

ALT KAM BOER



Rechtszaak nummer 3EF3207

L08.01279

vijftiendagste

juni tweeduizendacht,

in verzoeken van **Bernardus Theodorus Hofs** en **Hilgonda Maria Stephanette** kiezende te Amsterdam aan de Jeurlinksweg 2 (7451 CL) te dezer zake woonplaats kiezende te Amsterdam aan de Herengracht 104 (1015 BS), ten kantore van de advocaat en procureur **mr. Y.E.J. Geradts**, die ten deze tot procureur wordt gesteld en als zodanig zal optreden, alsmede woonplaats kiezende te 's-Gravenhage aan de Johan van Oldenbarneveltlaan 9^e (2582 NE), ten kantore van de advocaat **mr. B. Benard**,

Heb ik, **PEPIJN SIMON JOHANNES LIGTHART**, als toegevoegd kandidaat-gerechtsdeurwaarder werkzaam ten kantore van **mr. FLORIS AERNOUW RIPPEN**, gerechtsdeurwaarder te Amsterdam, beiden aldaar kantoorhoudende aan de Overschiestraat 180-II;

GEDAGVAARD:

de naamloze vennootschap **ING Bank N.V.**, statutair gevestigd te Amsterdam aan de Amstelveenseweg 500 (1081 KL) aldaar mijn exploit doende en afschrift dezes latende aan:

mw. M. Sloove, aldaar werkzaam

OM:

op woensdag, de negende juli tweeduizendacht des voormiddags om 10.00 uur te verschijnen, niet in persoon doch vertegenwoordigd door een procureur, ter terechtzitting van de Rechtbank te Amsterdam, alsdan en aldaar gehouden wordende aan de (1076 AV) Parnassusweg 220;

MET UITDRUKKELIJKE AANZEGGING:

dat indien gedaagde niet op de eerste of een door de rechter nader te bepalen roldatum rechtsgeldig in het geding verschijnt, hoewel hem dat bij deze dagvaarding is aangezegd en de voorgeschreven termijnen en formaliteiten in acht genomen zijn, verleent de rechter verstek tegen gedaagde en wijst hij de vorderingen van eisers toe, tenzij deze hem onrechtmatig of ongegrond voorkomen;

TENEINDE:

te horen eis doen en concluderen als volgt:

ALT KAM BOER

Inleiding:

1. Eisers hebben op 3 september 2002 een kredietovereenkomst gesloten met gedaagde, hierna te noemen ING. Aan eisers werd door ING een kredietfaciliteit van € 200.000,- ter beschikking gesteld (**productie 1**, acceptatiekopie). Als zekerheid voor deze kredietfaciliteit heeft ING ten laste van eisers een tweede hypotheek op het woonhuis van eisers gevestigd (**productie 2**).

2. De bedoeling van deze kredietovereenkomst en een vereiste voor het aangaan voor het aangaan daarvan, was dat het ter beschikking gestelde bedrag direct zou worden doorgeleend aan Xenon Webstore B.V..

Xenon Webstore B.V. was ten tijde van het sluiten van de onderhavige kredietovereenkomst een vennootschap van onder andere de zoon van eisers. In de kredietovereenkomst die door eisers op 3 september 2002 is ondertekend, wordt ten onrechte op een aantal plaatsen melding gemaakt van "Xenon Computers", een vennootschap onder firma die op het moment van het sluiten van de kredietovereenkomst al niet meer bestond. Dat ING begrepen heeft dat de kredietfaciliteit zou worden doorgeleend aan Xenon Webstore B.V., blijkt onder meer uit de een na laatste alinea van pagina 4 van de kredietovereenkomst.

3. Verder werd in de kredietovereenkomst opgenomen dat het krediet zou worden doorgeleend ten behoeve van de financiering van de investeringen in het bedrijfspan van Xenon Webstore B.V., ten behoeve van de aflossing van bankkredieten en verruiming van het werkkapitaal van Xenon Webstore B.V.. De kredietlimiet zou per 1 juli 2003 verlaagd worden met € 200.000,-. Verder zou de kredietlimiet jaarlijks worden bezien aan de hand van de jaarcijfers (lees: van Xenon Webstore B.V.).

