



KOLKMAN

Advocaten voor ondernemers

Pij 1	Pij 2	Origineel	Griffie	Cliënt	Dossier
-------	-------	-----------	---------	--------	---------

AKTE

Rechtbank Overijssel
Locatie Almelo
Zitting datum: 21 augustus 2013

Inzake:

de heer BERNARDUS THEORDUS HOFFS,

**mevrouw HILGONDA MARIA
STEPHANETTE AKKERMANS**

beide wonende te Holten, gemeente Rijssen-
Holten;

eisers;

advocaat: mr. F. Hoff;

Contra:

de naamloze vennootschap ING BANK N.V.,

statutair gevestigd te Amsterdam,

gedaagde;

advocaat: mr. J.M. Atema;

Akte, 75431, FH/ws

Twentepoort Oost 55a 7609 RG Almelo Postbus 828 7600 AV Almelo
T +31(0)546 588888 F +31(0)546 588889 info@kolkman.nl www.kolkman.nl K.v.K. 06083159
St. beheer dergengelden Kolkman Advocaten IBAN NL66INGB0654066728 BIC INGBNL2A

Door ons wordt geen aansprakelijkheid aanvaard behoudens voor zover de door ons afgesloten beroepsaansprakelijkheidsverzekering aanspraak op een uitkering geeft. Op al onze werkzaamheden zijn van toepassing de Algemene Voorwaarden Kolkman Advocaten, die u bij verzoek worden toegezonden en d.d. 14 september 2012 zijn gedeponeerd onder nr. 32/2012 bij de Rechtbank Almelo.



Eisers, hierna te noemen Hofs c.s., doen eerbiedig zeggen voor akte:

1. Ter comparitie van partijen d.d. 25 juni 2013 heeft Uw Rechtbank bepaald dat Hofs c.s. in dit stadium van de procedure niet in de gelegenheid worden gesteld om een conclusie van repliek te nemen. Uw Rechtbank heeft bepaald dat Hofs c.s. slechts in de gelegenheid wordt gesteld om middels een akte te reageren op het verweer van ING voor zover dat betreft verjaring, inclusief hetgeen ING heeft gezegd over stuiting en artikel 6:89 BW.

Geen verjaring:

Vordering I

2. Weliswaar zien de door Hofs c.s. aan deze vordering ten grondslag gelegde onrechtmatige daden allemaal op de periode van de totstandkoming van de kredietovereenkomst (in de jaren 2002 en 2003) of kort daarna, maar dat betekent in het onderhavige geval geenszins, dat deze vordering al verjaard zou zijn. In de eerste plaats stellen Hofs c.s. dat zij in die jaren veelal nog niet ten volle bekend waren met de door ING begane onrechtmatige daden en de schade die daardoor voor hen zou ontstaan. Hofs c.s. verwijzen naar wetsartikel 3:310 lid 1 BW. Van belang is dus, dat het enkele vermoeden van het bestaan van die schade onvoldoende is om aan te nemen, dat er sprake is van daadwerkelijke bekendheid daarmee.
3. Het criterium "bekend is geworden" in art. 3:310 lid 1 BW moet subjectief worden opgevat. Aangesproken partij die zich op verjaring beroept, zal dus moeten stellen en zo nodig bewijzen dat benadeelde daadwerkelijk bekend was met schade en met daarvoor aansprakelijk persoon. De rechter kan echter - bij betwisting daarvan door benadeelde - die bekendheid afleiden uit bepaalde ten processe gebleken feiten en omstandigheden. Wel mag dan benadeelde tegenbewijs leveren (HR 6 april 2001, NJ 2002, 383 met noot Snijders onder nr. 384, VR 2002 nr. 134).



4. Onder "bekend is geworden" in zin van art. 3:310 lid 1 BW dient te worden verstaan: daadwerkelijke bekendheid met zowel schade als met daarvoor aansprakelijke persoon (zie HR 6 april 2001 NJ 2002, 383 met noot Sniijders onder nr. 384). Het enkele vermoeden van bestaan van schade is onvoldoende om aan te nemen dat sprake is van daadwerkelijke bekendheid met schade. Vereiste mate van zekerheid behoeft niet een absolute zekerheid te zijn (HR 24 januari 2003, NJ 2003, 300, VR 2003 nr. 168).
5. Verjaring begint pas te lopen op dag na die waarop benadeelde daadwerkelijk in staat is een rechtsvordering in te stellen, waarvoor daadwerkelijke bekendheid met schade nodig is; een vermoeden van bestaan schade is hiervoor niet voldoende (HR 24 maart 2006, NJ 2007, 377).
6. In de tweede plaats stellen Hofs c.s., dat zij in correspondentie en stukken gericht dan wel bestemd voor ING en in brieven aan de advocaat van ING Enschede, zijnde mr. W.H. Kesler, zodra zij bekend waren met de onrechtmatige daden zijdens ING, daarvan melding hebben gedaan en ING aansprakelijk hebben gesteld voor de gevolgen en de verjaring ex artikel 3:317 lid 1 BW tijdig gestuit. Ingevolge artikel 3:317 lid 1 BW wordt de verjaring van een rechtsvordering tot nakoming van een verbintenis gestuit door een schriftelijke aanmaning of door een schriftelijke mededeling waarin de schuldeiser zich ondubbelzinnig zijn recht op nakoming voorbehoudt. Uit de jurisprudentie volgt dat deze laatst weergegeven zinsnede moet worden begrepen in het licht van de strekking van een stuitingshandeling van deze aard, welke neerkomt op een -voldoende duidelijke- waarschuwing aan de schuldenaar dat hij er, ook na het verstrijken van de verjaringstermijn, rekening mee moet houden dat hij de beschikking houdt over zijn gegevens en bewijsmateriaal, opdat hij zich tegen een dan mogelijkerwijs alsnog door de schuldeiser ingestelde vordering behoorlijk kan verweren. (HR 4 juni 2004, NJ 2004, 603). Niet alleen de letterlijke bewoordingen van de schriftelijke mededeling waarop een partij zich beroept ter afwering van een beroep op verjaring zijn van belang, maar ook van belang is of de wederpartij in de gegeven omstandigheden uit de betrokken mededeling redelijkerwijs heeft moeten begrijpen dat de andere partij zich ondubbelzinnig het recht op nakoming voorbehoudt.

zeer belangrijk

W.H. Kesler
Lid 2



7. Onderstaand zullen Hofs c.s. de betreffende gang van zaken en de van belang zijnde correspondentie en stukken zo beknopt mogelijk duiden, daarbij (veelal) verwijzend naar punten in de dagvaarding en de daarbij overgelegde producties dan wel nieuwe producties overleggend.
- a) In een door ING zelf ter comparitie van partijen d.d. 25 november 2008 in de voorgaande procedure als bewijsvoering overgelegde brief van Hofs c.s. aan ING d.d. 31 januari 2005 (**productie 112**) zijn degelijk onderbouwd, dit ondersteund door vele bijlagen, tal van door ING begane onrechtmatige daden door Hofs c.s. genoemd inzake o.a. het opstellen en voorleggen van de kredietovereenkomst, het aanleveren van de foutieve inhoud voor de hypotheekakte, het niet (tijdig) overleggen van stukken, de manipulatie inzake de levensverzekering, het voorspiegelen van goede vooruitzichten voor Xenon Webstore, het verzinnen van de zogenaamde Postbankvordering, het bewust ter beschikking stellen aan V.N.I. van twee steunvorderingen inzake een faillissementsaanvraag door dit bedrijf ten aanzien van B.Th. Hofs, etc. etc. Waarom ING deze brief toen heeft overgelegd is volstrekt onduidelijk, maar doet niet af aan het feit, dat zij deze wilde gebruiken als bewijsvoering tegen Hofs c.s., waarmede is bewezen, dat zij op dat moment zeer goed kennis heeft genomen van de inhoud van die brief en de aansprakelijkheidsstellingen daarin.
- b) Eerst op 1 maart 2005 (zie punt 13 dagvaarding) kwamen Hofs c.s. in het bezit van de door hen op 3 september 2002 getekende "ACCEPTATIEKOPIE". Zodoende waren zij ook eerst op die datum in staat dit document ten gronde te bestuderen en kregen zij volledig inzicht in de foutieve handelwijze van ING inzake de inhoud van de kredietovereenkomst en eveneens betreffende de inhoud van de hypotheekakte. Deze beide akten waren met elkaar verbonden, waaruit voortvloeit, dat Hofs c.s. om de hypotheekakte op de juiste manier te kunnen beoordelen dienden te beschikken over de originele kredietovereenkomst, "ACCEPTATIEKOPIE" geheten. Met name ook door de vele en tegenstrijdige beweringen in correspondentie van ING na het opstellen van die akten inzake de inhoud ervan was het voor Hofs c.s. als leken moeilijk om de zaken op de juiste manier te duiden.



