

Doorbraak van aansprakelijkheid en misbruik van het identiteitsverschil

Afstudeeronderzoek
HBR-AS17-AS

D.G. Helmich

Studentnummer: 1084713

Opleiding: HBO-Rechten, hogeschool Leiden

Begeleider: mr. Jacco Boonman

Opdrachtgever: De Clercq Advocaten, mr. Menno de Wijs

20 augustus 2018



Samenvatting

De aanleiding voor dit onderzoek is dat er bij de opdrachtgever een zaak voorbijkwam waarin doorbraak van aansprakelijkheid een rol speelde. Ik heb me vervolgens in dit onderwerp verdiept en kwam erachter dat daarover onduidelijkheden bestaan. Vervolgens heb ik besloten mijn scriptie over doorbraak van aansprakelijkheid te schrijven. Het doel van dit onderzoek is om te achterhalen wanneer (rechts)personen aansprakelijk gesteld kunnen worden voor de schulden van andere rechtspersonen op grond van de doorbraak van aansprakelijkheid. De centrale vraag van dit onderzoek is: *Wat kan De Clercq geadviseerd worden over de mogelijkheid dat een natuurlijke persoon of rechtspersoon aansprakelijk gesteld wordt op grond van doorbraak van aansprakelijkheid, aan de hand van wetsanalyse, literatuur- en jurisprudentieonderzoek?*

Het antwoord op de centrale vraag luidt dat (rechts)personen op verschillende manieren aansprakelijk gesteld kunnen worden, door middel van doorbraak van aansprakelijkheid. Doorbraak van aansprakelijkheid is onder te verdelen in twee categorieën, directe en indirecte doorbraak. Hieronder wordt eerst de aansprakelijkheid door indirecte doorbraak van aansprakelijkheid behandeld, vervolgens komt de directe doorbraak aan bod. De indirecte doorbraak van aansprakelijkheid is onderzocht aan de hand van wetsanalyse en literatuuronderzoek. Naar de indirecte doorbraak is geen jurisprudentieonderzoek verricht, er zijn geen onduidelijkheden waarvoor binnen dit onderzoek duiding uit de jurisprudentie nodig was. Directe doorbraak is onderzocht aan de hand van literatuur- en jurisprudentieonderzoek. Over directe doorbraak is binnen de rechtspraak enige onduidelijkheid. Naar de directe doorbraak is dan ook jurisprudentieonderzoek verricht.

Van **indirecte doorbraak** is sprake nadat een rechtspersoonbestuurder aansprakelijk gesteld wordt. In beginsel zijn bestuurders niet aansprakelijk voor schulden die ontstaan ten gevolge van het gevoerde beleid. Het bestuur kan aansprakelijk gesteld worden voor onbehoorlijk bestuur van de rechtspersoon. Op basis van bestuurdersaansprakelijkheid kan een rechtspersoonbestuurder aansprakelijk zijn. De aansprakelijkheid van de rechtspersoonbestuurder wordt 'doorgegeven' aan de bestuurder van de rechtspersoonbestuurder. Het gevolg van de indirecte doorbraak is dat door de rechtspersoonbestuurder heen wordt 'gebroken' tot bij een natuurlijke persoon uitgekomen wordt. De natuurlijke persoon is naast de rechtspersoonbestuurder aansprakelijk.

De andere vorm van doorbraak van aansprakelijkheid is de **directe doorbraak**. Bij de directe doorbraak van aansprakelijkheid (ook wel: vereenzelviging) wordt het identiteitsverschil tussen twee rechtspersonen weggedacht. Als gevolg van vereenzelviging is een rechtspersoon verantwoordelijk voor de schulden van een andere rechtspersoon. Vereenzelviging is een manier waarmee de negatieve gevolgen van misbruik van het identiteitsverschil van rechtspersonen hersteld kunnen worden. Bij misbruik van het identiteitsverschil worden meerdere rechtspersonen gebruikt om crediteuren te benadelen. Er wordt misbruik van het identiteitsverschil gemaakt door de persoon die de zeggenschap over de betrokken rechtspersonen heeft en die rechtspersonen inzet met het oogmerk om crediteuren te benadelen.

In beginsel wordt bij misbruik van het identiteitsverschil de onrechtmatige daadsactie toegepast om het misbruik te herstellen. In uitzonderlijke gevallen wordt het misbruik hersteld door toepassing van vereenzelviging. Uit de resultaten van het onderzoek blijkt dat de wijze waarop de negatieve gevolgen hersteld worden, afhankelijk is van de manier waarop misbruik gemaakt wordt. Hierna worden de verschillende vormen van misbruik van het identiteitsverschil behandeld.

Bij de **oneigenlijke doorstart** wordt de debiteur 'leeggehaald' zodat crediteuren hun vordering niet meer op die rechtspersoon kunnen verhalen. Vermogensbestanddelen worden ondergebracht in een gelieerde rechtspersoon. De betrokken personen handelen onrechtmatig en de onrechtmatige daadsactie is in beginsel de aangewezen vorm van redres.

Bij de **schijnconstructie** wordt de schijn gewekt dat vermogensbestanddelen of bedrijfsactiviteiten uit een rechtspersoon gehaald worden en ondergebracht worden in een andere rechtspersoon. Het vermogen blijft echter eigendom van de rechtspersoon. Er wordt geprobeerd de crediteur te misleiden over het eigendom van het vermogen. Vereenzelviging is de aangewezen vorm van redres bij de schijnconstructie.

Bij de **omleidingsconstructie** houdt de beheersende persoon vermogensbestanddelen bewust buiten het vermogen van de debiteur zodat crediteuren hun vordering daar niet op kunnen verhalen. De debiteur geniet echter wel de voordelen van de 'omgeleide' vermogensbestanddelen. De betrokken personen handelen onrechtmatig en de onrechtmatige daadsactie is in beginsel de aangewezen vorm van redres.

Bij **vermogensvermenging** is het vermogen van de debiteur en een andere rechtspersoon met elkaar vermengd. Crediteuren worden benadeeld omdat zij niet weten op welk vermogen zij hun vordering kunnen verhalen. De omvang van de schade van de crediteur is niet vast te stellen, waardoor de onrechtmatige daadsactie niet toepasbaar is. Vereenzelviging is de aangewezen vorm van redres bij vermogensvermenging.

Bij **maatschappelijk verwevenheid** is de debiteur verweven met een andere rechtspersoon. Voor de crediteur is niet duidelijk welke van de betrokken rechtspersonen de debiteur is en zijn vordering verhaald kan worden. De betrokken rechtspersonen handelen onrechtmatig door het verbergen van de identiteit van de debiteur en kunnen aansprakelijk gesteld worden met een onrechtmatige daadsactie. De betrokken rechtspersonen weigeren duidelijkheid te geven over de identiteit van de debiteur, zij handelen als een eenheid. Door toepassing van vereenzelviging kunnen beide rechtspersonen aansprakelijk gehouden worden voor de vordering van de crediteur.

Inhoudsopgave

SAMENVATTING - 1 -

1. INLEIDING - 5 -

- 1.1 AANLEIDING ONDERZOEK - 5 -
- 1.2 PROBLEEMANALYSE - 5 -
- 1.3 DOELSTELLING, CENTRALE VRAAG EN DEELVRAGEN - 6 -
- 1.4 ONDERZOEKSMETHODE EN VERANTWOORDING PER DEELVRAAG - 7 -

2. DOORBRAAK VAN AANSPRAKELIJKHEID - 9 -

- 2.1 BESTUURDERSAANSPRAKELIJKHEID - 10 -**
 - 2.1.1 INTERNE BESTUURDERSAANSPRAKELIJKHEID - 10 -
 - 2.1.2 EXTERNE BESTUURDERSAANSPRAKELIJKHEID - 11 -
 - 2.1.3 FEITELIJK BELEIDSBEPALER - 12 -
- 2.2 DOORBRAAK VAN AANSPRAKELIJKHEID - 14 -**
 - 2.2.1 INDIRECTE DOORBRAAK VAN AANSPRAKELIJKHEID - 14 -
 - 2.2.2 DIRECTE DOORBRAAK VAN AANSPRAKELIJKHEID - 17 -
- 2.3 TUSSENCONCLUSIE - 18 -**

3. MISBRUIK VAN HET IDENTITEITSVERSCHIL - 19 -

- 3.1 STANDAARDARRESTEN - 19 -**
 - 3.1.1 KRIJGER/CITCO - 19 -
 - 3.1.2 RAINBOW/ONTVANGER - 19 -
- 3.2 JURISPRUDENTIEANALYSE - 21 -**
 - 3.2.1 ZEGGENSCHAP - 22 -
 - 3.2.2 BENADELINGSOOGMERK - 23 -
- 3.3 TUSSENCONCLUSIE - 24 -**

4. DE AANGeweZEN VORM VAN REDRES - 25 -

- 4.1 VERMOGENSAFSCHERMING - 26 -
 - 4.1.1 ONEIGENLIJKE DOORSTART - 26 -
 - 4.1.2 SCHIJNCONSTRUCTIE - 27 -
 - 4.1.3 OMLEIDINGSCONSTRUCTIE - 29 -
- 4.2 VERMOGENSVERMENGING - 31 -
- 4.3 MAATSCHAPPELIJKE VERWEVENHEID - 33 -
- 4.4 TUSSENCONCLUSIE - 35 -**

5. CONCLUSIE EN AANBEVELINGEN - 37 -

- 5.1 CONCLUSIE - 37 -**
- 5.2 AANBEVELINGEN - 41 -**

LITERATUURLIJST - 43 -

BIJLAGEN

BIJLAGE 1. Resultaten jurisprudentieanalyse

BIJLAGE 2. Uitspraak Rb. Zwolle 24 juli 2002, ECLI:NL:RBZWO:2002:AF3673

BIJLAGE 3. Uitspraak Rb. 's-Gravenhage 8 juni 2011, 329569

BIJLAGE 4. Uitspraak Rb. Den Haag 27 september 2017, C/09/505966

1. Inleiding

1.1 Aanleiding onderzoek

Ik heb bij De Clercq advocaten stagegelopen en heb daar aansluitend enige tijd gewerkt. In deze periode heb ik onder andere te maken gehad met ondernemingsrechtelijke onderwerpen zoals bestuurdersaansprakelijkheid. Zodoende ben ik geïnteresseerd geraakt in het ondernemingsrecht. In mijn tijd bij De Clercq is er een kwestie voorbijgekomen waarin er sprake was van misbruik van het identiteitsverschil van rechtspersonen. Deze kwestie is voor de cliënt van De Clercq positief afgerond. De rechtbank oordeelde dat de wederpartij misbruik van het identiteitsverschil had gemaakt en heeft de cliënt in het gelijk gesteld. Dit onderwerp trok direct mijn aandacht. Ik ben me in dit onderwerp gaan verdiepen en kwam erachter dat er onduidelijkheid is over het onderwerp misbruik van het identiteitsverschil. Voor De Clercq was niet duidelijk onder welke omstandigheden sprake is van misbruik van het identiteitsverschil en hoe de nadelige gevolgen daarvan hersteld worden. De nadelige gevolgen die de benadeelde ondervindt van het misbruik kunnen bijvoorbeeld hersteld worden door het toepassen van een onrechtmatige daadsactie of door directe doorbraak van aansprakelijkheid. Het is onduidelijk welke oplossing van toepassing is. Bij De Clercq is veel kennis aanwezig binnen het ondernemingsrecht, er was echter behoefte aan verdieping op het gebied van de doorbraak van aansprakelijkheid en misbruik van het identiteitsverschil.

1.2 Probleemanalyse

Bestuurders hebben de taak om een rechtspersoon te vertegenwoordigen. Een bestuurder is echter niet aansprakelijk voor de schulden van de rechtspersoon. Bestuurders handelen namelijk niet namens zichzelf maar doen dit uit naam van de rechtspersoon.¹ Enkel de rechtspersoon is verantwoordelijk voor de handelingen die namens de rechtspersoon verricht zijn. Op dit uitgangspunt bestaan echter uitzonderingen. Het bestuur is gehouden zijn taak behoorlijk vervullen. Indien er sprake is van onbehoorlijk bestuur kunnen de bestuurders aansprakelijk gesteld worden.² Onbehoorlijk bestuur van een rechtspersoon kan negatieve gevolgen voor derden opleveren. Voor deze benadeelden is het van belang dat die negatieve gevolgen hersteld worden. In veel gevallen houdt dit in dat een benadeelde wil dat zijn schade vergoed wordt. Het aansprakelijk stellen van bestuurders heeft niet altijd het gewenste resultaat, bijvoorbeeld als bestuurders geen verhaal bieden. Benadeelden zullen dan andere personen dan de bestuurder aansprakelijk willen stellen. Dat is in sommige situaties mogelijk, de bestuurder is namelijk niet de enige die aansprakelijk gesteld kan worden. Door middel van *doorbraak van aansprakelijkheid* kan een andere persoon dan de bestuurder aansprakelijkheid gesteld worden.

Er zijn twee vormen van doorbraak van aansprakelijkheid, de *indirecte* en de *directe* doorbraak. Indirecte doorbraak is van toepassing op gevallen waarin de aansprakelijkgestelde bestuurder een rechtspersoon is (dus geen natuurlijke persoon), oftewel een *rechtspersoonbestuurder*. De indirecte doorbraak heeft als gevolg dat de aansprakelijkheid *doorbreekt* naar de persoon die schuilgaat achter de rechtspersoonbestuurder.

De directe doorbraak van aansprakelijkheid (ook wel *vereenzelviging*) heeft als gevolg dat het identiteitsverschil tussen twee rechtspersonen weggedacht wordt. Daarbij is een rechtspersoon aansprakelijk voor schulden van een andere rechtspersoon. De directe doorbraak is niet in de wet opgenomen maar wordt in de rechtspraak toegepast als andere oplossingen (zoals de onrechtmatige daad) niet van toepassing zijn.

¹ Asser/Maeijer & Kroeze 2-/1* 2015, nr. 55.

² Artikel 2:9 BW.

Degene die zeggenschap heeft over meerdere rechtspersonen kan misbruik maken van het identiteitsverschil van die rechtspersonen. Als gevolg van het misbruik lijden derden schade. De negatieve gevolgen van dergelijk misbruik worden in de rechtspraak hersteld door middel van de onrechtmatige daadsactie of de directe doorbraak van aansprakelijkheid. Het is echter onduidelijk welke wijze van herstel in welke situatie toegepast moet worden. Dit is namelijk afhankelijk van de omstandigheden van het geval. In de jurisprudentie wordt gesproken over de *aangewezen vorm van redres*. Daarmee wordt bedoeld wat, onder de omstandigheden, de meest toepasselijke wijze van herstel is.

Bestuurdersaansprakelijkheid is voor de opdrachtgever geen onbekend terrein, daarover wordt binnen het kantoor met regelmaat geprocedeerd. De doorbraak van aansprakelijkheid en de grote gevolgen die dat kan hebben voor de betrokken (rechts)personen, is echter minder bekend terrein. Het is voor de opdrachtgever van belang om cliënten goed te kunnen bijstaan en adviseren in deze kwesties. De opdrachtgever had behoefte aan uitbreiding van de kennis over doorbraak van aansprakelijkheid. In dit onderzoek zal onderzocht worden in hoeverre de doorbraak van aansprakelijkheid uitkomst biedt voor derden die schade ondervinden van het handelen van rechtspersonen. Het is voor benadeelden van groot belang om te weten of zij hun schade kunnen verhalen, op wie zij hun schade kunnen verhalen en op welke manier zij dit kunnen bereiken.

1.3 Doelstelling, centrale vraag en deelvragen

Het doel van dit onderzoek is om in kaart te brengen wanneer (rechts)personen aansprakelijk zijn op grond van doorbraak van aansprakelijkheid. Aan de hand van dit onderzoek kan de opdrachtgever cliënten, die met dit leerstuk te maken krijgen, adviseren. De opdrachtgever staat (rechts)personen bij die aansprakelijk gesteld worden maar ook partijen die door het handelen van rechtspersonen benadeeld worden. Het is voor de opdrachtgever waardevol om de positie van beide partijen in kaart te brengen. Benadeelden kan handvatten gegeven worden waarmee hun schade vergoed kan worden door middel van doorbraak van aansprakelijkheid. Anderzijds kunnen (rechts)personen die aansprakelijk gesteld worden, aan de hand van dit onderzoek, maatregelen treffen om aansprakelijkheid te voorkomen.

Bij de opdrachtgever heeft enige ervaring op het gebied van misbruik van het identiteitsverschil. De opdrachtgever heeft geprocedeerd in een kwestie waarin dit leerstuk naar voren kwam. In de betreffende zaak stelde de cliënt van de opdrachtgever, de wederpartij aansprakelijk voor schade als gevolg van misbruik van het identiteitsverschil. Deze uitspraak zal meegenomen worden in de jurisprudentieanalyse. Ondanks dat de opdrachtgever daarin proceservaring heeft, bestaat de behoefte om meer duiding omtrent misbruik van het identiteitsverschil. Aan de hand van dit onderzoek zal de opdrachtgever een completer beeld gegeven van dit leerstuk.

Centrale vraag

Wat kan De Clercq geadviseerd worden over de mogelijkheid dat een (rechts)persoon aansprakelijk gesteld wordt op grond van doorbraak van aansprakelijkheid, aan de hand van wetsanalyse, literatuur- en jurisprudentieonderzoek?

Kennisvraag

Onder welke omstandigheden kan een natuurlijke persoon of rechtspersoon aansprakelijk gesteld worden op grond van doorbraak van aansprakelijkheid?

Deelvragen

1. *Wanneer is er sprake van doorbraak van aansprakelijkheid, op basis van wetsanalyse en literatuuronderzoek?*

2. *Onder welke omstandigheden wordt misbruik gemaakt van het identiteitsverschil van rechtspersonen, op basis van literatuur- en jurisprudentieonderzoek?*
3. *Welke vorm van redres is van toepassing bij misbruik van het identiteitsverschil van rechtspersonen, op basis van jurisprudentieonderzoek?*

1.4 Onderzoeksmethode en verantwoording per deelvraag

Deelvraag 1

Wanneer is er sprake van doorbraak van aansprakelijkheid, op basis van wetsanalyse en literatuuronderzoek?