Verder was het de bedoeling dat de kredietovereenkomst zou worden overgezet naar Xenon Webstore B.V., tenzij deze vennootschap niet zou voldoen aan de geldende bancaire voorwaarden, in welk geval de kredietovereenkomst met eisers gecontinueerd zou worden.

4. Teneinde er zeker van te zijn dat eisers het ter beschikking gestelde krediet van € 200.000,- niet voor privédoeleinden zouden aanwenden, werd in de kredietovereenkomst opgenomen dat van het doorlenen van het ter beschikking gestelde krediet aan Xenon Webstore B.V. een leningovereenkomst aan ING zou moeten worden afgegeven, waarin deze lening zou zijn vastgelegd (zie kredietovereenkomst tweede alinea pagina 4). ING heeft deze leningovereenkomst op 17 september 2002 van Deloitte & Touche ontvangen (**productie 3**).

De achtergrond voor het sluiten van de kredietovereenkomst met eisers en niet met Xenon Webstore B.V., was hierin gelegen dat Xenon Webstore B.V. volgens ING over de boekjaren 2000, 2001 en de eerste helft van 2002, negatieve resultaten had behaald.

De behaalde resultaten waren in die tijd nog de resultaten van de voorganger van Xenon Webstore B.V., Xenon Computers V.o.f.

In een bespreking van 16 augustus 2002 met eisers, liet ING echter weten dat de prognoses voor Xenon Computers V.o.f gunstig waren. Om die reden werd door ING verwacht dat de opvolger van Xenon Computers V.o.f, Xenon Webstore B.V., de verplichtingen uit het krediet financieel zou kunnen dragen. Omdat het bij het sluiten van de kredietovereenkomst glashelder was dat het hier om een zakelijk krediet ging en ING ervan uit ging, net als eisers, dat Xenon Webstore B.V. al in juli 2003 de kredietovereenkomst zou overnemen, hebben

ALT KAM BOER

eisers ermee ingestemd de overeenkomst van geldlening met ING te sluiten, onder gelijktijdige vestiging van een forse hypotheek op hun woning.

5. In het najaar van 2003 komt Xenon Webstore B.V. in zwaar weer. Duidelijk wordt dat de vennootschap op een faillissement afstevent. In gesprekken die vervolgens door eisers met ING worden gevoerd, blijkt dat ING niet bereid is de kredietovereenkomst op naam van Xenon Webstore B.V. te zetten en evenmin bereid is het verstrekte krediet op basis van een normale consumentenkrediet voort te zetten.

6. Bij brief van 9 april 2004 hebben eisers de onderhavige kredietovereenkomst buitengerechtelijk vernietigd en de onderhavige kredietovereenkomst – subsidiair – buitengerechtelijk ontbonden (**productie 4**).

7. ING heeft thans bij eisers op betaling aangedrongen en inmiddels zelfs een executieveling aangezegd (**productie 5**). Eisers zijn van mening dat ING geen vordering op hen heeft, althans niet de vordering die in de aanzegging tot executie is opgenomen, te weten: € 238.483,58 exclusief rente en kosten (p.m.). Inmiddels is in overleg met ING de openbare verkoop van de woning verschoven naar begin juli 2008.

8. Bij vonnis van 1 maart 2005 van de Rechtbank Almelo wordt ten aanzien van eisers de definitieve toepassing van de schuldsaneringsregeling uitgesproken (**productie 6**). In het kader van deze schuldsaneringsregeling meldt ING zich bij de bewindvoerder aan met een vordering ter zake van de kredietovereenkomst op eisers. Op 30 maart 2007 vindt de (voortzetting van de) verificatievergadering plaats. De door ING ingediende vordering wordt als concurrente vordering vastgesteld op € 201.643,74 (**productie 7**).

Bij arrest van 23 juli 2007 van het Hof Arnhem is de schuldsaneringsregeling ten aanzien van eisers beëindigd (**productie 8**).

