

# Vereenzelviging?

*Mr. H. Koster\**

## 1 Inleiding

Het aansprakelijkheidsrecht vervult een belangrijke functie. Met het aansprakelijkheidsrecht wordt (ook) beoogd om met behulp van gedragsnormen grenzen aan te geven die gelden bij het optreden in het maatschappelijke en economische verkeer. Worden deze grenzen overschreden, dan dreigt aansprakelijkheid. Dit komt ook in het ondernemingsrecht tot uiting. De wetgever vindt bijvoorbeeld dat bestuurders soms<sup>1</sup> aansprakelijk gehouden moeten kunnen worden.<sup>2</sup> Naast bestuurdersaansprakelijkheid kan ook sprake zijn van aansprakelijkheid van aandeelhouders.<sup>3</sup> Ook hier is de gedachte dat er wel wat aan de hand moet zijn, voordat sprake is van dergelijke aansprakelijkheid.<sup>4</sup> Deze aandeelhoudersaansprakelijkheid kan vrijwillig en onvrijwillig zijn. Vrijwillige aandeelhoudersaansprakelijkheid is bijvoorbeeld aan de orde als een concernvennootschap zekerheid geeft voor groepsfinanciering of als er een art. 2:403 BW-verklaring wordt afgegeven. Onvrijwillige aandeelhoudersaansprakelijkheid ziet doorgaans op aansprakelijkheid op basis van de wet. Bij bepaalde vormen van onvrijwillige aandeelhoudersaansprakelijkheid wordt ook wel gesproken

over doorbraak van aansprakelijkheid.<sup>5</sup> Doorbraak van aansprakelijkheid kent twee verschijningsvormen: directe en indirecte doorbraak van aansprakelijkheid. Van directe doorbraak is sprake bij gevallen van vereenzelviging.<sup>6</sup> In de kern berust vereenzelviging op het voorbijgaan aan het identiteitsverschil tussen twee rechtssubjecten. Bij de indirecte doorbraak van aansprakelijkheid gaat het om toepassing van art. 6:162 BW en wordt de aandeelhouder aansprakelijk gesteld voor een schuld van de vennootschap. Voor zover het de indirecte doorbraak betreft, is deze omschrijving eigenlijk minder passend, omdat bij een indirecte doorbraak sprake is van eigen aansprakelijkheid.<sup>7</sup> In zijn algemeenheid lijkt met doorbraak van aansprakelijkheid te worden bedoeld de situatie dat een met de vennootschap verbonden andere (rechts)persoon ook – naast de vennootschap – aansprakelijk is voor diens schulden.<sup>8</sup>

In dit artikel staat de rechtsfiguur vereenzelviging centraal. In de rechtspraak en literatuur heeft de nodige discussie plaatsgevonden over de vraag wanneer nu precies sprake is van vereenzelviging.<sup>9</sup> In deze bijdrage zal ik ingaan op deze discussie, enkele nieuwe gezichtspunten naar voren brengen en uiteenzetten wat mijn visie is.

## 2 Vereenzelviging in Nederland

Vereenzelviging is in de rechtspraak wel omschreven als een methode van rechtsvinding, waarbij wordt voorbijgegaan aan het identiteitsverschil tussen twee rechtssubjecten.<sup>10</sup> Bij vereenzelviging wordt de juridische vormgeving uitdrukkelijk genegeerd en in plaats daarvan geldt op basis van een herkwali-ficerende interpretatie de andersluidende economische werkelijkheid. Het resultaat is een buitenwettelijke aansprakelijk-

\* Mr. H. Koster is verbonden aan de Erasmus School of Law en aan de Universiteit van Dubai.

Dit artikel bouwt voort op (en hiervoor is geput uit) mijn bijdrage 'Doorbraak van aansprakelijkheid: bange aandeelhouders?', in: De vele gezichten van Maarten Kroeze's 'bange bestuurders'. Opstellen voor prof. mr. M.J. Kroeze vanwege zijn toetreden als raadsheer tot de civiele kamer van de Hoge Raad der Nederlanden per 1 september 2016, Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 227-241.

1. De gedachte is dat er wel wat aan de hand moet zijn, voordat sprake is van bestuurdersaansprakelijkheid. Zo geldt dat in het algemeen alleen dan kan worden aangenomen dat de bestuurder jegens de schuldeiser van de vennootschap onrechtmatig heeft gehandeld, waar hem, mede gelet op zijn verplichting tot een behoorlijke taakuitoefening als bedoeld in art. 2:9 BW, een voldoende ernstig verwijt kan worden gemaakt. Zie HR 8 december 2006, NJ 2006/659 (Ontvanger/Roelofsen).
2. Het Burgerlijk Wetboek – Boek 2 BW, maar ook daarbuiten – kent verscheidene bepalingen waarop bestuurdersaansprakelijkheid gebaseerd kan worden. Genoemd kunnen worden o.a. art. 2:9, 2:138/248, 2:139/249, 2:216 en 6:162 BW.
3. Zie hierover uitgebreid vanuit Amerikaans perspectief S.M. Bainbridge & M.T. Henderson, *Limited Liability: A Legal and Economic Analysis*, Northampton: Edward Elgar 2016.
4. In art. 2:5 BW is bepaald dat de rechtspersoon wat het vermogensrecht betreft gelijkstaat aan de natuurlijke persoon, tenzij uit de wet het tegendeel voortvloeit. Een rechtspersoon is aldus als zelfstandig rechtssubject aansprakelijk voor zijn eigen schulden. Op grond van art. 2:64 lid 1 en 2:175 lid 1 BW zijn aandeelhouders doorgaans niet aansprakelijk voor schulden van de vennootschap. Niettemin zijn er situaties waar een uitzondering op deze hoofdregel wordt gemaakt en aandeelhoudersaansprakelijkheid kan intreden. De idee is dat hier slechts onder bijzondere omstandigheden aanleiding toe is.