- c) Weliswaar hebben zij die “ACCEPTATIEKOPIE” en hypotheekakte op resp. 3 september 2002 en 5 september 2002 ondertekend en strekken die akten dan ingevolge wetsartikel 157 lid 2 Rv tot dwingend bewijs. Echter wetsartikel 151 Rv lid 2 geeft aan, dat tegenbewijs, ook tegen dwingend bewijs, vrij staat, tenzij de wet dit uitsluit.
- d) Omdat per 1 maart 2005 de wettelijke schuldsaneringsregeling voor Hofs c.s. inging, waren zij tot de datum van beëindiging van die regeling, zijnde 23 juli 2007, niet gerechtigd en daardoor tevens niet in staat een procedure tegen ING op te starten, welke situatie door ING zelf bewust zo geschapen was. ING had zich namelijk op 22 maart 2005 met haar vordering bij de bewindvoerder gemeld (zie punt 152 dagvaarding), terwijl zij op grond van wetsartikel 299 juncto 57 Fw als separatist de mogelijkheid had buiten de schuldsanering om de woning van het echtpaar executoriaal te verkopen, in het geval de hypotheekvordering opeisbaar zou zijn, zodat haar vordering thans onderhevig was aan het regime van de WSNP. Op dit alles heeft de bewindvoerder ING in een brief van 8 juli 2005 nog uitdrukkelijk gewezen (zie punt 152 dagvaarding). Vervolgens heeft mr. Kesler aan Hofs c.s. schriftelijk medegedeeld, dat ING zich aan de regels van de WSNP zou houden en Hofs c.s. verzocht dit met betrekking tot ING ook te doen.
- e) Desondanks hebben Hofs c.s. aan de rechter-commissaris verzocht een procedure tegen ING te mogen entameren vanwege de door ING begane onrechtmatige daden, waarop de rechter-commissaris echter in een brief van 12 januari 2007 (productie 84 dagvaarding) heeft geantwoord, dat de vordering van ING tot de boedel behoorde en dat alleen de bewindvoerder dienaangaande mocht procederen, dit na van hem verkregen toestemming. Dat weerhield Hofs c.s. er echter niet van ING via haar advocaat mr. Kesler via aangetekende brieven te wijzen op haar onrechtmatige daden inzake de kredietkwestie en tevens in die brieven ING aansprakelijk te stellen van de door haar dienaangaande aangerichte dan wel nog aan te richten schade. Zie verderop in deze akte.



- f) In een brief van 29 januari 2008 aan ING (productie 59 dagvaarding) hebben Hofs c.s. gesteld, dat Hofs-Akkermans in het telefoongesprek van 28 januari 2008 met de heer Van den Berg heeft aangegeven, dat wanneer het zo mocht zijn, dat er in de te voeren bespreking niet nader tot elkaar zou worden gekomen, het dan voor de hand zou liggen in een civiele procedure de rechter een uitspraak te laten doen en dat de heer Van den Berg het daar roerend mee eens was, omdat er naar zijn zeggen dan in ieder geval een oordeel zou komen van een onafhankelijke partij. In die brief is tevens gesteld, dat Hofs c.s. vanwege alle omstandigheden met betrekking tot de kredietverstrekking eerder een bodemprocedure hadden willen entameren, maar daartoe vanwege de WSNP-situatie niet gerechtigd waren en ING er zelf voor gekozen had haar vordering in de schuldsanering in te dienen. Deze stelling is herhaald in een brief van 7 maart 2008 (productie 63 dagvaarding).
- g) Reeds in januari 2005 had Hofs-Akkermans om er met ING uit te komen mevrouw W. Toering benaderd, toentertijd directeur van de ING Bank regio Twente, hetgeen is aangegeven onder punt 122 van de dagvaarding. Onder ditzelfde punt is te lezen wat er verder is gebeurd en onder punt 123, dat er aanvankelijk door toedoen van ING geen afspraak tot stand is gekomen en later een wel gemaakte afspraak voor 22 maart 2005 niet is doorgegaan. Uit de in het vorige punt genoemde brief van 29 januari 2008 blijkt, dat ING Amsterdam is medegedeeld, dat het gesprek dat voor 22 maart 2005 met ING Enschede stond gepland geen doorgang kon vinden en dat de bewindvoerder ook geen nieuwe afspraak heeft gemaakt.
- h) Bij de als productie 57 overgelegde fax d.d. 1 februari 2005 hebben Hofs c.s. de door ING Enschede verzochte stukken overgelegd, die alle betrekking hadden op brieven en documenten inzake de jaren 2002 t/m 2004 en hebben zij nogmaals bevestigd, dat zij op 5 januari 2005 failliet zijn verklaard (dit is de wettelijke schuldsaneringsregeling geworden) doordat ING aan V.N.I. ten onrechte ondersteunende vorderingen ten behoeve van haar faillissementsaanvraag had verstrekt, hetgeen blijkt uit het bijgesloten Postbankdossier en de brief d.d. 19 februari 2004 (zie onder de punten 73 t/m 89 met



producties van de dagvaarding). Tevens hebben Hofs c.s. ING in die fax aansprakelijk gesteld voor de schade die ING al veroorzaakt had en nog zou veroorzaken, dit omdat Hofs c.s. geleidelijk aan steeds meer zicht kregen op de ten gronde foutieve gang van zaken zijdens ING. In een brief van 25 juli 2007 (productie 56 dagvaarding) hebben Hofs c.s. mr. Kesler nogmaals op het toentertijd met ING Enschede geplande gesprek gewezen.

- i) In een aangetekende brief van 31 juli 2006 (**productie 113**) hebben Hofs c.s. aan mr. Kesler, dit op zijn eigen verzoek, tal van door ING in de kredietkwestie begane onrechtmatige daden min of meer uitgebreid benoemd, dit met overlegging van de relevante bijlagen. Met name is daarbij de als bijlage 4 overgelegde brief van 7 december 2004 (**productie 114**) van belang, waarop zoals in de brief van 31 juli 2006 gemeld wordt nooit een antwoord van ING is ontvangen. In die brief wordt aan mr. Kesler aangekondigd, dat alle schade die door ING vanwege haar onrechtmatige daden in de kredietrelatie aan Hofs c.s. is en wordt aangericht op zijn cliënte zal worden verhaald.
- j) In een aangetekende brief van 22 januari 2007 (**productie 115**) aan wederom mr. Kesler hebben Hofs c.s. eerst gerefereerd aan hun brief van 31 juli 2006 (zie boven) en vervolgens de advocaat verweten, dat hij ondanks de ontvangen overtuigende bewijsvoering met de brief d.d. 31 juli 2006, dat de Postbankvordering nooit bestaan heeft, deze door de bewindvoerder desondanks op de lijst van voorlopig erkende concurrente crediteuren heeft laten plaatsen. Tevens melden Hofs c.s., dat ING reeds aansprakelijk is gesteld voor het ten onrechte door V.N.I. laten gebruiken van deze niet-bestaande vordering bij haar faillissementsaanvraag inzake B.Th. Hofs.
- k) Tijdens de schuldsaneringsregeling hebben Hofs c.s. ook nog ingevolge wetsartikel 126 Fw uitdrukkelijk bezwaar gemaakt tegen de door ING bij de bewindvoerder ingediende vordering van € 201.643,74, welk bezwaar door Hofs c.s. uitgebreid is onderbouwd in het door hen opgemaakte saneringsplan d.d. 9 maart 2007. Bij dat saneringsplan is