De grondslag van de vorderingen van Hofs

9. ING heeft voorafgaand aan en bij het sluiten van de kredietovereenkomst met eisers op diverse punten onjuist gehandeld en in ieder geval gehandeld in strijd met de beginselen die een aantal jaren na het sluiten van onderhavige kredietovereenkomst werden vastgelegd in de Wet financiële dienstverlening (hierna 'Wfd', thans vervangen door de Wet financieel toezicht). Deze beginselen, of beter gezegd: essentiële uitgangspunten, van de financiële dienstverlening zoals die door banken in acht moeten worden genomen, waren reeds ten tijde van het sluiten van de onderhavige kredietovereenkomst geldend recht. In de Wfd (wet van 12 mei 2005, Stb. 339, 2005) zijn die algemene beginselen en uitgangspunten opgenomen teneinde de "financiële consument" te beschermen tegen het aangaan van (te) verstrekkende financiële verplichtingen die vaak besloten liggen in complexe, voor die consument niet goed te doorgronden financiële producten, zoals de onderhavige kredietovereenkomst. In dat kader rustte op ING, voorafgaand en ten tijde van het sluiten van onderhavige kredietovereenkomst een zware zorgplicht.

De Wfd is naar aanleiding van de Europese richtlijn tot stand gekomen. Aangenomen moet worden dat de Wfd een codificatie is van algemeen aanvaarde rechtsbeginselen: zie ook HR 1 juni 1990, NJ 1991, 759, Van Lanschot/Bink.

10. Meer specifiek dient de betreffende financiële instelling ervoor zorg te dragen dat alle relevante informatie voorafgaande aan de overeenkomst wordt overhandigd aan de klant (vgl.

ALT KAM BOER

artikel 30, eerste lid, Wfd), dus ook informatie die specifiek voor de klant van belang is, ook als die er wellicht toe zal leiden dat de beoogde transactie geen doorgang zal vinden.

11. Daarnaast dient de geldverstrekker ingevolge artikel 32, eerste lid, Wfd zich een beeld te vormen van de persoonlijke, onder meer financiële, situatie van de klant. Hij dient het profiel van de klant in kaart te brengen (het zogenaamde klantenprofiel). Hij moet informatie inwinnen over diens financiële positie, kennis, ervaring en risicobereidheid. Met name moet de geldverstrekker er op grond van art. 51 Wfd voor waken dat er sprake kan zijn van overkreditering. Er moet dus worden nagegaan of de beoogde (krediet-)transactie verantwoord is in het kader van het voorkomen van overkreditering. In dat kader zal de betreffende geldverstrekker noodzakelijkerwijs moeten nagaan welke financiële verplichtingen er reeds bij de klant bestaan en waartoe een extra krediet zal kunnen leiden.

12. ING heeft al deze (wettelijke) verplichtingen geschonden. Eisers zijn voor het aangaan van de betreffende transactie niet gewezen op de aanzienlijke risico's die met het krediet van € 200.000,- gepaard zouden gaan, zeker als in ogenschouw wordt genomen dat de krediet som in zijn geheel zou worden doorgeleend (sterker nog: moest worden doorgeleend) aan Xenon Webstore B.V.. Aan mogelijke overkreditering is door ING in het geheel geen aandacht geschonken. Op het moment van het sluiten van de kredietovereenkomst, bestond er ten laste van eisers al een eerste hypotheek bij Rabobank Holten-Markelo van € 350.000,- met een maandelijkse rentelast van € 1340,-. De in hypotheek gegeven woning van eisers had op het moment van het afsluiten van de kredietovereenkomst een OZB-waarde van slechts € 446.000,-. Voor ING was dus duidelijk dat de totale hypotheekschuld op een bedrag van € 550.000,- zou neerkomen bij een onderpand met een vrije verkoopwaarde van ca. 450.000,- à 500.000,-. Hieruit blijkt dat er sprake is geweest van overkreditering. ING heeft hierop geen acht geslagen en eigenlijk ook niet willen slaan. Volgens de toenmalige accountmanager van Xenon Webstore B.V., de heer Bakker, waren de kredietovereenkomst en de bijbehorende hypotheekstelling slechts een formaliteit en zou het krediet in 2003, uiterlijk per 1 juli van dat jaar, worden omgezet naar Xenon Webstore B.V., aan welke vennootschap het krediet zou worden doorgeleend en waarmee een omzetting zou gaan plaatsvinden. De consequenties van het vestigen van de door ING vereiste tweede hypotheek op de woning van eisers, zijn überhaupt niet ter sprake gekomen.