5. Het begrip doorbraak van aansprakelijkheid is afkomstig van Van Schilf-gaarde. Zie P. van Schilf-gaarde, *Doorbraak van aansprakelijkheid in het N.V.-recht* (oratie Groningen), Deventer: Kluwer 1970.
6. Over deze indeling wordt overigens ook wel eens anders gedacht. Zo duidt Elbers het gedeeltelijk wegdenken van het identiteitsverschil aan als directe doorbraak en volledig wegdenken als vereenzelviging. Zie J. Elbers, *Misbruik van het identiteitsverschil en crediteursbenadeling* (diss. Heerlen), Zutphen: Uitgeverij Paris 2014, p. 29. Later in zijn dissertatie relativereert hij dit overigens. Zie p. 426 e.v.
7. Zie ook Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II\* 2009/837.
8. Voor zover het de indirecte doorbraak betreft, is deze omschrijving eigen-lijk minder passend, omdat bij een indirecte doorbraak sprake is van eigen aansprakelijkheid. Zie ook Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II\* 2009/837.
9. Zie hierover onder meer Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II\* 2009/835, Assink/Slagter, *Compendium ondernemingsrecht*. Deel 2, Deventer: Kluwer 2013/115, HR 13 oktober 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA7480 (Rainbow) en HR 7 oktober 2016, ECLI:NL:HR:2016:2285 (Resort of the World/Maple Leaf).
10. Zie Rb. Rotterdam (vzr.) 2 november 2013, ECLI:NL:RBROT: 2013:BZ2307.

heid, een aansprakelijkheid zonder wettelijke grondslag.<sup>11</sup> Het ziet – zo de Hoge Raad in *Rainbow*<sup>12</sup> – op de situatie waarbij door degene die volledige of overheersende zeggenschap heeft over twee rechtspersonen<sup>13</sup> misbruik wordt gemaakt van het identiteitsverschil tussen deze rechtspersonen,<sup>14</sup> waarbij hetgeen met dit misbruik wordt beoogd in rechte niet hoeft te worden gehonoreerd. Dergelijk misbruik zal doorgaans moeten worden aangemerkt als een onrechtmatige daad, die verplicht tot het vergoeden van de schade die door het misbruik aan derden wordt toegebracht.<sup>15</sup> In de regel zal de verplichting tot schadevergoeding dan niet alleen rusten op de persoon die met gebruikmaking van zijn zeggenschap de betrokken rechtspersonen tot medewerking aan dat onrechtmatig handelen heeft gebracht, maar ook op deze rechtspersonen zelf.<sup>16</sup> Dit omdat het ongeoorloofde oogmerk van degene die hen beheerst rechtens dient te worden aangemerkt als een oogmerk ook van henzelf.<sup>17</sup> In bepaalde gevallen van dergelijk misbruik is volgens de Hoge Raad evenwel sprake van omstandigheden die zo uitzonderlijk van aard zijn dat vereenzelviging van de betrokken rechtspersonen, dat wil zeggen het volledig wegdenken van het identiteitsverschil,<sup>18</sup> de meest aangewezen vorm van redres is.<sup>19</sup>

In de *Rainbow*-kwesie, waar de Hoge Raad zich diende uit te spreken over vereenzelviging, bestond het door het hof geconstateerde misbruik eruit dat betrokkene met het doen eindigen van de ondernemingsactiviteiten van *Démarrage* en het doen

voortzetten van dezelfde activiteiten door *Rainbow*<sup>20</sup> naar het oordeel van het hof geen ander oogmerk had dan de fiscus als crediteur te benadelen, en wel door het vrijdelen van (verder) verhaal van de Ontvanger op het vermogen van *Démarrage*. Een dergelijke, op benadeling van een bepaalde crediteur gerichte handelwijze is onrechtmatig jegens deze crediteur en verplicht dan ook de (rechts)personen die voor deze handelwijze verantwoordelijk zijn tot vergoeding van de schade welke die crediteur als gevolg daarvan lijdt, zo de Hoge Raad. Dit betekent echter volgens de Hoge Raad niet dat de omvang van deze schade zonder meer gelijk is aan het bedrag van de vordering waarvan men het verhaal wilde vrijdelen. Reeds daarom is, zo oordeelde de Hoge Raad, vereenzelviging een vorm van redres die te ver gaat.<sup>21</sup>

Vereenzelviging kan worden aangemerkt als een ultimum remedium.<sup>22</sup> Alleen in heel bijzondere situaties kan een dergelijke directe doorbraak worden toegepast. In de praktijk is de Hoge Raad zeer terughoudend in het toelaten van de toepassing van vereenzelviging.<sup>23</sup> De Hoge Raad heeft zich tot dusverre ook niet gewaagd aan het geven van algemene regels. Het betekent mijns inziens ook dat vereenzelviging slechts toepassing kan vinden als andere middelen niet tot een vergelijkbaar resultaat kunnen leiden.<sup>24</sup> Van belang is ook om te realiseren dat bij regulier misbruik van identiteitsverschil een succesvolle actie uit onrechtmatige daad leidt tot vergoeding van schade,