tevens overgelegd de onder punt 158 van de dagvaarding genoemde brief van 7 december 2004, (zie productie 114), waarin meerdere onregelmatigheden zijdens ING inzake de kredietrelatie worden beschreven en waarin o.a. wordt bewezen, dat ING ten onrechte heeft gesteld, dat de lening per 1 juli 2004 diende te worden afgelost. Het saneringsplan lag voor iedere crediteur ingevolge de regelgeving van de WSNP 14 dagen voorafgaande aan de verificatievergadering (gehouden op 30 maart 2007) ter inzage, dus ook voor ING. Dit is door Hofs c.s. gemeld in hun aangetekende brief aan ING d.d. 30 juli 2008 (productie 105 dagvaarding) evenals het feit, dat ING zich om haar moverende redenen met haar vordering bij de bewindvoerder heeft gemeld, er door een misverstand zijdens ING geen afspraak kort na beëindiging van de schuldsaneringsregeling tot stand is gekomen en de heer Van den Berg van ING er bovendien in een telefoongesprek met Hofs-Akkermans mee heeft ingestemd, dat er door Hofs c.s. eerst een bodemprocedure kon worden gevoerd alvorens de woning gedwongen zou worden verkocht, daarbij aangevend dat een rechter in die bodemprocedure dan maar moest bepalen of en hoeveel er door Hofs c.s. eventueel terugbetaald diende te worden.

- l) In een brief d.d. 15 maart 2007 (**productie 116**) aan mr. Kesler leveren Hofs c.s. overtuigende bewijsvoering, dat de door ING geclaimde zogenaamde Postbankvordering op B.Th. Hofs nooit bestaan heeft en een vordering op Xenon Webstore B.V. betrof, dit in aansluiting op een telefoongesprek van dezelfde dag, waarin Hofs-Akkermans mr. Kesler heeft gezegd, dat hij deze vordering ten onrechte bij de bewindvoerder heeft ingediend als zijnde een opeisbare vordering.

- m) In een brief van 25 juli 2007 (productie 56 dagvaarding) hebben Hofs c.s. aan mr. Kesler o.a. geschreven, dat de door ING toch in de schuldsanering ingebrachte niet bestaande Postbankvordering hen nog verder in de problemen heeft gebracht, omdat het bedrag inzake die vordering ook op de boedelrekening diende te staan teneinde de schuldsaneringsregeling te kunnen beëindigen op grond van wetsartikel 350 lid 3 aanhef en sub b Fw en er daardoor o.a. kapitaalverzekeringen moesten worden afgekocht.



Tenslotte is er in die brief gesteld, dat ING door haar opstelling tijdens de schuldsaneringsregeling heeft bijgedragen tot de ontstane schade en wordt er aangegeven, dat er wanneer het niet komt tot een regeling er geprocedeerd gaat worden.

- n) Op 6 augustus 2007 heeft Hofs-Akkermans na de mededeling van mr. Kesler, dat hij de zaak aan ING Amsterdam had overgedragen, telefonisch contact opgenomen met de heer C.E. Goosmann van ING Amsterdam en daarna is er op 14 augustus 2007 nog een telefoongesprek tussen hen beiden gevoerd. In dit laatste telefoongesprek heeft Hofs-Akkermans hem gezegd, dat zij en haar echtgenoot nog graag een open gesprek met ING wilden over de kwestie. De heer Goosmann vond dit ook een goed idee en belde de volgende dag terug met de mededeling, dat de heer D. van den Berg van de afd. DCR/Recovery de aangewezen persoon was om de zaak verder te begeleiden en eventueel af te handelen.
- o) Op 5 september 2007 belde de heer Van den Berg met Hofs-Akkermans, in welk gesprek hij mededeelde, dat hij het dossier eerst diende te bestuderen, waarna hij contact zou opnemen voor een afspraak. Door een misverstand heeft de heer Van den Berg echter vervolgens niets meer van zich laten horen. Hofs c.s. dachten, dat hij wellicht meer tijd nodig had om het dossier te bestuderen en ook, dat hij het daarbij noodzakelijk vond bij de totstandkoming van de kredietovereenkomst betrokken werknemers van ING Enschede te horen. Na ontvangst van een bevreedende brief van 21 januari 2008 heeft Hofs-Akkermans op 28 januari 2008 gebeld met de heer Van den Berg, in welk gesprek hij erkent, dat in tegenstelling tot hetgeen in die brief van 21 januari 2008 staat ING contact met Hofs c.s. zou opnemen en dus niet andersom. Zie ook de punten 120, 121, 124 en 125 van de dagvaarding.
- p) Het is volstrekt logisch, dat wanneer de heer Van den Berg de bovengenoemde vergissing niet zou hebben begaan er reeds in de loop van september 2007 een bespreking tussen ING en Hofs c.s. had kunnen plaatsvinden, welke vanzelfsprekend hetzelfde zou zijn verlopen als de later op 5 maart 2008 gehouden bespreking. Daaruit



vloeit dan weer voort, dat Hofs c.s. dan ING reeds in dat gesprek (wederom) aansprakelijk zouden hebben gesteld inzake haar jegens hen begane onrechtmatige daden, zoals zij ook hebben gedaan in het gesprek van 5 maart 2008 (zie verderop inzake de inhoud ervan), dit eveneens met overlegging van dezelfde (verkorte) dossiers. Ook is het logisch, dat Hofs c.s. naderhand dan gelijksoortige brieven met aansprakelijkheidstellingen hadden geschreven als zij na het gesprek van 5 maart 2008 hebben gedaan.

- q) Uiteindelijk volgt er in een brief van 31 januari 2008 een uitnodiging voor een bespreking, die vervolgens dus op 5 maart 2008 ten kantore van ING te Amsterdam is gehouden. In die uitnodigingsbrief heeft ING ten onrechte gesteld, dat Hofs-Akkermans in het telefoongesprek (bedoeld wordt het telefoongesprek tussen de heer Van den Berg en Hofs-Akkermans d.d. 28 januari 2008) heeft aangegeven met ING een afspraak te willen maken om de gang van zaken ten aanzien van de privéfinanciering van haar en haar echtgenoot inhoudelijk te bespreken (wat er ook van zij, dat het volstrekt onduidelijk is hetgeen ING hiermee bedoelt). In een brief van 4 februari 2008 (productie 61 dagvaarding) schrijven Hofs c.s. dan ook, dat de inhoud van het telefoongesprek van 28 januari 2008 tussen de heer Van den Berg en Hofs-Akkermans geheel verkeerd door ING is weergegeven, dat het telefoongesprek over geheel andere zaken ging en ook dat er was afgesproken, dat in een te voeren gesprek met ING de gehele kwestie aan de orde zou komen en dat dat in de bevestigende brief van 29 januari 2008 van Hofs c.s. aan ING (productie 59 dagvaarding) allemaal juist is weergegeven (zie de punten 125 t/m 129). ING heeft de inhoud van deze brief van 4 februari 2008 nooit weersproken.
- r) In de brief d.d. 1 februari 2008 van ING aan Hofs c.s. (productie 62 dagvaarding) als reactie op een telefoongesprek met ING op 31 januari 2008 bevestigt ING, daarbij verwijzend naar diverse gesprekken, dat Hofs c.s. *“om vele redenen die ook al in de afgelopen hectische periode aan de orde zijn geweest in diverse procedures en de teruggedraaide toepassing Wet Schuldsanering op u (...)”*