Bij de eerste deelvraag zal wetsanalyse en literatuuronderzoek verricht worden. De gemiddelde lezer zal niet direct een helder beeld hebben bij het onderwerp van deze scriptie. De lezer zal uitgebreid geïnformeerd worden over het onderwerp en de belangen die daarbij spelen.

In de eerste deelvraag wordt de basis van het onderzoek gelegd, daarin wordt beschreven in welke gevallen sprake is van doorbraak van aansprakelijkheid. De twee vormen van doorbraak van aansprakelijkheid (zijnde: indirecte en directe doorbraak) zullen behandeld worden. De directe doorbraak van aansprakelijkheid wordt in de tweede en derde deelvraag nader onderzocht aan de hand van de jurisprudentie. Naar de indirecte doorbraak van aansprakelijkheid zal geen jurisprudentieonderzoek verricht worden. De indirecte doorbraak is (in tegenstelling tot de directe doorbraak) opgenomen in de wet. Binnen de rechtspraak spelen geen grote onduidelijkheden die het onderzoeken waard zijn en toegevoegde waarde hebben voor dit onderzoek.

Deelvraag 2

Onder welke omstandigheden wordt misbruik gemaakt van het identiteitsverschil van rechtspersonen, op basis van literatuur- en jurisprudentieonderzoek?

In de tweede deelvraag zal onderzocht worden onder welke omstandigheden er misbruik van het identiteitsverschil gemaakt wordt. Bij deze deelvraag zal de literatuur en jurisprudentie onderzocht worden om een beeld te krijgen van de omstandigheden die ten grondslag liggen aan misbruik van het identiteitsverschil. Uit het standaardarrest *Rainbow/Ontvanger*³ blijkt dat misbruik van het identiteitsverschil drie belangrijke elementen heeft, zijnde: of er sprake is van (i) volledige of overheersende zeggenschap over meerdere rechtspersonen, (ii) het oogmerk crediteuren te benadelen en (iii) wat de meest aangewezen vorm van redres is. De eerste twee elementen zullen in deze deelvraag onderzocht worden. Het derde element, de meest aangewezen vorm van redres, wordt in de derde deelvraag behandeld.

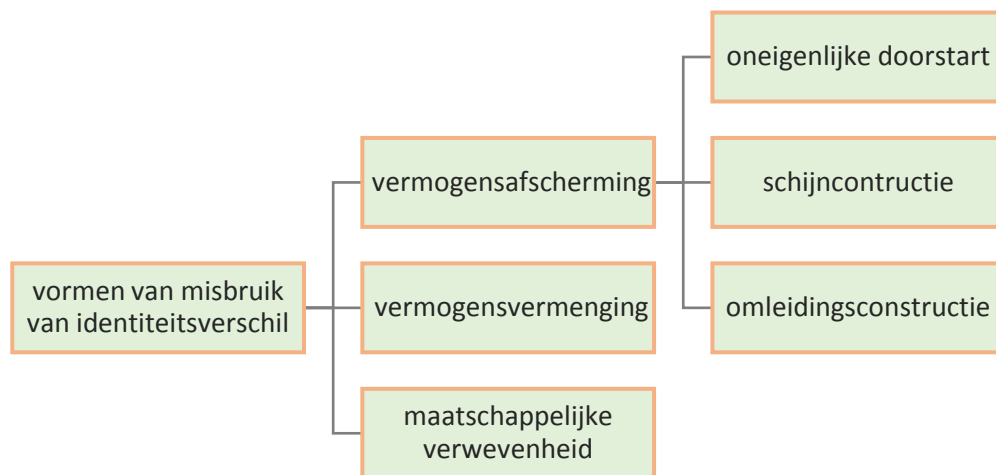
Deelvraag 3

Welke vorm van redres is van toepassing bij misbruik van het identiteitsverschil van rechtspersonen, op basis van jurisprudentieonderzoek?

In de derde deelvraag zal literatuur- en jurisprudentieonderzoek verricht worden. Aan de hand van de jurisprudentie zal een beeld schetst worden wat bij misbruik van het identiteitsverschil de meest aangewezen vorm van redres is. Uit de literatuur blijkt dat er verschillende vormen van misbruik van het identiteitsverschil zijn, zijnde: vermogensafscherming, vermogensvermenging en maatschappelijke verwevenheid. Vermogensafscherming is onder te verdelen in drie verschillende vormen: de oneigenlijke doorstart, de schijnconstructie en de omleidingsconstructie (zie

³ HR 13 oktober 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA7480.

onderstaande figuur).⁴ Aan de hand van deze vormen van misbruik zal in de derde deelvraag jurisprudentieonderzoek verricht worden.



Jurisprudentieonderzoek

Bij het onderzoeken van de jurisprudentie wordt gebruikgemaakt van topics. De topics zijn de gezichtspunten die rechters meenemen bij het maken van een beslissing. Aan de hand van de topics worden de uitspraken vergeleken en wordt de onderzochte jurisprudentie geanalyseerd.

De topics die bij deelvraag 2 gebruikt worden zijn de elementen van misbruik van het identiteitsverschil, zijnde:

- de zeggenschap;
- het benadelingsoogmerk.

De topics die bij deelvraag 3 gebruikt worden zijn de verschillende vormen van misbruik van het identiteitsverschil, zijnde:

- vermogensafscherming;
 - oneigenlijke doorstart;
 - schijnconstructie;
 - omleidingsconstructie;
- vermogensvermenging;
- maatschappelijke verwevenheid.

In bijlage 1 zijn de onderzochte uitspraken opgenomen. In de tabel is een korte weergave van de inhoud van de uitspraak gegeven. Tevens zijn de topics opgenomen aan de hand waarvan de jurisprudentie in deelvraag 2 en 3 geanalyseerd wordt. De analyse van deelvraag 2 is opgenomen in hoofdstuk 3. Deelvraag 3 wordt behandeld in hoofdstuk 4.

⁴ Elbers 2014, p. 93.

2. Doorbraak van aansprakelijkheid

In dit hoofdstuk zal de doorbraak van aansprakelijkheid bekeken worden aan de hand van de wet en de literatuur. Het doel van dit hoofdstuk is om een compleet beeld te schetsen van de verschillende vormen van doorbraak van aansprakelijkheid. Om de doorbraak van aansprakelijkheid te behandelen zullen eerst enkele ondernemingsrechtelijke onderwerpen besproken worden, zoals rechtspersoonlijkheid en bestuurdersaansprakelijkheid. Vragen als: “Wat is doorbraak van aansprakelijkheid?”, “Welke vormen van doorbraak van aansprakelijkheid zijn er?” en “Wie kan aansprakelijk gesteld worden op grond van doorbraak van aansprakelijkheid?” zullen in dit hoofdstuk behandeld worden. In dit hoofdstuk wordt de volgende deelvraag beantwoord: *Wanneer is er sprake van doorbraak van aansprakelijkheid, op basis van wetsanalyse en literatuuronderzoek?*

De ontwikkeling van de besloten vennootschap heeft wereldwijd een grote impact gehad op het bedrijfsleven. Nicholas Butler, Nobelprijswinnaar en president van Columbia University, beschreef de ontdekking van de ondernemingsvorm in 1911 als volgt: *“The limited liability corporation is the greatest single discovery of modern times. Even steam and electricity are less important than the limited liability company.”*⁵ In Nederland zijn de gevolgen van de opkomst van internationaal opererende ondernemingen eveneens bekend met de opkomst van de VOC en de florierende economie tijdens de Gouden Eeuw. In 2006 haalde toenmalig minister-president Jan-Peter Balkenende op onhandige wijze de, achteraf gezien allesbehalve smetvrije, geschiedenis van de VOC aan: *“Laten we blij zijn met elkaar! Laten wij optimistisch zijn! Laten we zeggen: Nederland kan het weer! Die VOC-mentaliteit, over grenzen heen kijken, dynamiek! Toch?”*⁶ De ophef over deze uitspraak daargelaten, dat de VOC wereldwijd de eerste naamloze vennootschap was, toont de eeuwenlange aanwezigheid van de Nederlandse handelsgeest.⁷

De Nederlandse wet kent verschillende ondernemingsvormen die allemaal specifieke eigenschappen hebben. Welke ondernemingsvorm het meest van toepassing is, is afhankelijk van het doel van de onderneming. De besloten vennootschap en de naamloze vennootschap zijn ondernemingsvormen die rechtspersoonlijkheid bezitten.⁸ Ondernemingen met rechtspersoonlijkheid (rechtspersonen) kunnen zelfstandig rechten en plichten aangaan. Een rechtspersoon kan bijvoorbeeld vermogen bezitten of overeenkomsten aangaan, zoals het sluiten van een koopovereenkomst. Tegenover de rechtspersoon staat de natuurlijke persoon, wat een persoon van vlees en bloed is. De beslissingen die een rechtspersoon neemt worden namens de rechtspersoon door natuurlijke personen genomen. De rechten en plichten die daaruit ontstaan komen toe aan de rechtspersoon. In beginsel kunnen de natuurlijke personen achter een rechtspersoon niet aangekeken worden voor de schulden van een rechtspersoon. De bestuurders, die feitelijk de rechtspersoon leiden, handelen ten slotte niet voor en namens zichzelf maar doen dit uit naam van de rechtspersoon.⁹ Naast de ondernemingsvormen met rechtspersoonlijkheid, zijn er ook ondernemingsvormen die geen rechtspersoonlijkheid hebben, zoals de eenmanszaak en de vennootschap onder firma. De natuurlijke personen achter deze ondernemingen zijn *wel* persoonlijk aansprakelijk voor de schulden van de onderneming.

⁵ Kroeze, Timmerman & Wezeman 2017, p. 3.

⁶ *Handelingen II* 2006/07, nr. 6, p. 280.

⁷ Den Heijer 2005.

⁸ Alle ondernemingsvormen met rechtspersoonlijkheid zijn opgenomen in artikel 2:3 BW.

⁹ Asser/Maeijer & Kroeze 2-1* 2015, nr. 55.

2.1 Bestuurdersaansprakelijkheid

De natuurlijke personen die schuilgaan achter een rechtspersoon zijn in beginsel niet aansprakelijk voor de schulden van de rechtspersoon. In uitzonderlijke gevallen kunnen natuurlijke personen aansprakelijk gesteld worden. De natuurlijke persoon die het grootste risico loopt om persoonlijk aansprakelijk gesteld te worden is de bestuurder, doe draagt namelijk veel verantwoordelijkheden binnen de rechtspersoon.

Het beleid van rechtspersonen wordt bepaald door het bestuur. Het bestuur is aangesteld om de rechtspersoon te vertegenwoordigen en draagt de verantwoordelijkheid voor de algemene gang van zaken (zie artikel 2:9 BW). Bestuurders moeten, bij het uitvoeren van hun taken, de belangen van de rechtspersoon in ogen houden en bijdragen aan het voortbestaan van de rechtspersoon. Deze verplichtingen voor het bestuur komen in de vaste rechtspraak tot uitdrukking, zie onder andere het arrest *Roovers/Cancun Holding I*¹⁰ van de Hoge Raad:

“Bij de vervulling van hun taak dienen de bestuurders zich naar het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming te richten (vgl. thans art. 2:239 lid 5 BW). Wat dat belang inhoudt, hangt af van de omstandigheden van het geval. Indien aan de vennootschap een onderneming is verbonden, wordt het vennootschapsbelang in de regel vooral bepaald door het bevorderen van het bestendige succes van deze onderneming.”

2.1.1 Interne bestuurdersaansprakelijkheid

Het bestuur heeft de plicht om zijn taak behoorlijk te vervullen. Iedere bestuurder is tegenover de rechtspersoon verantwoording verschuldigd voor het gevoerde beleid.¹¹ Indien het bestuur nalaat haar taak behoorlijk te vervullen, is er sprake van *onbehoorlijk bestuur*. Een individuele bestuurder of het bestuur als geheel kan dan intern aansprakelijk gesteld worden. Interne bestuurdersaansprakelijkheid wil zeggen dat een bestuurder aansprakelijk gesteld wordt door een orgaan van de rechtspersoon. Verschillende organen binnen een rechtspersoon kunnen het bestuur aansprakelijk stellen. Op het beleid van het bestuur wordt intern toezicht gehouden. Door welk orgaan binnen de rechtspersoon toezicht uitgeoefend wordt, is afhankelijk van de soort vennootschap en hoe deze ingedeeld is. Organen die toezicht uit kunnen oefenen zijn: de Algemene Vergadering van Aandeelhouders, de Raad van Commissarissen, de Ondernemingsraad of (binnen een one-tier-board) de niet-uitvoerende bestuurders.

Het staat het bestuur vrij om het beleid van de rechtspersoon te bepalen, het bestuur heeft de vrijheid om keuzes te maken. Het beleid kan negatief voor de rechtspersoon uitpakken. Faillissement van de rechtspersoon kan het gevolg zijn. Dat het beleid negatieve gevolgen heeft, maakt niet per se dat het bestuur aansprakelijk is. In de rechtspraak wordt hiermee rekening gehouden, het bestuur krijgt de ruimte om keuzes te maken. Uiteenlopende handelingen kunnen ten grondslag liggen aan het onbehoorlijke bestuur van een rechtspersoon. Interne aansprakelijkstelling van bestuurders komt in veel gevallen voor als een bestuurder ontslagen is, nadat een orgaan van de vennootschap op het spoor is gekomen van beslissingen die de rechtspersoon niet ten goede komen. Er moet een hoge drempel genomen worden om een bestuurder aansprakelijk te stellen.¹² De bestuurder moet namelijk een ernstig verwijt gemaakt kunnen worden.¹³ Of er sprake is van ernstig verwijtbaar handelen wordt beoordeeld aan de hand van alle omstandigheden. Omstandigheden die meegenomen worden in de beoordeling van het handelen van bestuurders zijn onder andere: de

¹⁰ HR 4 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:799.

¹¹ Van Schilfgaarde 2017, p. 202.

¹² HR 20 juni 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC4959.

¹³ Stolp 2013.

aard van de activiteiten van de rechtspersoon, de in het algemeen daaruit voortvloeiende risico's, de taakverdeling binnen het bestuur, de eventueel voor het bestuur geldende richtlijnen en de gegevens waarover de bestuurder beschikte of behoorde te beschikken ten tijde van de beslissingen.¹⁴ Een specifiek geval waarin bestuurders aansprakelijk gesteld kunnen worden, is opgenomen in artikel 2:216 lid 3 BW. De winst die ondernemingen behalen kan aan aandeelhouders uitgekeerd worden in de vorm van dividend. Het bestuur moet dividenduitkeringen goedkeuren. Als een dividenduitkering de continuïteit van een rechtspersoon in gevaar brengt, is het bestuur daarvoor aansprakelijk. Op grond van dit artikel zijn bestuurders aansprakelijk voor het tekort dat ontstaat als gevolg van een dividenduitkering.

Elke individuele bestuurder is verantwoordelijk voor het gezamenlijke beleid van het bestuur. Bestuurders hebben de mogelijkheid om aan te tonen dat zij geen aandeel hadden in het onbehoorlijke bestuur, oftewel zich te *disculperen* (artikel 2:9 lid 2 BW). Bestuurders disculperen zich met succes als zij aan kunnen tonen dat hen geen ernstig verwijt kan worden gemaakt. Of een bestuurder een ernstig verwijtbaar gehandeld heeft, is onder andere afhankelijk van de taakverdeling binnen het bestuur. Een technisch directeur zal niet snel blaam treffen voor onbehoorlijk bestuur binnen het domein van de financieel directeur, simpelweg omdat hij geen wetenschap heeft van de onbehoorlijke taakvervulling en niet de mogelijkheid heeft gehad om de ontstane schade te voorkomen of beperken. Een bestuurder die op de hoogte is van onbehoorlijk bestuur, heeft de verplichting om dit te voorkomen of de gevolgen te beperken.

2.1.2 Externe bestuurdersaansprakelijkheid

Bestuurders kunnen, naast de aansprakelijkstelling door de rechtspersoon, tevens door externe partijen aansprakelijk gesteld worden. De aansprakelijkstelling door externe partijen is in veel gevallen het gevolg van het onbetaald laten van crediteuren. Het feit dat rechtspersonen een afgescheiden vermogen hebben, stelt bestuurders in staat om zonder terughoudendheid te ondernemen. Het risico ligt bij de rechtspersoon, niet bij de bestuurder zelf. Het is mogelijk dat bestuurders misbruik maken van de rechtspersoonlijkheid. Zij kunnen de schulden van de rechtspersoon op laten lopen of zichzelf een riant salaris toe te kennen. Als gevolg kan de rechtspersoon failliet gaan. De crediteuren blijven achter met een vordering die niet meer op de rechtspersoon te verhalen is, terwijl de bestuurder zonder kleerscheuren de deur achter zich dicht trekt. Als de bestuurder daarbij ernstig verwijtbaar handelt, kan hij aansprakelijk gesteld worden door de crediteuren.

Buiten faillissement

Bestuurders kunnen na faillissement van de rechtspersoon aansprakelijk gesteld worden, maar ook buiten faillissement lopen zij het risico aansprakelijk gesteld te worden. De aansprakelijkheidstelling buiten faillissement is mogelijk indien onrechtmatig gehandeld is tegenover crediteuren (op grond van artikel 6:162 BW).¹⁵ In het richtinggevend arrest *Ontvanger/Roelofsen*¹⁶ is geoordeeld dat een bestuurder aansprakelijk gesteld kan worden wegens onrechtmatig handelen indien de bestuurder een persoonlijk ernstig verwijt gemaakt kan worden.¹⁷ De Hoge Raad maakt in *Ontvanger/Roelofsen* onderscheid tussen twee categorieën verwijtbaar handelen. Het verwijtbare handelen kan ten eerste bestaan uit het aangaan van verplichtingen waarvan van tevoren duidelijk is dat deze niet nagekomen kunnen worden.¹⁸ Om een dreigend faillissement te voorkomen kunnen bestuurders risico's nemen door bijvoorbeeld een lening af te sluiten, opdrachten aan te nemen of op een andere

¹⁴ HR 10 januari 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2243.