11. Zie ook Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II\* 2009/836.
12. Zie HR 13 oktober 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA7480 (*Rainbow*), r.o. 3.5.
13. Vereenzelviging van ondernemingen is evenwel niet toegestaan. Dit is een figuur die vreemd is aan ons privaatrecht. Zie hierover HR 3 november 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1865 (*Roco/Staat*).
14. Dat voor verschillende activiteiten afzonderlijke rechtspersonen of vennootschappen in het leven worden geroepen, is op zichzelf niet ongebruikelijk en ook niet onrechtmatig. Zie hierover het vonnis van de Rechtbank Rotterdam van 7 december 2016 (ECLI:NL:RBROT:2016:9518). Ik citeer uit het vonnis: 'Bovengenoemde door de Erven aangevoerde omstandigheden kunnen niet als onrechtmatig jegens de Erven worden aangemerkt. De Erven hebben onvoldoende gesteld om aan te kunnen nemen dat hier sprake is van misbruik van identiteitsverschil. Zo volgt uit deze beweerdelijke omstandigheden namelijk nog niet zonder meer een oogmerk van [gedaagde sub4] om de Erven te benadelen, zeker niet nu het op zichzelf niet ongebruikelijk is – en zeker niet onrechtmatig – dat voor verschillende activiteiten afzonderlijke rechtspersonen of vennootschappen in het leven worden geroepen.'
15. Zie HR 13 oktober 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA7480 (*Rainbow*), r.o. 3.5.
16. Zie HR 13 oktober 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA7480 (*Rainbow*), r.o. 3.5.
17. Zie HR 13 oktober 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA7480 (*Rainbow*), r.o. 3.5.
18. In zijn conclusie bij dit arrest (*Rainbow*) betoogt plv. procureur-generaal Mok dat het voorbijgaan aan het identiteitsverschil niet volledig hoeft te zijn. In sommige situaties volstaat het om het identiteitsverschil slechts gedeeltelijk weg te denken.
19. Zie HR 13 oktober 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA7480 (*Rainbow*), r.o. 3.5.

20. In het *Rainbow*-geschil had het hof, in navolging van de president in kort geding, overwogen dat zich te dezen zulke bijzondere omstandigheden voordoen en dus vereenzelviging toepassing kon vinden, en daarbij onder meer de volgende omstandigheden, in onderling verband en samenhang bezien, als voldoende aannemelijk geworden in aanmerking genomen: 'a. de directeur/enig aandeelhouder van *Démarrage*, [betrokkene], heeft dezelfde positie in *Rainbow*; b. [betrokkene] had de volledige zeggenschap in *Démarrage* en heeft de volledige zeggenschap in *Rainbow*, zij het dat 10% van de aandelen in andere handen is; c. *Rainbow* houdt zich met dezelfde activiteiten bezig als voorheen *Démarrage*, namelijk koeriersdiensten; d. daags na de staking van de activiteiten van *Démarrage* is *Rainbow* met de koeriersdiensten begonnen; e. deze koeriersdiensten worden gecontinueerd ten behoeve van de opdrachtgevers van *Démarrage*; f. de handelsnamen van beide koeriersdiensten zijn identiek, namelijk *Démarrage* koeriers; g. *Rainbow* heeft hetzelfde adres en telefoonnummer, en gebruikt hetzelfde logo op het briefpapier en facturen, waarvan de nummering gewoon doorloopt; h. dit laatste geldt ook voor de lopende overeenkomsten met leasemaatschappijen, welke alleen op papier zijn overgenomen; facturen terzake aan *Démarrage* worden door *Rainbow* betaald; i. *Rainbow* heeft voor de orderportefeuille van *Démarrage* geen goodwill betaald; j. [betrokkene] wist dat beslaglegging bij *Démarrage* in de lucht hing'. Het hof vulde dit aan met: '(i) *Rainbow* heeft het huurcontract met betrekking tot de bedrijfsruimte van *Démarrage* per 1 juli 1994 overgenomen; (ii) *Rainbow* is ook de – geleasde – auto's die *Démarrage* voor de koeriersdiensten gebruikte, blijven gebruiken, zij het dat zij voor die auto's een nieuw leasecontract met een andere leasemaatschappij heeft gesloten; (iii) twee werknemers van *Démarrage* zijn naar *Rainbow* overgegaan.'
21. Zie HR 13 oktober 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA7480 (*Rainbow*), r.o. 3.5.
22. Zo ook L. Timmerman, Vereenzelviging als strijdmiddel in vennootschapsrechtelijke aansprakelijkheidsprocedures, *Ondernemingsrecht* 2001/10.
23. Zie ook Rb. Rotterdam (vzr.) 2 november 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:BZ2307.
24. Zie ook M.L. Lennarts, *Concernaansprakelijkheid*, Deventer: Kluwer 1999, p. 243.

waarbij de schade niet per se gelijk is aan de vordering waarvan het verhaal werd gefrustreerd, of waarvan bewust werd getracht het verhaal te verijdelen. Vereenzelviging gaat evenwel veel verder. Zij leidt tot medeaansprakelijkheid voor de gehele vordering.