- s) De heren Goosmann en Van den Berg stelden tijdens de bespreking van 5 maart 2008, dat zij het gehele dossier bestudeerd hadden en er niets bijzonders in gelezen hadden, waarop Hofs-Akkermans en haar zoon R.T.B. Hofs (die in plaats van zijn vader B.Th. Hofs bij het gesprek aanwezig was) aangaven, dat ING toch tal van brieven en stukken van Hofs c.s. had ontvangen waaruit duidelijk bleek, dat er zeer veel zaken aan de zijde van ING waren fout gegaan. Zoals gezegd hadden zij dienaangaande een verkort dossier met de belangrijkste punten en een toelichting daarop bij zich, hetgeen de heren echter niet wilden inzien, hetgeen zij later ook in een brief d.d. 5 maart 2008 aan Hofs c.s. hebben bevestigd (productie 64 dagvaarding).
- t) Tijdens de bespreking heeft Hofs-Akkermans desondanks toch enkele zaken benoemd, zoals de vele fouten en onregelmatigheden terzake het kredietarrangement en de onderliggende hypotheekakte, het ten onrechte aan V.N.I. verstrekken van één niet opeisbare en één niet bestaande steunvordering met als gevolg de WSNP-situatie met alle gevolgen van dien, het ten onrechte in rekening brengen van rente tijdens de schuldsaneringsregeling, het jarenlang volhouden, dat Hofs c.s. het van ING ontvangen bedrag dienden door te lenen aan (de niet meer bestaande) Xenon Computers V.o.f. terwijl dit bedrag moest worden doorgeleend aan de op 1 juli 2002 opgerichte Xenon Webstore B.V., dienaangaande ING bovendien tegenstrijdige visies had verkondigd, en ING ten onrechte een Postbankvordering bij de bewindvoerder had ingediend, etc.
- u) In de kort geding dagvaarding d.d. 18 juni 2008 inzake het executiegeschil (**productie 117**) hebben Hofs c.s. ondermeer onder punt 64 uitgebreid melding gemaakt van de door ING verschillende gepleegde onrechtmatige daden. Voorts hebben Hofs c.s. in punt 65 te kennen gegeven dat zij een bodemprocedure tegen ING zullen gaan voeren teneinde de door Hofs c.s. door toedoen van de ING geleden schade vast te laten stellen. Tot slot hebben Hofs c.s. ING onder punt 66 van deze dagvaarding uitdrukkelijk aansprakelijk gesteld: *“Voor de schade die het echtpaar thans door toedoen van de ING*



inmiddels heeft geleden, lijdt en nog zal lijden houdt het echtpaar de ING aansprakelijk.”

- v) Inzake het ontkennen van ING van de borgstelling door Hofs c.s. hebben Hofs c.s. zowel in hun brief d.d. 9 april 2004 inzake de buitengerechtelijk ontbinding/vernietiging als in hun dagvaarding d.d. 26 juni 2008 inzake het executiegeschil als in hun memorie van grieven inzake de hoger beroep procedure d.d. 3 november 2009 gemotiveerd gesteld, dat zij wel degelijk borg hebben gestaan voor de eigenlijk rechtstreeks aan Xenon Webstore B.V. te verstrekken lening van € 200.000,-- en dit onderwerp wederom opgenomen in het (verkorte) dossier, dat zij ter bespreking d.d. 5 maart 2008 aan de heren Goosmann en Van den Berg wilden overhandigen en verder toelichten. Daarbij is telkens weer verwezen naar jurisprudentie van de Hoge Raad, zijnde HR 1 juni 1990, NJ 1991, 759, Bink/Van Lanschot. ING heeft ook zelf meerdere malen aan Hofs c.s. die borgstelling gecommuniceerd en erkend.
- w) In een aangetekende brief van 7 augustus 2008 (productie 86 dagvaarding) aan de Raad van Bestuur van ING beginnen Hofs c.s. met te stellen, dat zij in de laatste vier jaren zeer veel mentale en financiële schade zijdens managers van ING hebben ondervonden, dat er geen enkele uitleg door ING Enschede inzake de kredietovereenkomst is gegeven en dat de afd. MKB de verkeerde gegevens inzake de inhoud van de hypotheekakte aan de verlijdend notaris heeft aangeleverd. Verderop in de brief hebben Hofs c.s. een aantal door ING begane onrechtmatige daden opgesomd, waaronder de ten onrechte bewering door ING dat het bedrag van € 200.000,-- diende te worden doorgeleend aan Xenon Computers v.o.f. i.p.v. aan Xenon Webstore B.V., het verzinnen van vele gesprekken door ING ten bewijze dat er voldoende voorlichting was gegeven aan Hofs c.s. inzake de af te sluiten kredietovereenkomst, het ten onrechte beweren door ING dat Hofs c.s. het krediet per 1 juli 2004 dienden af te lossen, het indienen van een niet bestaande vordering als steunvordering inzake de faillissementsaanvraag d.d. 17 november 2004 door V.N.I., het in strijd met de waarheid verkondigen dat Hofs c.s. nooit rente hadden betaald aan ING, terwijl er een bedrag van ca. € 23.000,-- aan haar was betaald.



Als zeer zwaarwegend hebben Hofs c.s. in die brief genoemd, dat ING in haar pleitaantekeningen van 26 juni 2008 (ten aanzien van de door Hofs c.s. geëntameerde executiegeschil) naar de mening van Hofs c.s. in vrijwel iedere alinea onwaarheden heeft verkondigd en dat zij die alle konden weerleggen, maar daartoe niet de kans hebben gehad. Tenslotte is er in de brief gesteld, dat wanneer het niet tot een regeling zou komen er een procedure dienaangaande tegen ING zou volgen. In een brief van 8 augustus 2008 (productie 88 dagvaarding) heeft ING geantwoord, dat zij in het kader van de onderhavige bodemprocedure niet langer inhoudelijk op de brieven van Hofs c.s. zullen reageren. Let wel: in de brief van 7 augustus 2008 werden vele onrechtmatige daden genoemd, die helemaal niet in de dagvaarding van 25 juni 2008 aan de orde waren gekomen, omdat die dagvaarding met name ging over dwaling inzake de totstandkoming van de kredietovereenkomst, zoals ook door ING bevestigd is in de conclusie van antwoord d.d. 20 augustus 2008 onder punt 4.20.

- x) Op 12 januari 2009 (productie 90 dagvaarding) sturen Hofs c.s. een aangetekende brief (mhr) aan de heer F. Jonkman en mevrouw M. Monteiro van de afd. Ret/Legal/B&G, waarin zij o.a. aankondigen alle onwaarheden van ING in haar pleitaantekeningen d.d. 26 juni 2008 en in haar conclusie van antwoord d.d. 20 augustus 2008 en de zeer vergaande gevolgen daarvan in een civiele procedure aan de kaak te zullen stellen.

Vorderingen II t/m VII

- 8. Nu uitdrukkelijk is bewezen, dat vordering I niet is verjaard vloeit daar automatisch uit voort, dat de vorderingen II t/m VII evenmin verjaard zijn. Inzake de vordering VI zullen Hofs c.s. inzake het verjaringsvraagstuk geheel ten overvloede nog aanvullende specifieke bewijsvoering leveren.
 - a) In de eerdergenoemde brief van 22 januari 2007 hebben Hofs c.s. ING via mr. Kesler er degelijk onderbouwd op gewezen, dat zij tijdens de schuldsaneringsregeling ten onrechte rente betreffende de rekening-courant-overeenkomst heeft berekend en daarbij als bedrag ca. € 22.500,-- hebben genoemd.