¹⁵ Kroeze, Timmerman & Wezeman 2017, p. 187.

¹⁶ HR 8 december 2006, ECLI:NL:HR:2006:AZ0758.

¹⁷ Kroeze, Timmerman & Wezeman 2017, p. 187.

¹⁸ De zogeheten *Beklamel*-norm, afgeleid van het *Beklamel*-arrest: HR 6 oktober 1989, ECLI:NL:HR:1989:AB9521.

wijze financiële middelen te verkrijgen. Als bestuurders onverantwoorde risico's nemen en daarmee crediteuren benadelen, is er sprake van verwijtbaar handelen.¹⁹ De tweede categorie van verwijtbaar handelen, die externe aansprakelijkheidstelling tot gevolg kan hebben, is het onterecht onbetaald laten van crediteuren. Deze wijze van verwijtbaar handelen lijkt op de eerste categorie. Het verschil is dat bij deze categorie vorderingen van crediteuren doelbewust onbetaald gelaten worden.²⁰ De bestuurder handelt onrechtmatig door het verhaal van crediteuren te frustreren. Voorbeelden van het doelbewust onbetaald laten zijn het selectief betalen van crediteuren waardoor andere schuldeisers benadeeld worden, weigeren de verplichtingen te voldoen wegens betalingsonwil of bij de schuldeiser onterecht de schijn wekken dat de verplichtingen voldaan kunnen worden.²¹

Binnen faillissement

Na het faillissement van een rechtspersoon wordt een curator aangesteld. De curator heeft de taak om het faillissement af te wikkelen en daarbij zo veel mogelijk geld te verzamelen om de vorderingen van de crediteuren te voldoen. Indien dat in het belang van de crediteuren is, kan de curator bestuurders aansprakelijk stellen voor de schulden van de rechtspersoon. In artikel 2:248 (voor de B.V.) en 2:138 (voor de N.V.) BW is opgenomen dat bestuurders aansprakelijk zijn voor de schulden van de rechtspersoon indien er sprake is van onbehoorlijk bestuur en dit een belangrijke oorzaak van het faillissement is. De curator moet dus aantonen dat er sprake is van onbehoorlijk bestuur, maar ook dat dit geleid heeft tot het faillissement van de rechtspersoon. Er is sprake van onbehoorlijke taakvervulling als geen redelijk denkend bestuurder onder dezelfde omstandigheden op dezelfde wijze gehandeld zou hebben.²² Onbehoorlijke taakvervulling kan bestaan uit het onttrekken van geld aan de rechtspersoon of het aangaan van een overeenkomst waarvan van tevoren duidelijk was dat deze niet nagekomen kon worden. Of er sprake is van een onbehoorlijke taakvervulling is afhankelijk van de omstandigheden van het geval.²³ In de wet zijn twee specifieke situaties opgenomen waarbij sprake is van onbehoorlijk bestuur en het vermoeden bestaat dat dit een belangrijke oorzaak van het faillissement is. Rechtspersonen zijn verplicht om een administratie bij te houden en jaarlijks de jaarrekening te deponeren.²⁴ Als niet aan een van deze verplichtingen is voldaan, dan wordt het bestuur geacht onbehoorlijk haar taak vervuld te hebben.²⁵ Het is vervolgens aan de bestuurders om aan te tonen dat het nalaten aan deze verplichting te voldoen, geen invloed op het faillissement van de rechtspersoon heeft gehad.

2.1.3 Feitelijk beleidsbepaler

Het beleid van rechtspersonen wordt in beginsel bepaald door het bestuur. Het bestuur is dan ook het orgaan dat aansprakelijk gehouden wordt bij onbehoorlijk bestuur van de rechtspersoon. Het is echter mogelijk dat niet het bestuur, maar een ander orgaan het beleid bepaalt. Zo kan bijvoorbeeld een commissaris of een aandeelhouder degene zijn die feitelijk het beleid van de rechtspersoon bepaalt. Bij sommige gronden²⁶ voor bestuurdersaansprakelijkheid is in de wet opgenomen dat de *feitelijk beleidsbepaler* gelijkgesteld wordt met een bestuurder. Het gevolg hiervan is dat de feitelijk beleidsbepaler aansprakelijk gesteld kan worden voor het onbehoorlijke bestuur van de rechtspersoon. Een orgaan handelt als feitelijk beleidsbepaler als aan twee voorwaarden is voldaan: ten eerste moet sprake zijn van directe bemoeienis met het bestuur, ten tweede moet de wil aan het bestuur opgelegd worden.²⁷ De feitelijk beleidsbepaler maakt gebruik van een machtspositie om de

¹⁹ Van Schilfgaarde 2017, p. 215.

²⁰ Kroeze, Timmerman & Wezeman 2017, p. 189.

²¹ Van Schilfgaarde 2017, p. 215.

²² HR 8 juni 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB2053.

²³ HR 23 november 2001, ECLI:NL:HR:2001:AD4508.

²⁴ Artikel 2:10 en 2:394 BW.

²⁵ Artikel 2:138/248 jo 2:10 en 2:394 BW.

²⁶ Zie artikel 2:207 lid 3, 2:216 lid 4 en 2:138/248 lid 7 BW.

²⁷ Concl. A-G L. Timmerman, ECLI:NL:PHR:2011:BQ8104, bij HR 2 september 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ8104.

leiding te nemen en het beleid van de rechtspersoon te bepalen. De feitelijk beleidsbepaler kan, anders dan de bestuurder, zijn: een commissaris, een individuele aandeelhouder of de moedermaatschappij.²⁸

Sinds de invoering van de Flexwet in 2011²⁹ bestaat de mogelijkheid dat rechtspersonen een *one-tier-bestuur* hebben. In een dergelijk bestuur nemen uitvoerende en niet-uitvoerende bestuurders plaats. De niet-uitvoerende bestuurders hebben een toezichthoudende functie, net als bijvoorbeeld commissarissen. In tegenstelling tot commissarissen, nemen de niet-uitvoerende bestuurders zitting in het bestuur. In vergelijking met commissarissen zijn niet-uitvoerende bestuurders daarmee actiever betrokken bij de besluitvorming van de rechtspersoon en dragen meer verantwoordelijkheid voor het gevoerde beleid.³⁰ De niet-uitvoerende bestuurder kan, net als de uitvoerende bestuurder, aansprakelijk gesteld worden voor het onbehoorlijke bestuur van de rechtspersoon. Het bestuur is tenslotte in zijn geheel aansprakelijk voor het gevoerde beleid van de rechtspersoon. Niet-uitvoerende bestuurders lopen daarmee een groter risico om aansprakelijk gesteld te worden dan andere toezichthoudende organen. Het is moeilijker voor een niet-uitvoerende bestuurder om zich te disculperen, in veel gevallen hebben zij bijgedragen aan het onbehoorlijke bestuur van de rechtspersoon.³¹

²⁸ *Kamerstukken II*, 1983/84, 16 631, nr. 6, p. 23-24 (MvA).

²⁹ *Staatsblad* 2011, 275.

³⁰ *Kamerstukken II*, 2008/09, 31 763, nr. 3, p. 15 (MvT).

³¹ Van Schilfgaarde 2017, p. 205.

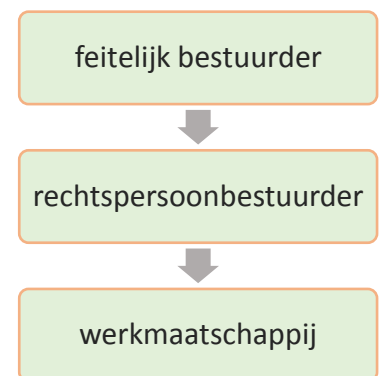
2.2 Doorbraak van aansprakelijkheid

Door het handelen van rechtspersonen kunnen betrokkenen benadeeld worden. De benadeelden kunnen bijvoorbeeld schade ondervinden ten gevolge van onbehoorlijk bestuur van een rechtspersoon. Het aansprakelijk stellen van het bestuur levert echter niet altijd de gewenste resultaten. Een oplossing voor dergelijke onrechtvaardige situaties kan de *doorbraak van aansprakelijkheid* zijn. Bij doorbraak van aansprakelijkheid wordt door een rechtspersoon heen 'gebroken' naar de achterliggende (rechts)persoon. De aansprakelijkheid wordt doorgegeven aan de achterliggende (rechts)persoon. Met de doorbraak kan misbruik van rechtspersonen voorkomen worden omdat de achterliggende (rechts)persoon zich niet kan verschuilen achter de rechtspersoon.

2.2.1 Indirecte doorbraak van aansprakelijkheid

In Nederland is het mogelijk dat een rechtspersoon niet bestuurd wordt door een natuurlijk persoon, een persoon van vlees en bloed, maar door rechtspersoon.³² Een rechtspersoon die het bestuur vormt, wordt een *rechtspersoonbestuurder* genoemd. Deze situatie is in onderstaand figuur weergegeven: de werkmaatschappij (de rechtspersoon die feitelijk de werkzaamheden uitvoert) wordt bestuurd door de rechtspersoonbestuurder. De rechtspersoonbestuurder wordt op zijn beurt weer bestuurd door de feitelijk bestuurder.

Voor betrokkenen, die benadeeld worden door een rechtspersoon, is voornamelijk van belang dat hun schade vergoed wordt, ongeacht door wie de schade vergoed wordt. Benadeelden kunnen de bestuurder van een rechtspersoon aansprakelijk stellen. Als een rechtspersoon bestuurd wordt door een rechtspersoonbestuurder (zoals in de figuur hiernaast), is het onzeker of die de schade kan vergoeden. Rechtspersoonbestuurders doen vaak dienst als holding (of in het Nederlands: houdstermaatschappij). Het komt zeer regelmatig voor dat dit lege rechtspersonen zijn, die geen of amper bezittingen hebben. Rechtspersoonbestuurders zullen vaak geen verhaal bieden, zij hebben niet de middelen om de schade van de benadeelde te vergoeden. Rechtspersoonbestuurders worden meestal bestuurd door een of meerdere natuurlijke personen die feitelijk het bestuur voeren (zie de figuur hierboven). Het is voor benadeelden gunstiger om de natuurlijk persoon, die schuilgaat achter de rechtspersoonbestuurder, aansprakelijk te stellen. De kans is groter dat een natuurlijke persoon verhaal biedt. Door *indirecte doorbraak van aansprakelijkheid* wordt voorkomen dat de natuurlijke persoon (die schuilgaat achter de rechtspersoonbestuurder) vrijuit gaat. De natuurlijke persoon is bestuurder van de rechtspersoonbestuurder en daarmee bestuurt hij feitelijk ook de onderliggende werkmaatschappij.



In artikel 2:11 BW is de indirecte doorbraak van aansprakelijkheid opgenomen:

“De aansprakelijkheid van een rechtspersoon als bestuurder van een andere rechtspersoon rust tevens hoofdelijk op ieder die ten tijde van het ontstaan van de aansprakelijkheid van de rechtspersoon daarvan bestuurder is.”

In bovenstaand wetsartikel is opgenomen dat de aansprakelijkheid van een rechtspersoonbestuurder, doorgeleidt wordt naar de bestuurder van de rechtspersoonbestuurder.³³ De doorbraak heeft als gevolg dat de natuurlijke persoon achter de rechtspersoonbestuurder, naast de rechtspersoon aansprakelijk is. Dit wetsartikel voorkomt dat bestuurders aansprakelijkheid

³² Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-*Ila* 2009, nr. 476.

³³ Kamerstukken II, 1980/81, 16 631, nr. 3, p. 2 (MvT).

kunnen ontlopen door een rechtspersoonbestuurder tussen zichzelf en de werkmaatschappij te schuiven.³⁴

Stapelen van rechtspersonen

Er worden ingewikkelde concerns gecreëerd door het *stapelen* van rechtspersonen. Onder een moedervennootschap kunnen meerdere dochtervennootschappen gehangen worden. Onder elke dochtervennootschap kunnen vervolgens ook weer meerdere dochtervennootschappen hangen. Zo kan men oneindig doorgaan met het stapelen van rechtspersonen. Op deze wijze wordt als ware een 'kerstboom' van rechtspersonen gevormd. Het opzetten van dergelijke concerns kan een rookgordijn opwerpen waardoor benadeelden niet weten bij welke rechtspersoon zij hun schade moeten verhalen. De bestuurder van de moedervennootschap, die bovenaan de 'kerstboom' staat, is in veel gevallen degene die feitelijk het bestuur van het gehele concern voert. Op grond van artikel 2:11 BW kan de aansprakelijkheid door rechtspersoonbestuurders heen 'breken' tot bij de feitelijk bestuurder uitgekomen wordt. Daarmee wordt voorbijgegaan aan het rookgordijn en degene die bovenaan de 'kerstboom' staat aansprakelijk gesteld voor de schulden van een dochtervennootschap.

Moedervernootschap

Een moedervennootschap kan invloed uitoefenen op het handelen van dochtervennootschappen. De beslissingen van de moedervennootschap kunnen gevolgen hebben voor crediteuren van de dochtervennootschap. De moedervennootschap heeft een zorgplicht tegenover de crediteuren van dochtervennootschappen, de moeder moet de belangen van de crediteuren in acht nemen. Bij het handelen in strijd met de zorgplicht, wordt onrechtmatig gehandeld tegenover de schuldeisers van de dochtervennootschap.³⁵ Dit onrechtmatige handelen kan bestaan uit het actief schade veroorzaken bij crediteuren. Ook het nalaten op te treden waardoor crediteuren benadeeld worden kan de moeder aangerekend worden.³⁶ De moeder kan als gevolg aansprakelijk gesteld worden voor de schulden van de dochter. De moedervennootschap wordt aansprakelijk gehouden vanwege het eigen onrechtmatige handelen, ook al zijn de schulden aangegaan door de dochtervennootschap. Veelvoorkomende gronden voor deze doorbraak van aansprakelijkheid is het selectief betalen van schuldeisers van de dochtervennootschap, het onrechtmatig uitbetalen van dividend,³⁷ het onterecht wekken van schijn van kredietwaardigheid bij crediteuren en het voortzetten van activiteiten van een dochtervennootschap met de wetenschap dat crediteuren daardoor benadeeld worden.³⁸ De aansprakelijkheid van de moeder is afhankelijk van de mate waarin zij inzicht en zeggenschap heeft in het bestuur van de dochter en in hoeverre geprobeerd is de schade van de crediteuren te beperken.³⁹

Doorbraak van aansprakelijkheid bij onrechtmatig handelen

De indirecte doorbraak van aansprakelijkheid uit artikel 2:11 BW kan gezien worden als een 'doorgeefluik' van bestuurdersaansprakelijkheid. De aansprakelijkheid van de rechtspersoonbestuurder wordt doorgegeven aan de achterliggende bestuurder. Voordat de aansprakelijk door kan breken, moet de rechtspersoonbestuurder aansprakelijk gesteld zijn. In boek 2 van het Burgerlijk Wetboek zijn gronden voor bestuurdersaansprakelijkheid opgenomen. De voornaamste gronden zijn opgenomen in artikel 2:9 en 2:248/2:138 BW. In artikel 2:9 BW is opgenomen dat de bestuurder tegenover de rechtspersoon aansprakelijk is indien er sprake is van onbehoorlijke taakvervulling. In artikel 2:248/138 is opgenomen dat een bestuurder aansprakelijk is tegenover schuldeisers voor onbehoorlijke taakvervulling indien dit het faillissement van de

³⁴ Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-*Ila* 2009, nr. 476.

³⁵ HR 11 september 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH4033.

³⁶ HR 21 december 2001, ECLI:NL:HR:2001:AD4499.

³⁷ Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-*II** 2009, nr. 841 e.v.

³⁸ Tros 2009.

³⁹ HR 25 september 1981, ECLI:NL:HR:1981:AG4232.

rechtspersoon tot gevolg heeft. Binnen de rechtspraak is lange tijd onduidelijk geweest of artikel 2:11 BW van toepassing is bij aansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad. De Hoge Raad heeft deze onduidelijkheid in 2017 weggenomen. In het arrest van 17 februari 2017⁴⁰ is bevestigd dat de aansprakelijkheid van een rechtspersoonbestuurder op grond van onrechtmatige daad door kan breken via artikel 2:11 BW. De Hoge Raad oordeelde als volgt:

“[A]rt. 2:11 BW [is] van toepassing (...) in alle gevallen waarin een rechtspersoon in zijn hoedanigheid van bestuurder aansprakelijk is op grond van de wet. Daaronder valt ook de aansprakelijkheid van een rechtspersoon-bestuurder die is gebaseerd op art. 6:162 BW. Deze aansprakelijkheid rust dan tevens hoofdelijk op ieder die ten tijde van het ontstaan van de aansprakelijkheid van een rechtspersoon-bestuurder daarvan bestuurder is. Dit betekent dat voor vestiging van de aansprakelijkheid van een bestuurder van een rechtspersoon-bestuurder niet de aanvullende eis geldt dat de schuldeiser stelt, en zo nodig bewijst, dat ook die bestuurder persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt.”

Om een bestuurder aansprakelijk te stellen voor een onrechtmatige daad moet voldaan zijn aan de rechtsvoorwaarden uit artikel 6:162 BW, zijnde: onrechtmatige handeling, schade, causaal verband en toerekenbaarheid. De rechtspersoonbestuurder handelt onrechtmatig als aan deze voorwaarden voldaan wordt. De aansprakelijkheid breekt vervolgens door naar het bestuur van de rechtspersoonbestuurder. Het gevolg van deze uitspraak is dat gehele bestuur van de rechtspersoonbestuurder aansprakelijk is. Van de achterliggende bestuurders hoeft niet aangetoond te worden dat zij *zelf* onrechtmatig gehandeld hebben. In plaats daarvan moeten de bestuurders aantonen dat zij *niet* onrechtmatig gehandeld hebben, om aansprakelijkheid te voorkomen.⁴¹

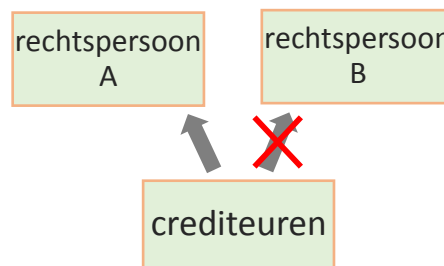
⁴⁰ HR 17 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:275.

