

rechte aansprakelijk zou kunnen worden gehouden. Art. 21 lid 2 Wet op het notarisambt (Wna) bepaalt: "De notaris is verplicht zijn dienst te weigeren wanneer naar zijn redelijke overtuiging of vermoeden de werkzaamheid die van hem verlangd wordt leidt tot strijd met het recht of de openbare orde, wanneer zijn medewerking wordt verlangd bij handelingen die kennelijk een ongeoorloofd doel of gevolg hebben of wanneer hij andere gegronde redenen voor weigering heeft". In HR 3 april 2015, «JOR» 2015/189, m.nt. Van Hees (*Novitaris*) overweegt de Hoge Raad onder andere: "De functie van de notaris in het rechtsverkeer verplicht hem onder bijzondere omstandigheden ook tot een zekere zorg voor de belangen van derden welke mogelijkwijs zijn betrokken bij de door zijn cliënten van hem verlangde ambtsverrichtingen (...). Deze zorgplicht kan ertoe leiden dat de notaris gegronde redenen heeft als bedoeld in art. 21 lid 2 Wna om de van hem gevraagde dienstverlening te weigeren of op te schorten. Verleent hij de gevraagde dienst toch, dan kan dit zijn civielrechtelijke aansprakelijkheid jegens de betrokken derde(n) meebrengen". Zie ook Hof Amsterdam 23 januari 2018, «JOR» 2018/88, m.nt. Steneker. In de onderhavige zaak was sprake van een kleine vennootschap met een behoorlijke schuldenlast. Het eigen vermogen van de vennootschap was negatief, zoals uit r.o. 4.16 blijkt. De vennootschap exploiteerde een telefoonwinkel. De koper was een 21-jarige Syrische vluchteling die ruim een jaar in Nederland verbleef, elders woonachtig was en geen Nederlands of Engels sprak. De koopprijs van € 12.363,10 zou voor het transport al zijn betaald, hetgeen zou moeten blijken uit een door de verkoper getekende kwitantie. Deze feiten en omstandigheden hadden wat mij betreft voor de notaris voldoende reden moeten zijn om op zijn minst dóór te vragen en na te gaan of onder andere de schuldeisers van de vennootschap door de beoogde transactie niet zouden worden benadeeld.

mr. E. Loesberg
raadsheer in het Gerechtshof Amsterdam
voorzitter van de Raad van Discipline in Den Bosch

115

Digitale handtekening voldoet aan voor particuliere borgtocht gesteld bewijsvoorschrift

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden zp
Leeuwarden
24 januari 2023, zaaknr. 200.299.243/01,
ECLI:NL:GHARL:2023:687
(mr. Mulder, mr. Zandbergen, mr. Ter Berg)
Noot mr. J.W. Boddaert

Borgtochtvereenkomst. Digitale handtekening. Elektronisch tot stand gekomen borgtochtvereenkomst is een ondertekend geschrift als bedoeld in art. 7:859 lid 1 BW.

[BW art. 3:15a, 6:227a, 7:857, 7:859]

Het betreft hier particuliere borgtochten als bedoeld in art. 7:857 BW. Art. 7:859 BW bepaalt voor dergelijke overeenkomsten dat zij tegenover de borg (X) "slechts door een door hem ondertekend geschrift bewezen" worden. De vraag ligt daarmee voor of de in het geding zijnde elektronisch tot stand gekomen borgtochten ook hebben te gelden als een "ondertekend geschrift" als bedoeld in het artikel. Uit art. 6:227a lid 1 BW volgt dat dit het geval is als: a) de overeenkomst raadpleegbaar is voor partijen; b) de authenticiteit van de overeenkomst in voldoende mate gewaarborgd is; c) het moment van totstandkoming van de overeenkomst met voldoende zekerheid kan worden vastgesteld, en d) de identiteit van partijen met voldoende zekerheid kan worden vastgesteld. Daarbij bepaalt art. 3:15a BW dat elektronische handtekeningen dezelfde rechtsgevolgen hebben als handgeschreven handtekeningen indien "de methode voor ondertekening die gebruikt is voldoende betrouwbaar is, gelet op het doel waarvoor de elektronische handtekening is gebruikt en op alle overige omstandigheden van het geval".

Appellante maakt voor de elektronische ondertekening van haar aanvragen gebruik van een methode die vereist dat de ondertekenaar beschikt over gegevens die de ondertekenaar (X) met een hoog vertrouwensniveau, onder haar uitsluitende

controle kan gebruiken, te weten de gegevens die benodigd zijn voor het inloggen op de eigen beveiligde bankomgeving van de ondertekenaar. Voor het aanvragen van een geldlening door de bevoegde bestuurder van een onderneming en voor het stellen van een particuliere borgtocht voor die lening is die methode in de omstandigheden van dit geval voldoende betrouwbaar om de identiteit van de ondertekenaar vast te stellen. Weliswaar sluit de gehanteerde methode de mogelijkheid van identiteitsfraude nog niet volledig uit, maar in een situatie als deze kan dat dan haast niet anders zijn gebeurd dan met medeweten en medewerking van de betrokkene zelf, wat voor diens rekening en risico gelaten dient te worden. Daarmee is voldaan aan het vereiste in art. 6:227a lid 1 sub d BW. Appellante heeft verder gemotiveerd aangevoerd dat ook is voldaan aan de andere vereisten van art. 6:227a BW. De elektronisch tot stand gekomen overeenkomsten van borgtocht dienen dus te worden gelijkgesteld met een "ondertekend geschrift" als bedoeld in art. 7:859 lid 1 BW.

OPR-Finance BV te Amsterdam,

appellante,

advocaat: mr. M. Bitter,

tegen

Bilanciobudget BV te Putten, in haar hoedanigheid van bewindvoerder over het vermogen van X,

geïntimeerde,

advocaat: mr. J.P.J. Botterblom.

(...; red.)

2. De kern van de zaak en de beslissingen

2.1. Centraal staat de vraag of [naam1] zich rechtsgeldig borg heeft gesteld voor een tweetal geldleningen die OPR heeft verstrekt aan het bedrijf Harderwijk Occasion Center (hierna: HOC), waarvan [naam1] (indirect) bestuurder was. Twee particuliere borgtochten voor die leningen zijn op haar naam elektronisch ondertekend. OPR heeft [naam1] aangesproken uit die borgtochten, nadat HOC in gebreke was gebleven met de nakoming van haar betalingsverplichtingen uit de geldleningsovereenkomsten. [naam1] ontkent dat zij de borgtochten is aangegaan en (elektronisch) heeft ondertekend.