- b) In de dagvaarding d.d. 18 juni 2008 inzake het executiegeschil (zie productie 117) wordt onder punt 39 melding gemaakt van het door ING ten onrechte belasten van de rekening-courantrekening van Hofs c.s. tijdens de wettelijke schuldsaneringsregeling met advocaatkosten ten bedrage van in totaal € 695,75, dit op de data 4 april en 30 juni 2007, welke data binnen de schuldsaneringsperiode (vanaf 1 maart 2005 t/m 23 juli 2007) vielen.
- c) In hun brief d.d. 30 juli 2008 aan ING (productie 105 dagvaarding) hebben Hofs c.s. gesteld, dat ING tijdens de schuldsaneringsregeling onrechtmatig rente heeft berekend inzake de rekening-courant vordering, hetgeen ingevolge wetsartikel 303 Fw niet was toegestaan, aldus Hofs c.s.
- d) In een brief d.d. 7 augustus 2008 (productie 86 dagvaarding) aan de Raad van Bestuur van ING hebben Hofs c.s. wederom geschreven, dat ING ten onrechte rente inzake haar rekening-courant-vordering heeft doorberekend tijdens de schuldsaneringsperiode van Hofs c.s.
- e) In de memorie van grieven d.d. 3 november 2009 in het hoger beroep van het vonnis d.d. 4 maart 2009 hebben Hofs c.s. in grief 7 gesteld, dat ING de rekening-courantrekening van eisers gedurende de schuldsaneringsperiode ten onterechte met een totaal bedrag van € 29.722,45 aan rente hebben belast, dit ondanks wetsartikel 303 lid 3 Fw en dat de Rechtbank Almelo op 12 januari 2007 heeft geschreven: *“met betrekking tot de rentenota's van ING kan ik u berichten dat u geen rente verschuldigd bent vanaf datum toepassing schuldsaneringsregeling. Waarom de ING toch nota's verstuurt is mij onduidelijk. Ik raad u aan deze nota's naar de bewindvoerder te zenden.”* Tevens hebben Hofs c.s. in memorie van grieven gesteld, dat zij een kopie van deze brief aan de bewindvoerder hebben gestuurd en dat insolventiemedewerkster mevrouw A.K. de Beurs volgens een mededeling aan Hofs-Akkermans toen aan ING heeft bericht, dat zij geen rente betreffende haar vordering meer in rekening mocht brengen.



- f) Uit de ter comparitie van partijen aan de Rechtbank Amsterdam en ING toegezonden brief van 11 november 2008 (productie 91 dagvaarding) blijkt onomstotelijk, dat de daarin genoemde wijziging van eis (eisvermeerdering) inhoudt betaling door ING van alle door haar in rekening gebrachte kosten tijdens de gehele kredietkwestie, waaronder dus ook de tijdens de schuldsaneringsperiode ten onrechte in rekening gebrachte kosten en renten, zodat van verjaring geen sprake is. Zoals gemeld in de dagvaarding heeft de rechtbank deze eiswijziging echter over het hoofd gezien (zie daartoe de punten 176, 211 dagvaarding) en deze dus niet behandeld. Het Gerechtshof Amsterdam heeft deze eisvermeerdering in de hoger beroep procedure evenmin behandeld, dit met de motivering, dat het hier gaat om een op zichzelf staande (nieuwe) eiswijziging, die per exploit aan ING had moeten worden kenbaar gemaakt, wat er ook van zij, dat dit een ten gronde foutieve redenatie was.

Weerlegging van de stellingen van ING inzake verjaring:

9. Het behoeft geen betoog, dat gezien al het bovenstaande hetgeen ING in haar conclusie van antwoord heeft aangevoerd om te bewijzen, dat de vorderingen I t/m VII zijn verjaard moet falen. Omdat in het proces-verbaal d.d. 25 juni 2013 is opgenomen (zo hebben Hofs c.s. althans begrepen), dat er ook ingegaan dient te worden op hetgeen ING inzake de verjaring heeft gezegd zullen zij onderstaand de meest relevante stellingen dienaangaande van ING weerleggen.
- a) Inzake vordering I stelt ING onder punt 4.4 van haar conclusie van antwoord, dat er nooit sprake is geweest van enige stuitingshandeling zijdens Hofs c.s. en dat Hofs c.s. nooit eerder hebben gesteld, dat ING jegens hen onrechtmatig zou hebben gehandeld of zou zijn tekortgekomen in de nakoming, welke stellingen dus in strijd met de waarheid zijn. De visie van ING, dat Hofs c.s. door een stelling in de dagvaarding beamen, dat er nooit sprake is geweest van een schriftelijke aanmaning of schriftelijke mededeling is volstrekt onbegrijpelijk. De betreffende stelling: "*Hofs c.s. merken op dat hun vorderingen in de onderlinge procedure zijn gebaseerd op andere grondslagen dan in eerdere procedures*" zegt natuurlijk niets over het wel dan niet verrichten van stuitingshandelingen.



- b) Inzake vordering II stelt ING, dat deze is verjaard tussen 17 september 2007 en 1 maart 2010, waarvan gezien het gestelde onder de punten 2 t/m 8 van deze akte dus geen sprake is.
- c) Inzake vordering III stelt ING eveneens, dat die verjaard is, waarvan dus wederom geen sprake is vanwege het door Hofs c.s. gestelde en bewezene in deze akte. Bovendien doet ING het voorkomen, alsof Hofs c.s. hebben gesteld, dat de immateriële schade alleen tijdens de toepassing van de schuldsaneringsregeling zou zijn ontstaan, hetgeen Hofs c.s. echter nooit zo gesteld hebben.
- d) Ook vordering IV is niet verjaard, daar er ook dienaangaande gestuit is. Bovendien is die schade niet alleen tijdens de schuldsaneringsregeling ontstaan, zoals ING beweert, maar heeft zich nadien voortgezet en zijn Hofs c.s. door de latere WOZ-beschikkingen (o.a. inzake het jaar 2009) tot de ontdekking gekomen, dat ook de gemeente de (forse) waardevermindering heeft onderkend.
- e) Inzake vordering V heeft ING eveneens gesteld, dat die verjaard is, hetgeen onjuist is, omdat in de onder punt 8 genoemde stukken en correspondentie ook meerdere malen inzake deze vordering stuitingshandelingen zijn verricht.
- f) Inzake vordering VI verwijzen Hofs c.s. eveneens naar de onder punt 8 genoemde stukken, correspondentie en (telefoon)gesprekken en ten overvloede naar het gestelde onder punt 3.
- g) Inzake vordering VII stelt ING, dat er wat betreft de afgeboekte bedragen tot 17 oktober 2007 sprake is van verjaring. Hofs c.s. verwijzen ten bewijze, dat daarvan geen sprake is naar het door hen gestelde onder punt 8.



Geen rechtsverwerking:

10. Uit het proces-verbaal d.d. 25 juni 2013 blijkt, dat ING inzake de overige vorderingen geen verjaringsverweer wordt gevoerd maar een verweer op grond van wetsartikel 6:89 BW. Hofs c.s. citeren hierbij de inhoud van dit wetsartikel:

“De schuldeiser kan op een gebrek in de prestatie geen beroep meer doen, indien hij niet binnen bekwame tijd nadat hij het gebrek heeft ontdekt of redelijkerwijze had moeten ontdekken, bij de schuldenaar terzake heeft geprotesteerd.”

- a) Het behoeft geen uitgebreid betoog, dat een verweer op grond van dit wetsartikel inzake de door Hofs c.s. opgevoerde vordering VIII sowieso moet falen, omdat er in deze geen sprake is van een gebrek in prestatie in de zin van wetsartikel 6:89 BW. Toelichting: de betalingstoezegging inzake provisie door Hofs c.s. van het bedrag van € 75.000,- aan een particuliere geldschieter heeft eind juni 2008 plaatsgevonden, dit om te bereiken, dat deze persoon dan per omgaande een bedrag van € 150.000,- op de rekening van Hofs c.s. zou storten, welk bedrag zij (mede) konden aanwenden op de executoriale verkoop van hun woning te voorkomen.
- b) Ook inzake vordering IX kan er geen beroep worden gedaan op wetsartikel 6:89 BW, omdat het vorderen door Hofs c.s. van proceskosten inzake ten onrechte verloren procedures niet valt onder de strekking van dit wetsartikel. Overigens hebben Hofs c.s. wel degelijk bij ING geprotesteerd inzake haar aanmaning om een bedrag van € 1.158,- te betalen, dit in een brief van 11 maart 2009 (productie 104 dagvaarding), dit dus meteen na het vonnis d.d. 4 maart 2009.
- c) Inzake vordering X stellen Hofs c.s. in de eerste plaats, dat het uitermate bevreemdend is, dat ING inzake deze vordering een beroep doet op wetsartikel 6:89 BW. Het zonder enige aankondiging geheel ten onrechte meerdere malen debiteren van de rekening-courantrekening van Hofs c.s. met ondefinieerbare bedragen inzake advocaat- en



notariskosten (veelal slechts geduid als *uitwinningskosten*) kunnen alleen maar als evenzovele onrechtmatige daden worden aangemerkt en hebben vanzelfsprekend niets van doen met een gebrek aan prestatie door ING, in tegendeel dus. Daarbij komt, dat de heer Goosmann ter comparitie van partijen (omstandig) heeft uitgelegd, dat die “kostenberekening” door ING aan haar cliënten (kortgezegd) eigenlijk zo niet had moeten geschieden, maar dat zij toentertijd geen andere mogelijkheid ter beschikking had! Reeds om die reden lag het vanzelfsprekend niet op de weg van Hofs c.s. deze gang van zaken op grond van wetsartikel 6:89 BW aan te kaarten. Overigens stellen Hofs c.s., dat zij ING vele malen zowel mondeling als schriftelijk hebben aangesproken op haar onrechtmatige boekingen via hun rekening-courantrekeningen, zoals aangegeven onder punt 8.

