

Het toepassen van de (aangepaste) kantonrechttersformule in de kennelijk onredelijk ontslag procedure leidt in ieder geval tot een vermindering van de verschillen in uitkomst tussen de kennelijk onredelijk ontslag procedure en de ontbindingsprocedure. Op dat vlak zal dit leiden tot een eenduidiger ontslagstelsel, hetgeen rechtszekerheid met zich brengt.

Normstelling is dan ook een goed begin, maar dient een nadere uitwerking om de gewenste rechtszekerheid binnen de ontslagpraktijk te bewerkstelligen.

Noten

1. Zie de uitspraken van het Hof 's-Gravenhage van 14 oktober 2008 (LJN BF6720, LJN BF6790, LJN BF6960, LJN BF7002, LJN BF7077, LJN BF8122 en LJN BF8136).
2. Zie onder meer Hoge Raad 27 februari 1998, JAR 1998/111 en Hoge Raad 15 februari 2008, JAR 2008/76.
3. Hof 's-Gravenhage 20 januari 2009, JAR 2009/53.

VERZEKERINGS- EN AANSPRAKELIJKHEIDSRECHT

Mw. mr. M. Keijzer-de Korver, Stadermann Luiten Advocaten, Rotterdam

**Aansprakelijkheid rechtspersoon
wegens misbruik van identiteitsver-
schil door natuurlijk persoon 09-052**

Inleiding

Art. 3:276 BW bepaalt dat een schuldeiser zijn vordering op alle goederen van zijn schuldenaar kan verhalen, tenzij de wet of een overeenkomst anders bepaalt. Blijkens art. 20 Fw omvat het faillissement het gehele vermogen van de schuldenaar ten tijde van de faillietverklaring, alsmede hetgeen hij gedurende het faillissement verwerft. In de hier te bespreken zaak had de schuldenaar een constructie bedacht om zijn woonhuis, een monumentale villa, buiten zijn vermogen te brengen door de juridische en economische eigendom ervan te splitsen en onder te brengen in twee afzonderlijke door hem opgerichte stichtingen, waarvan hij feitelijk het beleid bepaalde. Wat was het geval?

Casus

Een natuurlijk persoon, een zekere B., richt in 1991 de stichting Stichting Waaldijk 8 te

Hurwenen (hierna de Stichting Waaldijk) op, waarvan hij enig bestuurder wordt. Op de dag van haar oprichting verwerft de Stichting Waaldijk voor f 577.500,- een woonhuis aan de Waaldijk 8 te Hurwenen van een derde in eigendom. De Stichting verkoopt diezelfde dag tegen dezelfde prijs de economische eigendom van het woonhuis aan B., die de woning met zijn partner betreft. Het statutaire doel van de Stichting Waaldijk is de instandhouding van dit woonhuis.

In 1993 richt B. de stichting Stichting Beheer Waaldijk 8 te Hurwenen (hierna de Stichting Beheer Waaldijk) op, waarvan hij eveneens enig bestuurder wordt. Op diezelfde dag verkoopt B. de economische eigendom van het woonhuis voor f 1.150.000,- aan deze stichting. Het statutaire doel van de Stichting Beheer Waaldijk is het zijn van economisch eigenaar van het betreffende woonhuis (dat B. blijft bewonen) en het beheren van het vermogen van B.

Kort na de oprichting van beide stichtingen treedt B. terug als bestuurder en wordt hij opgevolgd door personen uit zijn naaste omgeving, onder wie zijn partner en haar dochter.

In 2001 wordt B. failliet verklaard. De curator dagvaardt de Stichting Waaldijk en haar bestuurders. Hij stelt, voor zover in cassatie nog van belang, dat zij zich jegens de schuldeisers in het faillissement van B. schuldig hebben gemaakt aan een onrechtmatige daad door mee te werken aan de instandhouding van voormelde eigendomsconstructie, die volgens de curator uitsluitend ten doel had het woonhuis te onttrekken aan het (toekomstig) verhaal van de schuldeisers van B. De curator vordert onder meer vergoeding van de schade, die de schuldeisers betrokken in het faillissement van B., hebben geleden.