Wanneer zou sprake kunnen zijn van vereenzelviging? Of vereenzelviging toegepast kan worden, zal afhankelijk zijn van de specifieke feiten en omstandigheden van het geval. Uit de jurisprudentie vallen enkele elementen te destilleren. Uit de Rainbow-uitspraak van de Hoge Raad volgt dat het doen eindigen van de ondernemingsactiviteiten van Démarrage en het doen voortzetten van dezelfde activiteiten door Rainbow,<sup>25</sup> met het oogmerk de fiscus als crediteur te benadelen, onvoldoende is voor vereenzelviging. Over vereenzelviging ging ook de uitspraak van het Gerechtshof Leeuwarden van 27 juli 2005 (Bouwonderneming Paas Benus BV/Projectontwikkeling Paas BV).<sup>26</sup> Voor vereenzelviging is volgens het hof op zijn minst vereist dat er sprake is van een zekere mate van verwevenheid van de desbetreffende rechtspersonen. Hiervan kan onder andere sprake zijn indien de ene rechtspersoon de bedrijfsactiviteiten van de andere rechtspersoon overneemt, of indien er sprake is van willekeurige overheveling van vermogensbestanddelen van de ene naar de andere rechtspersoon.<sup>27</sup> Of de Hoge Raad het met het hof eens is dat op zijn minst vereist is dat er sprake is van een zekere mate van verwevenheid van de desbetreffende rechtspersonen, en wanneer hier dan precies aan wordt voldaan, dat is, totdat de Hoge Raad zich hierover uitlaat, onzeker. Wel lijkt duidelijk dat vereenzelviging speelt in situaties waarin er sprake is van een persoon die volledige of overheersende zeggenschap heeft over twee rechtspersonen.<sup>28</sup> Dit volstaat echter niet om tot vereenzelviging te komen.<sup>29</sup>

Belangrijker is denk ik dat uit Rainbow blijkt dat de techniek van vereenzelviging, dat wil zeggen het volledig wegdenken van het identiteitsverschil, wordt toegepast om te komen tot schadeloosstelling. Het is in de woorden van de Hoge Raad in Rainbow in sommige situaties, indien de omstandigheden van het geval zo uitzonderlijk van aard zijn, de meest aangewezen vorm van redres.<sup>30</sup> Indien de omstandigheden van het geval zo

uitzonderlijk van aard zijn, dan kan het toegelaten worden dat een ander medeaansprakelijk is voor de gehele vordering. Voor een dergelijke vergaande consequentie moet er wel een rechtvaardiging zijn. Een dergelijk misbruik maken van identiteitsverschil zal zich voordoen als de betrokkenen, zoals in Krijger/Citco,<sup>31</sup> zich zodanig gedragen dat een schuldeiser in verwarring wordt gebracht en daardoor benadeeld wordt. Zie voor een kwestie waar vereenzelviging werd toegestaan, de uitspraak van Rechtbank Zwolle van 24 juli 2002 (ECLI:NL:RBZWO:2002:AF3673). Ik citeer de rechtbank:

‘In het onderhavige geval is het kennelijke misbruik door enig bestuurder en aandeelhouder Te Siepe van Zevenster BV door het doen eindigen van de ondernemingsactiviteiten van die BV en het doen voortzetten van dezelfde activiteiten door het nieuw opgerichte Sevenstar Yacht Transport Europe BV, gedaagde sub 1, vrijwel identiek aan dat waarover de Hoge Raad de staf heeft gebroken in evenvermeld arrest Rainbow/Ontvanger. (...) De rechtbank is van oordeel dat dergelijke uitzonderlijke omstandigheden zich hier voordoen. Op 4 januari 2000 heeft Van de Wetering vier offertes uitgebracht aan Zevenster BV waarmee zij al jaren zaken deed. Evenwel was die onderneming reeds met ingang van 3 januari 2000 ontbonden. In zijn conclusie tot oproeping in vrijwaring tevens conclusie van antwoord stelt Te Siepe dan ook dat op het moment van offerte Zevenster BV al niet meer bestond. Noch Zevenster, noch haar directeur Te Siepe heeft Van de Wetering daarvan op de hoogte gesteld. Daarentegen is door Zevenster in de maanden januari en februari 2000 met Van de Wetering in het kader van de vervoersopdracht gecorrespondeerd en zijn nadere instructies gegeven alsof er niets aan de hand was. Te Siepe kan er zich niet achter verschuilen dat dat is gebeurd door zijn medewerker Overmars. Voor diens doen en laten was hij als directeur immers verantwoordelijk. Te Siepe heeft zich niet tegenover Van de Wetering gepresenteerd als vereffenaar van Zevenster BV. Dat er ook instructies zijn gegeven door Sevenstar Yacht Transport Europe BV levert slechts een bevestiging op van de gerechtvaardigdheid van het uitgangspunt van vereenzelviging van beide ondernemingen. Immers, zo staat vast, beide ondernemingen hadden hetzelfde logo, dezelfde adresgegevens, hetzelfde faxnummer en dezelfde medewerkers. En hoe vaak komt het niet voor – de rechtbank rekent het tot een feit van algemene bekendheid – dat ondernemingen onder een (doorgaans in het Engels) vertaalde naam met buitenlandse relaties corresponderen. Dat “buitenlandse” briefpapier kan ook voor buitenlandse correspondentie worden gebruikt. Dan is het nog zo dat de facturen door Van de Wetering zijn gesteld op naam van “De Rederij De Zevenster BV” terwijl de correspondentie, voor zover van Zevenster afkomstig en niet van Sevenstar, in het briefhoofd “Zevenster Yachttransport” staat vermeld met als verklaring aan de voet van het briefpapier: “Zevenster Yacht-

