

4. AUG. 2010 14:55

HOF AMSTERDAM HANDEL

NR. 511 P. 1

zaaknummer 200.034.938/01
3 augustus 2010

FOTOKOPIE

GERECHTSHOF TE AMSTERDAM
ZEVENDE MEERVOUDIGE BURGERLIJKE KAMER

ARREST

in de zaak van:

1. Bernardus Theodorus HOFs en
 2. Hilgonda Maria Stephanette AKKERMANS,
beiden wonende te Holtén, gemeente Rijssen-Holtén,
- APPELLANTEN,
advocaat: mr. M. van der Veen te Losser,

t e g e n

de naamloze vennootschap ING BANK N.V.,
gevestigd te Amsterdam,
GEÏNTIMEERDE,
niet verschenen.

1. Het geding in hoger beroep

De partijen worden hierna ook Hof's, Akkermans (gezamenlijk: Hof's c.s) en ING genoemd.

Bij dagvaarding van 28 mei 2009 zijn Hof's c.s. in hoger beroep gekomen van de vonnissen van de rechtbank te Amsterdam van 15 oktober 2008 en 4 maart 2009, in deze zaak onder zaak-/rolnum-

4. AUG. 2010 14:55

HOF AMSTERDAM HANDEL

NR. 511 F. 2

200.034-938/01

2

mer 402115/HA ZA 09-1875 gewezen tussen hen als eisers en ING als gedaagde.

Tegen ING is verstek verleend.

Hofs c.s. hebben van grieven gediend, daarbij hun eis vermeerderd, bescheiden in het geding gebracht en bewijs aangeboden, met conclusie dat het hof het vonnis waarvan beroep zal vernietigen en alsnog de veranderde eis zoals aan het slot van de memorie van grieven vermeld zal toewijzen, met - uitvoerbaar bij voorraad - veroordeling van ING in de kosten van het geding in eerste aanleg en in hoger beroep.

Ten slotte zijn de stukken van beide instanties - waarvan de inhoud als hier ingevoegd wordt beschouwd - overgelegd en heeft Hofs c.s. arrest gevraagd.

2. Grieven

Tegen het vonnis van de rechtbank van 4 maart 2009 hebben Hofs c.s. acht grieven voorgesteld, voor de inhoud waarvan wordt verwezen naar de desbetreffende memorie.

3. Feiten

De rechtbank heeft in het bestreden vonnis van 4 maart 2009, onder 2, 2.1 tot en met 2.10, een aantal feiten als in deze zaak vaststaand aangemerkt. Voor zover Hofs c.s. erover klagen dat de rechtbank de feiten onvolledig heeft vastgesteld miskennen zij dat het de rechtbank vrij staat die feiten weer te geven die zij bij haar beoordeling relevant acht. Waar zij klagen dat de rechtbank de feiten onjuist heeft vastgesteld komen de desbetreffende klachten, voor zover van belang, hierna aan de orde.

4. AUG. 2010 14:56

HOF AMSTERDAM HANDEL

NR. 511 P. 3

200.034.938/01

3

Voor zover Hofs c.s. over de door de rechtbank vastgestelde feiten niet hebben geklaagd, dienen die feiten ook het hof tot uitgangspunt.