De Rechtbank Arnhem verklaart voor recht dat de Stichting Waaldijk en haar bestuurders aansprakelijk zijn op grond van onrechtmatige daad vanwege hun medewerking aan de instandhouding van de eigendomsconstructie, waardoor verhaal door de crediteuren van B. werd vrijdeld en veroordeelt hen tot schadevergoeding. Het Hof Arnhem bekrachtigt in hoger beroep het vonnis van de Rechtbank, zij het dat het

Hof de bestuurders van de Stichting Waaldijk niet aansprakelijk acht, hetgeen ik in het onderstaande nog nader zal toelichten.¹

Hoge Raad 27 februari 2009, RvdW 2009, 375

De Hoge Raad overweegt dat uitgangspunt van het Hof is geweest dat een natuurlijk persoon, die (volledige of overheersende) zeggenschap heeft over twee rechtspersonen, misbruik kan maken van het identiteitsverschil tussen deze rechtspersonen of tussen deze rechtspersonen en hemzelf als handelend natuurlijk persoon. Hetgeen met dergelijk misbruik werd beoogd, behoeft in rechte niet te worden gehonoreerd. Het maken van zodanig misbruik zal in de regel moeten worden aangemerkt als een onrechtmatige daad, die verplicht tot vergoeding van de daardoor aan derden toegebrachte schade. Deze verplichting tot schadevergoeding rust dan niet alleen op de natuurlijk persoon die met gebruikmaking van zijn zeggenschap de rechtspersonen tot medewerking aan dat onrechtmatig handelen heeft gebracht, maar ook op de rechtspersonen zelf: het ongeoorloofde oogmerk van degene die hen beheerst dient rechtens te worden aangemerkt als een oogmerk ook van henzelf. De Hoge Raad verwijst naar zijn arrest van 13 oktober 2000, NJ 2000, 698 (*Rainbow/Ontvanger*), waarin dit uitgangspunt is vastgelegd.

Vervolgens wijst de Hoge Raad erop dat het Hof, uitgaande van voormelde maatstaf, de feiten en omstandigheden in de betreffende zaak heeft beoordeeld en op grond daarvan heeft geconcludeerd dat B. onrechtmatig heeft gehandeld door misbruik te maken van (het identiteitsverschil tussen hemzelf en) de beide stichtingen. Daaruit vloeide voort dat ook de Stichting Waaldijk aansprakelijk is voor de schade die de crediteuren van B. daardoor lijden. Deze schade is daarin gelegen dat de (over)waarde van de woning aan het verhaal is onttrokken.²

De Hoge Raad laat het arrest van het Hof in stand. Om het (jegens de crediteuren van B.) onrechtmatige misbruik van het identiteitsverschil tussen de stichtingen onderling en tussen de stichtingen en B. aan te kunnen nemen, is het geen noodzakelijke

voorwaarde dat het woonhuis ooit aan B. in juridische eigendom heeft toebehoord. Van een dergelijk misbruik kan ook sprake zijn wanneer iemand een goed waarvan hij alle voordelen geniet met gebruikmaking van dat identiteitsverschil buiten zijn vermogen brengt of houdt zonder daarmee een zelfstandig belang van de betrokken rechtspersonen te dienen, maar enkel met het oogmerk dat goed aan verhaal van zijn crediteuren te onttrekken.

Commentaar

Aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad wegens misbruik van identiteitsverschil en aansprakelijkheid op grond van vereenzelviging dienen van elkaar te worden onderscheiden. Bij vereenzelviging wordt het identiteitsverschil tussen een rechtspersoon en een andere rechtspersoon dan wel een natuurlijk persoon volledig weggedacht, in die zin dat gedragingen van de één aan de ander worden toegerekend.³

Voor het aannemen van vereenzelviging moet blijken het hiervoor al genoemde arrest HR 13 oktober 2000, NJ 2000, 698 sprake zijn van zeer uitzonderlijke omstandigheden.⁴ In die zaak bestond het misbruik uit het staken van de ondernemingsactiviteiten van een bv en het voortzetten van dezelfde activiteiten door een andere bv, die door dezelfde persoon werd beheerst, met het uitsluitende doel om verhaal door de Ontvanger op eerstgenoemde bv te verijdelen. Dit misbruik diende volgens de Hoge Raad niet te worden aangepakt via de weg van de vereenzelviging, maar via de weg van de onrechtmatige daad. Vereenzelviging zou volgens de Hoge Raad hier te ver gaan, omdat de omvang van de door de crediteur (de Ontvanger) door deze handelwijze geleden schade niet zonder meer gelijk is aan het bedrag van zijn vordering waarvan men het verhaal wilde verijdelen. De aansprakelijkheid strekte niet verder dan tot het verhaal dat de oude BV zou hebben geboden. Die onrechtmatig gefrustreerde verhaalsmogelijkheid vormde de schade die de Ontvanger had geleden.