25. Zie noot 20 voor de specifieke feiten en omstandigheden van het geval.

26. Hof Leeuwarden 27 juli 2005, JOR 2005/237 (Bouwonderneming Paas Benus BV/Projectontwikkeling Paas BV).

27. Hof Leeuwarden 27 juli 2005, JOR 2005/237 (Bouwonderneming Paas Benus BV/Projectontwikkeling Paas BV), r.o. 3.1.

28. Zie HR 13 oktober 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA7480 (Rainbow), r.o. 3.5.

29. Uit het arrest *Mercantiel* (HR 24 juni 1994, NJ 1995/578) volgt dat een rechtspersoon niet kan worden vereenzelvigd met een andere (natuurlijke) persoon op de enkele grond dat deze bestuurder van de rechtspersoon is en de meerderheid van de aandelen daarin houdt. Het hof in *Bouwonderneming Paas Benus BV/Projectontwikkeling Paas BV* – volledige dan wel overheersende zeggenschap, al dan niet indirect, volstaat niet volgens het hof – noemt dit ook. Zie r.o. 3.2. Zie verder ook de recente uitspraak van de Rechtbank Rotterdam van 25 november 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:10090.

30. Zie HR 13 oktober 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA7480 (Rainbow), r.o. 3.5.

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

transport is the yachtliner division of Rederij Zevenster BV”.

Van derden mag niet worden verwacht dat zij dat ogenschijnlijk willekeurig gehanteerde drukwerk met zijn uiteenlopende doch sterk gelijkende bedrijfsnamen als iets anders beschouwen dan als even zovele presentaties van één en dezelfde onderneming. Dat Sevenstar en Te Siepe dat (impliciet) weerspreken laat geen andere conclusie toe dan dat zij doelbewust verwarring hebben gezaaid en hebben gezwegen waar spreken plicht was met de kennelijke bedoeling het verhaal van Van de Weterings vordering te frustreren.

De rechtbank deelt dan ook de conclusie van Van de Wetering dat Sevenstar en Te Siepe Van de Wetering opzettelijk (althans culpoos) “op het verkeerde spoor hebben gezet”.

Te Siepe wist, althans hij moet hebben geweten, dat hij Zevenster BV een vervoeropdracht heeft laten geven aan Van de Wetering die de onderneming niet kon nakomen. Dat leidt tot doorbraak van aansprakelijkheid. Te Siepe heeft ook niet aangegeven in hoeverre de vorderingen van Van de Wetering in het kader van de liquidatie van Zevenster BV geheel of gedeeltelijk tot uitkering zouden kunnen komen. Voor de schade, bestaande in de onbetaald gebleven facturen van Van de Wetering, is Te Siepe uit onrechtmatige daad aansprakelijk. Sevenstar, gedaagde sub 1, draagt aansprakelijkheid uit hoofde van vereenzelviging, dat wil zeggen zij is op één lijn te stellen met (het in liquidatie verkerende) Zevenster BV en dient te gelden als werkelijke opdrachtgeefster voor het transport. Overigens heeft Sevenstar niet weersproken dat zij als enige baat heeft gehad bij het transport door Van de Wetering. Zij heeft wel gesteld dat zij slechts voor een gedeelte van in geld uitgedrukt f 2643,75 als opdrachtgeefster kon worden beschouwd omdat zij slechts voor dat deel instructies heeft gegeven aan Van de Wetering, maar het antwoord op de vraag wie tijdens de uitvoering van de overeenkomst nadere instructies heeft gegeven is alleen van belang als factor die mede bepalend is voor de algehele vereenzelviging (...).’

Ik denk dat vooral het beoogde resultaat – redres mogelijk maken – een bepalende rol speelt bij beantwoording van de vraag wanneer sprake zou kunnen zijn van vereenzelviging. De verwijzing door de Hoge Raad in Rainbow naar het arrest Krijger/Citco sluit hier naar mijn mening goed bij aan.<sup>32</sup> In die zaak heeft Krijger een aannemingsovereenkomst gesloten met de vennootschap Lorimar. Na enige tijd wordt door Citco Bank Antilles NV onder Krijger derdenbeslag gelegd ten laste van Lorimar. Op dezelfde dag zegt Krijger daarop de aannemingsovereenkomst met Lorimar op en gaat tegelijkertijd een nieuwe (identieke) aannemingsovereenkomst aan met de vennootschap Intervorm, een zustervenootschap van Lorimar. Dit om te voorkomen dat de nog niet vervallen termijnen van

de aanneemsom onder het beslag zouden vallen. Op grond van deze bijzondere omstandigheden oordeelt de Hoge Raad dat Lorimar en Intervorm moeten worden vereenzelvigd.

Dat vereenzelviging om redres scharniert, blijkt ten slotte ook uit de recente uitspraak van de Hoge Raad van 7 oktober 2016 (Resort of the World/Maple Leaf).<sup>33</sup> Het betrof een vordering op grond van fraude. De fraudeur had een villa in een stichting particulier fonds (Maple Leaf) ingebracht, waarop de eiser zich wilde verhalen. Ik citeer de Hoge Raad:

‘3.5.1 (...) Betoogd wordt dat het hof het beroep op vereenzelviging niet had mogen verwerpen, (...) aangezien daaruit volgt dat het identiteitsverschil tussen [betrokkene 1] en Maple Leaf uitsluitend formeel bestaat en dat Maple Leaf geheel afhankelijk is van [betrokkene 1], die de feitelijke beleidsbepaler van Maple Leaf was en alle kosten droeg, terwijl Maple Leaf geen andere activiteiten, inkomsten of bezittingen had en geen andere belangen diende. (...)