2.2. OPR heeft bij de kantonrechter gevorderd dat [naam1] en haar medeborg de heer [naam2]

(stiefschoonvader van [naam1]) hoofdelijk worden veroordeeld tot betaling op grond van de borgtochten. OPR heeft haar vordering daarbij in hoofdsom beperkt tot € 25.000,-, te vermeerderen met 13,9% contractuele rente en de proceskosten. 2.3. De kantonrechter heeft de vorderingen afgewezen. Volgens de kantonrechter kan de door OPR gevolgde methode van elektronische ondertekening niet als voldoende betrouwbaar worden aangemerkt. Daarmee leveren de borgtochten op naam van [naam1] en [naam2] niet het dwingende bewijs op dat die door hen zijn aangegaan. Omdat een particuliere borgtocht tegenover de borg slechts kan worden bewezen door een (elektronisch) ondertekend geschrift en die ondertekening ontbreekt, is niet komen vast te staan dat tussen OPR en [naam1]/[naam2] overeenkomsten van borgtocht tot stand zijn gekomen, aldus de kantonrechter.

2.4. OPR heeft haar hoger beroep beperkt tot haar vordering tegen [naam1]. Een door OPR ingesteld hoger beroep tegen de afwijzing van haar vordering tegen [naam2] heeft zij niet doorgezet. Met het hoger beroep beoogt zij dat het vonnis van de kantonrechter wordt vernietigd en dat haar (gewijzigde) vordering in hoger beroep tegen de bewindvoerder wordt toegewezen.

Het hof komt tot het oordeel dat [naam1] de borgtochten wel rechtsgeldig (elektronisch) heeft ondertekend en dat de vordering van OPR tegen haar bewindvoerder ook toegewezen dient te worden. Hoe en waarom het hof daartoe komt, wordt hierna uiteengezet, waarbij eerst het feitelijk kader van deze zaak zal worden geschetst.

3. De feiten

3.1. OPR is een bedrijf dat is gespecialiseerd in het verstrekken van kortetermijnkredieten. HOC was een bedrijf dat zich richtte op de handel in tweedehands auto's. Het bedrijf is in september 2016 opgericht, met [naam2] als enig aandeelhouder en [naam1] als (indirect) bestuurder. Binnen het bedrijf was ook werkzaam de heer [naam3], de echtgenoot van [naam1] en de stiefzoon van [naam2].

3.2. OPR heeft op 10 mei 2017 en op 15 december 2017 leningsovereenkomsten met HOC gesloten, telkens voor een bedrag van € 50.000,-. Vermeerderd met € 14.992,- aan transactie- en administratiekosten bedroeg het door HOC af te lossen bedrag in hoofdsom telkens € 64.992,-. Voor tekortkomingen in de nakoming van de beta-

lingsverplichtingen was contractueel een boeterente bepaald van 13,9%. De beide overeenkomsten zijn door HOC elektronisch ondertekend.

3.3. OPR verlangde voor elke lening dat twee personen zich borg zouden stellen. Voor de geldlening van 10 mei 2017 is door OPR een borgtocht op naam van [naam1] overgelegd gedateerd 10 mei 2017. Voor de geldlening van 15 december 2017 zijn borgtochten op naam van [naam1] en [naam2] overgelegd, beide gedateerd op 15 december 2017. Ook die zijn allemaal elektronisch ondertekend. In de beide borgtochten op naam van [naam1] is telkens vermeld dat [naam2] haar echtgenoot is. Die borgtochten zijn ook telkens elektronisch ondertekend door “de echtgeno(o)t(e) of geregistreerd partner”.

3.4 Vanaf februari 2018 is HOC haar betalingsverplichtingen uit de overeenkomsten van geldlening niet langer nagekomen. Op 17 januari 2019 is zij gesommeerd tot betaling binnen veertien dagen van het nog openstaande bedrag van in hoofdsom € 73.325,34. Aan die sommatie heeft zij geen gevolg gegeven. In december 2019 is HOC failliet verklaard.

3.5. Bij brieven van 10 januari 2020 zijn [naam2] en [naam1] door de deurwaarder namens OPR in kennis gesteld van het verzuim van HOC en uit die borgtochten aangesproken tot betaling van € 85.147,08, indien HOC niet binnen 15 werkdagen alsnog zou betalen. Op 25 mei 2020 heeft OPR haar inleidende dagvaardingen jegens [naam2] en [naam1] uitgebracht.

3.6. [naam3] heeft in een brief van 13 juli 2020 de volgens OPR door [naam1] gestelde borgtochten vernietigd. [naam3] schrijft in dat verband aan OPR: “Ik was daarvan [hof: van de borgtocht] niet op de hoogte en heb met het aangaan van de borgtochtovereenkomst ook niet ingestemd”.

3.7. Bij beschikking van 12 augustus 2021 is door de kantonrechter op eigen verzoek van [naam1] een bewind ingesteld over haar goederen op de grond dat “voldoende aannemelijk [is] geworden dat de verzoeker als gevolg van haar lichamelijke of geestelijke toestand (tijdelijk of duurzaam) niet in staat is ten volle haar vermogensrechtelijke belangen zelf behoorlijk waar te nemen”, met benoeming van een bewindvoerder. Na een wijziging van bewindvoerder is sinds 12 oktober 2021 Bilanciobudget B.V. de huidige bewindvoerder van [naam1]. De bewindvoerder heeft in die hoedanigheid de rol van [naam1] als procespartij overgenomen.

4. Het oordeel van het hof

Ontvankelijkheid van OPR in hoger beroep

4.1. De bewindvoerder heeft aangevoerd dat OPR door haar onnavolgbare wijze van procederen in haar hoger beroep niet ontvankelijk dient te worden verklaard.

4.2. Die stelling wordt verworpen. De bewindvoerder kan worden toegegeven dat met name de indiening van de memorie van grieven “rommelig” is verlopen, maar er bestaat geen misverstand over dat die memorie uiteindelijk op de rol van 23 november 2021 in zijn definitieve versie is genomen. In de memorie van antwoord heeft de bewindvoerder ook op die memorie gereageerd. De bewindvoerder is door de procedurele gang van zaken in hoger beroep dus niet in haar belangen geschaad. Daarmee bestaat geen grond om OPR in haar hoger beroep niet-ontvankelijk te verklaren.

De vermeerdering van grondslag

4.3. OPR heeft in haar memorie van grieven haar vordering vermeerderd en de grondslag daarvan uitgebreid. Zij heeft haar vordering vermeerderd in die zin, dat zij die niet alleen baseert op de borgtocht van 15 december 2017, maar ook op de borgtocht van 10 mei 2017.

