

arrest

GERECHTSHOF AMSTERDAM

afdeling civiel recht en belastingrecht, team I

zaaknummers: 200.193.389/01 en
200.193.541/01

zaak-/rolnummers rechtbank Amsterdam: C/13/580018/HA ZA 15-91 en
C/13/581550/HA ZA 15/177

arrest van de meervoudige burgerlijke kamer van 30 januari 2018

inzake

in de zaak met nummer 200.193.389/01

ING BANK N.V.,
gevestigd te Amsterdam,
appellante,
advocaat: mr. J. de Bie Leuveling Tjeenk te Amsterdam,

tegen

BLOSH B.V.,
gevestigd te Amsterdam,
BLOSH FASHION GROUP B.V.,
gevestigd te Amsterdam,
BLOSH PROPERTIES B.V.,
gevestigd te Amsterdam,
ROGRO HOLDING B.V.,
gevestigd te Amsterdam,
MATANZAS B.V.,
gevestigd te Amsterdam,
geïntimeerden,
advocaat: mr. L.M. Ravestijn te Amstelveen.

en in de zaak met nummer 200.193.541/01

ING BANK N.V.,
gevestigd te Amsterdam,
appellante,
advocaat: mr. P.F. Hopman te Amsterdam,

tegen

Albert Postma,
wonende te Landsmeer,

geïntimeerde,
advocaat: mr. G.E. Star Busmann te Amsterdam.

Partijen worden hierna ING, Blosch c.s. en Postma genoemd.

1. Het geding in hoger beroep

in de zaak met nummer 200.193.389/01

In deze zaak is op 15 november 2016 een tussenarrest uitgesproken waarbij de zaak op vordering van ING is gevoegd met de zaak met nummer 200.193.541/01. Voor het verloop van het geding tot dan toe wordt verwezen naar dat arrest.

Partijen hebben daarna de volgende stukken ingediend:

- memorie van grieven, met producties;
- memorie van antwoord.

Partijen hebben de zaak ter zitting van 24 november 2017 doen bepleiten, ING door mr. De Bie Leuveling Tjeenk voornoemd, mr. Hopman voornoemd en mr. F.A. van de Wakker, advocaat te Amsterdam en Blosch c.s. door mr. A.T. Eisenmann, advocaat te Amstelveen, ieder aan de hand van pleitnotities die zijn overgelegd.

Ten slotte is arrest gevraagd.

ING heeft geconcludeerd dat het hof het bestreden vonnis zal vernietigen en alsnog de vorderingen van Blosch c.s. zal afwijzen, met - uitvoerbaar bij voorraad - veroordeling van Blosch c.s. tot terugbetaling van de in de conclusie van haar memorie genoemde bedragen, met rente, en beslissing over de proceskosten met nakosten en rente.

Blosch c.s. hebben geconcludeerd tot bekrachtiging van het bestreden vonnis, met beslissing over de proceskosten.

Beide partijen hebben in hoger beroep bewijs van hun stellingen aangeboden.

in de zaak met nummer 200.193.541/01

ING is bij dagvaarding van 7 juni 2016 in hoger beroep gekomen van een vonnis van de rechtbank Amsterdam van 9 maart 2016, onder bovenvermeld zaak-/rolnummer gewezen tussen Postma als eiser en ING als gedaagde. Postma heeft op 8 juni 2016 een anticipatie-exploot doen uitbrengen.

Partijen hebben daarna de volgende stukken ingediend:

- memorie van grieven, met producties;
- memorie van antwoord.

Partijen hebben de zaak ter zitting van 24 november 2017 doen bepleiten, ING door mr. De Bie Leuveling Tjeenk voornoemd, mr. Hopman voornoemd en mr. Van de Wakker voornoemd en Postma door mr. Star Busmann voornoemd, ieder aan de hand van pleitnotities die zijn overgelegd.

ING heeft geconcludeerd dat het hof het bestreden vonnis zal vernietigen en alsnog de vorderingen van Postma zal afwijzen, met - uitvoerbaar bij voorraad - beslissing over de proceskosten.

Postma heeft geconcludeerd tot bekrachtiging van het bestreden vonnis met beslissing over de proceskosten.

ING heeft in hoger beroep bewijs aangeboden.

2. Feiten

in beide zaken

De rechtbank heeft in de bestreden vonnissen successievelijk onder 2.1 tot en met 2.6 en 2.1 tot en met 2.4 de feiten vastgesteld die zij tot uitgangspunt heeft genomen. Deze feiten zijn in hoger beroep niet in geschil en dienen derhalve ook het hof tot uitgangspunt.