3.5.2 (...) Vereenzelviging van de betrokken rechtspersonen kan, in uitzonderlijke omstandigheden, de meest aangewezen vorm van redres zijn. Maar indien een op benadeling van een bepaalde crediteur gerichte handelwijze onrechtmatig is jegens deze crediteur, brengt de verplichting de daardoor aangerichte schade te vergoeden niet mee dat de omvang van deze schade zonder meer gelijk is aan het bedrag van de vordering waarvan men het verhaal wilde vrijdelen. In een dergelijk geval is vereenzelviging een vorm van redres die te ver gaat.

3.5.3 Het oordeel van het hof dat vereenzelviging van Maple Leaf met [betrokkene 1] in de onderhavige situatie een vorm van redres is die te ver gaat, geeft in het licht van de in het Rainbow-arrest neergelegde regels geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting en is niet onbegrijpelijk. De in het onderdeel ingeroepen omstandigheid dat Maple Leaf, anders dan bij de betrokken rechtspersoon in de zaak van het Rainbow-arrest het geval was, geen activiteiten ontwikkelt en (daardoor) derden bij vereenzelviging van Maple Leaf met [betrokkene 1] niet geschaad worden, levert niet een uitzonderlijke omstandigheid op als in het Rainbow-arrest bedoeld. Hetzelfde geldt voor de omstandigheid dat Resort of the World zich op geen enkel ander vermogensbestanddeel van [betrokkene 1] dan de in Maple Leaf ondergebrachte villa kan verhalen. Bovendien staat het in het onderdeel verdedigde standpunt op gespannen voet met de doelstellingen van de invoering van de stichting particulier fonds (zie hiervoor in 3.4.2).’

Vereenzelviging ging dus ook in dit geval te ver. Zoals A-G Hartlief bij dit arrest concludeerde, vereenzelviging zou niet aansluiten bij de bedoeling om te voorzien in de mogelijkheid

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

33. ECLI:NL:HR:2016:2285.

van het afzonderen van particulier vermogen in een rechtspersoon.<sup>34</sup> Maple Leaf werd niet verweten dat zij zelf actief bij (het plegen van) fraude betrokken zou zijn. Er lijkt daarom geen rechtvaardiging om Maple Leaf voor de gehele fraudeschade aansprakelijk te achten, hetgeen wel het gevolg zou zijn bij vereenzelviging. De Hoge Raad vernietigde overigens het bestreden arrest en verwees het geding terug naar het Gemeenschappelijk Hof om te beoordelen in hoeverre er sprake was van onrechtmatig handelen dan wel van ongerechtvaardigde verrijking. Als er sprake is van handelen met het vooropgezette doel om een vermogensbestanddeel buiten het bereik van schuldeisers te brengen, dan is er iets voor te zeggen dat dit teruggebracht dient te worden binnen het verhaalsbereik van de schuldeisers. Maar als dat met behulp van onrechtmatige daad of ongerechtvaardigde verrijking kan, dan is het in zoverre redelijk dat het vergaande middel van vereenzelviging niet wordt toegestaan. Het relevante punt is hier denk ik echter dat er geen reden is om Maple Leaf voor de gehele fraudeschade – die hoger kan zijn dan de opbrengst van de villa – aansprakelijk te achten. Dat gaat te ver. Daarom is het denk ik terecht dat vereenzelviging is afgewezen.

Samenvattend kan worden gezegd dat uit de jurisprudentie blijkt dat het telkens van de omstandigheden afhangt of vereenzelviging wordt aangenomen, waarbij onder meer van belang kunnen zijn factoren als zeggenschap, vermogensvermenging, opgewekte schijn, complexiteit van de concernstructuur en misbruik.

### 3 Een uitstapje naar het Engelse recht

Ik maak een klein rechtsvergelijkend uitstapje. Uit een uitspraak van het Supreme Court van het Verenigd Koninkrijk van 12 juni 2013 blijkt dat ook in het Verenigd Koninkrijk ‘piercing the (corporate) veil’<sup>35</sup> discussie oplevert.<sup>36</sup> Ik citeer de ‘leading’ overwegingen van Lord Sumption:

‘16. I should first of all draw attention to the limited sense in which this issue arises at all. “Piercing the corporate veil” is an expression rather indiscriminately used to describe a number of different things. Properly speaking, it means disregarding the separate personality of the company. (...)

27. In my view, the principle that the court may be justified in piercing the corporate veil if a company’s separate legal personality is being abused for the purpose of some relevant wrongdoing is well established in the authorities. (...)

34. Zie r.o. 4.38.

35. Veelal wordt ‘piercing the corporate veil’ gehanteerd als verzamelterm van vereenzelviging en doorbraak van aansprakelijkheid. Zie conclusie plv. procureur-generaal Mok bij het arrest van de Hoge Raad inzake Rainbow, onder 2.3.2.

36. *Prest v. Petrodel* [2013] UKSC 34.