Daarnaast baseert zij haar vordering niet meer alleen op niet-nakoming van de overeenkomsten van borgtocht door [naam1], maar ook op onrechtmatige daad. [naam1] heeft volgens OPR onrechtmatig gehandeld door in de overeenkomsten van borgtocht op haar naam bedrieglijk te vermelden dat [naam2] haar echtgenoot is en door de borgtochten op naam van [naam2] zonder diens medeweten elektronisch te doen ondertekenen. Indien OPR hiervan had geweten, zou zij de leningsovereenkomsten niet zijn aangegaan. [naam1] is daarom op grond van onrechtmatige daad aansprakelijk voor de schade die OPR heeft geleden, welke schade volgens haar gelijk is aan het bedrag van haar vordering op [naam1] op grond van de borgtochten.

4.4. De bewindvoerder heeft op zichzelf geen bezwaar gemaakt tegen deze vermeerdering van eis en uitbreiding van grondslag. De wijzigingen zijn ook tijdig gedaan en daartegen bestaat ook vanuit een oogpunt van goede procesorde geen bezwaar, zodat op de vermeerderde vordering en gronden beslist zal worden.

De bewindvoerder heeft nog aangevoerd dat zij geen kennis heeft genomen van de gedingstukken die door [naam2] in de procedure bij de kantonrechter zijn ingebracht. Het hof baseert zijn beslissingen echter niet op die stukken, zodat de bewindvoerder daardoor niet in haar belangen is geschaad.

Inhoudelijke kwesties

4.5. OPR heeft tegen het bestreden vonnis twee grieven aangevoerd, die beide zijn onderverdeeld in subgrieven. Het hoger beroep strekt ertoe dat de vorderingen van OPR tegen de bewindvoerder alsnog worden toegewezen. De bewindvoerder heeft zich daartegen verweerd en geconcludeerd dat de grieven verworpen moeten worden.

De stellingen van partijen in hoger beroep gaan over de volgende vragen:

a) heeft [naam1] zelf de borgtochten op haar naam van 10 mei 2017 en 15 december 2017 elektronisch ondertekend?

b) zo ja:

– hebben daarmee de borgtochten ook te gelden als een ondertekend geschrift als bedoeld in artikel 7:859 lid 1 BW? En als dat zo is

– zijn die borgtochten rechtsgeldig vernietigd door [naam3] en kan [naam1] zich daar ook op beroepen jegens OPR?

c) zo nee:

– komt het voor rekening en risico van [naam1] dat dan iemand anders, volgens OPR in dat geval kennelijk [naam3], de gelegenheid heeft gehad om op haar naam de borgtochten elektronisch te ondertekenen?

d) heeft [naam1] onrechtmatig jegens OPR gehandeld (in samenspanning met [naam3]) in de borgtochten op haar naam telkens te vermelden dat [naam2] haar echtgenoot is?

Hieronder zal voor zoveel nodig op die vragen worden ingegaan.

Zijn de borgtochten door [naam1] elektronisch ondertekend?

4.6. OPR heeft in haar conclusie van repliek onweersproken toegelicht dat men alleen op de volgende wijze toegang kan krijgen tot het gedeelte van haar website waarop aanvragen voor leningen kunnen worden ingediend:

“1.3. Het aanvragen- en afsluiten van een lening bij OPR geschiedt volledig digitaal via de website <https://www.opr-bedrijfskrediet.nl/>. Zowel het aanvragen alsook het afsluiten van een lening kan

uitsluitend geschieden door een vertegenwoordigingsbevoegde persoon van de onderneming die een lening van OPR (de ‘Lening’) wenst te verkrijgen (de ‘Vertegenwoordiger’).

1.4. Een Vertegenwoordiger dient zich bij zowel het aanvragen als het afsluiten van een Lening elektronisch te identificeren bij OPR met behulp van het elektronische identificatiemiddel ‘iDIN’.

1.5. iDIN is een elektronisch identificatiemiddel waarmee natuurlijke personen zich elektronisch kunnen identificeren bij online dienstverleners zoals OPR. Het elektronisch identificeren via iDIN geschiedt met medewerking van de bank waarmee de natuurlijke persoon een contractuele bankrelatie heeft en die de natuurlijke persoon al reeds heeft geïdentificeerd bij het aangaan van hun contractuele bankrelatie.

1.6. Het door de Vertegenwoordiger elektronisch identificeren bij OPR via iDIN geschiedt in twee stappen. Bij de eerste stap dient de Vertegenwoordiger op de website van OPR in te loggen via de inlogmethode van zijn bank. Vervolgens dient de Vertegenwoordiger bij de tweede stap de bank de opdracht te geven om zijn persoonsgegevens (voorletter(s), naam, geboortedatum en woonadres) elektronisch te verstrekken aan OPR teneinde de Vertegenwoordiger elektronisch te identificeren.

1.7. Op het moment dat de Vertegenwoordiger elektronisch is geïdentificeerd bij OPR, verkrijgt de Vertegenwoordiger toegang tot het gedeelte van de website van OPR waarbinnen hij een lening namens de onderneming kan aanvragen en de daarvoor benodigde Overeenkomsten elektronisch kan ondertekenen (de ‘Beveiligde Internetomgeving’). Dit gedeelte van de website van OPR is beveiligd en alle informatie en gegevens die tijdens deze sessie worden verstrekt door de Vertegenwoordiger worden geregistreerd tijdens een geauthentiseerde internet sessie in de database van OPR (de ‘iDIN-Sessie’).”

4.7. Niet ter discussie staat dat HOC de beide overeenkomsten van geldlening rechtsgeldig heeft gesloten. In dat verband is niet in geschil dat de elektronische handtekeningen onder die overeenkomsten zijn geplaatst door de daartoe bevoegde bestuurder van HOC. Ook is niet in geschil dat [naam1] toen die bevoegde bestuurder was. Vast staat dat de beide borgtochten op naam van [naam1] elektronisch zijn ondertekend, zowel door de borg als door de mee tekenende “echtgen(o)t(e)of geregistreerd partner”.

4.8. Uit de overgelegde overeenkomsten van geldlening blijkt dat de overeenkomst van 10 mei 2017 als volgt elektronisch is ondertekend:

“Electronic signature:

0020000021428812:NLINGBS5bo5AFA1JBTs-a9scTgYubSh7j35EXIOsKfDREfsgKzBS+rw8Pm-JBvajJN5mUzVBTwSjHUdoWXcoJR3vomrB-kg==

Time stamp: 20020170510165937

Date: 10.5.2017 16:59”

4.9. De overeenkomst van borgtocht van 10 mei 2017 op naam van [naam1] is als volgt elektronisch ondertekend:

“7a. Handtekening borg

Electronic signature:

0020000021428812:NLINGBS5bo5AFA1JBTs-a9scTgYubSh7j35EXIOsKfDREfsgKzBS+rw8Pm-JBvajJN5mUzVBTwSjHUdoWXcoJR3vomrB-kg==

Time stamp: 20020170510165937

Date: 10.5.2017 16:59

7b. Handtekening echtgeno(o)t(e) of geregistreerd partner

Electronic signature:

0020000021429365:NLSNSBMkNCNzlyQOV-CRTBENUQwNkVGRTc2MOMwNzFDNUVE-MERDNzU4MzkwQUM:jFCNUE4RDJENDY-3QzlwODY2QOExMg==

Time stamp: 20020170510174814

Date: 10.5.2017 17:48”

4.10. Een overeenkomst van borgtocht op naam van [naam2] met betrekking tot de lening van 10 mei 2017 is niet overgelegd.