In zijn arrest van 9 juni 1995, NJ 1996, 213 (*Krijger/Citco Bank*) had de Hoge Raad de omstandigheden van het geval zo bijzonder van aard geacht dat hij vereenzelviging van de betrokken rechtspersonen (twee

aannemingsbedrijven) wel de meest aangewezen vorm van redres had geoordeeld. Deze zaak betrof een verklaringsprocedure na een door de bank onder Krijger gelegd conservatoir derdenbeslag ten laste van een aannemer. Krijger had deze aannemer de opdracht gegeven voor hem een woning te bouwen. Na het beslag maar op dezelfde dag zegde Krijger de aannemingsovereenkomst met de betreffende aannemer op en sloot een nieuwe overeenkomst met een andere aannemer, die dezelfde directeur/eigenaar had als de oude aannemer. De nieuwe aannemer bouwde de woning af met dezelfde bouwvakkers, gereedschappen en bouwmaterialen. Het Hof oordeelde met instemming van de Hoge Raad dat de gehele aanneemsom (derhalve ook het gedeelte dat Krijger aan de nieuwe aannemer verschuldigd was) onder het beslag viel. De oude en de nieuwe aannemer moesten volgens het Hof worden vereenzelvigd, aangezien de door Krijger aan de nieuwe aannemer verschuldigde aanneemsom zijn grondslag vond in de met de oude aannemer gesloten rechtsverhouding. Het opzeggen van de oude en het aangaan van de nieuwe overeenkomst waren schijnhandelingen, die ertoe strekten de werkelijke rechtsverhouding te versluieren, met als enige motief het voorkomen dat nog niet vervallen termijnen van de aanneemsom onder het beslag zouden vallen.

Terug naar de onderhavige zaak. In eerste aanleg had de curator primair een verklaring voor recht gevorderd dat het betreffende woonhuis tot het vermogen van de gefailleerde B. behoorde, waarbij de inschrijving van het te wijzen vonnis in het kadaster een juiste tenaamstelling van de eigenaar diende te bewerkstelligen. Aan deze primaire vordering legde de curator ten grondslag dat B. was te vereenzelvigen met de Stichting Waaldijk en dat het woonhuis door de stichting uitsluitend ten behoeve van B. werd gehouden; de tenaamstelling vormde een schijnhandeling volgens de curator. De Rechtbank Arnhem wees deze primaire vordering in haar tussenvonnis van 18 februari 2004 af. Getoetst aan het arrest Krijger/Citco Bank oordeelde de Rechtbank dat geen sprake was van dusdanig uitzonderlijke omstandigheden dat tot vereenzelviging geconcludeerd kon

worden. De curator legde zich bij dit oordeel neer, zodat in hoger beroep en cassatie uitsluitend nog zijn subsidiaire vordering tot schadevergoeding op grond van onrechtmatige daad aan de orde was.

Het oordeel dat sprake was van misbruik door B. van het identiteitsverschil tussen hemzelf en de beide stichtingen, waardoor zowel B. als de gedagvaarde Stichting Waaldijk onrechtmatig handelden jegens de schuldeisers van B., had het Hof gebaseerd op de navolgende feiten:

- de toegepaste eigendomsconstructie, gecombineerd met het in handen geven van het bestuur over de stichtingen aan natuurlijke personen binnen de invloedssfeer van B., had ertoe geleid dat B. feitelijk het beleid van de stichtingen bepaalde en de zeggenschap over en het genot van het woonhuis behield; bovendien bleek B. uiteindelijk ook over de opbrengst van het woonhuis te kunnen beschikken indien de stichtingen tot vervreemding aan een derde zouden overgaan;
- bij het opzetten van de eigendomsconstructie moest B. al rekening houden met (potentiële) aanspraken van schuldeisers op zijn privévermogen, onder meer van de fiscus;
- de Stichting Waaldijk had onvoldoende geconcretiseerd dat de constructie was ingegeven door legitieme bedoelingen die de constructie konden rechtvaardigen. Het Hof wees er daarbij op dat de stichtingen geen daadwerkelijke activiteiten hadden ontwikkeld en dat deze ook nooit over middelen hadden beschikt om activiteiten te kunnen ontwikkelen.

De door de Stichting Waaldijk aangevoerde cassatieklachten tegen de feitelijke bevindingen van het Hof deed de Hoge Raad af met een beroep op art. 81 RO.

Zoals hiervoor reeds opgemerkt had het Hof, anders dan de Rechtbank, de bestuurders van de Stichting Waaldijk niet in persoon aansprakelijk geacht voor de door de schuldeisers van B. geleden schade. Een dergelijke aansprakelijkheid vergt volgens het Hof een ernstig, de bestuurders persoonlijk betreffend verwijt, maar daarvan was volgens het Hof niet gebleken. Het

enkele plaatsnemen in het bestuur van de stichtingen, waardoor de bestuurders hadden meegewerkt aan de instandhouding van de onrechtmatige constructie, achtte het Hof onvoldoende voor het aannemen van zo'n persoonlijk verwijt. Helaas heeft de curator geen cassatie ingesteld tegen deze beslissing van het Hof⁵, want het was interessant geweest om te bezien of de Hoge Raad dit oordeel van het Hof in stand zou hebben gelaten. Ik vind het in elk geval tamelijk discutabel dat een persoon zich ongestraft tot bestuurder kan laten benoemen (zonder overigens zelfstandig activiteiten als zodanig te ontplooiën), wetende dat hij daarbij door degene die feitelijk het beleid van de rechtspersoon bepaalt als ware hij bestuurder gebruikt wordt voor onoorbare doeleinden. Ik zou menen dat het verlenen van medewerking daaraan wel degelijk een ernstig persoonlijk verwijt zou moeten opleveren.