13. Het bovenstaande klemt te meer nu eisers ten tijde van het sluiten van onderhavige kredietovereenkomst slechts een gezamenlijk inkomen hadden van ca. € 55.000,-. ING heeft ook dat aspect niet onder de loep genomen: sterker nog, ING rekende gemakshalve de rentebetalingen van Xenon Webstore B.V. aan eisers, aan dat inkomen van eisers toe. Na verloop van tijd bleek dat die rentebetalingen niet meer door Xenon Webstore B.V. konden worden opgebracht, waarmee ook dat gedeelte van het gezamenlijk 'inkomen' van eisers als sneeuw voor de zon was verdwenen. Een gezamenlijk inkomen van ca. € 55.000,- bruto per jaar is natuurlijk bij lange na niet voldoende om verantwoord een totaal krediet van € 550.000,- te torsen (10 x het gezamenlijk jaarinkomen).

14. Al met al heeft ING in strijd met genoemde wettelijke bepalingen gehandeld. Aldus is ING jegens Hofs toerekenbaar tekort geschoten, althans is Hofs door ING bij het aangaan van de kredietovereenkomst op het verkeerde been gezet. Hadden eisers geweten welke gigantische verplichtingen zij op zich hadden genomen, waren zij vooraf volledig en deugdelijk door ING ingelicht, en had ING een klantenprofiel gemaakt en het aspect van overkreditering bekeken en met eisers besproken, dan zouden eisers de kredietovereenkomst

ALT KAM BOER

nooit hebben gesloten, ja zelfs niet kunnen sluiten en in ieder geval niet op dezelfde voorwaarden als thans het geval is geweest.

15. Op grond van het bovenstaande heeft Hofs bij brief van 9 april 2004 de kredietovereenkomst dus wegens dwaling buitengerechtelijk vernietigd, subsidiair wegens toerekenbaar tekortschieten buitengerechtelijk ontbonden.

16. Gelet op alle omstandigheden van het geval zijn eisers van mening dat een eventuele ongedaanmakingsverplichting, die als gevolg van het toerekenbaar tekortschieten door ING op partijen zou komen te rusten, voor Hofs op nihil moet worden gesteld. Eisers zijn derhalve terzake van de buitengerechtelijke vernietiging danwel de buitengerechtelijke ontbinding niets aan ING verschuldigd.

Het verweer van ING

17. Voor zover eisers het verweer van ING goed begrepen hebben, komt het verweer – kort samengevat – op het volgende neer. Eisers zouden willens en wetens de kredietovereenkomst met ING hebben gesloten. De prognoses van Xenon Computers V.o.f. waren op het moment van het sluiten van de kredietovereenkomst gunstig, hoewel deze vennootschap over de boekjaren 2000 en 2001 verlies had geleden. Eisers waren bij alle gesprekken met ING aanwezig. Tevens hebben zij alle inkomensgegevens aangeleverd waaronder de opgave van het jaarincome van 2001 dat ruim € 76.000,- bedroeg. De heer en mevrouw Hofs waren wekelijks actief betrokken bij het bedrijf. Het kredietarrangement is uitvoerig met Hofs besproken, evenals de eventuele negatieve gevolgen van de hypotheekvestiging.

18. Verder stelt ING zich op het standpunt dat zij niet verklaard zou hebben dat er sprake is van een formaliteit, maar dat de omzetting van de kredietovereenkomst naar Xenon Computers v.o.f. aan voorwaarden was gekoppeld en omdat aan die voorwaarden niet was voldaan, kan van omzetting ook geen sprake zijn.