4.11. De ondertekening van de overeenkomst van geldlening van 15 december 2017 luidt als volgt:

“Electronic signature:

0020000026147242:NLINGBS5bo5AFA1JBTs-a9scTgYubSh7j35EXIOsKfDREfsgKzBS+rw8Pm-JBvajJN5mUzVBTwSjHUdoWXcoJR3vomrB-kg==

Time stamp: 20020171215165349

Date: 15.12.2017 16:53”

4.12. De overeenkomst van borgtocht van 15 december 2017 op naam van [naam1] is als volgt ondertekend:

“7a. Handtekening borg

Electronic signature:

0020000026147242:NLINGBS5bo5AFA1JBTs-a9scTgYubSh7j35EXIOsKfDREfsgKzBS+rw8Pm-JBvajJN5mUzVBTwSjHUdoWXcoJR3vomrB-kg==

Time stamp: 20020171215165349

Date: 15.12.2017 16:53

7b. Handtekening echtgeno(o)t(e) of geregistreerd partner

Electronic signature:

0020000026148136:NLSNSBMkNCNzlyQOV-CRTBENUQwNkVGRTc2MOMwNzFDNUVE-MERDNzU4MzkwQUjFCNUE4RDJENDY3QzlwODY2QOExMg==

Time stamp: 20020171215165834

Date: 15.12.2017 16:58”

4.13. De overeenkomst van borgtocht op naam van [naam2] van 15 december 2017 is ondertekend als volgt:

“7a. Handtekening borg

Electronic signature:

0020000026148136:NLSNSBMkNCNzlyQOV-CRTBENUQwNkVGRTc2MOMwNzFDNUVE-MERDNzU4MzkwQUjFCNUE4RDJENDY3QzlwODY2QOExMg==

Time stamp: 20020171215165834

Date: 15.12.2017 16:58”

4.14. In aanmerking nemend dat niet in geschil is dat de overeenkomsten van geldlening zijn ondertekend door de bevoegde bestuurder van HOC en [naam1] die bevoegde bestuurder was (zie overweging 4.7), kan uit deze ondertekeningen de conclusie worden getrokken dat [naam1] de borgtochten op haar naam zelf heeft ondertekend. De overeenkomst van geldlening van 10 mei 2017 is namelijk getekend door dezelfde persoon die de overeenkomst van borgtocht van 10 mei 2017 op naam van [naam1] heeft ondertekend; de beide overeenkomsten zijn met exact dezelfde identificatiegegevens ondertekend en zijn ook op exact hetzelfde tijdstip, dus tijdens één en dezelfde sessie, ondertekend. Datzelfde geldt voor de overeenkomsten van geldlening en borgtocht van 15 december 2017. In alle gevallen was het identificatienummer van de ondertekenende persoon:

“0020000026147242:NLINGBS5bo5AFA1JBTs-a9scTgYubSh7j35EXIOsKfDREfsgKzBS+rw8Pm-JBvajJN5mUzVBTwSjHUdoWXcoJR3vomrB-kg==”

4.15. Als, zoals zij stelt, toch niet [naam1] zelf, maar iemand anders de overeenkomsten van geldlening en van borgtocht op haar naam heeft ondertekend, moet dat iemand zijn geweest die de beschikking had over de gegevens van [naam1] waarmee zij inlogt op haar bankaccount. Immers: “Bij de eerste stap dient de Vertegenwoordiger op de website van OPR in te loggen via de inlogmethode van zijn bank.” (zie overweging 4.6)

[naam1] heeft echter niet aangevoerd dat iemand anders dan alleen zichzelf over de gegevens beschikte waarmee zij inlogde op haar bankaccount. 4.16. Bovendien, zelfs als dat wel het geval zou zijn geweest, dient dat voor haar rekening te worden gelaten. Onaannemelijk is dat een onbekende derde haar gegevens zou hebben gebruikt. Vast staat immers dat de leningen daadwerkelijk aan HOC (en dus niet aan een derde) ten goede zijn gekomen. En als iemand binnen HOC over haar gegevens beschikte en die heeft gebruikt, dan moet [naam1] daar redelijkerwijs bekend mee zijn geweest en had het op haar weg gelegen om ter onderbouwing van haar betwisting dat zij de overeenkomsten van borgtocht heeft ondertekend, de naam van die perso(o)n(en) te noemen. [naam1] noch de bewindvoerder heeft dat gedaan. Dat de bewindvoerder noch [naam1] zelf op de mondelinge behandeling aanwezig was en dat zij daarmee de laatste mogelijkheid om nog nadere informatie te verschaffen onbenut hebben gelaten, komt daarbij voor hun risico.

4.17. [naam1] is jegens OPR dus gebonden aan de elektronische ondertekening van de borgtochten op haar naam. De hiervoor onder overweging 4.5 sub a) benoemde vraag kan daarmee bevestigend worden beantwoord.

Een ondertekend geschrift als bedoeld in artikel 7:859 lid 1 BW?

4.18. Partijen zijn het er (terecht) over eens dat het hier particuliere borgtochten betreft als bedoeld in artikel 7:857 BW. Artikel 7:859 BW bepaalt voor dergelijke overeenkomsten dat zij tegenover de borg ([naam1]) “slechts door een door hem ondertekend geschrift bewezen” worden. De vraag ligt daarmee voor of de in het geding zijnde elektronisch tot stand gekomen borgtochten ook hebben te gelden als een “ondertekend geschrift” als bedoeld in het artikel. Uit artikel 6:227a lid 1 BW volgt dat dit het geval is als is voldaan aan de in dat artikel genoemde vereisten, te weten:

- a) dat de overeenkomst raadpleegbaar is voor partijen;
- b) de authenticiteit van de overeenkomst in voldoende mate gewaarborgd is;
- c) het moment van totstandkoming van de overeenkomst met voldoende zekerheid kan worden vastgesteld, en;
- d) de identiteit van partijen met voldoende zekerheid kan worden vastgesteld.

Daarbij bepaalt artikel 3:15a BW, kort gezegd, dat elektronische handtekeningen dezelfde rechtsgevolgen hebben als handgeschreven handtekeningen indien “de methode voor ondertekening die gebruikt is voldoende betrouwbaar is, gelet op het doel waarvoor de elektronische handtekening is gebruikt en op alle overige omstandigheden van het geval”.