- d) Vordering XI dient door Hofs c.s. inderdaad nog verder te worden onderbouwd, hetgeen echter pas in een later stadium kan gebeuren. Toelichting: Zoals in de dagvaarding is vermeld maken Hofs c.s. gebruik van gefinancierde rechtsbijstand. Echter wanneer op enig moment mocht blijken, dat hun inkomen in het aangehouden peiljaar 2011 toch te hoog was (definitieve aanslag belastingdienst) om daarvoor in aanmerking te komen of in het geval dat zij de zaak zouden winnen en een substantieel bedrag zouden ontvangen, dient er door hen een bedrag aan de Raad voor Rechtsbijstand te worden terugbetaald en kunnen de betreffende advocaten alsnog hun rekeningen bij hen indienen inzake de door hen gewerkte uren tegen het bij hen gangbare tarief.
11. Hofs c.s. ontkennen en betwisten dat ING haar Algemene Bankvoorwaarden voor of bij het sluiten van de overeenkomst heeft toegestuurd en daarmee ter hand heeft gesteld. Eerst in de conclusie van antwoord duikt plotseling de bewering van ING op, dat er bij de kredietofferte ook een exemplaar zat van de Algemene Bankvoorwaarden (m.z. Algemene Voorwaarden), hetgeen zij naar de mening van Hof c.s. nooit eerder in welk processtuk dan ook, dan wel mondeling heeft beweerd. In de pleitaantekeningen d.d. 26 juni 2008 van de advocaat van ING ten behoeve van het executiegeschil wordt slechts gesproken over ontvangst door Hofs c.s. bij de kredietofferte van de “*toepasselijke voorwaarden*” en in de conclusie van antwoord inzake de bodemprocedure heeft ING het alleen over ontvangst bij de offerte van



een clauseblad, "*waarin de aan het krediet verbonden voorwaarden zijn opgenomen*". Hofs c.s. stellen thans nogmaals nadrukkelijk, dat zij noch de standaard Algemene Voorwaarden, noch de Algemene Voorwaarden Hypotheek, noch de Algemene Voorwaarden Doorlopend Krediet ooit van ING hebben ontvangen, laat staan dat deze bij de kredietofferte waren bijgesloten, waarbij zij er ook nogmaals op wijzen, dat onderaan de offerte de aanduiding "bijlagen" ontbrak, zoals reeds in de dagvaarding is gesteld en bewezen. Een document, geheten Algemene Bankvoorwaarden, voert ING overigens niet. Haar bankvoorwaarden worden geduid met "Algemene Voorwaarden" c.q. met een toevoeging die afhankelijk is van de specifieke dienstverlening.

12. Op de gebruiker, in casu ING rust de bewijslast omtrent de met een beroep op het bepaalde in artikel 6:234 lid 1 onder a juncto artikel 6:233 onder b BW betwiste terhandstelling van de algemene voorwaarden voor of bij het sluiten van de overeenkomst (HR 11 juli 2008, NJ 2008, 416). Met de enkele stelling van ING dat zij anders het krediet niet zou hebben verstrekt, welke stelling voor zover nodig door Hofs c.s. wordt ontkend en betwist, heeft zij dit bewijs niet geleverd. Hofs c.s. is niet een redelijke mogelijkheid geboden om van de algemene voorwaarden kennis te nemen en beroept zich hierbij op de vernietigbaarheid van de niet ter hand gestelde algemene voorwaarden in zijn geheel (HR 17 december 1999, NJ 2000, 140; Berg/Asper) en verzoekt Uw Rechtbank deze derhalve in zijn geheel te vernietigen.
13. Nu de algemene voorwaarden van ING niet van toepassing zijn, komt ING ook geen beroep toe op artikel 12 en 13 van deze algemene voorwaarden, zodat er om deze reden geen sprake is van rechtsverlies. Ook hiervoor geldt dat Hofs c.s. zoals reeds onder punt 10 is aangegeven, dat zij ING vele malen zowel mondeling als schriftelijk hebben aangesproken op haar onrechtmatige boekingen via hun rekening-courantrekeningen, zoals aangegeven onder punt 8., zodat geen sprake is van rechtsverlies.



Conclusie:

14. Reeds vanwege een deel van het bovenstaande en zeker wanneer alle omstandigheden in aanmerking worden genomen staat thans overtuigend vast, dat de vorderingen I t/m VII niet verjaard zijn en dat op de overige vorderingen wetsartikel 6:89 BW niet van toepassing is, zodat alle vorderingen voor behandeling in aanmerking komen. Daaruit vloeit dan weer voort, dat Hofs c.s. vervolgens in staat dienen te worden gesteld verweer te voeren tegen al hetgeen ING in haar conclusie van antwoord d.d. 20 februari 2013 tegen hun vorderingen heeft ingebracht. Hoewel Hofs c.s. van mening zijn, dat hun dagvaarding duidelijk is en reeds overtuigende bewijsvoering bevat, dat ING substantiële bedragen aan hen verschuldigd is, is hun verweer tegen de stellingen van ING van belang ter versteviging van hun standpunten en om deze (eventueel) nog verder toe te lichten. Dit bij voorkeur in een conclusie van repliek, omdat Hofs c.s. hebben gesignaleerd, zoals ook tijdens de comparitie van partijen reeds door hun advocaat en Hofs-Akkermans is gesteld, dat een groot deel van de stellingen van ING onjuist zijn Hofs c.s. deze degelijk onderbouwd kunnen weerleggen en dat daarvoor een conclusie van repliek de meest geëigende weg is.
15. Wanneer deze conclusie van repliek onverhoopt niet mocht worden toegestaan, dan is Hofs c.s. van mening dat er in het kader van hoor en wederhoor in elk geval gelegenheid tot pleidooi dient te worden geboden, bij welke gelegenheid uitgebreide pleitnoties zullen worden voorgedragen en er tevoren eventueel nog meerdere producties zullen worden overgelegd ter ondersteuning daarvan. Hofs c.s. verzoeken Uw Rechtbank nu reeds, wanneer een conclusie van repliek niet wordt toegestaan, om extra tijd in verband met de omvang van het pleidooi te reserveren.