4. Beoordeling

- 4.1 Hofs c.s. hebben geen grieven voorgesteld tegen het tussenvonnis van de rechtbank van 15 oktober 2008. Daarom moeten zij in hun hoger beroep tegen dit vonnis niet-ontvankelijk worden verklaard.
- 4.2 Bij memorie van grieven hebben Hofs c.s. hun vordering als vermeld in de dagvaarding in hoger beroep aangevuld met de vordering, kort gezegd, dat ING, als gevolg van de ontstane ongedaanmakingsverbintenis, wordt veroordeeld tot betaling aan Hofs c.s. van een totaalbedrag van € 145.964,91, met rente. Deze aanvulling dient, als vermeerdering van eis, buiten beschouwing te blijven, nu ING niet in het geding is verschenen en niet is gebleken dat de vermeerdering, op de voet van artikel 130 lid 3 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, tijdig bij exploit aan ING is kenbaar gemaakt. Het hof zal derhalve recht doen op de vordering van Hofs c.s. zoals geformuleerd in de dagvaarding in hoger beroep.
- 4.3 Hofs en Akkermans zijn met elkaar gehuwd. Hofs was medio 2002, net als de zoon van Hofs c.s., mede-vennoot in de onderneming Xenon Computers v.o.f. (hierna: "Xenon Computers") welke later is omgezet in Xenon Webstore B.V. (hierna: "Xenon Webstore"). Naar aanleiding van het verzoek van Xenon Computers aan ING om een geldlening vond op 16 augustus 2002 een gesprek plaats tussen ING en Hofs c.s. Bij die gelegenheid heeft ING Hofs c.s. te kennen gegeven niet bereid te zijn tot kredietverlening aan Xenon Computers, omdat Xenon Computers niet aan de door ING gehanteerde financieringsnormen voldeed. ING was wel bereid tot kredietverlening aan Hofs c.s., ter

4. AUG. 2010 14:56

HOF AMSTERDAM HANDEL

NR. 511 P 4

200.034.938/01

4

doorlening aan Xenon Computers, mits zij over voldoende aflossingscapaciteit beschikten en aan ING additionele zekerheid zouden verstrekken door middel van een tweede hypotheek op hun woning. Ter beoordeling van hun aflossingscapaciteit hebben Hofs c.s. ING een document getiteld "Inkomensgegevens 2001" verstrekt.

4.4 Hofs c.s. en ING hebben op 3 september 2002 een kredietovereenkomst met bijbehorend clausuleblad ondertekend, op grond waarvan ING hen tot - in beginsel - 1 juli 2003 een kredietfaciliteit van € 200.000,-- ter beschikking stelde. De kredietovereenkomst bepaalde dat Hofs c.s. het geleende bedrag zouden doorlenen aan Xenon Computers. Tevens voorzag de kredietovereenkomst erin dat Hofs c.s. ING uiterlijk per 1 april 2003 de definitieve jaarcijfers 2002 van Xenon Computers zouden verstrekken, op basis waarvan, in samenhang met de geldende financieringsvoorwaarden, ING zou beoordelen of de kredietfaciliteit kon worden omgezet naar de nieuw op te richten vennootschap Xenon Webstore. Indien niet, zou de kredietovereenkomst met Hofs c.s. worden gecontinueerd.

4.5 Op 5 september 2002 is een recht van tweede hypotheek ten gunste van ING op het woonhuis van Hofs c.s. gevestigd, strekkende tot zekerheid van al hetgeen Hofs c.s. en (onder meer) Xenon Computers dan wel Xenon Webstore aan ING verschuldigd zouden zijn.

4.6 Van het krediet is in totaal een bedrag van € 198.000,-- opgenomen. De kredietovereenkomst is op 1 juli 2003 niet omgezet naar de inmiddels opgerichte Xenon Webstore maar gecontinueerd, met instandhouding van bedoelde hypothecaire zekerheid. Bij rechterlijke uitspraak van 4 december 2003 is Xenon Webstore in staat van faillissement verklaard. Hofs c.s. hebben bij brief van 9 april 2004 aan ING verklaard de kredietovereenkomst en de hypothecaire akte buitengerechtelijk te vernietigen, althans te ontbinden, welke vernietiging of ontbinding

4. AUG. 2010 14:57

HOF AMSTERDAM HANDEL

NR. 511 P. 5

200.034.938/01

3

ING niet heeft aanvaard. ING heeft Hofs c.s. aangesproken tot betaling van al hetgeen krachtens de kredietovereenkomst verschuldigd is. Ter voorkoming van de door ING aangekondigde executieveling (en nadat de voorzieningenrechter van de rechtbank te Almere bij vonnis van 30 juni 2008 de tot staking van de executie strekkende vordering van Hofs c.s. heeft afgewezen) hebben Hofs c.s. op 30 juni 2008 "onder protest" een bedrag van € 265.000.-- betaald op de kwaliteitsrekening van de notaris ten behoeve van ING.