4.19. OPR maakt voor de elektronische ondertekening van haar aanvragen gebruik van een methode die vereist dat de ondertekenaar beschikt over gegevens die de ondertekenaar (i.e. [naam1]) met een hoog vertrouwensniveau, onder haar uitsluitende controle kan gebruiken, te weten de gegevens die benodigd zijn voor het inloggen op de eigen beveiligde bankomgeving van de ondertekenaar (zie overweging 4.6). Voor het aanvragen van een geldlening door de bevoegde bestuurder van een onderneming en voor het stellen van een particuliere borgtocht voor die lening acht het hof die methode in de omstandigheden van dit geval voldoende betrouwbaar om de identiteit van de ondertekenaar vast te stellen. Dat ligt ook besloten in het oordeel en de daarvoor gevolgde redenering dat [naam1] haar elektronische handtekening heeft gezet onder de borgtochten op haar naam (zie overweging 4.14). Weliswaar sluit de gehanteerde methode de mogelijkheid van identiteitsfraude nog niet volledig uit, maar in een situatie als deze kan dat dan haast niet anders zijn gebeurd dan met medeweten en medewerking van de betrokkene zelf, wat voor diens rekening en risico gelaten dient te worden (zie overweging 4.16). Daarmee is voldaan aan het vereiste in artikel 6:227a lid 1 sub d BW.

4.20. OPR heeft verder gemotiveerd aangevoerd dat ook is voldaan aan de andere vereisten van artikel 6:227a BW. [naam1] heeft dat niet voldoende gemotiveerd betwist en het hof ziet in het dossier ook geen aanknopingspunten om daaraan te twijfelen. Daarbij wordt opgemerkt dat [naam1] wel heeft gesteld dat de overeenkomst voor haar niet raadpleegbaar was, maar dat zij niet gemotiveerd heeft aangevoerd dat zij daar (tevergeefs) ooit enige poging toe heeft ondernomen. De elektronisch tot stand gekomen overeenkomsten van borgtocht dienen dus te worden gelijkgesteld met een “ondertekend geschrift” als bedoeld in artikel 7:859 lid 1 BW.

4.21. Gelet op het feit dat de borgtochten op hetzelfde moment zijn ondertekend als de overeenkomsten van geldlening van 10 mei 2017 en

15 december 2017, is overigens ook duidelijk dat de borgtochten op die leningen betrekking hebben. Anders dan [naam1] heeft aangevoerd, doet daar niet aan af dat in de beide borgtochten als datum van de geldleningen andere data worden genoemd, te weten 6 april 2017 en 18 december 2017. [naam1] heeft niet aangevoerd dat op de vermelde data andere overeenkomsten van geldlening zijn gesloten tussen OPR en HOC, zodat het kennelijke administratieve onvolkomenheden betreft. De (gedeeltelijke) verklaring die OPR daarvoor heeft gegeven kan daarom buiten verdere beschouwing blijven.

Is de borgtocht rechtsgeldig vernietigd?

4.22. Daarmee wordt toegekomen aan de vraag of de overeenkomsten van borg door [naam3] rechtsgeldig zijn vernietigd op de grond van artikel 1:89 BW. Dat artikel bepaalt dat een rechtshandeling als genoemd in artikel 1:88 BW vernietigbaar is als die is verricht zonder toestemming van de niet handelende echtgenoot (i.e. [naam3]). Het zich als borg verbinden door [naam1] voor een lening van HOC is een rechtshandeling die valt onder de in artikel 1:88 BW genoemde rechtshandelingen. Alleen de niet handelende echtgenoot kan een beroep doen op die vernietigbaarheid. [naam3] kon die borgtochten dus vernietigen. De bewindvoerder kan zich in deze procedure beroepen op die vernietiging en de gegrondheid van dat beroep kan ook in deze procedure worden beoordeeld, waarbij geldt dat een beslissing daarover alleen de bewindvoerder en niet ook [naam3] bindt¹.

4.23. Het hof is echter van oordeel dat die vernietiging geen doel treft.

4.23.1. Vast staat dat in de borgtochten van [naam1] ten onrechte [naam2] is vermeld als haar “echtgenoot/partner”. Haar echtgenoot was immers [naam3].

4.23.2. Uit de weergave hiervoor onder 4.12 en 4.13 van de elektronische handtekeningen onder de borgtochten van 15 december 2017 op naam van [naam1] respectievelijk [naam2], blijkt dat de borgtocht op naam van [naam2] is ondertekend door dezelfde persoon en op hetzelfde tijdstip als de ondertekening door de opgegeven “echtgeno(o)t(e) of geregistreerd partner” in de borgtocht op naam van [naam1]. Diezelfde persoon

heeft ook de borgtocht op naam van [naam1] van 10 mei 2017 ondertekend als haar “echtgeno(o)t(e) of geregistreerd partner”. In alle gevallen is zijn identificatienummer:

“0020000026148136:NLSNSBMkNCNzlyQOV-CRTBENUQwNkVGRTc2MOMwNzFDNUVE-MERDNzU4MzkWQUjFCNUE4RDJENDY3QzlwODY2QOEzMg==”

4.23.3. [naam1] heeft niet gemotiveerd de door OPR gemotiveerd betrokken stelling weersproken dat [naam2] (nagenoeg) analfabeet is en niet in staat is om zelf een elektronische handtekening te zetten. De handtekening die onder de borgtochten op naam van [naam1] is gezet als die van haar “echtgenoot of geregistreerd partner” is dus niet door [naam2], maar door iemand anders daaronder geplaatst. De handtekeningen zijn ook niet gezet door [naam1] zelf, want die heeft een ander identificatienummer (zie overweging 4.14).

4.23.4. [naam1] heeft niet vermeld wie wel als haar “echtgeno(o)t(e) of geregistreerd partner” voor toestemming heeft getekend. Zonder een dergelijke toelichting moet het er voor worden gehouden dat, zoals OPR ook heeft gesteld, sprake is geweest van een samenspanning tussen [naam1] en haar echtgenoot, in die zin dat [naam3] onder de naam van [naam2] heeft getekend als “echtgeno(o)t(e) of geregistreerd partner” van [naam1]. Gezien de familierechtelijke relatie tussen [naam3] en [naam2] en de omstandigheid dat beiden (nauw) betrokken waren bij HOC (onvoldoende gemotiveerd weersproken is dat [naam3] de feitelijk leidinggevende was binnen HOC) is ook zeer wel denkbaar dat [naam3] beschikte over de persoonlijke gegevens van [naam2] die benodigd waren voor de borgstelling op diens naam.