Overeenkomsten inzake "dwalingsprocedure":

16. Tijdens de comparitie van partijen is gebleken, dat de rechter en ook ING de mening zijn toegedaan, dat de feiten in de op 25 juni 2008 door Hofs c.s. geëntameerde bodemprocedure veelal overeenkomen met feiten zoals die in de onderhavige procedure door Hofs c.s. te

* pleidooi nutteloos,
alleen taal. en uitbr.!
eigen standpunt
niet in de CVA,

pas na de schending v. d. tijdelijkheid
door de rechter



berde zijn gebracht. Daarvan is echter geen sprake, met uitzondering misschien van het door Hofs c.s. onder het kopje D) in de dagvaarding gestelde, luidende: *“ING was op de hoogte van de negatieve resultaten van Xenon in de afgelopen jaren maar heeft Hofs c.s. toch voorgespiegeld, dat het goed ging met het bedrijf.”*

- a) Onder punt 4.19 van de conclusie van antwoord van 20 augustus 2008 heeft ING in tegenstelling tot hetgeen haar advocaat ter comparitiezitting heeft beweerd juist iets geheel anders gesteld, namelijk (kort gezegd), dat het echtpaar voorafgaande aan de totstandkoming van de kredietovereenkomst door ING wel degelijk adequaat is geïnformeerd, is geweest op de eventuele risico's en zij zorgvuldig is geweest bij het vaststellen van de mate van zekerheid die het echtpaar kon verschaffen. Onder punt 4.20 van die conclusie van antwoord stelt ING vervolgens, dat de verwijten van het echtpaar allemaal betrekking hebben op de precontractuele fase, dat de kredietovereenkomst toen echter nog niet bestond en dat ING daarom niet tekortgeschoten kon zijn in de nakoming van de kredietovereenkomst. In haar conclusie van antwoord d.d. 20 februari 2013 inzake de onderhavige bodemprocedure heeft ING overigens evenmin gesteld, dat de daar door Hofs c.s. opgevoerde feiten overeenkomen met de feiten in de op 25 juni 2008 opgestarte bodemprocedure.
- b) Wellicht dat de mogelijke verwarring wat Uw Rechtbank betreft is ontstaan door hetgeen ING onder punt 3.1 van haar conclusie van antwoord d.d. 20 februari 2013 heeft gesteld, namelijk: *“dat de vordering van Hofs c.s. bestaat uit elf afzonderlijke schadevergoedingsvorderingen, die hun grondslag vinden in zestien beweerdelijke onrechtmatige daden c.q. tekortkomingen in de nakoming van de zijde van ING. ING merkt hierbij vooraleerst op, zoals in de inleiding al kort aangestipt, dat de vorderingen van Hofs c.s. veel raakvlakken vertonen en vaak op dezelfde feiten zijn gebaseerd (onderstrepingen door adv.). Met hetgeen ING in die laatste zin zegt wordt uiteraard verwezen naar het door Hofs c.s. gestelde in de dagvaarding d.d. 20 november 2012 en niet naar hetgeen is gesteld in de dagvaarding van 25 juni 2008.*



Procedurele schendingen m.b.t. de op 25 juni 2008 opgestarte bodemprocedure:

17. Vanwege enkele opmerkingen tijdens de comparitie van partijen door zowel Uw Rechtbank als ING, waarbij duidelijk naar voren kwam, dat de stellingen van de rechters voor zover van relevantie in de “dwalingsprocedure” mee zouden tellen inzake de uitkomst van de onderhavige procedure, vinden Hofs c.s. het van essentieel belang in deze akte te wijzen op de naar de mening van Hofs c.s. procedurele schendingen (en overigens ook vele juridische misslagen), die zowel door de Rechtbank Amsterdam als door het Gerechtshof Amsterdam in de voorgaande procedure zijn gemaakt, waartoe ING naar de mening van Hofs c.s. (deels) de aanzet heeft gegeven en van welke schendingen zij vanzelfsprekend ook op de hoogte was. Het zou onverteerbaar zijn, dat die schendingen, waardoor Hofs c.s. geheel ten onrechte de voorgaande procedure hebben verloren, thans wederom van invloed zouden zijn op de uitkomst van de onderhavige procedure. Dat kan en mag niet aan de orde zijn, dat behoeft verder geen betoog.
- c) Onderstaand een overzicht van de procedurele schendingen en de bijdrage daaraan van ING.

De Rechtbank Amsterdam:

- De Rechtbank Amsterdam heeft niet geconstateerd, dat ING in haar conclusie van antwoord d.d. 20 augustus 2008 vele (zwaarwegende) zaken heeft opgevoerd, die na de totstandkoming van de kredietovereenkomst hebben plaatsgevonden, terwijl de grondslag was dwaling voorafgaand en rond de totstandkoming van de kredietovereenkomst (zie het gestelde onder punt 13 a). Hofs c.s. hebben geen gelegenheid gehad zich tegen het dienaangaande door ING aangevoerde te verweren, waardoor het principe van hoor en wederhoor is geschonden.
- Vervolgens heeft de Rechtbank Amsterdam in haar vonnis d.d. 4 maart 2009 enkele van die door ING geponeerde beweringen, waartegen Hofs c.s. zich dus niet konden



verdedigen, tot feit verheven. Hofs c.s. noemen de belangrijkste door de Rechtbank Amsterdam aangehouden feiten:

2.5 Op 13 september 2002 is Xenon Webstore B.V. opgericht. Dit is door ING in strijd met de realiteit gesteld onder punt 2.12 van haar conclusie van antwoord d.d. 20 augustus 2008;

2.7 Omdat Xenon Webstore B.V. niet aan de door ING gehanteerde financieringsnormen voldeed, was omzetting van het krediet op 1 juli 2003 niet mogelijk. Dit is door ING zo gesteld onder punt 2.16 van haar conclusie van antwoord d.d. 20 augustus 2008;

2.10 Op 1 juli 2004 is het krediet niet afgelost, waarmede de Rechtbank wellicht heeft bedoeld, dat dit had moeten, hoewel haar stelling onduidelijk is en ook voor een andere uitleg vatbaar is, hetgeen vanzelfsprekend sowieso niet aan de orde had mogen zijn. Hofs c.s. stellen, dat de verplichting daartoe door ING is verzonnen, dit onder meerdere punten van haar conclusie van antwoord d.d. 20 augustus 2008 o.a. onder 2.21 t/m 2.24;

- De Rechtbank Amsterdam heeft een op 11 november 2008 tijdig ontvangen eisvermeerdering vergezeld van vele producties “over het hoofd” gezien en zodoende onbehandeld gelaten.

18. De conclusie kan naar de mening van Hofs c.s. alleen maar zijn, dat het vonnis d.d. 4 maart 2009 ten gronde foutief is.

Het Gerechtshof Amsterdam:

19. Ondanks het feit, dat Hofs c.s. zich realiseerden (althans hun toenmalige advocaat heeft hen daarop gewezen), dat de gang van zaken niet klopte, hebben zij in overleg met hun toenmalige advocaat toch maar besloten in hun memorie van grieven te bewijzen, dat de Rechtbank Amsterdam een aantal van die dus ten onrechte door ING in haar conclusie van



antwoord opgevoerde vermeende feiten als vaststaande feiten heeft aangemerkt. Hofs c.s. hebben o.a. in grief 3 met producties onderbouwd ter bestrijding van feit 2.5 overtuigend bewezen, dat Xenon Webstore B.V. vóór tekening van de kredietovereenkomst reeds was opgericht, dat dit een vereiste van ING zelf was, dat de heer A. Bakker (de relatiebeheerder van het bedrijf bij ING) van alle ins en outs inzake de oprichting op de hoogte is gehouden en dat deze heer Bakker op de dag van tekening van de kredietovereenkomst (d.d. 3 september 2002) zelf heeft gecontroleerd of de betreffende akten van bedrijfsoverdracht daaraan voorafgaande waren getekend. Ook heeft hij geconstateerd, dat er een leningovereenkomst was opgemaakt inzake het doorlenen door Hofs c.s. aan Xenon Webstore B.V. van het bedrag van € 200.000,--, hetgeen vanwege de borgstelling door Hofs c.s. eveneens een vereiste van ING was. Deze feiten waren vanzelfsprekend van overwegend belang met betrekking tot de stelling van Hofs c.s. in de eerste bodemprocedure, dat zij borg hebben gestaan voor de door ING eigenlijk aan Xenon Webstore B.V. rechtstreeks te verstrekken lening. Ten overvloede hebben zij in grief 3 gewezen op de door de Rechtbank Amsterdam reeds op 11 november 2008 ontvangen akten van bedrijfsoverdracht (van Xenon Computers v.o.f. aan Xenon Webstore B.V.). In die grief 3 hebben Hofs c.s. met producties onderbouwd, waaronder brieven van hun toenmalige gemachtigde mr. Hoeksma en ING zelf, eveneens onomstotelijk aangetoond, dat er van de door ING beweerde en de Rechtbank Amsterdam gesuggereerde verplichte aflossing per 1 juli 2004 (feit 2.10) geen sprake was. Eén brief was daarbij zeer belangrijk, namelijk een brief d.d. 25 oktober 2004 van ING aan mr. Hoeksma, toentertijd overgelegd als productie 17, waarin ING aangeeft zich te hebben vergist inzake die aflossingsdatum en toezegt de reeds berekende overschrijdingsprovisie te zullen terugstorten, hetgeen zij vervolgens ook daadwerkelijk gedaan heeft. Nadien heeft ING ook nooit meer overschrijdingsprovisie berekend, aldus Hofs c.s. in die grief 3. Het Hof heeft deze zeer belangrijke grief echter verzuimd te behandelen!