⁴¹ HR 17 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:275, Arons & Hanegraaf 2018.

2.2.2 Directe doorbraak van aansprakelijkheid

De indirecte doorbraak van aansprakelijkheid moet onderscheiden worden van de directe doorbraak van aansprakelijkheid. De directe doorbraak van aansprakelijkheid (ook wel vereenzelviging) kan door rechters toegepast worden om gevolgen voor benadeelden te herstellen.⁴² Bij de toepassing van vereenzelviging wordt het identiteitsverschil tussen twee rechtspersoon weggedacht. Het gevolg is dat een handeling van een rechtspersoon wordt toegerekend aan een andere rechtspersoon.⁴³ Er wordt daarbij voorbijgegaan aan de rechtspersoonlijkheid van de betrokken rechtspersonen.

De enge toepassing van rechtspersoonlijkheid kan in de praktijk onbillijke gevolgen hebben voor betrokkenen. De rechtspersoonlijkheid kan misbruikt worden om betrokkenen te benadelen. Een voorbeeld aan de hand van onderstaand figuur: Rechtspersoon A kan niet voldoen aan de verplichtingen van crediteuren. Rechtspersoon A wordt leeggehaald, de nog aanwezige goederen worden ondergebracht in rechtspersoon B. Rechtspersoon A gaat failliet. De crediteuren kunnen hun vordering enkel op rechtspersoon A verhalen. Door het identiteitsverschil tussen rechtspersoon A en rechtspersoon B kunnen de crediteuren hun vordering niet verhalen op de goederen die ondergebracht zijn in rechtspersoon B.



In bovengenoemd voorbeeld wordt het identiteitsverschil tussen rechtspersoon A en rechtspersoon B misbruikt om crediteuren te benadelen. Door toepassing van vereenzelviging kunnen de negatieve gevolgen van het misbruik hersteld worden. De vereenzelviging van rechtspersoon A en rechtspersoon B heeft als gevolg dat beide rechtspersonen aansprakelijk zijn tegenover de crediteuren. De crediteuren kunnen hun vordering op de overgehevelde goederen verhalen. In het volgende hoofdstuk wordt dieper ingegaan op misbruik van het identiteitsverschil van rechtspersonen.

⁴² Elbers 2014, blz. 25.

⁴³ Groenewoud 2003, p. 4.

2.3 Tussenconclusie

De deelvraag die bij dit hoofdstuk hoort is: *Wanneer is er sprake van doorbraak van aansprakelijkheid, op basis van wetsanalyse en literatuuronderzoek?*

Om deze deelvraag te beantwoorden wordt gekeken naar bestuurdersaansprakelijkheid. Het bestuur heeft de taak om de rechtspersoon te vertegenwoordigen. In beginsel is het bestuur niet aansprakelijk voor schulden van de rechtspersoon. Bij ernstig verwijtbaar handelen, kunnen bestuurders aansprakelijk gesteld worden. Bestuurders zijn verantwoording voor het gevoerde beleid verschuldigd aan de rechtspersoon. Als bestuurders onbehoorlijk hun taak vervullen kunnen zij intern aansprakelijk gesteld worden door de rechtspersoon. Dit handelen kan bestaan uit het nemen van onverantwoorde risico's of het benadelen van crediteuren. Bestuurders kunnen ook aansprakelijk gesteld worden door externe partijen. Buiten faillissement kunnen bestuurders aansprakelijk gesteld worden voor het onrechtmatig handelen tegenover crediteuren. Na het faillissement van rechtspersonen wordt een curator aangesteld. De curator kan bestuurders aansprakelijk stellen indien de curator meent dat het onbehoorlijke bestuur een belangrijke oorzaak van het faillissement is. De aansprakelijkstelling na faillissement kan plaatsvinden indien het bestuur niet aan haar verplichtingen voldaan heeft, zoals het bijhouden van de administratie of het deponeren van de jaarrekening.

In de doorbraak van aansprakelijkheid valt een onderverdeling te maken tussen de directe en indirecte doorbraak. Van indirecte doorbraak is sprake als een rechtspersoonbestuurder aansprakelijk gesteld wordt. De aansprakelijkheid van de rechtspersoonbestuurder wordt doorgeleid naar de achterliggende bestuurder tot uitgekomen wordt bij een natuurlijke persoon. De natuurlijke persoon is naast de rechtspersoonbestuurder aansprakelijk. Bij de directe doorbraak van aansprakelijkheid wordt het identiteitsverschil tussen twee rechtspersonen weggedacht. Als gevolg is een rechtspersoon verantwoordelijk voor de schulden van een andere rechtspersoon. De directe doorbraak wordt toegepast bij misbruik van het identiteitsverschil van rechtspersonen. Met dit misbruik wordt door de beheersende persoon geprobeerd om crediteuren te benadelen.

3. Misbruik van het identiteitsverschil

In dit hoofdstuk wordt ingegaan op misbruik van het identiteitsverschil. Eerst zal ingezoomd worden op twee standaardarresten, die richting hebben gegeven aan de ontwikkeling van misbruik van het identiteitsverschil. Vervolgens wordt het jurisprudentieonderzoek behandeld. Aan de hand van de jurisprudentie is onderzocht onder welke omstandigheden sprake is van misbruik van het identiteitsverschil. In dit hoofdstuk wordt de tweede deelvraag beantwoord, zijnde: *Onder welke omstandigheden wordt misbruik gemaakt van het identiteitsverschil van rechtspersonen, op basis van literatuur- en jurisprudentieonderzoek?*

3.1 Standaardarresten

3.1.1 Krijger/Citco

Een arrest dat veel invloed heeft gehad op de ontwikkeling van het leerstuk van misbruik van het identiteitsverschil is *Krijger/Citco*.⁴⁴ Aan dit arrest ligt ten grondslag dat een bank (Citco) een vordering heeft op een aannemer (Lorimar). Een projectontwikkelaar (Krijger) heeft een aannemingsovereenkomst gesloten met de aannemer voor de bouw van een huis. Na de bouw van het huis, zou de aannemer een vordering verkrijgen op de projectontwikkelaar. De bank heeft, om hun vordering op de aannemer te verhalen, beslag gelegd op de vordering die de aannemer zou verkrijgen. De aannemer heeft vervolgens de projectontwikkelaar overtuigd om de aannemingsovereenkomst door een andere aannemer (Intervorm) uit te laten voeren. Een belangrijk detail is dat de bestuurder en aandeelhouder van Lorimar tevens bestuurder en aandeelhouder is van Intervorm. Lorimar verkrijgt daardoor geen vordering op de projectontwikkelaar. Als gevolg is het beslag van de bank waardeloos geworden.

De Hoge Raad oordeelde dat er sprake was van het “frustreren van een beslaglegging ten nadele van de beslaglegger.” De bestuurder en aandeelhouder van de twee aannemers heeft in deze casus misbruik gemaakt van het identiteitsverschil van de twee rechtspersonen. Deze rechtspersonen zijn op papier van elkaar gescheiden omdat zij rechtspersoonlijkheid bezitten. Met het opzeggen van de overeenkomst met de ene aannemer en het aangaan van een nieuwe overeenkomst met de andere aannemer is getracht de bank te benadelen. Op papier is de overeenkomst overgegaan naar de andere aannemer. In de praktijk veranderde er echter niks. De overeenkomst is uitgevoerd door dezelfde medewerkers, met dezelfde materialen en onder leiding van dezelfde bestuurder en aandeelhouder. De Hoge Raad bevestigde de uitspraak van het Gerechtshof waarin geoordeeld is dat de betrokken aannemers vereenzelvigd moesten worden. Het gevolg van de vereenzelving is dat het identiteitsverschil tussen de twee aannemers weggedacht werd. Het beslag van de bank was daarmee van toepassing op de vordering, die een van de aannemers zou verkrijgen op de projectontwikkelaar.⁴⁵

3.1.2 Rainbow/Ontvanger

Het arrest *Rainbow/Ontvanger*⁴⁶ wordt in jurisprudentie, die betrekking heeft op misbruik van het identiteitsverschil, vrijwel altijd geciteerd. In dit arrest gaat het om een geschil tussen (de ontvanger van) de Belastingdienst en een koeriersbedrijf. Het koeriersbedrijf, genaamd Démarrage, had een

⁴⁴ HR 9 juni 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1752.

⁴⁵ Groenewoud 2003, p. 4.

⁴⁶ HR 13 oktober 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA7480.

aanzienlijke belastingschuld. De koeriersactiviteiten zijn op een gegeven moment voortgezet door een andere rechtspersoon, genaamd Rainbow. In Démarrage en Rainbow had dezelfde persoon de zeggenschap als directeur en aandeelhouder. Démarrage had geen inkomsten omdat er geen activiteiten meer uitgevoerd werden. Démarrage kon de belastingschuld niet voldoen en is vervolgens failliet gegaan. De koeriersactiviteiten zijn door Rainbow voortgezet zonder dat daarvan voor de buitenwereld iets te merken was. De Belastingdienst stelde dat Rainbow een “verschijningsvorm van Démarrage” was, waardoor de twee rechtspersonen vereenzelvigd dienden te worden.

Door de directeur en aandeelhouder is geprobeerd om het (toekomstige) vermogen van Démarrage af te schermen van de Belastingdienst, door de activiteiten onder te brengen in Rainbow. ‘Op papier’ zijn de activiteiten overgegaan van Démarrage naar Rainbow. In de praktijk is er echter geen uitvoering gegeven aan deze wijziging. De onderneming werd voortgezet zonder dat er voor de buitenwereld iets veranderde. De Hoge Raad oordeelde dat er sprake was van misbruik van het identiteitsverschil van de twee rechtspersonen. De enige reden dat de activiteiten ondergebracht zijn bij Rainbow, was om de Belastingdienst te benadelen. Er is geprobeerd om het voor de Belastingdienst onmogelijk te maken om de vordering te verhalen.

Een belangrijke reden dat het *Rainbow*-arrest richtinggevend is geweest voor de ontwikkeling van vereenzelviging is, omdat hierin een belangrijke nuancering is aangebracht ten opzichte van eerdere rechtspraak. De Hoge Raad oordeelde dat het maken van misbruik van het identiteitsverschil in beginsel aangemerkt moet worden als een onrechtmatige daad. Enkel bij uitzonderlijke omstandigheden wordt vereenzelviging toegepast. Wat dergelijke uitzonderlijke omstandigheden zijn, heeft de Hoge Raad in het arrest niet vermeld. Wel wordt hiermee duidelijk dat vereenzelviging bij misbruik van het identiteitsverschil het *ultimum remedium* is. Dat wil zeggen dat vereenzelviging het laatste redmiddel en enkel toegepast wordt als het in de betreffende kwestie de meest aangewezen vorm van redres is.⁴⁷

⁴⁷ Koot, Brand, Reurich & Van der Wiel 2001, p. 4056.

3.2 Jurisprudentieanalyse

In deze paragraaf wordt jurisprudentieonderzoek verricht naar misbruik van het identiteitsverschil. Het doel van het jurisprudentieonderzoek is om te achterhalen hoe in de rechtspraak geoordeeld wordt over misbruik van het identiteitsverschil. De uitkomsten van dit onderzoek zijn van belang omdat hieruit kan worden afgeleid onder welke omstandigheden er sprake is van misbruik van het identiteitsverschil. De jurisprudentie is onderzocht aan de hand van topics. Door de uitspraken aan de hand van deze afgebakende onderwerpen te analyseren wordt duidelijk waarom er in de ene situatie wel sprake is van misbruik van het identiteitsverschil en in de andere situatie niet.

In dit jurisprudentieonderzoek zijn 20 uitspraken onderzocht. De uitspraken die in dit onderzoek gebruikt zijn, hebben te maken met misbruik van het identiteitsverschil. In de onderzochte uitspraken wordt door een van de partijen gesteld dat er sprake is van misbruik van het identiteitsverschil. In 12 van de onderzochte uitspraken is geoordeeld dat misbruik is gemaakt. In 8 van de uitspraken was er geen sprake van misbruik van het identiteitsverschil. De onderzochte uitspraken zijn opgenomen in bijlage 1. In de bijlage is in de derde en vierde rij vermeld of er sprake is van de elementen van misbruik van het identiteitsverschil (die hierna aan bod komen). In de vijfde rij is opgenomen of er in de betreffende uitspraak misbruik van het identiteitsverschil gemaakt is. De zesde en zevende rij hebben betrekking op het gedeelte van het jurisprudentieonderzoek dat in het volgende hoofdstuk aan bod komt.

Elementen van misbruik van het identiteitsverschil

Het jurisprudentieonderzoek is uitgevoerd aan de hand van topics. De topics die bij dit gedeelte van het onderzoek gebruikt zijn, zijn de twee elementen van misbruik van het identiteitsverschil. Deze elementen worden in de rechtspraak aangehaald om te beoordelen of er sprake is van misbruik. In het eerdergenoemde arrest *Rainbow/Ontvanger*⁴⁸ komen de elementen terug. De passages uit het arrest waarin de elementen opgenomen zijn, luiden:

“Het onderdeel stelt (...) de vraag aan de orde of voor een (...) vereenzelviging plaats is indien zich feiten en omstandigheden voordoen als die waarop het Hof zijn oordeel heeft gegrond.

Bij de beantwoording van deze vraag moet worden vooropgesteld dat (...) door degene die (volledige of overheersende) zeggenschap heeft over twee rechtspersonen, misbruik kan worden gemaakt van het identiteitsverschil tussen deze rechtspersonen, en dat hetgeen met zodanig misbruik werd beoogd, in rechte niet behoeft te worden gehonoreerd. Het maken van zodanig misbruik zal in de regel moeten worden aangemerkt als een onrechtmatige daad, die verplicht tot het vergoeden van de schade die door het misbruik aan derden wordt toegebracht. (...)

Met het doen eindigen van de ondernemingsactiviteiten van Démarrage en het doen voortzetten van dezelfde activiteiten door Rainbow, naar 's Hofs oordeel geen ander oogmerk had dan de fiscus als crediteur te benadelen, en wel door het verijdelen van (verder) verhaal van de Ontvanger op het vermogen van Démarrage.”⁴⁹

Het eerste wat uit bovenstaand citaat gehaald kan worden, is dat misbruik gemaakt kan worden door “degene die (volledige of overheersende) zeggenschap heeft over twee rechtspersonen”. In andere woorden: om misbruik van het identiteitsverschil van rechtspersonen te maken, moet je

⁴⁸ HR 13 oktober 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA7480.

⁴⁹ Onderstreping door D. Helmich.

zeggenschap over die rechtspersonen hebben. Dit element wordt in hierna in paragraaf 3.2.1 behandeld.

Het tweede element wat uit het arrest blijkt is het benadelingsoogmerk. Dit element heeft betrekking op het oogmerk van het misbruik. Het is van belang “*dat hetgeen met zodanig misbruik werd beoogd, in rechte niet behoeft te worden gehonoreerd.*” Het misbruik moet een oogmerk hebben, dat een rechter niet in stand zou houden. Bij misbruik van het identiteitsverschil wordt beoogd crediteuren te benadelen. Het benadelingsoogmerk wordt in paragraaf 3.2.2 behandeld. De elementen van misbruik van het identiteitsverschil die aan de hand van bovenstaande citaat onderscheiden kunnen worden, zijn: *zeggenschap* en *benadelingsoogmerk*. Als daaraan voldaan wordt, is er sprake van misbruik van het identiteitsverschil.

3.2.1 Zeggenschap

Het eerste element wat onderzocht is, is de *zeggenschap*. Bij dit aspect staat de vraag centraal of een persoon zeggenschap heeft over de rechtspersonen waarmee misbruik gemaakt wordt. De zeggenschap in de betrokken rechtspersonen is nodig om misbruik te maken van het identiteitsverschil tussen deze rechtspersonen. In de onderzochte uitspraken was er in de meeste gevallen sprake van zeggenschap, bij de partij die beschuldigd werd van misbruik van identiteitsverschil. In 3 van de 20 uitspraken is er niet voldaan aan het element zeggenschap.

De persoon met zeggenschap over de betrokken rechtspersonen wordt in de literatuur aangeduid als de *beheersende persoon*.⁵⁰ Deze term wordt binnen dit leerstuk gebruikt om de persoon aan te duiden die inzicht en invloed in het beleid van een rechtspersoon heeft.⁵¹ De beheersende persoon kan zowel een natuurlijke persoon als een rechtspersoon zijn. De beheersende persoon *heeft* niet alleen invloed, maar maakt daar ook daadwerkelijk gebruik van. Hij mengt zich in de bedrijfsvoering van de rechtspersoon.⁵² In *Rainbow/Ontvanger* wordt gesproken over ‘volledige of overheersende zeggenschap’. Hier blijkt uit dat de beheersende persoon geen volledige zeggenschap hoeft te hebben over de rechtspersonen. De beheersende persoon kan ook met overheersende zeggenschap binnen twee rechtspersonen misbruik maken van het identiteitsverschil tussen die rechtspersonen.

Het bestuur bepaalt in beginsel het beleid van rechtspersonen en heeft dan ook zeggenschap binnen de rechtspersoon. De beheersende persoon is echter niet per se de bestuurder van een rechtspersoon. Het is niet vereist dat de beheersende persoon formeel een functie heeft binnen de rechtspersoon. Uit de onderzochte rechtspraak blijkt dat het mogelijk is dat de beheersende persoon formeel geen functie bij de rechtspersoon heeft. Een persoon kan achter de schermen de touwtjes in handen hebben, terwijl diegene *op papier* niet verbonden is aan de rechtspersoon. Het is bepalend of de persoon feitelijke zeggenschap heeft binnen de rechtspersoon. In een onderzochte uitspraak wordt het bestuur van twee rechtspersonen overgedragen aan familieleden. De voormalig bestuurder blijft echter via de familieleden invloed uitoefenen. Ondanks dat de voormalig bestuurder formeel geen banden met de rechtspersoon meer heeft, maakte hij toch misbruik van de rechtspersoon. Voor de rechter was duidelijk dat de formele bestuurders geen enkele inmenging hadden in het bestuur van de rechtspersonen. De rechter oordeelde dat de voormalig bestuurder misbruik maakte van het identiteitsverschil van de rechtspersonen.⁵³

Het hebben van zeggenschap over meerdere rechtspersonen maakt niet dat er misbruik gemaakt wordt van het identiteitsverschil tussen rechtspersonen. Uit de onderzochte jurisprudentie blijkt dat een vordering, enkel op basis van het feit dat rechtspersonen door dezelfde persoon beheerst

⁵⁰ Elbers 2014, p. 60.