4.23.5. Daarmee doet zich niet de situatie voor dat [naam1] de borgtochten is aangegaan zonder toestemming van haar echtgenoot. Het bestaan van dat vermoeden moet daarbij voor rekening en risico van [naam1] worden gelaten. Dat OPR zelf heeft verklaard dat zij voorafgaand aan de aanvraag van de eerste lening contact heeft gehad met [naam3] en wist dat hij de echtgenoot was van [naam1], doet daar verder niet aan af. Dat betekent alleen dat als OPR goed had opgelet, zij daar tijdig van op de hoogte had kunnen zijn; het maakt nog niet dat de opzettelijke misleiding door [naam1]/[naam3] haar kan worden tegengeworpen als “eigen schuld”.

¹ ECLI:NL:HR:2020:810

4.24. [naam1] kan zich jegens OPR dus niet met vrucht beroepen op de vernietiging van de borgtochten door [naam3].

Bewijsaanbod

4.25. De bewindvoerder heeft nog bewijs aangeboden, in het bijzonder door het horen van [naam3] als getuige. Aan dat aanbod gaat het hof voorbij. In de eerste plaats betreft het een aanbod dat in algemene bewoordingen is gedaan en niet vermeldt op welke specifieke stellingen van de bewindvoerder het betrekking heeft. Daarmee voldoet het aanbod als bewijsaanbod niet aan de eisen die daaraan in hoger beroep gesteld kunnen worden. Bovendien heeft de bewindvoerder, zoals ligt besloten in wat hiervoor is overwogen, haar verweer in het licht van de door OPR gestelde feiten en het reeds aanwezige bewijsmateriaal onvoldoende gemotiveerd. Ook aan tegenbewijslevering wordt daarom niet toegekomen.

De conclusie

4.26. De conclusie is dat de borgtochten op naam van [naam1] rechtsgeldig zijn en dat [naam1] daaraan jegens OPR is gebonden. Aan de vraag hiervoor vermeld onder 4.5 sub d. komt het hof daarmee niet toe.

De hoogte van de vordering van OPR op [naam1] uit de borgtochten

4.27. Aangezien vast staat dat HOC haar verplichtingen uit de overeenkomsten van geldlening niet is nagekomen, kwam OPR de bevoegdheid toe om [naam1] aan te spreken als borg en is de bewindvoerder gehouden tot voldoening aan OPR van wat HOC aan OPR schuldig is uit die overeenkomsten. OPR heeft die vordering gespecificeerd op € 73.325,34 te vermeerderen met 13,9% contractuele boeterente daarover vanaf, zoals is gevorderd, 24 december 2019. [naam1] heeft de hoogte van die vordering niet gemotiveerd betwist. Daarmee is die vordering toewijsbaar. Voor zover OPR naast de boeterente ook nog wettelijke rente heeft gevorderd, is die vordering echter niet toewijsbaar; artikel 6:92 lid 2 BW bepaalt dat wat ingevolge een boetebeding verschuldigd is in de plaats treedt van schadevergoeding op grond van de wet, en artikel 6:119 lid 1 BW bepaalt dat de schadevergoeding verschuldigd wegens vertraging in de voldoening van een geldsom bestaat in de wettelijke rente. OPR heeft niet gemotiveerd

aangevoerd dat en waarom in dit geval toch wettelijke rente naast boeterente verschuldigd is.

4.28. Ook de vordering van OPR om de bewindvoerder te veroordelen tot betaling van buitengerechtelijke kosten is niet toewijsbaar. [naam1] is een natuurlijk persoon die bij de borgstellingen niet handelde in de uitoefening van een beroep of bedrijf. OPR heeft niet gesteld dat zij de in dat geval vereiste “veertiendagenbrief” als bedoeld in artikel 6:96 lid 6 BW heeft gestuurd aan [naam1].

De conclusie

4.29. Het hoger beroep van OPR slaagt groten-deels. Omdat de bewindvoerder in het ongelijk zal worden gesteld, zal het hof de bewindvoerder veroordelen tot betaling van de proceskosten, zowel in hoger beroep als bij de kantonrechter.

4.30. De veroordelingen in deze uitspraak kunnen ook ten uitvoer worden gelegd als een van partij-en de beslissing van het hof voorlegt aan de Hoge Raad (uitvoerbaarheid bij voorraad).

5. De beslissing

Het hof:

1. vernietigt het vonnis van de kantonrechter in de rechtbank Midden-Nederland, locatie Almere, van 25 november 2020, verbeterd bij vonnis van 13 januari 2021, voor zover daarin de vorderingen van OPR jegens [naam1] zijn afgewezen en OPR is veroordeeld in de proceskosten van [naam1] en beslist ten aanzien van die vorderingen als volgt:
 - veroordeelt de bewindvoerder q.q. tot betaling aan OPR van een bedrag van € 73.325,34 in hoofdsom te vermeerderen met boeterente daarover van 13,9% per jaar te rekenen vanaf 24 december 2019 tot en met de dag der algehele voldoening;
 - 2. veroordeelt de bewindvoerder q.q. tot betaling van de volgende proceskosten van OPR (...; *red.*) Al deze kosten moeten worden betaald binnen 21 dagen na vandaag. Als niet op tijd wordt betaald, dan worden die kosten verhoogd met de wettelijke rente;
 - 3. veroordeelt de bewindvoerder in de nakosten (...; *red.*) een en ander vermeerderd met de wettelijke rente te rekenen vanaf 21 dagen na aanschrijving én betekening.
 - 4. verklaart de veroordelingen uitvoerbaar bij voorraad;
 - 5. wijst af wat verder is gevorderd.

NOOT

1. In deze procedure wordt een particuliere borg aangesproken. Een particuliere borg is een natuurlijk persoon die niet handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf (art. 7:857 BW). Tussen de particuliere en de zakelijke borg geldt een aantal belangrijke verschillen. Enerzijds wordt de echtgenoot van de particuliere borg op grond van art. 1:88 BW beschermd tegen de echtgenoot die zonder toestemming een borgtocht ondertekent. Anderzijds geniet de particuliere borg de dwingendrechtelijke bescherming van art. 7:857-864 BW. Eén van deze dwingendrechtelijke bepalingen is dat de particuliere borg *“slechts door een door hem ondertekend geschrift [wordt] bewezen”* (art. 7:859 lid 1 BW). In de voorliggende casus is de borgtocht getekend via het digitale systeem iDIN, maar betwist de borg dat zij de borgtocht heeft ondertekend. Partijen strijden daarbij over de vraag of het ondertekenen via iDIN geldt als *“ondertekend geschrift”* in de zin van art. 7:859 BW.