20. Spraakmakend daarbij is, dat het Hof onder het kopje 3. Feiten in zijn arrest d.d. 3 augustus 2010 heeft gesteld, dat waar Hofs c.s. hebben geklaagd, dat de Rechtbank de feiten onjuist heeft vastgesteld de desbetreffende klachten *hierna aan de orde zullen komen*. Daarbij heeft het Gerechtshof Amsterdam aangegeven, dat dat alleen geschiedt ten aanzien van klachten



die van belang zijn, maar het behoeft geen betoog, dat de door Hofs c.s. tegen de bovengenoemde vaststellingen van de Rechtbank ingebrachte overtuigende bewijsvoering, dat de feiten compleet anders waren, van groot belang was, dit ook voor de uitkomst van de procedure. Hetgeen het Gerechtshof o.a. ten aanzien van grief 3 vervolgens onder de r.o. 4.21 heeft gesteld, namelijk: *“dat met deze grief wordt betoogd eraan voorbij gaat, dat het hoger beroep mede strekt tot herstel van (mogelijke)verzuimen bij behandeling van de zaak in eerste aanleg en mitsdien niet tot vernietiging van het bestreden vonnis kan leiden”* is dan ook bevreemdend.

21. Zeer ernstig is ook, dat zowel de Rechtbank Amsterdam als het Gerechtshof Amsterdam, dit mede in verband met de procedurele schendingen, de meerdere verzoeken tot het horen van getuigen inzake belangrijke stellingen en het houden van pleidooi niet hebben gehonoreerd. Het voert te ver om in deze akte de bewezen relevantie van die getuigenverhoren en dat pleidooi voor het voetlicht te brengen.

De eisvermeerdering

22. Het Gerechtshof Amsterdam heeft het naar de mening van Hofs c.s. (ten onrechte) overwogen dat alsof er eerst in de hoger beroep procedure sprake was van een eisvermeerdering en heeft deze zodoende niet behandeld, omdat er dienaangaande volgens het Gerechtshof Amsterdam een exploit bij ING had moeten worden uitgebracht, omdat ING niet verschenen was en haar dus verstek was verleend. In de memorie van grieven hadden Hofs c.s. echter in grief 2 degelijk onderbouwd aangegeven, dat de Rechtbank Amsterdam hun tijdig ingebrachte eisvermeerdering (op 11 november 2008) had verzuimd te behandelen, dus had het Gerechtshof Amsterdam dat verzuim volgens hen gewoon moeten herstellen door deze alsnog te behandelen. De Rechtbank Amsterdam heeft die tijdige ontvangst in het proces-verbaal van de zitting d.d. 25 november 2008 bevestigd. Ook inzake het arrest d.d. 3 augustus 2010 kan de conclusie gezien al het bovenstaande dus alleen maar zijn, dat dit arrest eveneens foutief is en Hofs c.s. ook bij het Gerechtshof Amsterdam de procedure geheel ten onrechte hebben verloren.



23. Zelfs de P.G. van de Hoge Raad heeft naar de mening van Hofs c.s. fouten gemaakt. Eén van deze fouten van de P.G. mr. L. Timmerman in zijn (verkorte) Conclusie d.d. 27 april 2012 zullen Hofs c.s. onderstaand benoemen, dit als volgt:

In alinea 2.11 heeft de P.G. gesteld, dat er in onderdeel 2.3 niet wordt geklaagd over het feit, dat het hof in rov. 4.9 heeft overwogen, dat het beroep op dwaling niet opgaat, omdat de essentiële punten van de kredietovereenkomst en de voorwaarden die moesten worden vervuld op 16 augustus 2002 tussen partijen voldoende zouden zijn besproken, aldus het Hof. Onderdeel 2.3 klaagt namelijk wel degelijk over die overweging van het Hof, waarbij die rov. 4.9 zelfs expliciet wordt genoemd. Er wordt in dat onderdeel immers gesteld, *dat er geen ruimte is voor 's hofs overweging vervat in r.o. 4.9, dat de essentiële punten van de kredietovereenkomst voorafgaand aan het ondertekenen (op 3 september 2002) voldoende duidelijk zijn besproken.*

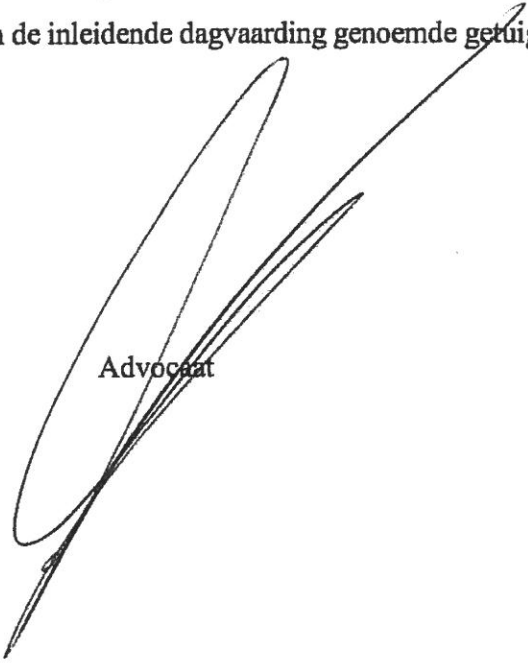
24. Tot slot heeft de Hoge Raad de uitgebreide en zeer belangrijke Borgersbrief d.d. 11 mei 2012, die vele punten van kritiek bevatte op meerdere stellingen van de P.G. in zijn Conclusie d.d. 27 april 2012, niet behandeld, hetgeen blijkt uit zijn arrest d.d. 29 juni 2012. Dit betreft naar de mening van Hofs c.s. een ernstige processuele schending in verband met het beginsel van hoor en wederhoor. Het recht op behandeling van een uitgebrachte Borgersbrief is overigens gewoon in artikel 44 lid 3 Rv neergelegd. Let wel: Bij arrest van 27 mei 2011, LJN BP8693 besliste de Hoge Raad al dat een dergelijke situatie buiten het bereik van art. 31 Rv valt. Van groot belang daarbij was ook, dat in die Borgersbrief wordt gewezen op het verkeerd interpreteren door de P.G. van één van de middelen, omdat de cassatieadvocaat in de cassatiedagvaarding abusievelijk een verkeerde "witregel" had toegepast, hetgeen hij in de Borgersbrief heeft rechtgezet en waardoor het middel een compleet andere strekking krijgt.



Bewijsaanbod

25. Tot slot herhalen Hofs c.s. – voor zover op hen enig bewijslast mocht rusten (quod non) – hun aanbod bewijs te leveren van al hun stellingen door alle middelen rechtens, meer in het bijzonder door middel van de eerder in de inleidende dagvaarding genoemde getuigen.

WAARVAN AKTE!



Advocaat

- Producties:** 112. Brief Hofs c.s. aan ING d.d. 31 januari 2005;
113. Brief Hofs c.s. aan mr. Kesler d.d. 31 juli 2006;
114. Brief Hofs c.s. aan ING d.d. 7 december 2004;
115. Brief Hofs c.s. aan mr. Kesler d.d. 22 januari 2007;
116. Brief Hofs c.s. aan mr. Kesler d.d. 15 maart 2007;
117. Kort Geding dagvaarding d.d. 18 juni 2008.