28. The difficulty is to identify what is a relevant wrongdoing. References to a “facade” or “sham” beg too many questions to provide a satisfactory answer. It seems to me that two distinct principles lie behind these protean terms, and that much confusion has been caused by failing to distinguish between them. They can conveniently be called the concealment principle and the evasion principle. The concealment principle is legally banal and does not involve piercing the corporate veil at all. It is that the interposition of a company or perhaps several companies so as to conceal the identity of the real actors will not deter the courts from identifying them, assuming that their identity is legally relevant. In these cases the court is not disregarding the “facade”, but only looking behind it to discover the facts which the corporate structure is concealing. The evasion principle is different. It is that the court may disregard the corporate veil if there is a legal right against the person in control of it which exists independently of the company’s involvement, and a company is interposed so that the separate legal personality of the company will defeat the right or frustrate its enforcement. (...).

35. I conclude that there is a limited principle of English law which applies when a person is under an existing legal obligation or liability or subject to an existing legal restriction which he deliberately evades or whose enforcement he deliberately frustrates by interposing a company under his control. The court may then pierce the corporate veil for the purpose, and only for the purpose, of depriving the company or its controller of the advantage that they would otherwise have obtained by the company’s separate legal personality. The principle is properly described as a limited one, because in almost every case where the test is satisfied, the facts will in practice disclose a legal relationship between the company and its controller which will make it unnecessary to pierce the corporate veil. (...), I consider that if it is not necessary to pierce the corporate veil, it is not appropriate to do so.’

De meerderheid van de Lords is het met dit ‘evasion principle’ eens. Niettemin zijn er accentverschillen en minderheidsstandpunten. Ik citeer eerst Lady Hale:<sup>37</sup>

‘92. I am not sure whether it is possible to classify all of the cases in which the courts have been or should be prepared to disregard the separate legal personality of a company neatly into cases of either concealment or evasion. They may simply be examples of the principle that the individuals who operate limited companies should not be allowed to take unconscionable advantage of the people with whom they do business.’

Ten slotte citeer ik Lord Walker of Gestingthorpe:

37. Baroness Hale of Richmond is de huidige President van het ‘Supreme Court of the United Kingdom’. Zij is in 2017 Lord Neuberger opgevolgd als President.

‘106. I am reluctant to add to the discussion but for my part I consider that “piercing the corporate veil” is not a doctrine at all, in the sense of a coherent principle or rule of law. It is simply a label (...).’

De leer uit het Verenigd Koninkrijk lijkt aldus (voorlopig) dat alleen of met name bij ‘ontwijking of verijdeling’ ruimte is voor doorbraak van aansprakelijkheid. Uit de uitspraak van het Supreme Court blijkt ook dat in het Verenigd Koninkrijk dit slechts in uitzonderlijke situaties denkbaar is. Als er een relatie bestaat tussen de vennootschap en de ‘controller’, wordt aan ‘piercing the corporate veil’ niet toegekomen, omdat er dan andere juridische methoden bestaan waar gebruik van gemaakt kan worden.<sup>38</sup>

#### 4 Vereenzelviging: een eigen visie

Vereenzelviging is een methode van rechtsvinding, waarbij wordt voorbijgegaan aan het identiteitsverschil tussen twee rechtssubjecten. De juridische vormgeving wordt uitdrukkelijk genegeerd en in plaats daarvan geldt op basis van een herkwalificerende interpretatie de andersluidende economische werkelijkheid. Het resultaat is een buitenwettelijke aansprakelijkheid, een aansprakelijkheid zonder wettelijke grondslag. Het betreft – zo de Hoge Raad in *Rainbow* – de situatie waarbij door degene die volledige of overheersende zeggenschap heeft over twee rechtspersonen, misbruik wordt gemaakt van het identiteitsverschil tussen deze rechtspersonen, waarbij hetgeen met dit misbruik wordt beoogd in rechte niet hoeft te worden gehonoreerd. Doorgaans zal dit misbruik moeten worden aangemerkt als een onrechtmatige daad, maar in bepaalde gevallen van misbruik is volgens de Hoge Raad evenwel sprake van omstandigheden die zo uitzonderlijk van aard zijn dat vereenzelviging van de betrokken rechtspersonen, dat wil zeggen het volledig wegdenken van het identiteitsverschil, de meest aangewezen vorm van redres is.<sup>39</sup> Het lijkt erop dat de techniek van vereenzelviging vooral bedoeld is om redres te reguleren. Indien de omstandigheden van het geval namelijk zo uitzonderlijk van aard zijn, dan kan het toegelaten worden dat een ander medeaansprakelijk is voor de gehele vordering. Voor een dergelijke vergaande consequentie moet wel een rechtvaardiging zijn.

Ondertussen blijkt uit de jurisprudentie dat een beroep op vereenzelviging doorgaans niet slaagt en ook dat de vereisten waaraan voldaan moet worden, niet echt duidelijk zijn. Er bestaat kortom onzekerheid over de inhoud en reikwijdte van vereenzelviging. Gelet op de rechtszekerheid en voorspelbaarheid van het recht is dit geen goede zaak. Ook in het Verenigd Koninkrijk bestaat de nodige onduidelijkheid. Ik citeer over ‘piercing the (corporate) veil’ Lord Neuberger, ten tijde van dit citaat President van het Supreme Court van het Verenigd Koninkrijk:

