheid schade zou kunnen lijden. Daarvan is sprake als de rechter jegens een procesdeelnemer vooringenomen is of als de vrees daarvoor objectief gerechtvaardigd is. Daarbij is het uitgangspunt dat een rechter wordt vermoed onpartijdig te zijn omdat hij of zij als rechter is aangesteld. Voor het oordeel dat de rechterlijke onpartijdigheid toch schade lijdt, bestaat alleen grond in geval van bijzondere omstandigheden die een zwaarwegende aanwijzing opleveren voor het aannemen van (de objectief gerechtvaardigde schijn van) partijdigheid. Uit de wet volgt dat de verzoeker die concrete omstandigheden moet aanvoeren en wel zodra deze aan hem of haar bekend zijn geworden.*

*De rechter-commissaris heeft voorafgaand aan het verhoor van 24 september 2019 in verband*