⁵¹ Rb. 's-Gravenhage 8 juni 2011, 329569 (niet gepubliceerd).

⁵² Van Houte 2001, p. 125.

⁵³ HR 27 februari 2009, ECLI:NL:HR:2009:BG6445.

worden, geen kans van slagen heeft.⁵⁴ Het enkele feit dat twee rechtspersonen banden hebben met elkaar maakt niet dat zij verantwoordelijk zijn voor elkaars schulden, laat staan dat er misbruik van het identiteitsverschil gemaakt wordt.

3.2.2 Benadelingsoogmerk

In de vorige paragraaf is de zeggenschap van de beheersende persoon behandeld. De zeggenschap over meerdere rechtspersonen, maakt nog niet dat er sprake is van misbruik. Bij misbruik van het identiteitsverschil wordt de zeggenschap gebruikt om crediteuren te benadelen. Het tweede element van misbruik van het identiteitsverschil is het *benadelingsoogmerk*. In 8 van de 20 onderzochte uitspraken was er geen sprake van het benadelingsoogmerk. In 12 van de 20 onderzochte uitspraken was er wel sprake van het oogmerk om crediteuren te benadelen. In deze 12 uitspraken is geoordeeld misbruik van het identiteitsverschil gemaakt is.

Het benadelingsoogmerk heeft betrekking op de intentie om crediteuren te benadelen, niet van belang is of crediteuren daadwerkelijk benadeeld zijn. Een beheersende persoon, die beschuldigd wordt van het maken van misbruik van het identiteitsverschil, zal niet toegeven dat hij de intentie heeft om crediteuren te benadelen. Het is lastig te achterhalen wat de intentie achter het handelen van de beheersende persoon is. Het is dan ook moeilijk om aan te tonen dat een beheersende persoon het oogmerk had crediteuren te benadelen. Uit de onderzochte jurisprudentie blijkt dat rechters aannemen dat er sprake is van het oogmerk om crediteuren te benadelen indien er geen andere legitieme reden voor het handelen van de beheersende persoon gevonden is. In de onderzochte jurisprudentie komt het voor dat rechters, voor het handelen van beheersende personen, geen andere reden zien dan het benadelen van crediteuren. Het is in dergelijke situaties lastig voor de beheersende persoon, om aan te tonen dat er legitieme redenen voor zijn handelswijze zijn. Dit geldt bijvoorbeeld in gevallen dat er ‘achter de schermen’ met rechtspersonen geschoven wordt, terwijl daar voor derden niks van te merken is. Als crediteuren daardoor in een minder gunstige situatie terechtkomen, is vaak misbruik van het identiteitsverschil gemaakt.⁵⁵ Beheersende personen kunnen, buiten het oogmerk om crediteuren te benadelen, andere redenen hebben voor hun handelen. Een beheersende persoon kan legitieme redenen aanvoeren voor zijn handelen. Uit de onderzochte jurisprudentie blijkt dat er ook sprake kan zijn van misbruik van identiteitsverschil, als er naast het benadelingsoogmerk legitieme redenen zijn voor het handelen.⁵⁶ De intentie om crediteuren te benadelen hoeft niet het *enige* motief te zijn bij misbruik van identiteitsverschil.

Uit het jurisprudentieonderzoek blijkt dat vorderingen, op grond van misbruik van het identiteitsverschil, afgewezen worden indien het oogmerk om crediteuren te benadelen ontbreekt.⁵⁷ Dat crediteuren nadelige gevolgen ondervinden van het identiteitsverschil van rechtspersonen maakt niet per se dat de beheersende persoon misbruik maakt. Een vordering op basis van misbruik van identiteitsverschil loopt stuk, indien dit enkel gebaseerd is op de verwevenheid tussen twee rechtspersonen.⁵⁸ Bij misbruik van identiteitsverschil worden de betrokken rechtspersonen, door de beheersende persoon, gebruikt om het voor crediteuren onmogelijk te maken hun vordering te verhalen.

⁵⁴ Rb. Arnhem 29 juni 2005, ECLI:NL:RBARN:2005:AU1704, Rb. Rotterdam 11 februari 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:BZ2307, Rb. Rotterdam 9 oktober 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:8420, Rb. Noord-Holland 10 juni 2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:5172 en Hof Arnhem-Leeuwarden 27 februari 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:1991.

⁵⁵ Rb. Noord-Nederland 23 januari 2018, ECLI:NL:RBNNE:2018:1114, Rb. Zeeland-West-Brabant 24 januari 2018, ECLI:NL:RBZWB:2018:762, Rb. Den Haag 27 september 2017, C/09/505966 (niet gepubliceerd).

⁵⁶ Rb. Arnhem 6 februari 2008, ECLI:NL:RBARN:2008:BC4037.

⁵⁷ Rb. Arnhem 29 juni 2005, ECLI:NL:RBARN:2005:AU1704, Rb. Rotterdam 11 februari 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:BZ2307 en Hof Arnhem-Leeuwarden 27 februari 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:1991.

⁵⁸ Hof Arnhem-Leeuwarden 27 februari 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:1991.

3.3 Tussenconclusie

De tweede deelvraag wordt beantwoord aan de hand van literatuur- en jurisprudentieonderzoek. De tweede deelvraag luidt: *Onder welke omstandigheden wordt misbruik gemaakt van het identiteitsverschil van rechtspersonen, op basis van literatuur- en jurisprudentieonderzoek?*

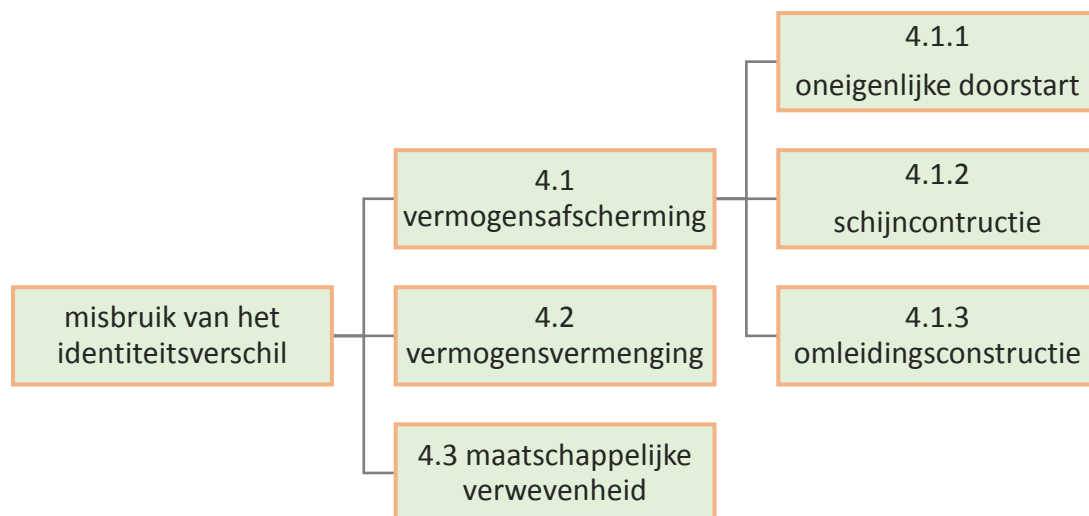
Het eerste element van misbruik van identiteitsverschil is de zeggenschap die de beheersende persoon heeft. Degene met zeggenschap over meerdere rechtspersonen kan misbruik maken van het identiteitsverschil van die rechtspersonen. In beginsel kunnen crediteuren hun vordering enkel op de debiteur-rechtspersoon verhalen. De beheersende persoon houdt vermogen weg uit de debiteur-rechtspersoon waardoor crediteuren hun vordering niet kunnen verhalen. Het vermogen wordt in een gelieerde rechtspersoon ondergebracht of op een andere manier onbereikbaar gemaakt voor de crediteuren. Als gevolg komen crediteuren met lege handen te staan.

Het tweede element van misbruik van identiteitsverschil is dat de beheersende persoon het oogmerk heeft om crediteuren te benadelen. Dat crediteuren nadeel ondervinden betekent niet dat er per se sprake is van misbruik van het identiteitsverschil. Uit het handelen van de beheersende persoon moet de intentie blijken om crediteuren te benadelen. Het is aan rechters om te beoordelen of sprake is van het oogmerk om crediteuren te benadelen. Indien bij de beheersende persoon geen ander oogmerk voor het handelen gebleken is, wordt de beheersende persoon geacht te handelen met het oogmerk crediteuren te benadelen.

4. De aangewezen vorm van redres

In het vorige hoofdstuk is onderzocht hoe er in de rechtspraak geoordeeld wordt over misbruik van het identiteitsverschil. Als vastgesteld is dat er sprake is van misbruik van identiteitsverschil moeten rechters beslissen op welke wijze de gevolgen van dit misbruik hersteld worden. In dit hoofdstuk zal gekeken worden naar de wijze waarop dit misbruik hersteld moet worden, oftewel wat *de meest aangewezen vorm van redres* is. In dit hoofdstuk zal de volgende deelvraag beantwoord worden: *Welke vorm van redres is van toepassing bij misbruik van het identiteitsverschil van rechtspersonen, op basis van jurisprudentieonderzoek?*

In het meermaals besproken *Rainbow/Ontvanger*-arrest is opgenomen dat misbruik van het identiteitsverschil in beginsel aangemerkt moet worden als een onrechtmatige daad. De onrechtmatige daadsactie is in beginsel de wijze waarop het misbruik hersteld wordt. Alleen bij uitzonderlijke omstandigheden wordt vereenzelviging toegepast. Onduidelijk is onder welke omstandigheden vereenzelviging toegepast moet worden. Er kan op verschillende manieren misbruik gemaakt worden van het identiteitsverschil van rechtspersonen (de verschillende vormen van misbruik zijn in onderstaand figuur weergegeven). Uit de onderzochte jurisprudentie is gebleken dat de wijze waarop misbruik van het identiteitsverschil hersteld moet worden, afhankelijk is van de vorm van misbruik. In dit hoofdstuk wordt onderzoek gedaan naar de aangewezen vorm van redres aan de hand van de verschillende vormen van misbruik van identiteitsverschil. De topics die bij dit jurisprudentieonderzoek gebruikt worden, zijn de verschillende vormen van misbruik van het identiteitsverschil.



In het gedeelte van het jurisprudentieonderzoek dat in het vorige hoofdstuk behandeld is, zijn uitspraken gebruikt waarin een van de partijen beschuldigd is van misbruik van het identiteitsverschil. In 12 van de 20 uitspraken is door de rechter geoordeeld dat misbruik van het identiteitsverschil gemaakt is. Deze 12 uitspraken worden tevens in dit gedeelte van het jurisprudentieonderzoek gebruikt. In dit onderzoek wordt gekeken op welke manier misbruik van het identiteitsverschil gemaakt is en wat de meest aangewezen vorm van redres is. In bijlage 1 is de onderzochte jurisprudentie opgenomen. In de derde tot en met de vijfde rij zijn de resultaten van het jurisprudentieonderzoek van het vorige hoofdstuk opgenomen. Daarin zijn de topics 'zeggenschap', 'benadelingsoogmerk' en 'misbruik van het identiteitsverschil' opgenomen. In de zesde en zevende rij zijn de resultaten van het onderzoek opgenomen, die in dit hoofdstuk uitgewerkt zijn. In de zesde rij is opgenomen welke vorm van misbruik van identiteitsverschil, in de betreffende zaak aan de orde is. In de zevende rij is opgenomen welke vorm van redres in de betreffende zaak toegepast is.

4.1 Vermogensafscherming

De eerste vorm van misbruik van het identiteitsverschil is *vermogensafscherming*. Bij vermogensafscherming wordt vermogen voor een crediteur afgeschermd. De crediteur kan zijn vordering vervolgens niet op het afgeschermd vermogen verhalen.

Een crediteur kan zijn vordering enkel verhalen op het vermogen van de debiteur. Beheersende personen kunnen daar misbruik van maken door vermogensbestanddelen uit het vermogen van de debiteur te halen en onder te brengen in een andere rechtspersoon. De beheersende persoon schernt zo het vermogen van de debiteur af. Als gevolg kan de crediteur zijn vordering niet verhalen op de afgeschermd vermogensbestanddelen. De beheersende persoon maakt misbruik van het identiteitsverschil tussen rechtspersonen door het verhaal van de crediteur te frustreren.⁵⁹ Er zijn verschillende vormen van vermogensafscherming te onderscheiden, namelijk: de *schijnconstructie*, de *oneigenlijke doorstart* en de *omleidingsconstructie*. Hieronder zullen de verschillende vormen van vermogensafscherming behandeld worden aan de hand van de onderzochte jurisprudentie.

4.1.1 Oneigenlijke doorstart

Een onderneming die in financiële problemen is gekomen, kan een doorstart maken. De gezonde onderdelen van de onderneming kunnen, met een doorstart, voortgezet worden en de ongezonde onderdelen worden afgestoten. Een doorstart kan ook gunstig zijn omdat de goede naam of de opgebouwde klantenkring behouden kan blijven. De onderneming wordt bij een doorstart in een nieuwe rechtspersoon voortgezet. De onderneming blijft bestaan, terwijl de achterliggende rechtspersoon wijzigt. Bij een doorstart hoeft er geen sprake te zijn van misbruik van identiteitsverschil. Een doorstart kan echter wel gebruikt worden om crediteuren te benadelen. Een beheersende persoon kan door middel van een doorstart een debiteur-rechtspersoon 'leeghalen'.⁶⁰ Vermogensbestanddelen worden uit de debiteur-rechtspersoon gehaald en doorgestart in de nieuwe rechtspersoon. De debiteur-rechtspersoon wordt vervolgens ontbonden of 'leeg' achtergelaten. Als gevolg kunnen crediteuren hun vordering niet meer verhalen op de debiteur-rechtspersoon.

Een doorstart kan voor crediteuren nadelige gevolgen hebben. Uit de onderzochte jurisprudentie blijkt dat niet bij elke doorstart die nadeel oplevert voor crediteuren sprake is van misbruik van identiteitsverschil. Zoals in paragraaf 3.2.2 uiteengezet is, bestaat bij misbruik van het identiteitsverschil het oogmerk om crediteuren te benadelen. Als er legitieme redenen zijn voor een doorstart is er geen sprake van misbruik.⁶¹ Bij een oneigenlijk doorstart is er een connectie tussen de 'leeggehaalde' rechtspersoon en de rechtspersoon die de activiteiten voortzet.⁶² Bij de oneigenlijke doorstart worden deze rechtspersonen gebruikt om het verhaal van vorderingen door crediteuren onmogelijk te maken.

Redres

Van de 20 onderzochte uitspraken, hadden 6 uitspraken betrekking op een oneigenlijke doorstart. In 5 van de 6 uitspraken is geoordeeld dat er sprake was van een oneigenlijke doorstart. In 3 uitspraken is het misbruik geredresseerd met een onrechtmatige daadsactie. In 2 uitspraken is het misbruik geredresseerd door toepassing van vereenzelviging. De meest aangewezen vorm van redres bij de oneigenlijke doorstart is in beginsel de onrechtmatige daadsactie. In het arrest *Rainbow/Ontvanger* komt naar voren dat enkel bij uitzonderlijke omstandigheden toepassing gegeven wordt aan vereenzelviging. Deze lijn is in latere jurisprudentie doorgezet, zo blijkt uit de onderzochte

⁵⁹ HR 27 februari 2009, ECLI:NL:HR:2009:BG6445, Rb. Almelo 18 november 2009, ECLI:NL:RBALM:2009:BK4833, Rb. Noord-Nederland 23 januari 2018, ECLI:NL:RBNNE:2018:1114.

⁶⁰ Elbers 2014, p. 115.

⁶¹ Rb. Rotterdam 11 februari 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:BZ2307.