- 4.7 De hierboven gestelde feiten staan, als enerzijds gesteld en anderzijds niet of niet voldoende betwist, tussen partijen vast. In het licht van die feiten vorderen Hofs c.s. een verklaring voor recht dat de kredietovereenkomst van 3 september 2002 buitengerechtelijk is ontbonden dan wel vernietigd, subsidiair dat de kredietovereenkomst op deze gronden wordt vernietigd of ontbonden, met bepaling dat Hofs c.s. ING terzake van de kredietovereenkomst niets, althans een door de rechtbank in goede justitie te betalen bedrag, verschuldigd is, met veroordeling van ING in de kosten van beide instanties en uitvoerbaar bij voorraad. De rechtbank heeft de vorderingen van Hofs c.s. afgewezen. Tegen dat oordeel en de gronden waarop het berust richt zich dit hoger beroep.
- 4.8 De ~~griev~~ griev 4, 5, 6 en 8 (de laatste twee in de memorie abusievelijk genummerd als 5 en 7) worden gezamenlijk behandeld. Ter onderbouwing van deze grieven voeren Hofs c.s. aan dat het onderhavige kredietarrangement zwaar en zeer complex was. ING hen voorafgaand aan de ondertekening van de overeenkomst onvoldoende heeft geïnformeerd over de inhoud en de risico's, dat de gang van zaken rondom het sluiten van de kredietovereenkomst, maar ook nadien, niet deugdelijk is geweest en dat Akkermans bij het sluiten van de overeenkomst psychisch niet in staat was de overeenkomst, ook indien deze wel

4. AUG. 2010 14:58

HOF AMSTERDAM HANDEL

NR. 511 P. 6

200.034.938/01

6

voldoende zou zijn uitgelegd, te begrijpen, hetgeen ING kon hebben geweten.

- 4.9 Hofs c.s. beroepen zich in verband met het bovenstaande op dwaling, doch dat beroep faalt. Hofs c.s.' verwijt dat ING hen voorafgaand aan het sluiten van de overeenkomst onvoldoende (gedetailleerde) informatie zou hebben verstrekt, stuit af op hetgeen in 4.3 is overwogen. Daaruit volgt immers dat de essentiële punten van de kredietovereenkomst en de voorwaarden die moesten worden vervuld (namelijk de hoogte van het te lenen bedrag en het feit dat Hofs c.s. als enige kredietnemers zouden optreden, en met hun inkomen en door middel van hypotheekverstrekking zekerheid voor terugbetaling zouden moeten bieden) voorafgaand aan het ondertekenen van de overeenkomst tussen ING en Hofs c.s. voldoende duidelijk zijn besproken. Onweersproken is dat ING op 30 augustus 2002 een conceptovereenkomst aan Hofs c.s. heeft toegezonden, die materieel dezelfde voorwaarden bevatte als de overeenkomst die op 3 september 2002 is ondertekend. Onder deze omstandigheden is de stelling van Hofs c.s. dat ING hen onvoldoende heeft ingelicht over de kredietovereenkomst om een eventueel onjuiste voorstelling omtrent de aan de overeenkomst verbonden risico's redelijkerwijze te voorkomen, niet - voldoende - met feiten onderbouwd.
- 4.10 Voor zover Hofs c.s. aanvoeren niet te hebben begrepen dat wanneer het krediet niet naar Xenon Webstore zou kunnen worden omgezet, zij als kredietnemer aan de verplichtingen onder de overeenkomst gebonden zouden blijven, kunnen zij niet worden gevolgd in hun stelling dat daaraan een onvoldoende informatieverstrekking door ING ten grondslag ligt. De - niet complexe - structuur van de kredietovereenkomst biedt geen ruimte voor een andere conclusie dan dat wanneer de lening niet door Xenon Webstore kan worden overgenomen, Hofs c.s. daaraan gebonden blijven, terwijl de bewoordingen van de

4. AUG. 2010 14:58

HOF AMSTERDAM HANDEL

NR. 511 P. 7

200.034.938/01

7

overeenkomst daarvoor eveneens geen enkel misverstand laten bestaan.