3. Beoordeling

in beide zaken

3.1 Samengevat en waar nodig aangevuld met andere feiten die als enerzijds gesteld en anderzijds niet of onvoldoende betwist zijn komen vast te staan, komen de feiten neer op het volgende.

(i) Blosh c.s. maakt onderdeel uit van een groep van vennootschappen die zich direct of indirect bezighouden met mode. Postma houdt zich direct en indirect bezig met de ontwikkeling van vastgoed.

(ii) Blosh c.s. zijn medio 2010 door tussenkomst van Trifium OG Financieringen B.V. (hierna: Trifium) met (een rechtsvoorgangster van) ING een kredietovereenkomst aangegaan met een hoofdsom van € 3.025.000 en een looptijd van 25 jaar. Postma heeft in 2010 door tussenkomst van Alpha Vastgoedfinanciering B.V. met (dezelfde rechtsvoorgangster van) ING een kredietovereenkomst gesloten met een hoofdsom van € 1.100.000 en eveneens en looptijd van 25 jaar. Op beide overeenkomsten zijn de Algemene voorwaarden Bedrijfshypotheek van ING van toepassing verklaard.

(iii) De overeenkomst met Blosh c.s. is voorafgegaan door een kredietvoorstel dat inhoudt, voor zover van belang:

- *Rente: 3-maands Euribor, thans zijnde 0,64% per jaar, met een opslag van 1,7% op jaarbasis. (...)*
- *Artikel 4 van de Algemene voorwaarden Bedrijfshypotheek is alleen van toepassing indien de bank gebruik maakt van zijn recht om het opslagpercentage (...) te wijzigen.*

(iv) De beide schriftelijke overeenkomsten houden in, voor zover van belang:

- *Gedurende de eerste rentevaste periode van 3 maanden bedraagt het rentepercentage het op de dag van effectuering van deze overeenkomst geldende 3-maands EURIBOR, verhoogd met een opslag van 1,70% per jaar. Na iedere periode van 3 maanden zal het rentepercentage worden herzien en worden vastgesteld op het op de vervaldag geldende 3-maands EURIBOR, verhoogd met een opslag van 1,70% per jaar.*

- *Artikel 4 van de Algemene voorwaarden Bedrijfshypotheek aan de ommezijde is ter zake het door de bank gebruik maken van het recht het rentepercentage te wijzigen alleen van toepassing indien de bank gebruik maakt van het recht om het onderdeel opslagpercentage te wijzigen.*

(v) Artikel 4 van de Algemene voorwaarden Bedrijfshypotheek van ING houdt in:

Indien de bank van zijn recht om het rentepercentage en/of de voorwaarden van deze overeenkomst te wijzigen, gebruik maakt, dient de bank hiervan ten minste twee weken voor de afloop van desbetreffende termijn kennis te geven aan cliënt. Indien het voorstel tot rentewijziging en/of wijziging der voorwaarden door cliënt niet wordt aanvaard, zal het restant van het geleende bedrag met rente en/of kosten op de datum, waarop de rente en/of de voorwaarden gewijzigd kunnen worden, dienen te worden afgelost, zonder dat een vergoeding wegens voortijdige aflossing verschuldigd is.

(vi) Bij brieven van 31 juli 2014 heeft ING aan Blosh c.s. en Postma bericht dat met ingang van de eerstkomende renteherzieningsdatum 1 september 2014 het opslagpercentage zal worden verhoogd van 1,70% naar 3,10% (Blosh c.s.) respectievelijk 2,80% (Postma). Blosh c.s. en Postma hebben zich op het standpunt gesteld dat ING niet bevoegd is om het opslagpercentage te verhogen omdat voor de hele looptijd van hun overeenkomsten een vaste opslag van 1,70% is overeengekomen.

3.2 Blosh c.s. en Postma hebben in dit geding vorderingen ingesteld tot (primair) verklaring voor recht dat het overeengekomen opslagpercentage van 1,70% als een vast percentage moet worden beschouwd dat niet eenzijdig door ING kan worden gewijzigd en veroordeling van ING tot terugbetaling van het meerdere dat zij bij Blosh

c.s. en Postma aan opslag heeft geïncasseerd, met rente en kosten. De rechtbank heeft die vorderingen toegewezen. Tegen die vonnissen is ING in beide zaken met haar grieven opgekomen.

3.3 De grieven stellen in beide zaken aan de orde hoe de tussen partijen gesloten overeenkomsten op het punt van de renteopslag moeten worden uitgelegd. Volgens ING zijn partijen overeengekomen dat zij die opslag eenzijdig kan verhogen indien, kort gezegd, haar kosten en rendement haar daartoe aanleiding geven. In haar brieven aan Blosh c.s. en Postma van 31 juli 2014 heeft zij de verhoging gebaseerd op een structurele stijging van de risico- en kapitaalkosten waardoor het geldende opslagpercentage niet meer kostendekkend is. Het hof overweegt als volgt.