38. Onder meer *agency, trust en attribution*.

39. Zie HR 13 oktober 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA7480 (*Rainbow*), r.o. 3.5.

‘64. This is the second case in the space of a few months when the doctrine has been invoked before this court on what are, on any view, inappropriate grounds. It is also clear from the cases and academic articles that the law relating to the doctrine is unsatisfactory and confused. Those cases and articles appear to me to suggest that (i) there is not a single instance in this jurisdiction where the doctrine has been invoked properly and successfully, (ii) there is doubt as to whether the doctrine should exist, and (iii) it is impossible to discern any coherent approach, applicable principles, or defined limitations to the doctrine.’<sup>40</sup>

Mijns inziens leidt de vraag of in een specifieke situatie sprake is van vereenzelviging af van de echte vraag waar het om gaat, namelijk: is redres mogelijk? In de praktijk lijkt ondertussen de rechtsfiguur van de onrechtmatige daad voldoende flexibel om met een beroep daarop mogelijke vereenzelvigingskwesaties succesvol af te handelen. Immers, dergelijk misbruik zal doorgaans moeten worden aangemerkt als een onrechtmatige daad, die verplicht tot het vergoeden van de schade die door het misbruik aan derden wordt toegebracht.<sup>41</sup> Voorts geldt dat in de regel de verplichting tot schadevergoeding dan niet alleen rust op de persoon die met gebruikmaking van zijn zeggenschap de betrokken rechtspersoon of rechtspersonen tot medewerking aan dat onrechtmatig handelen heeft gebracht, maar ook op deze rechtspersoon of rechtspersonen zelf.<sup>42</sup> Dit omdat het ongeoorloofde oogmerk van degene die de rechtspersoon of rechtspersonen beheerst rechtens dient te worden aangemerkt als een oogmerk ook van die rechtspersoon of rechtspersonen.<sup>43</sup> Door deze toerekening van het oogmerk lijkt in deze misbruikachtige situaties de actie van onrechtmatige daad te kunnen worden benut. Is het dan niet praktischer om ‘vereenzelviging’ als vorm van directe doorbraak van aansprakelijkheid maar af te schaffen? Deze vraag ziet wat mij betreft alleen op de vereenzelviging waarbij sprake is van directe doorbraak van aansprakelijkheid, en dus niet andere situaties waar vereenzelviging wel wordt bepleit of toegepast en mogelijk een nuttige rol kan vervullen.<sup>44</sup> Afschaffing van deze vorm van directe doorbraak leidt ertoe dat de focus op de lastige vraag of mogelijk vereenzelviging aan de orde is, dan ingeruild kan worden voor de focus op de vraag naar de omvang van het redres.

#### 5 Conclusie

In dit artikel ben ik ingegaan op de rechtsfiguur van de vereenzelviging als vorm van directe doorbraak van aansprakelijkheid. In de rechtspraak en literatuur heeft de nodige discussie

40. *Prest v. Petrodel* [2013] UKSC 34.

41. Zie HR 13 oktober 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA7480 (*Rainbow*), r.o. 3.5.

42. Zie HR 13 oktober 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA7480 (*Rainbow*), r.o. 3.5.

43. Zie HR 13 oktober 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA7480 (*Rainbow*), r.o. 3.5.

44. Op die andere situaties ben ik in dit artikel niet ingegaan. In deze bijdrage is alleen de vereenzelviging als vorm van directe doorbraak van aansprakelijkheid besproken.

plaatsgevonden over de vraag wanneer nu precies sprake is van dergelijke vereenzelviging. Dit type vereenzelviging is mijns inziens vooral een middel om tot redres te komen. Daarbij is vereenzelviging een *ultimum remedium*, dat slechts in uitzonderlijke omstandigheden kan worden toegepast. Dit omdat (1) een rechtspersoon een juridische constructie is, die is gecreëerd om een abstracte entiteit een eigen identiteit in het economisch verkeer te geven, en aan deze entiteit is een afgescheiden vermogen toegekend om ongewenste aansprakelijkheden te voorkomen, en (2) het aannemen van vereenzelviging dus niet te snel moet worden aangenomen, omdat dit een beletsel kan zijn om economische activiteiten te entameren.

Er bestaat in de praktijk echter onzekerheid over de inhoud en reikwijdte van vereenzelviging als vorm van directe doorbraak van aansprakelijkheid. Gelet op de voorspelbaarheid van het recht is dit geen goede zaak. Het levert vooral rechtsonzekerheid op, terwijl de actie uit onrechtmatige daad, zo lijkt het, evengoed redding kan brengen. Is het dan niet praktischer om vereenzelviging als vorm van directe doorbraak van aansprakelijkheid maar af te schaffen? Het lijkt dat daar iets voor te zeggen valt.<sup>45</sup>

45. Zo ook A.L. Mohr, Vereenzelviging; beperkt speelveld voor een nieuwe tak van sport, WPNR 1996/6243. Kritisch daarover S.M. Bartman, Vereenzelviging als methode van rechtsvinding; lange slagen, snel thuis?, WPNR 1996/6248. Zie ook de reactie van Mohr en het naschrift daarop van Bartman in WPNR 1997/6256. De kern van het bezwaar van Bartman lijkt dat het maar de vraag is of de onrechtmatige daad in rechte 'hardgemaakt' kan worden. Dit was overigens voordat de Hoge Raad in *Rainbow* de toerekening van het oogmerk bij onrechtmatige daad introduceerde. Zie daarover S.M. Bartman, Onrechtmatige daad en vereenzelviging; een interactief paar, WPNR 2000/6422. In die laatste bijdrage schrijft Bartman (p. 796) over de toerekening van het oogmerk: 'Dit begint toch aardig op een vorm van successor liability te lijken.'