4.11 Hofs c.s. stellen nog dat ING hen onvoldoende erop heeft gewezen dat de hypothecaire zekerheid op hun woonhuis eveneens betrekking had op schulden van Xenon Computers en Xenon Webstore (hetgeen ING in eerste aanleg gemotiveerd heeft betwist) en dat zij de ontwerphypotheekakte niet tevoren thuis hebben ontvangen. Hofs c.s hebben echter zelf, als productie 2 bij de inleidende dagvaarding, de ontwerphypotheekakte gedateerd 3 september 2002 overgelegd, hetgeen erop duidt dat zij klaarblijkelijk voorafgaand aan het passeren van de definitieve akte, wel een concept hebben ontvangen. De ontwerphypotheekakte vermeldt dat de te verstrekken zekerheid betrekking heeft op al hetgeen ING van Xenon Computers of Xenon Webstore uit welken hoofde ook te vorderen heeft. De op 5 september 2002 verleden originele akte, waarvan ING (die de stellingen van Hofs terzake betwist) een kopie als productie 5 bij conclusie van antwoord heeft overgelegd, luidt op dit onderdeel niet wezenlijk anders en vermeldt voorts dat Hofs en ING ten overstaan van de notaris verklaren dat zij tijdig voor de ondertekening een ontwerp van de akte hebben ontvangen, dat zij van de inhoud hebben kennisgenomen en daarmee instemmen, en tevens door de notaris op de gevolgen van deze akte te zijn gewezen. Uit bovenstaande stukken, in onderlinge samenhang beschouwd, volgt naar het oordeel van het hof dat Hofs c.s voorafgaand aan de hypotheekverstrekking op de hoogte moeten zijn geweest van de beoogde inhoud van de zekerheid. Hun andersluidende betoog is tegen deze achtergrond onvoldoende geloofwaardig.

4.12 Hofs c.s. betogen nog de overeenkomst alleen te zijn aangegaan omdat ING, ondanks de problematische financiële omstandigheden waarin Xenon Computers dan wel haar rechtsopvolger verkeerde, hen liet weten de prognoses

4. AUG. 2010 14:59

HOF AMSTERDAM HANDEL

NR. 511 P. 8

200.034.938/01

8

gunstig te achten. Hofs c.s. waren echter zelf nauw betrokken bij Xenon Computers dan wel Xenon Webstore, zowel rechtstreeks - hoe ook de formele betrokkenheid van Hofs bij Xenon Computers dan wel Xenon Webstore van tijd tot tijd was geformaliseerd - als via hun zoon, die bestuurder/eigenaar was. Onder die omstandigheid moeten zij meer dan ING in staat zijn geweest de bedrijfsresultaten van Xenon Computers, dan wel Xenon Webstore te prognosticeren en dient een eventuele verkeerde voorstelling van zaken als gevolg van de beweerde mededeling van ING voor rekening van Hofs c.s. te blijven.

4.13 Nu, concluderend, niet valt in te zien dat Hofs c.s. de kredietovereenkomst zijn aangegaan onder invloed van een onjuiste voorstelling van zaken die te wijten is aan een inlichting van ING of een nalaten van ING om Hofs c.s. in te lichten in verband met hetgeen zij omtrent een bij hen bestaande onjuiste voorstelling van zaken wist of behoorde te weten, faalt het beroep op dwaling. Hetgeen Hofs c.s. overigens nog ter ondersteuning van hun beroep op dwaling hebben aangevoerd leidt niet tot een ander oordeel.