⁶² Rb. Rotterdam 11 februari 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:BZ2307.

jurisprudentie. Als misbruik gemaakt wordt door een oneigenlijke doorstart wordt dit in de jurisprudentie voornamelijk geredresseerd met een onrechtmatige daadsactie. De 'leeggehaalde' rechtspersoon, de verkrijgende rechtspersoon en de beheersende persoon handelen allemaal onrechtmatig. De onrechtmatige daadsactie heeft als gevolg dat zij allemaal aansprakelijk zijn voor de schade van de benadeelde crediteur.⁶³

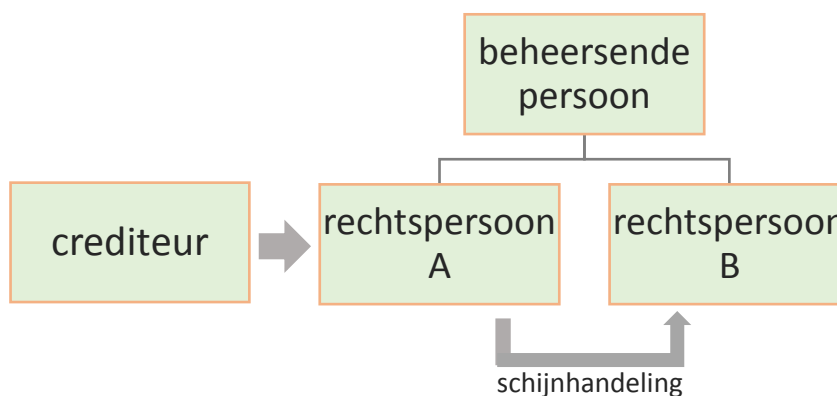
Onverschuldigd betaalde bemiddelingskosten

In drie van de onderzochte uitspraken is sprake van sterk vergelijkbare omstandigheden. In deze zaken is door huurders onverschuldigd bemiddelingskosten betaald. Getracht is om te voorkomen dat de onverschuldigd betaalde kosten door de huurders teruggevorderd werd.⁶⁴ Met een oneigenlijke doorstart zijn de bedrijfsactiviteiten voortgezet in een andere rechtspersoon. De 'leeggehaalde' rechtspersoon is ontbonden, met als gevolg dat de onverschuldigd betaalde kosten niet teruggevorderd konden worden. In twee van de drie uitspraken heeft de rechter het misbruik dermate ernstig geacht, dat de ontbonden rechtspersoon en de verkrijgende rechtspersoon met elkaar vereenzelvigd dienen te worden.⁶⁵ In de derde uitspraak is geoordeeld dat er sprake was van onrechtmatig handelen waarvoor de beheersende persoon en de verkrijgende rechtspersoon aansprakelijk zijn. Opvallend genoeg achtte de rechtbank het niet van belang of de omstandigheden grond opleveren voor vereenzelviging.⁶⁶

4.1.2 Schijnconstructie

De schijnconstructie is tevens een vorm van vermogensafscherming. Bij de schijnconstructie wordt de schijn gewekt dat vermogensbestanddelen niet meer aan de debiteur toebehoren, om crediteuren te verhinderen zich daarop te kunnen verhalen. Het Hof 's-Hertogenbosch⁶⁷ omschreef de schijnconstructie als volgt:

“Van een (...) schijnconstructie zou sprake zijn indien de (...) voorgewende situatie (...) afweek van de werkelijke situatie en de werkelijke situatie feitelijk overeenstemde met de situatie zoals die voorheen gold (...)”



⁶³ HR 13 oktober 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA7480, Rb. Den Haag 27 september 2017, C/09/505966 (niet gepubliceerd) en Rb. Zeeland-West-Brabant 24 januari 2018, ECLI:NL:RBZWB:2018:762.

⁶⁴ Naar aanleiding van het verbod op het 'dienen van twee heren' door de bemiddelaar bij huurruimte, zie HR 16 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:3099.

⁶⁵ Rb. Midden-Nederland 22 juni 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:3415, Rb. Noord-Nederland 23 januari 2018, ECLI:NL:RBNNE:2018:1114.

⁶⁶ Rb. Zeeland-West-Brabant 24 januari 2018, ECLI:NL:RBZWB:2018:762.

⁶⁷ Hof 's-Hertogenbosch 2 juni 2009, ECLI:NL:GHSHE:2009:BI7721.

Vermogensbestanddelen worden door de debiteur *op papier* overgedragen aan een andere rechtspersoon, terwijl er feitelijk geen sprake is van een overdracht. Een aanwijzing dat er feitelijk geen overdracht plaatsvindt, is als vermogensbestanddelen in het bezit van de debiteur blijven of als overgedragen activiteiten nog steeds uitgevoerd worden door de debiteur.⁶⁸ In andere woorden: de juridische werkelijkheid komt niet overeen met de feitelijke werkelijkheid.⁶⁹ De reden voor het overdragen van de vermogensbestanddelen is om crediteuren te benadelen. De vermogensbestanddelen worden van de debiteur-rechtspersoon (in bovenstaande figuur, rechtspersoon A) overgedragen aan een gelieerde rechtspersoon (rechtspersoon B). De crediteur kan zijn vordering niet meer op de vermogensbestanddelen bij rechtspersoon A verhalen. Een crediteur kan zijn vordering ten slotte alleen op de debiteur verhalen.⁷⁰

Schijndoorstart

Bij een doorstart wordt een onderneming voortgezet door een andere rechtspersoon. In veel gevallen wordt een doorstart gemaakt nadat een onderneming in financiële moeilijkheden terecht is gekomen. Een doorstart kan misbruikt worden om crediteuren te benadelen. Uit de onderzochte jurisprudentie blijkt dat, buiten de schijnoverdracht van vermogensbestanddelen,⁷¹ ook een onderneming in schijn doorgestart kan worden. De bedrijfsactiviteiten worden bij een schijndoorstart in schijn doorgestart in een andere rechtspersoon, terwijl de activiteiten in werkelijkheid op dezelfde voet voortgezet worden. Er vinden in de uitvoering van de onderneming geen wijzigingen plaats. Er wordt geen uitvoering gegeven aan de wijziging van het juridische eigendom. Aanwijzingen daarbij zijn het voeren van dezelfde handelsnaam en het gebruik van hetzelfde personeel, rekeningnummer, adres en telefoonnummer.⁷² De schijndoorstart heeft grote gelijkenis met de, in 4.1.1 besproken oneigenlijke doorstart. Bij de schijndoorstart wordt de indruk gewekt dat de onderneming door een andere rechtspersoon voortgezet wordt, maar dit is slechts schijn. De onderneming wordt slechts 'op papier' door een andere rechtspersoon geleid. In feite zet de oorspronkelijke ondernemer, de onderneming voort. Hierin ligt het verschil met de oneigenlijk doorstart (zie onderstaande tabel). De onderneming wordt bij de oneigenlijke doorstart daadwerkelijk door een andere rechtspersoon voortgezet. Oftewel, de juridische identiteit wordt gewijzigd. De beheersende persoon tracht bij beide vormen van misbruik het vermogen van de debiteur-rechtspersoon af te scherm, zodat crediteuren hun vordering niet kunnen verhalen.

	<i>Economische identiteit</i>	<i>Juridische identiteit</i>	<i>Ondernemer</i>	<i>Beheersende persoon</i>
<i>Oneigenlijke doorstart</i>	Wijzigd niet	Wijzigd	Wijzigd	Wijzigd niet
<i>Schijndoorstart</i>	Wijzigd niet	Wijzigd in schijn	Wijzigd niet	Wijzigd niet

Redres

Van de 20 onderzochte uitspraken, hadden 2 uitspraken betrekking op een schijnconstructie. In beide uitspraken is geoordeeld dat er sprake was van een schijnconstructie. In 1 van de 2 uitspraken is het misbruik geredresseerd door toepassing van vereenzelviging. In de andere uitspraak is het misbruik geredresseerd met een onrechtmatige daadsactie. In de onderzochte jurisprudentie wordt

⁶⁸ HR 9 juni 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1752, Hof 's-Hertogenbosch 2 juni 2009, ECLI:NL:GHSHE:2009:BI7721.

⁶⁹ Elbers 2014, p. 96.

⁷⁰ Zie artikel 3:276 BW.

⁷¹ HR 9 juni 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1752.

⁷² Hof 's-Hertogenbosch 2 juni 2009, ECLI:NL:GHSHE:2009:BI7721.

zowel de onrechtmatige daadsactie als vereenzelviging toegepast als vorm van redres bij een schijnconstructie. Bij toepassing van vereenzelviging wordt het identiteitsverschil tussen de betrokken rechtspersonen weggedacht. Als gevolg kan de crediteur zijn vordering op de debiteur-rechtspersoon (die in schijn het eigendom vervreemd heeft) verhalen, maar ook op de verkrijgende rechtspersoon. De benadeling die de crediteur ondervindt van het misbruik van identiteitsverschil, wordt daarmee opgeheven.⁷³

In een van de onderzochte uitspraken is geoordeeld dat de beheersende persoon onrechtmatig handelde met het opzetten van een schijnconstructie.⁷⁴ Een van de vereisten voor een onrechtmatige daad is dat er sprake is van schade. Bij een schijnconstructie wordt getracht crediteuren te benadelen door vermogen af te schermen. Feitelijk verandert het eigendom echter niet, de eigendomswijziging is slechts schijn. De vermogensbestanddelen zijn tot het vermogen van de crediteur blijven behoren. Als gevolg is er (in lijn met voornoemd arrest van de Hoge Raad⁷⁵) geen sprake van schade en dus niet onrechtmatig gehandeld. Het Hof 's-Hertogenbosch had een ander oordeel. In de betreffende zaak was het Hof van oordeel dat de activiteiten van een rechtspersoon in schijn door een gelieerde rechtspersoon voortgezet zijn. Vervolgens werd geoordeeld dat de beheersende persoon daarbij onrechtmatig gehandeld had. Het Hof stelde de crediteur in de gelegenheid om de hoogte van de schade aan te tonen. Daarmee oordeelt het Hof in strijd met de Hoge Raad. De Hoge Raad oordeelde dat er geen sprake was van schade, omdat het eigendom niet daadwerkelijk gewijzigd is. Als de Hoge Raad gevolg wordt, heeft het Hof de benadeelde onterecht de opdracht gegeven om de hoogte van de schade aan te tonen. De Hoge Raad acht bij de schijnconstructie vereenzelviging als de juiste vorm van redres.

4.1.3 Omleidingsconstructie

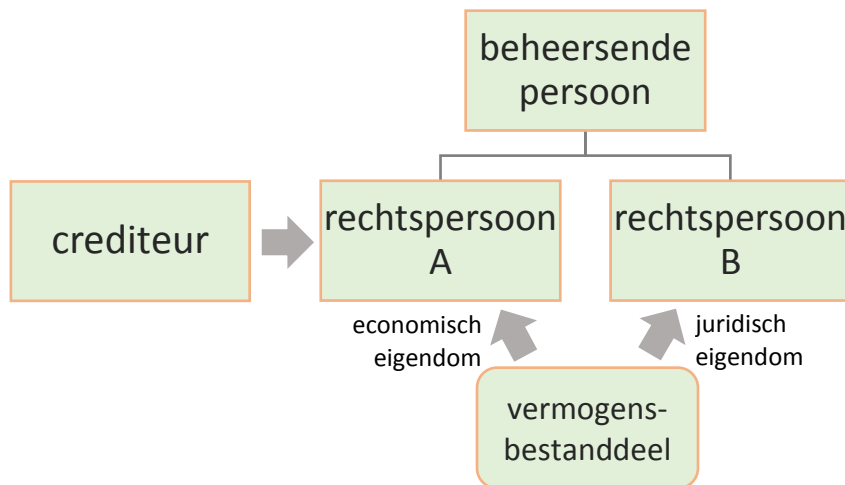
De laatste vorm van vermogensafscherming is de omleidingsconstructie. Bij deze vorm van misbruik van het identiteitsverschil wordt een vermogensbestanddeel buiten het vermogen van de debiteur-rechtspersoon gehouden. De debiteur-rechtspersoon heeft echter wel zeggenschap over het vermogensbestanddeel en geniet daarvan de voordelen. Het eigendom van het vermogensbestanddeel is ondergebracht bij een gelieerde rechtspersoon. Het eigendom ligt 'op papier' bij een gelieerde rechtspersoon (rechtspersoon B in onderstaand figuur). Rechtspersoon B heeft het *juridische eigendom*. Rechtspersoon A heeft echter, via een *omleiding*, de zeggenschap en geniet de voordelen van het vermogensbestanddeel. Rechtspersoon A bezit aldus het *economische eigendom*. Het gevolg van deze constructie is dat crediteuren hun vordering niet op het vermogensbestanddeel kunnen verhalen en daarmee benadeeld worden in hun verhaalspositie. Om te kunnen spreken van misbruik van het identiteitsverschil moet het benadelen van crediteuren het oogmerk zijn geweest bij het opzetten van de omleidingsconstructie. Als blijkt dat er (overwegend) andere, legitieme redenen zijn voor het opzetten van de constructie, is er geen sprake van misbruik van het identiteitsverschil.⁷⁶

⁷³ Zie HR 9 juni 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1752 (ook al ging het hier feitelijk om een beslagzaak).

⁷⁴ Hof 's-Hertogenbosch 2 juni 2009, ECLI:NL:GHSHE:2009:BI7721.

⁷⁵ HR 9 juni 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1752.

⁷⁶ HR 27 februari 2009, ECLI:NL:HR:2009:BG6445.



Voorbeeld

Uit de (op het gebied van de omleidingsconstructie beperkte) jurisprudentie blijkt op welke wijze misbruik gemaakt kan worden door middel van een omleidingsconstructie.⁷⁷ In een onderzochte uitspraak was een constructie opgezet waarbij een woning in een rechtspersoon (in bovenstaande figuur, rechtspersoon B) ondergebracht was. De debiteur-rechtspersoon (in bovenstaande figuur, rechtspersoon A) genoot de voordelen van de woning. De debiteur-rechtspersoon gebruikte de woning en zou de koopsom ontvangen bij verkoop. Rechtspersoon B werd door een familielid van rechtspersoon A bestuurd. Via het familielid kon de debiteur-rechtspersoon invloed uitoefenen in de besluitvorming aangaande de woning. Deze constructie is opgezet om te voorkomen dat een crediteur van rechtspersoon A zijn vordering kon verhalen op de woning. Er is geen ander oogmerk voor de constructie aangedragen. Door het eigendom bij een gelieerde rechtspersoon onder te brengen, is met deze omleidingsconstructie een vermogensbestanddeel voor crediteuren ontnomen als verhaalsobject.

Redres

Van de 20 onderzochte uitspraken, hadden 2 uitspraken betrekking op een omleidingsconstructie. In beide uitspraken is geoordeeld dat er sprake was van een omleidingsconstructie. Het misbruik is in beide uitspraken geredresseerd met een onrechtmatige daadsactie. In beginsel is de onrechtmatige daadsactie de meest aangewezen vorm van redres bij de omleidingsconstructie.⁷⁸ Door het opzetten van een omleidingsconstructie wordt onrechtmatig gehandeld door de beheersende persoon en de betrokken rechtspersonen. De beheersende persoon en de betrokken rechtspersonen kunnen aansprakelijk gesteld worden voor het onrechtmatige handelen.

Vereenzelviging is het *ultimum remedium* bij de omleidingsconstructie. Enkel onder uitzonderlijke omstandigheden wordt vereenzelviging toegepast. In de onderzochte jurisprudentie is van dergelijke uitzonderlijke omstandigheden niet gebleken. Door toepassing van vereenzelviging wordt het vermogensbestanddeel, dat buiten het vermogen van de debiteur-rechtspersoon gehouden wordt, tot het vermogen van de debiteur-rechtspersoon gerekend. Als gevolg is het voor crediteuren mogelijk om hun vordering op het vermogensbestanddeel te verhalen.⁷⁹ Net als bij de toepassing van de onrechtmatige daadsactie, is daarmee de schade opgeheven, die met de omleidingsconstructie veroorzaakt is.

⁷⁷ HR 27 februari 2009, ECLI:NL:HR:2009:BG6445.

⁷⁸ HR 27 februari 2009, ECLI:NL:HR:2009:BG6445, Rb. 's-Gravenhage 15 februari 2012, ECLI:NL:RBSGR:2012:BV9142.

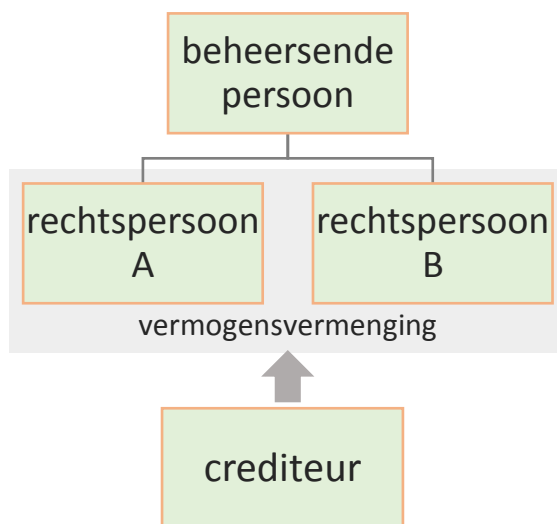
⁷⁹ Elbers 2014, p. 588.

4.2 Vermogensvermenging

Bij vermogensvermenging is sprake van een groep aan elkaar gelieerde rechtspersonen. Er is binnen de groep geen scheiding van het vermogen van de afzonderlijke rechtspersonen. De rechtspersonen voeren een gezamenlijke administratie. In andere woorden: de vermogensbestanddelen van de rechtspersonen zijn 'op één hoop gegooid'. Voor crediteuren (van een van de rechtspersonen binnen de groep) is onduidelijk op welke vermogensbestanddelen zij hun vordering kunnen verhalen. Het is niet duidelijk of een verhaalsobject toebehoort aan de debiteur-rechtspersoon of een van de andere rechtspersonen. Het ontbreken van een administratie van de afzonderlijke rechtspersonen heeft tot gevolg dat tussen de rechtspersonen geschoven kan worden met het vermogen. Het schuiven van vermogen is voor crediteuren niet vast te stellen. De debiteur-rechtspersoon kan stellen dat vermogensbestanddelen toebehoren aan een andere rechtspersoon binnen de groep. De crediteur kan zijn vordering alleen op de debiteur-rechtspersoon verhalen. Als gevolg kunnen crediteuren hun vordering niet verhalen op de vermogensbestanddelen, waardoor de crediteur benadeeld wordt in zijn verhaalspositie.

Voorbeeld

Om een beeld te creëren wordt aan de hand van onderstaand figuur een voorbeeld van vermogensvermenging gegeven. De crediteur heeft een vordering op rechtspersoon A. De crediteur wil zijn vordering verhalen op de winkelvoorraad van rechtspersoon A. Het vermogen van rechtspersoon A is vermengd met het vermogen van rechtspersoon B. Uit de administratie blijkt niet of de winkelvoorraad eigendom is van rechtspersoon A of rechtspersoon B. Rechtspersoon A stelt dat de winkelvoorraad het eigendom van rechtspersoon B is. Als gevolg kan de crediteur zijn vordering niet op de winkelvoorraad verhalen. Het is onduidelijk of de winkelvoorraad daadwerkelijk eigendom is van rechtspersoon B, of dat geprobeerd wordt te voorkomen dat de crediteur zijn vordering op de winkelvoorraad kan verhalen.