2. De sterk vereenvoudigde casus is als volgt. Harderwijk Occasion Center BV (HOC) gaat een kortlopend krediet aan bij OPR-Finance BV (OPR). Het aanvragen en afsluiten van een lening bij OPR gaat volledig digitaal via haar website. Een leningnemer logt daarbij in op de website van OPR en identificeert zich via iDIN. iDIN identificatie gaat in twee stappen: eerst dient de natuurlijk persoon (de vertegenwoordiger van de leningnemer) via zijn eigen bank in te loggen op het OPR-platform, waarna de natuurlijk persoon toestemming verleent aan de bank om gegevens met OPR te delen. Op dat moment is de natuurlijk persoon geïdentificeerd en is er sprake van een beveiligde internet sessie (iDIN-sessie). Tijdens een eerste iDIN-sessie sluit HOC een lening af en wordt een borgtocht door de bestuurster van HOC (X) ondertekend. Onbetwist in de procedure is dat de lening rechtsgeldig is ondertekend. De borgtocht is in dezelfde iDIN-sessie ondertekend, zodat volgens het hof vaststaat dat de ondertekenaar van de borgtocht (ook) X moet zijn geweest. Vervolgens wordt de iDIN-sessie van X gesloten. Een paar minuten later wordt een nieuwe iDIN-sessie geopend. Onbekend is wie die iDIN sessie opent, maar er wordt een tweede borgtocht afgegeven en op de plek van de instemmingsverklaring van de echtgenoot

wordt ook getekend. Zowel bij de tweede borgtocht, als op de plek van de instemmingsverklaring, wordt vermeld dat de schoonvader van X tekent. De schoonvader van X is ook 100% (indirect) aandeelhouder van HOC en op verzoek van OPR dient hij een borgtocht af te geven.

De echtgenoot van X heeft de door X verstrekte borgtocht vernietigd op grond van art. 1:89 BW. Hij zou geen toestemming hebben verleend voor de borgstelling door X (art. 1:88 BW).

3. In de procedure blijkt dat schoonvader analfabeet is en dat hij onmogelijk de borgtocht kon hebben ondertekend. Naar verwachting is dat ook de reden voor OPR om de schoonvader niet in het hoger beroep te betrekken. Maar wie heeft er dan getekend? In een *whodunnit*-ontknoping komt het hof tot de overweging dat: *“het ervoor [wordt] gehouden dat, zoals OPR ook heeft gesteld, sprake is geweest van een samenspanning tussen [bestuurster] en haar echtgenoot, in die zin dat [haar echtgenoot] onder de naam van [de schoonvader] heeft getekend als ‘echtgeno(o)t of geregistreerd partner’ van [bestuurster]”*. Volgens het hof doet zich daarmee niet de situatie voor dat de borgtocht is aangegaan zonder toestemming van de echtgenoot van de borg.

4. De belangrijkste vraag waarover het hof zich moet buigen, is of de elektronisch tot stand gekomen borgtocht heeft te gelden als een ondertekend geschrift. Zoals genoemd, bepaalt art. 7:859 BW voor particuliere borgtochten dat zij tegenover de borg slechts door een door hem ondertekend geschrift wordt bewezen. Het hof neemt – met partijen – zonder nadere motivering als uitgangspunt dat sprake is van een particuliere borgtocht. Vervolgens overweegt het dat sprake is van een *“ondertekend geschrift”* nu is voldaan aan de vereisten uit art. 6:227a lid 1 BW, te weten: a) de overeenkomst is raadpleegbaar voor partijen; b) de authenticiteit van de overeenkomst is in voldoende mate gewaarborgd; c) het moment van totstandkoming van de overeenkomst kan met voldoende zekerheid worden vastgesteld, en d) de identiteit van partijen kan met voldoende zekerheid worden vastgesteld. Daarbij wijst het hof verder op art. 3:15a BW dat, kort gezegd, bepaalt dat elektronische handtekeningen dezelfde rechtsgevolgen hebben als handgeschreven handtekeningen indien *“de methode voor ondertekening die gebruikt is voldoende betrouwbaar is, gelet op het doel waarvoor de elektronische handtekening is gebruikt”*

en op alle overige omstandigheden van het geval”.

5. Hoewel de uitkomst is te billijken, meen ik dat het hof een onjuiste norm hanteert. Art. 7:859 BW geeft een bewijsvoorschrift voor het bestaan van de borgtocht ten opzichte van de particuliere borg. Het bestaan van een ondertekend geschrift is evenwel geen constitutief vereiste voor de geldigheid van de borgtocht (vgl. Hof Arnhem-Leeuwarden 18 februari 2020, «JOR» 2020/155, m.nt. Verdaas en Hof Amsterdam 15 maart 2022, «JOR» 2022/214, m.nt. Van Vught). Het bewijsvoorschrift heeft weliswaar een dwingend karakter, nu van dit bewijsvoorschrift niet ten nadele van de borg kan worden afgeweken (art. 7:862 BW). Ook uit het feit dat een borg zich niet langer kan beroepen op het ontbreken van een ondertekend geschrift wanneer hij de hoofdverplichting geheel of gedeeltelijk is nagekomen, lijkt te volgen dat het ondertekend geschrift geen constitutief vereiste is voor de particuliere borgtocht (art. 7:859 lid 2 BW).

6. De vraag of het bestaan van een ondertekend geschrift een constitutief vereiste is, is relevant in het kader van de door het hof toegepaste norm van art. 6:227a BW. Dat artikel is slechts van toepassing “*indien uit de wet voortvloeit dat een overeenkomst slechts in schriftelijke vorm geldig of onaantastbaar tot stand komt*”. Kortom, dan gaat het om overeenkomsten die anders nietig zijn of vernietigd kunnen worden als zij niet aan het gestelde schriftelijkheidsvereiste voldoen. De vraag of dat het geval is, dient te worden beantwoord aan de hand van art. 3:39 BW (T&C, art. 6:227a, onder 2a). Art. 6:227a BW ziet niet op overeenkomsten waarvoor geen wettelijk vormvoorschrift geldt, en bevat dus geen dwingend-rechtelijke regeling ten aanzien van overeenkomsten waarvoor geen wettelijke vormvereisten gelden, zodat partijen daarbij vrij zijn om een afwijkende regeling te treffen (MvT, *Kamerstukken II* 2001/02, 28197, nr. 3, p. 52). De particuliere borgtocht kent niet de sanctie van nietigheid of vernietigbaarheid, indien zij niet gepaard gaat met een ondertekend geschrift. Dit heeft “slechts” tot gevolg dat de borgtocht tegenover de borg niet kan worden bewezen, tenzij de borg de hoofdverplichting geheel of gedeeltelijk al is nagekomen.