Tot besluit merk ik op dat ik mij had kunnen voorstellen dat de curator beide stichtingen in rechte had aangesproken teneinde de verhaalsmogelijkheden zo groot mogelijk te maken. Uit het arrest van het Hof blijkt ook onmiskenbaar dat het beide stichtingen schadeplichtig zou hebben bevonden en dus niet enkel de gedagvaarde Stichting Waaldijk.

Hoewel de curator ongetwijfeld goede redenen zal hebben gehad om ervan af te zien ook de Stichting Beheer Waaldijk te dagvaarden, staat buiten kijf dat de verkoop van de volle eigendom van het woonhuis een hogere opbrengst met zich brengt dan de verkoop van louter de juridische eigendom. Ik laat daarbij dan nog buiten beschouwing de vraag of er überhaupt al een gegadigde te vinden zou zijn voor een dergelijk uitgekleeft eigendomsrecht.⁶

Noten

1. *RB Arnhem 18 februari 2004, zaak-/rolnr.: 97496/HA ZA 03-402, RB Arnhem 7 september 2005, LJN: AU4910 en Hof Arnhem 23 januari 2007, LJN: AZ9977.*
2. Uit het eindvonnis van de *RB Arnhem van 7 september 2005* blijkt dat uit de overwaarde van het woonhuis alle schuldvorderingen in het faillissement ruimschoots kunnen worden voldaan.
3. Zie over het leerstuk van (directe of indirecte) 'doorbraak van aansprakelijkheid' op grond van onrechtmatige daad en 'vereenzelviging' Asser-Maeijer 2-III 2000, nr. 621. Beide leerstukken worden ook wel aangeduid met de uitdrukking 'lifting or piercing the corporate veil'.

4. Andere uitspraken waaruit de terughoudende opstelling van de Hoge Raad ten aanzien van vereenzelviging blijkt, zijn onder meer *HR 9 juni 1995, NJ 1996, 213, HR 13 december 1996, NJ 1997, 557, alsmede HR 13 september 1996 en 20 december 1996, NJ 1997, 637 en 638 m.nt. MMM onder NJ 1997, 639.*
5. Naar ik van de curator heb vernomen, heeft hij daarvan afgezien omdat de bestuurders geen verhaal boden.
6. De curator heeft overigens - naar ik aanneem op basis van het uitvoerbaar bij voorraad verklaarde eindvonnis van de Rechtbank Arnhem - een recht van tweede hypotheek op het woonhuis (waarop hij ook al conservatoir beslag tot levering had doen leggen) verkregen ter zekerstelling van de rechten van de boedel.

HOOFDARTIKEL

BOUWRECHT

Mw. mr. A.N. Kikkert, Houthoff Buruma NV, Rotterdam

Garantieregelingen in de bouw 09-053

(Gast)auteurs: Mw. mr. A.N. Kikkert en mr. D.A. van der Kooij, Houthoff Buruma NV, Rotterdam

Inleiding

In de bouw spelen garanties vaak een belangrijke rol. Door de opdrachtgever worden, al dan niet via standvoorwaarden, veelal zekere garanties voor het werk of onderdelen daarvan bedongen. In deze bijdrage wordt ingegaan op garanties in een tweetal standaardregelingen, te weten de Uniforme Administratieve Voorwaarden voor de uitvoering van werken 1989 ('UAV') en de GIW Garantie- en Waarborgregeling 2007 ('GWR') van het Garantie Instituut Woningbouw ('GIW'). De eerste regeling geldt (veelal) tussen professionele partijen, terwijl de tweede regeling ziet op de (koop en) bouw van een woning in opdracht van een (veelal) niet-professionele partij. Het is niet de bedoeling om deze garantieregelingen uitputtend te behandelen. Bij de bespreking van de UAV komen enkele algemene aspecten aan de orde en wordt de nadruk gelegd op de betekenis van een garantie ingeval sprake is van voorgeschreven bouwstoffen, ontwerp- en uitvoeringsfouten en een voorgeschreven onderaannemer. Bij de behandeling van de GWR worden de verschillende waarborgen en garanties onder de GWR besproken, waarbij tevens aandacht zal worden besteed