Redres

Van de 20 onderzochte uitspraken, hadden 4 uitspraken betrekking op vermogensvermenging. In 1 van de 4 uitspraken is geoordeeld dat er geen sprake was van vermogensvermenging. In de 3 uitspraken dat er sprake was van vermogensvermenging, is vereenzelviging toegepast als vorm van redres. De essentie van vermogensvermenging is dat het vermogen van meerdere rechtspersonen met elkaar vermengd is. Beargumenteerd zou kunnen worden dat de beheersende persoon (en/of de betrokken rechtspersonen) onrechtmatig handelt, door het onmogelijk te maken voor een crediteur, zijn vordering te verhalen. Voorwaarde voor de onrechtmatige daadsactie is (onder andere) dat er

sprake is van *schade*.⁸⁰ Aan deze voorwaarde wordt bij vermogensvermenging niet voldaan. De crediteur heeft geen inzicht in de financiën van de afzonderlijke rechtspersonen. Het is daardoor niet duidelijk of de crediteur beter af was geweest als er geen sprake was van vermogensvermenging. Niet vast te stellen is of de crediteur schade lijdt en zo ja, hoe groot de schade is. Hieruit volgt dat er geen sprake is van een onrechtmatige daad bij vermogensvermenging.

Vereenzelviging wordt, zoals eerder besproken, enkel toegepast bij uitzonderlijke omstandigheden. Het is een *ultimum remedium*, het laatste redmiddel om de nadelige gevolgen van misbruik van het identiteitsverschil voor de benadeelde te herstellen. Bij vermogensvermenging is de onrechtmatige daad niet toepasbaar. In plaats daarvan is vereenzelviging de *aangewezen vorm van redres*, zo blijkt uit de onderzochte jurisprudentie.⁸¹

Bij de beoordeling of er sprake is van vermogensvermenging wordt gekeken naar de interne situatie van de groep rechtspersonen. Aanwijzingen voor vermogensvermenging zijn het gebruiken van gezamenlijke bankrekeningen, geen gescheiden boekhouding,⁸² gezamenlijk personeel en een overeenkomende handelsnaam, adres en telefoonnummer.⁸³ Bij vermogensvermenging is er een verschil tussen vereenzelviging van rechtspersonen binnen en buiten faillissement. Rechtspersonen die niet in staat van faillissement verkeren, worden simpelweg vereenzelvigd. Het gevolg is dat de crediteur zijn vordering kan verhalen op het vermogen van de betrokken rechtspersonen.⁸⁴ Vereenzelviging heeft andere gevolgen, bij vermogensvermenging van failliete rechtspersonen. De vereenzelviging van failliete rechtspersonen heeft als gevolg dat het faillissement van de rechtspersonen gezamenlijk afgewikkeld wordt, ook wel *geconsolideerde afwikkeling* genoemd. Het is niet mogelijk om het faillissement van de rechtspersonen afzonderlijk af te wikkelen.⁸⁵ Niet te achterhalen is welke vermogensbestanddelen toebehoren aan welke rechtspersoon. Als gevolg is het niet mogelijk om vast te stellen op welke vermogensbestanddelen crediteuren van rechtspersoon A ofwel rechtspersoon B (zie bovenstaande figuur) zich kunnen verhalen. Bij vermogensvermenging binnen faillissement is niet noodzakelijkerwijs sprake van misbruik van identiteitsverschil. Uit de resultaten van het onderzoek blijkt dat er in meerdere gevallen geen sprake was van het oogmerk om crediteuren te benadelen en daarmee ook niet van misbruik van identiteitsverschil.⁸⁶ Toch was er binnen de betreffende groepen rechtspersonen sprake van vermogensvermenging. Ondanks het ontbreken van het misbruik van het identiteitsverschil worden in dergelijke gevallen de rechtspersonen met elkaar vereenzelvigd, door het faillissement geconsolideerd af te wikkelen. Dit is namelijk de enige manier waarop het faillissement afgewikkeld kan worden bij vermogensvermenging.

Binnen dit onderzoek is zo veel mogelijk recente jurisprudentie onderzocht. Voornamelijk zijn uitspraken van na 2000 gebruikt. In het *Rainbow/Ontvanger*-arrest is namelijk een belangrijke nuancering gegeven. Sinds dit arrest is de lijn gevolgd dat bij misbruik van het identiteitsverschil in beginsel sprake is van een onrechtmatige daad, enkel in uitzonderlijke omstandigheden wordt vereenzelviging toegepast. Uit de onderzochte jurisprudentie is gebleken dat de onrechtmatige daadsactie bij vermogensvermenging niet mogelijk is. Het arrest uit 2000 heeft om die reden geen invloed op vermogensvermenging. Aangezien vermogensvermenging in de rechtspraak niet veel voor komt, zijn tevens uitspraken van vóór 2000 onderzocht.

⁸⁰ Elbers 2014, p. 468.

⁸¹ HR 25 september 1987, ECLI:NL:HR:1987:AC9980, Rb. 's-Gravenhage 30 november 1994, ECLI:NL:RBSGR:1994:AW2760 en Rb. 's-Gravenhage 27 december 1995, ECLI:NL:RBSGR:1995:AG2919.

⁸² Rb. 's-Gravenhage 30 november 1994, ECLI:NL:RBSGR:1994:AW2760.

⁸³ Rb. Dordrecht 20 juli 2001, ECLI:NL:RBDOR:2001:AG4037.

⁸⁴ Rb. 's-Gravenhage 30 november 1994, ECLI:NL:RBSGR:1994:AW2760.

⁸⁵ HR 25 september 1987, ECLI:NL:HR:1987:AC9980.

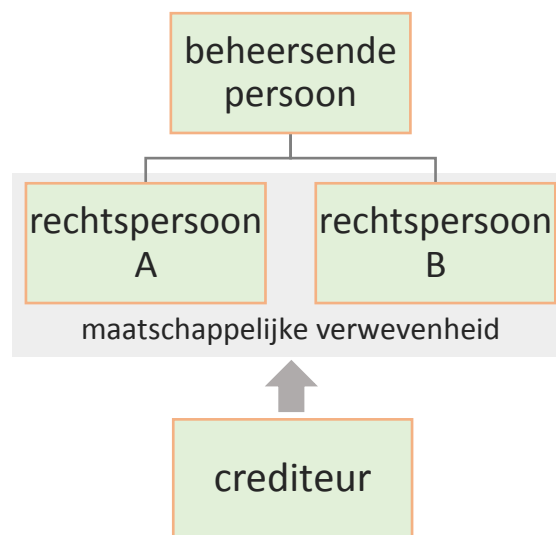
⁸⁶ HR 25 september 1987, ECLI:NL:HR:1987:AC9980 en Rb. 's-Gravenhage 27 december 1995, ECLI:NL:RBSGR:1995:AG2919.

4.3 Maatschappelijke verwevenheid

In de vorige paragraaf is vermogensvermenging behandeld. Bij die vorm van misbruik van het identiteitsverschil is het vermogen van rechtspersonen verweven, er is intern geen scheiding tussen de rechtspersonen. Bij maatschappelijke verwevenheid bestaat er extern geen scheiding van rechtspersonen. Voor derden is niet duidelijk dat er sprake is van meerdere rechtspersonen. Een crediteur weet als gevolg niet met bij rechtspersoon de vordering verhaald kan worden. Maatschappelijke verwevenheid kan het gevolg zijn van rechtspersonen die gebruikmaken van dezelfde handelsnaam en bedrijfsruimte.⁸⁷ Van de onduidelijkheid kan misbruik gemaakt worden door het verbergen van de identiteit van rechtspersonen. Een crediteur kan een verbintenis hebben met een onderneming, terwijl niet duidelijk is op welke rechtspersoon deze verbintenis betrekking heeft. De identiteit van de debiteur-rechtspersoon wordt voor de crediteur verborgen gehouden. Als gevolg wordt de crediteur benadeeld omdat onduidelijk is op welke rechtspersoon de vordering verhaald moet worden.

In een illustratieve (en geestige) uitspraak van de rechtbank Almelo⁸⁸ spreekt de voorzieningenrechter over een ingewikkeld concern. De gedaagde partij maakt gebruik van een veelvoud aan vennootschappen. Geen van de betrokken partijen is in staat te achterhalen welke vennootschap verantwoordelijk is voor de schade van de eisende partij. De voorzieningenrechter achtte de inrichting van het concern zodanig verwarrend, dat hij sprak van een *vennootschappenfestival*:

“Het mag zijn dat de splitsing tussen netwerk(beheer) en elektriciteitslevering voor de vennootschappen ingewikkelde gevolgen heeft gehad, maar daar heeft de gemiddelde afnemer geen boodschap aan. Wie op de hiervoor beschreven onbeholpen wijze concern speelt en zo aan het maatschappelijk verkeer deelneemt, bewerkstelligt daarmee dat (...) iedere aan het namen- en vennootschappenfestival deelnemende vennootschap jegens een wederpartij volledig aansprakelijk is voor het doen of nalaten van een andere festivaldeelnemer. Vervolgens zoeken die vennootschappen dan maar intraconcern uit wie precies wat heeft te dragen en verrichten.”



Bij maatschappelijke verwevenheid, zijn rechtspersonen duurzaam met elkaar verweven, zo blijkt uit de onderzochte jurisprudentie. Van duurzame verwevenheid is geen sprake bij de verwevenheid van rechtspersonen met betrekking tot een bepaalde activiteit. Rechtspersonen die samen optrekken in de uitvoering van een project en daarbij als eenheid naar buiten treden maken daarbij geen misbruik

⁸⁷ Rb. Zwolle 24 juli 2002, ECLI:NL:RBZWO:2002:AF3673.

⁸⁸ Rb. Almelo 16 februari 2007, ECLI:NL:RBALM:2007:AZ9223.

van het identiteitsverschil.⁸⁹ Binnen een concern zijn rechtspersonen altijd in zekere mate met elkaar verweven. Enkel de verwevenheid van rechtspersonen maakt niet dat er misbruik gemaakt wordt van het identiteitsverschil.⁹⁰ Bij maatschappelijke verwevenheid is het identiteitsverschil tussen de betrokken rechtspersonen voor de buitenwereld niet herkenbaar en daarvan wordt misbruik gemaakt met het oogmerk crediteuren te benadelen. Het oogmerk om crediteuren te benadelen blijkt uit het verbergen van de afzonderlijke identiteit van de rechtspersonen. Er is geen sprake van een benadelingsoogmerk indien een crediteur had kunnen weten dat er sprake was van afzonderlijke rechtspersonen. Dit kan het geval zijn indien de rechtspersonen daarover in het verleden een mededeling gedaan hebben.⁹¹ De beheersende persoon en de betrokken rechtspersonen maken misbruik van het identiteitsverschil door te verhullen met welke rechtspersoon een crediteur een verbintenis aangegaan is. Het weigeren uitsluitsel te geven over de identiteit van de debiteur-rechtspersoon is een aanwijzing dat er sprake is van misbruik.⁹² Reden voor de maatschappelijke verwevenheid kan zijn om te verhullen dat de debiteur-rechtspersoon de verplichtingen jegens de crediteur niet kan nakomen.⁹³

Redres

Van de 20 onderzochte uitspraken, hadden 6 uitspraken betrekking op maatschappelijke verwevenheid. In 4 van de 6 uitspraken is geoordeeld dat er geen sprake was van maatschappelijke verwevenheid. In de 2 uitspraken waarin sprake was van maatschappelijke verwevenheid, is vereenzelviging toegepast als vorm van redres.

Uit de onderzochte jurisprudentie blijkt dat de schade, die een crediteur lijdt ten gevolge van maatschappelijke verwevenheid, hersteld kan worden door vereenzelviging. Rechtspersonen die maatschappelijk met elkaar verweven zijn, treden als een eenheid naar buiten. Voor crediteuren is niet duidelijk dat er sprake is van meerdere rechtspersonen. Een crediteur die te maken krijgt met maatschappelijk verweven rechtspersonen wordt benadeeld omdat niet duidelijk is bij welke rechtspersoon zijn vordering verhaald kan worden. Door toepassing van vereenzelviging wordt het identiteitsverschil tussen de rechtspersonen weggedacht. Beide rechtspersonen zijn als gevolg aansprakelijk voor de vordering van de crediteur.⁹⁴

In de onderzochte jurisprudentie is de onrechtmatige daadsactie niet toegepast als redres bij maatschappelijke verwevenheid. Uit de literatuur blijkt echter dat deze vorm van redres tevens toegepast kan worden bij maatschappelijke verwevenheid.⁹⁵ De beheersende persoon en de betrokken rechtspersonen maken misbruik van het identiteitsverschil door de identiteit van de debiteur te verbergen voor de crediteur. Zij handelen onrechtmatig door mee te werken aan de maatschappelijke verwevenheid van de rechtspersonen. De crediteur kan de beheersende persoon en de betrokken rechtspersonen aansprakelijk stellen door middel van een onrechtmatige daadsactie.

⁸⁹ Rb. Noord-Holland 10 juni 2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:5172.

⁹⁰ Hof Arnhem-Leeuwarden 27 februari 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:1991.

⁹¹ Hof 's-Gravenhage 19 augustus 2005, ECLI:NL:GHSGR:2005:AU3117.

⁹² Rb. Rotterdam 3 september 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:6880.

⁹³ Rb. Zwolle 24 juli 2002, ECLI:NL:RBZWO:2002:AF3673.

⁹⁴ Rb. Rotterdam 3 september 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:6880.

⁹⁵ Elbers 2014, p. 210.

4.4 Tussenconclusie

In dit hoofdstuk is de derde deelvraag beantwoord, deze deelvraag luidt: *Welke vorm van redres is van toepassing bij misbruik van het identiteitsverschil van rechtspersonen, op basis van jurisprudentieonderzoek?*

In beginsel wordt bij misbruik van het identiteitsverschil de onrechtmatige daadsactie toegepast als vorm van redres. In uitzonderlijke gevallen wordt het misbruik hersteld door toepassing van vereenzelviging. Uit de resultaten van het onderzoek blijkt dat de aangewezen wijze van redres afhankelijk is van de vorm van misbruik van het identiteitsverschil.

De debiteur-rechtspersoon wordt, bij de **oneigenlijke doorstart**, 'leeggehaald' en vervolgens 'leeg' achtergelaten of ontbonden. Vermogensbestanddelen worden ondergebracht in een gelieerde rechtspersoon. Als gevolg kan de crediteur zijn vordering niet bij de debiteur-rechtspersoon verhalen. De betrokken rechtspersonen en de beheersende persoon handelen onrechtmatig door het leeghalen van de debiteur-rechtspersoon, of door daaraan mee te werken. De onrechtmatige daadsactie is in beginsel de aangewezen vorm van redres.

Vermogensbestanddelen of bedrijfsactiviteiten worden, bij de **schijnconstructie**, uit de debiteur-rechtspersoon gehaald en ondergebracht bij een gelieerde rechtspersoon. De overdracht van vermogensbestanddelen of bedrijfsactiviteiten is slechts schijn. De debiteur-rechtspersoon blijft feitelijk eigenaar. Het overdragen van het vermogen heeft enkel als doel om het voor de crediteur onmogelijk te maken de vordering te verhalen. Bij de schijnconstructie is vereenzelviging de aangewezen vorm van redres.

De beheersende persoon houdt, bij de **omleidingsconstructie**, vermogensbestanddelen bewust buiten het vermogen van de debiteur-rechtspersoon. Het vermogen is ondergebracht in een gelieerde rechtspersoon. Desondanks geniet de debiteur, via een *omleiding*, de voordelen van het vermogen. De onrechtmatige daadsactie is in beginsel de aangewezen vorm van redres.

Het vermogen van de debiteur-rechtspersoon is, bij **vermogensvermenging**, vermengd met het vermogen van een gelieerde rechtspersoon. Het is niet mogelijk om vast te stellen welk vermogen toebehoort aan de debiteur-rechtspersoon. Crediteuren weten niet op welk vermogen zij hun vordering kunnen verhalen, daarmee worden zij benadeeld in hun verhaalspositie. De omvang van de schade van de crediteur is niet vast te stellen, waardoor de onrechtmatige daadsactie niet toepasbaar is. Vereenzelviging is de aangewezen vorm van redres bij vermogensvermenging.

De debiteur-rechtspersoon is, bij **maatschappelijke verwevenheid**, organisatorisch verweven met een gelieerde rechtspersoon. De afzonderlijke identiteit van de debiteur-rechtspersoon wordt verborgen gehouden voor crediteuren. Voor crediteuren is onduidelijk bij welke van de betrokken rechtspersonen zij hun vordering kunnen verhalen. De beheersende persoon en de betrokken rechtspersonen handelen onrechtmatig, zij kunnen aansprakelijk gesteld worden met toepassing van een onrechtmatige daadsactie. De rechtspersonen zijn met elkaar verweven en handelen naar de crediteur als een eenheid. De rechtspersonen kunnen, voor wat betreft de vordering van de crediteur, vereenzelvigd worden.

5. Conclusie en aanbevelingen

5.1 Conclusie

In deze scriptie is onderzoek gedaan naar de doorbraak van aansprakelijkheid. In de conclusie zullen de verschillende vormen van doorbraak van aansprakelijkheid behandeld worden waarbij aangegeven wordt wanneer er sprake is van doorbraak. De centrale vraag van dit onderzoek luidt: *Wat kan De Clercq geadviseerd worden over de mogelijkheid dat een (rechts)persoon aansprakelijk gesteld wordt op grond van doorbraak van aansprakelijkheid, aan de hand van wetsanalyse, literatuur- en jurisprudentieonderzoek?*

Benadeelden kunnen (rechts)personen op verschillende manieren aansprakelijk stellen door middel van doorbraak van aansprakelijkheid. Doorbraak van aansprakelijkheid is onder te verdelen in twee categorieën, directe en indirecte doorbraak.

Indirecte doorbraak van aansprakelijkheid

De eerste categorie van doorbraak van aansprakelijkheid is de indirecte doorbraak. In beginsel zijn bestuurders niet aansprakelijk voor schulden die ontstaan ten gevolge van het gevoerde beleid. Ten gevolge van ernstig verwijtbaar handelen van bestuurders, kunnen zij aansprakelijk gesteld worden. Dit handelen kan bestaan uit het frustreren van verhaal van vorderingen of het nemen van onverantwoorde risico's. De aansprakelijkgestelde bestuurder kan tevens een rechtspersoonbestuurder zijn. Van indirecte doorbraak is sprake nadat een rechtspersoonbestuurder aansprakelijk gesteld wordt. Door de rechtspersoonbestuurder wordt vervolgens heen 'gebroken'. Als gevolg is een achterliggende persoon, naast de rechtspersoonbestuurder, aansprakelijk.