4.14 Ook het beroep van Hofs c.s. op misbruik van omstandigheden faalt, nu uit het enkele feit dat Akkermans ten tijde van het aangaan van de kredietovereenkomst een WAO-uitkering ontving en ING dat kon hebben geweten, ING daaruit nog niet behoefde af te leiden dat, zoals Hofs c.s. betogen, zulks verband hield met een psychische stoornis. Andere feiten of omstandigheden op grond waarvan ING had moeten weten dat Akkermans onder invloed van bijzondere omstandigheden bewogen werd tot het aangaan van de kredietovereenkomst en het tot stand komen van die overeenkomst heeft bevorderd, terwijl ING wist of moest begrijpen dat zij Akkermans daarvan zou behoren te weerhouden, zijn gesteld noch gebleken.

4. AUG. 2010 14:59

HOF AMSTERDAM HANDEL

NR. 511

P. 9

200.034.938/01

4.15 Nu het beroep op dwaling en misbruik van omstandigheden faalt, is de vordering van Hofs c.s. voor zover gericht op de vernietiging van de overeenkomst niet toewijsbaar. De vorderingen strekkend tot ontbinding van de overeenkomst omdat ING, onder meer door haar zorgplicht jegens Hofs c.s. te schenden, toerekenbaar tekort zou zijn geschoten bij de totstandkoming van of in de naleving van de overeenkomst faalt eveneens. Daartoe wordt het volgende overwogen.

4.16 Hofs c.s. verwijten ING dat zij niet bij Xenon Webstore dan wel Hofs c.s. heeft aangedrongen op overlegging van de jaarcijfers en daardoor, zich onvoldoende heeft ingespannen om het krediet om te zetten naar Xenon Computers c.q. Xenon Webstore. Had ING de cijfers wel opgevraagd, dan had ING bovendien kunnen zien dat Xenon Webstore - in de woorden van Hofs c.s. - "hollende achteruit ging", had ING Hofs c.s. daarover behoren in te lichten en hen daardoor in staat gesteld nog tijdig een deel van het doorgeleende bedrag van Xenon Webstore terug te vorderen, aldus nog steeds Hofs c.s. Dit verwijt treft geen doel. Daargelaten dat Xenon Webstore geen partij was bij de kredietovereenkomst, was het krachtens de voorwaarden van de kredietovereenkomst juist aan Hofs c.s. om ING de definitieve jaarstukken van Xenon Computers te verstrekken, teneinde ING in staat te stellen te beoordelen of het krediet zou kunnen worden omgezet. Dat ligt ook in de rede, nu Hofs c.s. er belang bij hadden van hun verplichtingen uit hoofde van de kredietovereenkomst te worden ontheven. Onbetwist is dat Hofs c.s. de jaarstukken niet aan ING hebben gezonden. Onder die omstandigheden kunnen Hofs c.s. niet worden gevolgd in hun betoog, dat ING hen in het kader van haar zorgplicht toch op hun omissie had moeten attenderen. ING valt terzake geen schending van haar zorgplicht te verwijten.