3.4 De vraag hoe in een schriftelijk contract de verhouding van partijen is geregeld en of dit contract een leemte laat die moet worden aangevuld, moet worden beantwoord aan de hand van de Haviltex-maatstaf. Daarbij komt het aan op de zin die partijen bij de totstandkoming van de overeenkomsten in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan elkaars verklaringen en gedragingen mochten toekennen en op hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten. Daarbij kan mede van belang zijn tot welke maatschappelijke kringen partijen behoren en welke rechtskennis van zodanige partijen kan worden verwacht.

3.5 Vast staat dat tussen partijen over de inhoud van de overeenkomsten niet is onderhandeld. De bij de beoordeling in acht te nemen verklaringen en gedragingen van partijen bestaan uit aanbod en aanvaarding van hetgeen is neergelegd in de contractdocumentatie (kredietvoorstel, kredietovereenkomst en algemene voorwaarden). De contractdocumentatie bestaat uit grotendeels standaard documenten die door ING zijn opgesteld om te worden gebruikt bij het sluiten van soortgelijke kredietovereenkomsten. De daarin gebezigde bewoordingen, gelezen in het licht van de gebruikte formuleringen en de aannemelijkheid van de rechtsgevolgen waartoe de onderscheiden, op zichzelf mogelijke tekstinterpretaties zouden leiden, zijn redengevend voor de gerechtvaardigde verwachtingen die partijen in de gegeven omstandigheden van het geval over en weer jegens elkaar hebben gewekt.

3.6 De bewoordingen in de overeenkomsten *“Na iedere periode van 3 maanden zal het rentepercentage worden herzien en worden vastgesteld op het op de vervaldag geldende 3-maands EURIBOR, verhoogd met een opslag van 1,70% per jaar”* laten op zichzelf geen andere uitleg toe dan dat de op de renteherzieningsdatum opnieuw vastgestelde rente steeds wordt verhoogd met een opslag van 1,70%. Dat pleit voor het standpunt van Blosh c.s. en Postma dat partijen een vaste opslag van 1,70% zijn overeengekomen die niet eenzijdig door ING kan worden gewijzigd. Dat wordt niet anders in het licht van de bewoordingen in de overeenkomst: *Artikel 4 van de Algemene voorwaarden Bedrijfshypotheek aan de ommezijde is ter zake het door de bank gebruik maken van het recht het rentepercentage te wijzigen alleen van toepassing indien de bank gebruik maakt van het recht om het onderdeel opslagpercentage te wijzigen.* Hier

wordt beschreven in welk geval artikel 4 van de algemene voorwaarden van toepassing is, oftewel onder welke omstandigheden Blosh c.s. en Postma boetevrij tussentijds mogen aflossen, namelijk wanneer ING gebruik maakt van het recht om het opslagpercentage te wijzigen. Dat ING dat recht ook zou toekomen valt daarin echter niet te lezen, terwijl dat uit de bewoordingen van het eerdere beding juist niet volgt. Dat zou betekenen dat het tweede beding in dit geval in de verhouding tussen ING en Postma, respectievelijk Blosh c.s. inderdaad zinledig is, maar dat laat zich eenvoudigweg verklaren door het feit dat kennelijk gebruik is gemaakt van standaarddocumentatie, bedoeld om voor een veelheid van overeenkomsten met verschillende afnemers te worden gebruikt, waarbij niet steeds alle in de Algemene voorwaarden bedrijfshypotheken geregelde varianten van toepassing zijn.

3.7 ING heeft verder aangevoerd - samengevat en in de kern - dat het recht om de renteopslag te wijzigen gebruikelijk is, past bij het commerciële doel van de overeenkomst en redelijk is. Zij heeft daartoe betoogd dat bij variabel-rentende leningen in principe altijd een variabele opslag wordt overeengekomen, zeker bij leningen met een looptijd langer dan 10 jaar. Door wijziging van de opslag kan zij veranderingen in kosten en rendement aan de klant doorberekenen en kan zij de klant een relatief lage opslag aanbieden. Bij een looptijd van 25 jaar zou een vaste opslag dermate hoog moeten zijn dat Blosh c.s. en Postma daarmee niet zouden hebben ingestemd. Tot slot is de redelijkheid van haar bevoegdheid tot wijziging daarin gelegen dat Blosh c.s. en Postma bij gebruikmaking van die bevoegdheid boetevrij mochten aflossen, aldus steeds de ING.