Directe doorbraak van aansprakelijkheid

De tweede categorie van doorbraak van aansprakelijkheid is de directe doorbraak. De directe doorbraak van aansprakelijkheid, ook wel vereenzelviging, heeft als gevolg dat een rechtspersoon aansprakelijk is voor de schulden van een andere rechtspersoon. Het identiteitsverschil tussen de twee rechtspersonen wordt weggedacht. Directe doorbraak van aansprakelijkheid wordt toegepast bij **misbruik van het identiteitsverschil** van rechtspersonen. Het identiteitsverschil tussen rechtspersonen kan misbruikt worden om crediteuren te benadelen. Om misbruik van het identiteitsverschil te maken, moet de beheersende persoon **zeggenschap** binnen deze rechtspersonen hebben. Tevens moet de beheersende persoon het oogmerk hebben om crediteuren te benadelen. Het **benadelingsoogmerk** moet blijken uit het handelen van de beheersende persoon en de betrokken rechtspersonen. Het identiteitsverschil van de rechtspersonen wordt misbruikt door vermogen weg te houden uit de debiteur-rechtspersoon met gebruik van een gelieerde rechtspersoon. Het vermogen wordt in de gelieerde rechtspersoon ondergebracht of anderszins onbereikbaar gemaakt voor crediteuren. Geprobeerd wordt het verhaal van vorderingen onmogelijk te maken. De taak is aan rechters om te beoordelen of sprake is van misbruik van identiteitsverschil. De beheersende persoon wordt geacht te handelen met het oogmerk om crediteuren te benadelen, indien voor het handelen geen ander oogmerk gebleken is.

Het doel van misbruik van het identiteitsverschil is het voorkomen dat crediteuren hun vordering kunnen verhalen. De negatieve gevolgen voor crediteuren moeten hersteld worden. Van belang is, wat in de betreffende situatie de meest aangewezen vorm van redres is. In beginsel is de onrechtmatige daadsactie de meest aangewezen vorm van redres bij misbruik van identiteitsverschil. In uitzonderlijke gevallen wordt vereenzelviging toegepast als vorm van redres. Uit het jurisprudentieonderzoek is gebleken dat de aangewezen vorm van redres, afhankelijk is van de wijze waarop misbruik van het identiteitsverschil gemaakt is.

Vermogensafscherming

Door vermogensafscherming worden crediteuren benadeeld in hun verhaalspositie. Vermogensbestanddelen worden buiten het vermogen van de debiteur gehouden zodat de crediteur zijn vordering hier niet op kan verhalen. Vermogensafscherming is in drie categorieën onder te verdelen, zijnde: de oneigenlijke doorstart, de schijnconstructie en de omleidingsconstructie.

Oneigenlijke doorstart

Een debiteur kan zijn verplichtingen niet nakomen en wordt doorgestart. De debiteur wordt 'leeggehaald' en 'leeg' achtergelaten of ontbonden. De vermogensbestanddelen worden ondergebracht in een gelieerde rechtspersoon. Bij de oneigenlijke doorstart is het oogmerk van de doorstart om crediteuren te benadelen. Crediteuren worden benadeeld omdat zij hun vordering niet op de debiteur kunnen verhalen. De betrokken rechtspersonen en de beheersende persoon handelen onrechtmatig door het leeghalen van de debiteur-rechtspersoon. In beginsel is de onrechtmatige daadsactie de aangewezen vorm van redres. In uitzonderlijke gevallen kan toepassing gegeven worden aan vereenzelviging.

Schijnconstructie

De beheersende persoon probeert bij de schijnconstructie crediteuren te misleiden. Vermogensbestanddelen of bedrijfsactiviteiten worden 'op papier' uit de debiteur-rechtspersoon gehaald en ondergebracht bij een gelieerde rechtspersoon. Door te doen alsof vermogen uit de debiteur gehaald wordt, denken crediteuren dat zij hun vordering niet meer op deze vermogensbestanddelen kunnen verhalen. Bij een schijnconstructie is de overdracht van vermogen schijn. Feitelijk verandert er niets, de vermogensbestanddelen blijven eigendom van de debiteur-rechtspersoon. De enige reden voor de overdracht is het benadelen van crediteuren. Het eigendom blijft bij de debiteur-rechtspersoon en daarmee is er geen sprake van schade bij crediteuren. Aangezien er geen sprake is van schade, is de onrechtmatige daadsactie niet van toepassing. Vereenzelviging is de aangewezen vorm van redres bij de schijnconstructie.

Omleidingsconstructie

Vermogensbestanddelen worden bewust buiten het vermogen van de debiteur-rechtspersoon gehouden. Als gevolg kunnen crediteuren hun vordering niet op de vermogensbestanddelen verhalen. De vermogensbestanddelen behoren niet tot het eigendom van de debiteur, desondanks geniet de debiteur wel de voordelen van de 'omgeleide' vermogensbestanddelen. In beginsel is de onrechtmatige daadsactie de aangewezen vorm van redres. In uitzonderlijke gevallen wordt vereenzelviging toegepast.

Vermogensvermenging

De debiteur en een gelieerde rechtspersoon zijn intern met elkaar vermengd. De rechtspersonen voeren geen afzonderlijke administratie. Niet duidelijk is welke vermogensbestanddelen toebehoren aan de debiteur-rechtspersoon en welke vermogensbestanddelen het eigendom zijn van de gelieerde rechtspersoon. De crediteur weet niet op welk vermogen zijn vordering verhaald kan worden. De omvang van het vermogen van de debiteur-rechtspersoon is niet vast te stellen. In hoeverre de crediteur schade heeft geleden ten gevolge van het misbruik, is onduidelijk. De onrechtmatige daadsactie is niet toepasbaar, aangezien de hoogte van de schade niet vast te stellen is. Vereenzelviging is de aangewezen vorm van redres bij vermogensvermenging.

Maatschappelijke verwevenheid

De debiteur en een gelieerde rechtspersoon zijn organisatorisch met elkaar verweven. Voor crediteuren is onduidelijk welke rechtspersoon de debiteur is, zij weten niet bij welke rechtspersoon hun vordering verhaald kan worden. De rechtspersonen misleiden de crediteur door te weigeren duidelijkheid te geven welke rechtspersoon de contractspartij van de crediteur is. De betrokken rechtspersonen en de beheersende persoon handelen onrechtmatig door de identiteit van de debiteur te verbergen. De onrechtmatige daadsactie heeft tot gevolg dat deze partijen aansprakelijk zijn voor de schade van de crediteur. Vereenzelviging kan tevens toegepast worden bij

maatschappelijke verwevenheid. De betrokken rechtspersonen handelen naar de crediteur als een eenheid. Niet duidelijk is welke rechtspersoon de debiteur is. De betrokken rechtspersonen kunnen vereenzelvigd worden, daarmee worden de rechtspersonen tezamen aansprakelijk gehouden voor de vordering van de crediteur.

5.2 Aanbevelingen

In dit hoofdstuk zal de opgedane kennis vertaald worden naar aanbevelingen aan de opdrachtgever. Aan de hand van de resultaten van het onderzoek zullen aanbevelingen gegeven worden voor de verschillende partijen, die betrokken zijn bij de indirecte en directe doorbraak van aansprakelijkheid.

Indirecte doorbraak

Bestuurders lopen het risico aansprakelijk gesteld te worden bij onbehoorlijk bestuur van de rechtspersoon. Het bestuur kan gevormd worden door een rechtspersoonbestuurder. Bij de aansprakelijkstelling van een rechtspersoonbestuurder, 'breekt' de aansprakelijkheid door de rechtspersoonbestuurder heen. De aansprakelijkheid wordt doorgegeven aan de persoon achter de rechtspersoonbestuurder, tot er bij een natuurlijke persoon uitgekomen wordt. De natuurlijke persoon is naast de rechtspersoonbestuurder aansprakelijk. Met het 'tussenschuiven' van een rechtspersoonbestuurder kan de aansprakelijkheid van bestuurders niet ontlopen worden. De aansprakelijkheid van de rechtspersoonbestuurder wordt doorgegeven aan de achterliggende natuurlijke persoon.

Voor benadeelden is enkel van belang dat hun schade vergoed wordt. Door wie de schade vergoed wordt, is niet van belang. Een benadeelde kan het bestuur aansprakelijk stellen voor het onbehoorlijke bestuur van de rechtspersoon. Indien het aansprakelijk gestelde bestuur gevormd wordt door een rechtspersoonbestuurder, wordt de aansprakelijkheid doorgegeven aan de achterliggende bestuurder of de moedermaatschappij. De schade die de benadeelde lijdt, ten gevolge van het onbehoorlijke bestuur, moet vergoed worden. Het is voor de benadeelde niet van belang of de schade vergoed wordt door de rechtspersoonbestuurder of door een achterliggende natuurlijke persoon.

Directe doorbraak

De persoon die de zeggenschap over meerdere rechtspersonen heeft kan misbruik maken van het identiteitsverschil van die rechtspersonen. Het oogmerk van het misbruik is om crediteuren te benadelen. De rechtspersonen worden gebruikt om het voor crediteuren onmogelijk te maken hun vordering te kunnen verhalen. Beheersende personen zetten de meest ingewikkelde constructies op, om te voorkomen dat crediteuren hun vordering kunnen verhalen op het vermogen van de debiteur-rechtspersoon. Uit de resultaten van het onderzoek blijkt dat het oogmerk voor het opzetten van deze constructies in veel gevallen opgemerkt wordt. Rechters zien dat beheersende personen het oogmerk hebben om crediteuren te benadelen. Het is aan te bevelen om zorgvuldig om te gaan met het verplaatsen van vermogen binnen concerns. In ieder geval, als het risico bestaat dat crediteuren daarvan nadeel kunnen ondervinden. Enkel als er legitieme redenen zijn voor dergelijke constructies, wordt niet geoordeeld dat er sprake is van misbruik van het identiteitsverschil. Een legitieme reden voor het verplaatsen van vermogen kan bijvoorbeeld zijn, het samenvoegen van de activiteiten van rechtspersonen om de effectiviteit binnen een concern te vergroten.

Voor crediteuren die benadeeld worden door misbruik van het identiteitsverschil is van belang dat zij aantonen dat er een beheersende persoon aan het roer staat van de betrokken rechtspersonen en dat deze handelt met het oogmerk om crediteuren te benadelen. Het oogmerk om crediteuren te benadelen wordt aangenomen indien van geen ander, legitiem oogmerk blijkt. Het is voor de beheersende persoon lastig om aan te tonen dat die voor het handelen een legitiem oogmerk had. De beheersende persoon heeft namelijk vaak een ingewikkelde constructie opgezet met het doel om crediteuren te benadelen.

De benadeelde moet de juiste vorm van redres hanteren om de schade vergoed te krijgen. Het misbruik van identiteitsverschil kan geredresseerd worden door toepassing van de onrechtmatige daadsactie of vereenzelviging. De benadeelde kan er voor kiezen om een van deze vormen van redres ten grondslag te leggen aan de vordering. Uit de onderzochte jurisprudentie blijkt dat de

benadeelde ook beide vormen van redres ten grondslag kan leggen aan de vordering.⁹⁶ De benadeelde kan de vordering primair baseren op vereenzelviging en subsidiair op onrechtmatige daad. Naar mijn mening is dit de meest effectieve manier voor de benadeelde om zijn schade vergoed te krijgen. Voor een benadeelde is het ten slotte niet van belang van wie of op welke manier de schade vergoed wordt, als de schade maar vergoed wordt.

⁹⁶ Rb. Arnhem 6 februari 2008, ECLI:NL:RBARN:2008:BC4037, Rb. Zeeland-West-Brabant 24 januari 2018, ECLI:NL:RBZWB:2018:762.

Literatuurlijst

Verkort aangehaalde literatuur

Arons & Hanegraaf 2018

T.M.C. Arons & C.E.J.M. Hanegraaf, 'Commentaar bij HR 17 februari 2017 (X/Le Roux Fruit Exporters (Pty) Ltd)' *Ondernemingsrecht Updates* 2018.

Asser/Maeijer & Kroeze 2-I* 2015

Mr. C. Assers *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 2. Rechtspersonenrecht. Deel I. De rechtspersoon*, Deventer: Kluwer 2015.

Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009

Mr. C. Assers *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 2. Rechtspersonenrecht. Deel II*. De naamloze en besloten vennootschap*, Deventer: Kluwer 2009.

Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIa 2009

Mr. C. Assers *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 2. Rechtspersonenrecht. Deel IIa. NV en BV - Oprichting, vermogen en aandelen*, Deventer: Kluwer 2009.

Den Heijer 2005

H. den Heijer, *De geotrooieerde compagnie. De VOC en de WIC als voorlopers van de naamloze vennootschap*, Deventer: Wolters Kluwer 2005.

Elbers 2014

J. Elbers, *Misbruik van het identiteitsverschil en crediteursbenadeling: Een onderzoek naar vereenzelviging en klassieke vormen van redres*, Zwolle: Uitgeverij Paris 2014.

Groenewoud 2003

L. Groenewoud, 'Vereenzelviging als grond tot doorbraak van aansprakelijkheid', *Vennootschap & Onderneming* 2003, nr. 1.

Koot, Brand, Reurich & Van der Wiel 2001

R. Koot, I. Brand, L. Reurich & B. van der Wiel, *Katern 78: Burgerlijk recht, Ars Aequi* 2001.

Kroeze, Timmerman & Wezeman 2017

M.J. Kroeze, L. Timmerman & J.B. Wezeman, *De kern van het ondernemingsrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2017.

Stolp 2013

M. Stolp, 'Enkele belangrijke aspecten van bestuurdersaansprakelijkheid ex art. 6:162 BW belicht', *Nederlands Juristenblad* 2013/1344.

Tros 2009

R.T.G. Tros, 'Indirecte doorbraak van aansprakelijkheid: ComSystems/Van den End q.q.', *Vennootschap & Onderneming* 2009, nr. 12.

Van Houte 2001

C.P.M. van Houte, 'De stichting als rechtsvorm voor asset protection', *S&V* 2001, afl. 6, p. 123-128.

Van Schilfgaarde 2017

P. van Schilfgaarde, *Van de BV en de NV*, Deventer: Wolters Kluwer 2017.

Parlementaire stukken

- *Kamerstukken II*, 1980/81, 16 530, nr. 3 (MvT).
- *Kamerstukken II*, 1980/81, 16 631, nr. 3 (MvT).
- *Kamerstukken II*, 1983/84, 16 631, nr. 6 (MvA).
- *Handelingen II*, 2006/07, nr. 6.
- *Kamerstukken II*, 2008/09, 31 763, nr. 3 (MvT).
- *Staatsblad* 2011, 275.

Jurisprudentie

- HR 25 september 1981, ECLI:NL:HR:1981:AG4232.
- HR 25 september 1987, ECLI:NL:HR:1987:AC9980.
- HR 6 oktober 1989, ECLI:NL:HR:1989:AB9521.
- Rb. 's-Gravenhage 30 november 1994, ECLI:NL:RBSGR:1994:AW2760.
- HR 9 juni 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1752.
- Rb. 's-Gravenhage 27 december 1995, ECLI:NL:RBSGR:1995:AG2919.
- HR 10 januari 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2243.
- HR 13 oktober 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA7480.
- HR 21 december 2001, ECLI:NL:HR:2001:AD4499.
- HR 8 juni 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB2053.
- Rb. Dordrecht 20 juli 2001, ECLI:NL:RBDOR:2001:AG4037.
- HR 23 november 2001, ECLI:NL:HR:2001:AD4508.
- Rb. Zwolle 24 juli 2002, ECLI:NL:RBZWO:2002:AF3673.⁹⁷
- Rb. Arnhem 29 juni 2005, ECLI:NL:RBARN:2005:AU1704.
- Hof 's-Gravenhage 19 augustus 2005, ECLI:NL:GHSGR:2005:AU3117.
- HR 8 december 2006, ECLI:NL:HR:2006:AZ0758.
- Rb. Almelo 16 februari 2007, ECLI:NL:RBALM:2007:AZ9223.
- Rb. Arnhem 6 februari 2008, ECLI:NL:RBARN:2008:BC4037.
- HR 20 juni 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC4959.
- HR 27 februari 2009, ECLI:NL:HR:2009:BG6445.
- Hof 's-Hertogenbosch 2 juni 2009, ECLI:NL:GHSHE:2009:BI7721.
- HR 11 september 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH4033.
- Rb. Almelo 18 november 2009, ECLI:NL:RBALM:2009:BK4833.
- Rb. 's-Gravenhage 8 juni 2011, 329569 (niet gepubliceerd).⁹⁸
- Concl. A-G L. Timmerman, ECLI:NL:PHR:2011:BQ8104, bij HR 2 september 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ8104.
- Rb. 's-Gravenhage 15 februari 2012, ECLI:NL:RBSGR:2012:BV9142.
- Rb. Rotterdam 11 februari 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:BZ2307.
- Rb. Rotterdam 3 september 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:6880.
- HR 4 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:799.
- Rb. Rotterdam 9 oktober 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:8420.
- HR 16 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:3099.

⁹⁷ Opgenomen in bijlage 2.

⁹⁸ Opgenomen in bijlage 3.

- Rb. Noord-Holland 10 juni 2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:5172.
- Rb. Midden-Nederland 22 juni 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:3415.
- HR 17 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:275.
- Rb. Den Haag 27 september 2017, C/09/505966 (niet gepubliceerd).⁹⁹
- Rb. Noord-Nederland 23 januari 2018, ECLI:NL:RBNNE:2018:1114.
- Rb. Zeeland-West-Brabant 24 januari 2018, ECLI:NL:RBZWB:2018:762.
- Hof Arnhem-Leeuwarden 27 februari 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:1991.

⁹⁹ Opgenomen in bijlage 4.