200.034.939/01

10

- 4.17 Het verwijt van Hofs c.s. dat ING zeker bepalingen uit de Wet Financiële dienstverlening ("Wfd") heeft geschonden, miskent dat deze wet ten tijde van de kredietverlening nog niet in werking was getreden. Voor zover zij betoegen dat ING beginselen van de Wfd heeft geschonden, hebben zij verzuimd aan te geven welke beginselen zij daarbij specifiek op het oog hebben en toe te lichten op welke wijze ING deze beginselen zou hebben geschonden, zodat deze stelling als onvoldoende gespecificeerd wordt gepasseerd.
- 4.18 Hofs c.s. stellen nog dat ING niet het jaarinkomen van Hofs c.s. in 2001 als uitgangspunt voor de lening mocht nemen, omdat hun inkomen in verband met hun pensionering in de volgende jaren zou verminderen tot € 55.000,—. Die enkele omstandigheid is evenwel niet voldoende ter onderbouwing van hun betoog, dat ING hier, in het kader van het voorkomen van overkreditering, haar zorgplicht zou hebben verzaakt, temeer nu het een arrangement betrof waarvan partijen een tijdelijk karakter voor ogen stond. Hetgeen Hofs c.s. ten grondslag hebben gelegd aan hun verwijt, dat ING jegens hen als particulieren geen vaste maar een fluctuerende rente had moeten hanteren, is onvoldoende concreet, temeer nu de vergelijking tussen de onderhavige kredietovereenkomst en een gewone hypothecaire lening aan particulieren mank gaat.
- 4.19 Voor zover Hofs c.s. aan de beweerdde schending van de zorgplicht door ING dezelfde feiten ten grondslag leggen als bij hun beroep op dwaling dan wel misbruik van omstandigheden, faalt hun beroep nu die feiten onvoldoende zijn om die stelling te kunnen onderbouwen.
- 4.20 Hetgeen Hofs c.s. overigens nog hebben aangevoerd ter onderbouwing van hun standpunt dat de kredietovereenkomst moet worden ontbonden omdat ING toerekenbaar zou zijn tekortgeschoten, kan niet tot andere oordelen leiden. De

4. AUG. 2010 15:01

HOF AMSTERDAM HANDEL

NR. 511 P. 11

200.034.938/01

11

slotsom moet luiden dat de grievan 1, 5, 6 en 8 van Hofs c.s. vergeefs zijn voorgesteld.

4.21 Hetgeen met de grievan 1, 2, 3 en 7 (abusievelijk genummerd als 6) wordt betoogd gaat eraan voorbij dat het hoger beroep mede strekt tot herstel van (mogelijke) verzuimen bij de behandeling van de zaak in eerste aanleg en kan mitsdien niet tot vernietiging van het bestreden vonnis leiden. De grieven falen.

4.22 Hetgeen Hofs c.s. in dit hoger beroep verder nog hebben aangevoerd (onder meer bij grief 7) kan niet leiden tot andere oordelen dan hierboven gegeven en behoeft derhalve, bij gebrek aan belang, geen verdere bespreking. Hofs c.s. hebben bewijs aangeboden, doch dit bewijs heeft geen betrekking op concrete stellingen die, bij bewezenverklaring, tot andere oordelen zou leiden. Aan het desbetreffende aanbod komt, als niet terzake dienend en overigens als te vaag, geen betekenis toe zodat het wordt gepasseerd.

5. Slotsom en kosten

Het hierboven overwogene leidt tot de slotsom dat het hoger beroep tevergeefs is ingesteld en dat het vonnis van 4 maart 2009 waarvan beroep - bij gebreke van een grond voor vernietiging - zal worden bekrachtigd.

Hofs c.s. zullen, als de in het ongelijk gestelde partij, worden veroordeeld in de kosten van de procedure in hoger beroep.

4. AUG. 2010 15:01

HOF AMSTERDAM HANDEL

NR. 511

P. 12

12

200.034.938/01

6. Beslissing

Het hof:


verklaart Hofs c.s. niet ontvankelijk in hun beroep tegen het vonnis van 15 oktober 2008;

bekrachtigt het vonnis van 4 maart 2009 waarvan beroep;

verwijst Hofs c.s. in de proceskosten van het hoger beroep en begroot die kosten, voor zover tot heden aan de kant van ING gevallen, op nihil;

verklaart deze veroordelingen uitvoerbaar bij voorraad.

Dit arrest is gewezen door mrs. A.S. Arnold, D. Kingma en C.C. Meijer en in het openbaar uitgesproken op 3 augustus 2010 door de rolraadsheer.



Mr. W.J.E. Los