3.8 Het betoog - wat er ook van zij - laat onverlet dat partijen anders dan wat gebruikelijk, passend of redelijk is, hebben kunnen en mogen afspreken. Volgens de bewoordingen van de overeenkomsten is dat hier kennelijk het geval. Niet valt in te zien waarom Blosh c.s. en Postma niet gerechtvaardigd op die bewoordingen mochten vertrouwen en hadden moeten begrijpen dat ING zich, ongeclausuleerd, het recht wenste voor te behouden om eenzijdig de genoemde opslag te verhogen. Dat is te minder het geval waar ING bij uitstek de in deze professionele partij is en de opsteller is van de contractdocumentatie. Van ING mag worden verwacht dat zij zich rekenschap heeft gegeven van de door haar gekozen bewoordingen in de schriftelijke overeenkomsten en zij mag daarbij redelijkerwijs niet verwachten dat bij Postma en Blosh c.s. en/of hun tussenpersonen een zodanige kennis aanwezig is van de gebruikelijke grondslagen waarop ING tot een vaststelling van de door haar aan haar klanten aangeboden rentetarieven komt dat zij, ook zonder dat dit uitdrukkelijk in de overeenkomst wordt vermeld, zouden moeten begrijpen dat ING zich in dit geval het recht voorbehield om eenzijdig en ongeclausuleerd de genoemde opslag te verhogen. Wat betreft Blosh c.s. is evenmin van belang dat eerder met een andere financier wel een opslagwijzigingsbeding was overeengekomen, al is het maar omdat de bewoordingen van die eerdere overeenkomst juist wel inhielden dat de renteopslag mocht worden gewijzigd.

3.9 De conclusie moet derhalve zijn dat voor de hele looptijd van de overeenkomsten een vaste renteopslag van 1,70% is overeengekomen. Daarop strandt het betoog van ING dat de overeenkomsten op het punt van haar bevoegdheid om de renteopslag te wijzigen een leemte laat, die moet worden aangevuld. Gesteld noch gebleken is dat het beroep van Blosh c.s. en Postma op het overeengekomen zijn van een vaste renteopslag van 1,70% naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is (art. 6:248 lid 2 BW).

3.10 De slotsom is dat de grieven tevergeefs zijn voorgesteld. Voor verdere bewijslevering is geen plaats nu in beide zaken geen feiten te bewijzen zijn aangeboden die, indien bewezen, tot een andere beslissing kunnen leiden. De bestreden vonnissen zullen worden bekrachtigd en ING zal als de telkens in het ongelijk gestelde partij worden veroordeeld in de kosten van de gedingen.

4. Beslissing

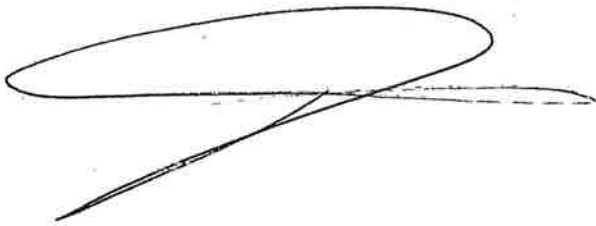
Het hof:

in beide zaken

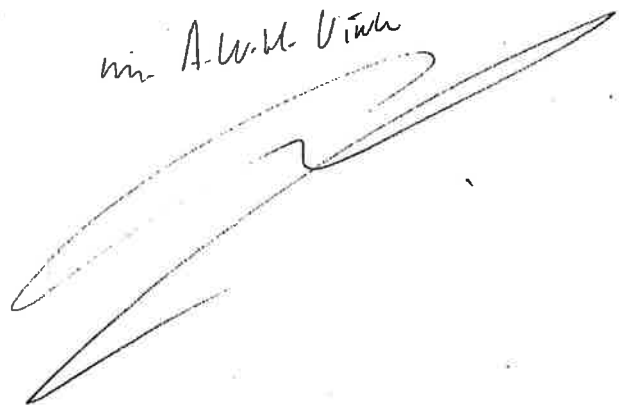
bekrachtigt de vonnissen waarvan beroep;

veroordeelt ING in de kosten van de gedingen in hoger beroep, tot op heden aan de zijde van Blosh c.s. begroot op € 718 aan verschotten en € 2.682 voor salaris en aan de zijde van Postma op € 314 aan verschotten en € 2.682 voor salaris.

Dit arrest is gewezen door mrs. M.P. van Achterberg, A.S. Arnold en A.W.H. Vink en door de rolraadsheer in het openbaar uitgesproken op 30 januari 2018.



mr. A.W.H. Vink



AFGEGEVEN VOOR GROSSE
AAN: *Robbe*
DE GRIFFIER