7. Mijns inziens had het hof de vraag of er sprake is van een ondertekend geschrift, moeten invullen aan de hand van art. 156a Rv. Art. 156 Rv zet

uiteen dat akten ondertekende geschriften zijn die bestemd zijn om tot bewijs te dienen. Art. 156a Rv vervolgt dat (onderhandse) akten op een andere wijze dan bij geschrift kunnen worden opgesteld, mits de inhoud door diegene voor wie de akte bestemd is, kan worden opgeslagen voor toekomstig gebruik en die een ongewijzigde reproductie mogelijk maakt. Deze vereisten zijn aanzienlijk lichter dan de vereisten die art. 6:227a BW stelt. Dit lijkt voor de hand te liggen nu de vereisten van art. 156a Rv dienen ter bescherming van diegene voor wie de akte bestemd is (de financier) en niet ter bescherming van de particuliere borg. Kennelijk kunnen voor de financier en de borg elk een eigen norm van toepassing zijn voor de vraag of de borgtocht geldig is, althans kan worden bewezen. Daarvan is de vraag of dat wenselijk is.

Uiteindelijk is mijn verwachting dat de soep niet zo heet wordt gegeten als hij wordt opgediend. De digitale ondertekening van akten – zowel binnen het stramien van art. 156a Rv als dat van art. 6:227a BW – volgt de bepalingen van art. 3:15a BW. Dit artikel bepaalt dat de methode van ondertekening voldoende betrouwbaar moet zijn, gelet op het doel waarvoor deze wordt gebruikt, alsmede alle overige omstandigheden van het geval. De voldoende betrouwbaarheid van art. 3:15a BW wordt ingevolge lid 2 vermoed te bestaan als de handtekening: 1) op unieke wijze is verbonden met de ondertekenaar; 2) het mogelijk maakt de ondertekenaar te identificeren; 3) tot stand komt met middelen die de ondertekenaar onder zijn uitsluitende controle kan houden; 4) zij op zodanige wijze aan het elektronische bestand is verbonden, dat elke wijziging achteraf kan worden opgespoord; 5) is gebaseerd op een gekwalificeerd certificaat; en 6) is gegenereerd door een veilig middel van aanmaken van elektronische handtekeningen. Waar art. 156a Rv de particuliere borg weinig bescherming lijkt te bieden, geniet deze wel de verdergaande bescherming die art. 3:15a BW biedt bij het zetten van een digitale handtekening.

mr. J.W. Boddaert
advocaat bij Davids Advocaten

Varia

116

Geen bestuurdersaansprakelijkheid nu bestuurder erop mocht vertrouwen dat betalingsonmacht al bekend was bij Belastingdienst

Gerechtshof 's-Hertogenbosch zp Den Haag
11 mei 2022, zaaknr. BKDH-21/00699,
ECLI:NL:GHSHE:2022:2460
(mr. Van Dongen, mr. Visser, mr. Bijl)
Noot mr. dr. A.J. Tekstra

Bestuurdersaansprakelijkheid ex art. 36 lw 1990. Omzetbelasting. Melding betalingsonmacht. Gerechtvaardigd vertrouwen dat betalingsonmacht tijdig bekend was bij Belastingdienst door boekenonderzoek en onderhandelingen voor vaststellingsovereenkomst met inspecteur. Verwijzing naar HR 23 december 2011, «JOR» 2012/68, m.nt. Tekstra (X/Minister van Financiën).

[lw 1990 art. 36; Wet OB 1968 (oud) art. 29 lid 2; Wet OB 1968 art. 29 lid 7]

In geschil is of een rechtsgeldige melding betalingsonmacht is gedaan. Om te beginnen zal beoordeeld worden of sprake is van grove schuld aan de zijde van B BV. De bewijslast rust in dezen op de inspecteur. In wezen verwijt de inspecteur B BV dat zij wist dan wel behoorde te weten dat zij met de beschreven handelwijze te weinig omzetbelasting voldeed. Er wordt verwezen naar de geldende regelgeving. Belanghebbende heeft toegelicht dat hij destijds niet werd bijgestaan door een professionele adviseur en dat een interne medewerker de boekhouding verzorgde. Deze medewerker kende deze regelgeving niet. B BV was in de veronderstelling dat zolang de schuld inbaar was, de omzetbelasting niet behoefde te worden gecorrigeerd. De omzetbelasting in deze schulden is niet gecorrigeerd, aangezien de crediteuren de vorderingen niet hadden prijsgegeven. Deze verklaring is geloofwaardig en belanghebbende wordt gevolgd in het standpunt dat de naheffingsaanslagen niet het gevolg zijn van gro-

ve schuld aan de zijde van B BV. De melding van de betalingsonmacht kon dus ook later rechtsgeldig worden gedaan, uiterlijk vóór de vervaldatum van de naheffingsaanslagen.

Uit HR 23 december 2011, «JOR» 2012/68, m.nt. Tekstra (X/Minister van Financiën), volgt dat voor belasting die niet op aangifte is voldaan of afgedragen, een rechtsgeldige melding betalingsonmacht moet worden gedaan vóór de vervaldatum van de naheffingsaanslagen. Dit betekent dat uiterlijk 11 januari 2016 namens B BV een melding betalingsonmacht moest worden gedaan. Bij belanghebbende is het in rechte te beschermen vertrouwen gewekt dat de betalingsonmacht van B BV tijdig bekend was bij de Belastingdienst en dat dit in de weg staat aan zijn latere aansprakelijkstelling. De betalingsonmacht is tijdens het boekenonderzoek en tijdens de onderhandelingen voor de vaststellingsovereenkomst (vso) meermaals met de inspecteur besproken dan wel onder diens aandacht gebracht en de inspecteur heeft uitlatingen gedaan waaruit kan worden afgeleid dat in ieder geval bij de inspecteur duidelijk moest zijn dat B BV niet kon betalen. Bij belanghebbende is de indruk gewekt dat de Belastingdienst op de hoogte was van de betalingsonmacht van B BV. Dat de inspecteur en de ontvanger twee verschillende functionarissen zijn met ieder een eigen bevoegdheid, doet hieraan, gelet op alle bijzondere omstandigheden van dit geval, niet af. Onder de hiervoor beschreven omstandigheden noopte het zorgvuldigheidsbeginsel de inspecteur om de ontvanger volledig inzicht te geven in de financiële positie van alle betrokkenen, waaronder B BV. Indien sprake is van een miscommunicatie tussen de inspecteur en de ontvanger, kan dit belanghebbende niet worden tegengeworpen. Van belanghebbende kon niet worden verwacht dat hij na de onderhandelingen over de vso en de diverse uitlatingen van de inspecteur rekening moest houden met aansprakelijkstelling door de ontvanger.

X,
belanghebbende,
tegen
de Ontvanger van de Belastingdienst.

(...; red.)

Feiten

2.1. [A B.V.] is sinds 27 december 2004 enig aandeelhouder van [B B.V.]