Het verweer van ING is onjuist

19. Het verweer van ING is onjuist en mist deels feitelijke grondslag. Het volgende is hierbij van belang.

20. In tegenstelling tot wat ING beweert, is met Hofs niet besproken, laat staan uitgebreid, over de betekenis voor Hofs van een kredietovereenkomst met ING en de daaraan verbonden grote risico's die daaruit zouden kunnen voortvloeien. ING heeft met Hofs op 16 augustus 2002 een gesprek gehad, waarbij niet gesproken is over de hierboven onder 8 t/m 10 genoemde essentiële aspecten van het aangaan van de kredietovereenkomst met alle risico's die daaraan verbonden zouden zijn. Er is met name gesproken over de investeringen van Xenon Webstore B.V. en de aflossingen die deze onderneming met het aan haar ter beschikking te stellen bedrag zou gaan doen. ING zal hebben te bewijzen dat zij niet alleen uitgebreid met Hofs heeft gesproken over de kredietovereenkomst en de risico's, maar ook dat zij wel degelijk de hiervoor onder de punten 9 t/m 11 opgenomen verplichtingen jegens Hofs in acht heeft genomen.

21. Onjuist is dat er gesproken is over een omzetting van de kredietovereenkomst naar Xenon Computers v.o.f., nu deze vennootschap op het moment van de bespreking op 16 augustus

ALT KAM BOER

2002, niet meer bestond. De vennootschap was op 1 juli 2002 uitgeschreven uit het Handelsregister.

22. Hofs was zich er bovendien in het geheel niet van bewust welke consequenties er aan de kredietovereenkomst waren verbonden voor het geval Xenon Webstore B.V. in financieel zwaar weer zou komen. Ook de stellingname van ING dat Hofs heel goed van deze risico's op de hoogte waren gesteld en hiervan waren doordrongen, zal ING hebben te bewijzen.

23. Niet het jaarinkomen van 2001, maar het jaarinkomen op het moment van het aangaan van de kredietovereenkomst is relevant. Dat jaarinkomen bedroeg ca. € 55.000,-. ING heeft dat jaarinkomen niet op het netvlies gehad, laat staan dit jaarinkomen bij Hofs gecheckt. Aldus heeft ING niet voldaan aan de verplichting om voor het sluiten van een dergelijk kredietarrangement na te gaan of er sprake kan zijn van overkreditering, mede gelet op de waarde van de onder te zetten woning en de hoogte van de te vestigen hypotheek.

24. Uit diverse clausules die in de kredietovereenkomst en het daarbijbehorende "clausuleblad voorwaarden kredietfaciliteit(en)" zijn opgenomen, blijkt dat het hier zuiver om een zakelijk krediet ging, waarbij ING ervan uitging dat het krediet snel zou worden omgezet naar Xenon Webstore B.V.

Allereerst blijkt uit pagina 1, onder het kopje "Doel krediet", dat het om een zakelijk krediet gaat. Onder het kopje "Aangifte IB/VB" is vermeld dat de kredietnemer (Hofs) jaarlijks binnen zes maanden na afloop van zijn *boekjaar*... (etc.). Een dergelijke eis zal nooit worden gesteld aan een particulier krediet. Daarnaast is op pagina 4 van de kredietovereenkomst opgenomen dat de accountant de definitieve jaarcijfers van 2002 van Xenon Computers (lees: Xenon Webstore B.V.) uiterlijk op 1 april 2003 aan ING ter beschikking zou stellen. Hieruit blijkt in ieder geval duidelijk de bedoeling om het krediet binnen 6 à 7 maanden om te zetten naar Xenon Webstore B.V. Het is niet aannemelijk dat ING bij het opstellen van de kredietovereenkomst ervan uitging, dat Hofs in staat zouden zijn een bedrag van € 200.000,- na ca. 10 maanden af te lossen zonder hun woning te verkopen.

Daarnaast zijn in de algemene voorwaarden diverse clausules opgenomen die wijzen op een zakelijk kredietarrangement. Onder artikel 13 is opgenomen dat de kredietnemer verplicht is te allen tijde inzage te geven in de boeken alsmede verplicht is jaarlijks een afschrift te geven van zijn balans en de winst-en-verliesrekening en wel binnen een half jaar na afloop van het boekjaar.

Voorts wijst Hofs op artikel 7d van de Algemene Voorwaarden, waarin de beëindiging of een aanmerkelijke wijziging van de bedrijfs- of beroepsactiviteiten worden besproken.

25. De conclusie moet zijn dat het verweer van ING faalt. Indien en voor zover ING zal gaan betogen, in lijn met het hierboven kort weergegeven verweer, dat zij wel degelijk heeft voldaan aan de op haar rustende verplichtingen die destijds tot de Wfd hebben geleid, rust de bewijslast van dat betoog op ING. Uit de hierboven weergegeven verplichtingen op grond van de Wfd en daaraan ten grondslag liggende beginselen (met name bescherming van de consument), vloeit voort dat er sprake moet zijn van een omkering van de hoofdregel dat de bewijslast op Hofs rust. Een omkering is immers in overeenstemming met de strekking van de hier bedoelde bepalingen en regels uit de Wfd. Indien en voor zover de bewijslast niettemin bij Hofs zou (blijven) rusten, geldt in ieder geval voor ING een verzwaarde stelplicht.

ALT KAM BOER

Zie onder meer Hof Arnhem 19 juni 2007, NJF 2007, 546.

Bewijsaanbod

26. Hofs biedt aan al zijn stellingen te doen bewijzen, voor zover op Hofs enige wettelijke bewijslast rust, met name door middel van getuigen. Als getuigen kunnen worden gehoord: de heer B.Th. Hofs, mevrouw H.M.S. Hofs-Akkermans en de heer R.T.B. Hofs. Zij allen kunnen verklaren dat ING Bank de in de punten 9, 10 en 11 bedoelde onderwerpen niet voor of bij het sluiten van de kredietovereenkomst ter sprake heeft gebracht.

De vorderingen van Hofs

27. Hofs zullen hierna op grond van het bovenstaande primair vorderen een verklaring voor recht inhoudende dat de onderhavige kredietovereenkomst buitengerechtigd is vernietigd, dan wel dat deze kredietovereenkomst buitengerechtigd is ontbonden. Hofs zullen subsidiair vorderen dat deze kredietovereenkomst (alsnog) wordt vernietigd wegens dwaling, dan wel dat deze kredietovereenkomst (alsnog) buitengerechtigd zal worden ontbonden wegens toerekenbaar tekortschieten in de nakoming van deze kredietovereenkomst. Verder zullen Hofs vorderen dat de rechtbank voor recht zal verklaren dat Hofs ING terzake van deze kredietovereenkomst niets verschuldigd is, althans een zodanig bedrag als de rechtbank zal bepalen.

MET CONCLUSIE:

dat het de rechtbank behage om bij vonnis, voor zoveel mogelijk uitvoerbaar bij voorraad:

1. primair
te verklaren voor recht dat de kredietovereenkomst die op 3 september 2002 tussen partijen is gesloten (buitengerechtigd) is vernietigd dan wel (buitengerechtigd) is ontbonden, met bepaling dat Hofs ING Bank terzake van deze kredietovereenkomst niets, althans een door de rechtbank in goede justitie te bepalen bedrag, verschuldigd is; en

subsidiair
de kredietovereenkomst die op 3 september 2002 tussen partijen is gesloten te vernietigen danwel te ontbinden, met bepaling dat Hofs ING Bank terzake van deze kredietovereenkomst niets, althans een door de rechtbank in goede justitie te bepalen bedrag, verschuldigd is;

2. ING Bank te veroordelen in de kosten van het geding.

De kosten dezès zijn	€ 71.80
vermeerderd met de btw	€ 13.64

	€ 85.44

De schuldeiser kan de berekende btw niet verrekenen in de zin van de Wet op de Omzetbelasting 1968.


(w.g.) P.J. LIGTHART
Toeg. k. n. d. gerechtsdw.