

voor onrechtmatig handelen van de bestuurders ten minste nodig is dat zij op grond van de aan hen bekende omstandigheden rekening hadden moeten houden met de mogelijkheid dat het vonnis uit 2013 zou worden vernietigd. Daarnaast dient dan vast komen te staan dat zij wisten, of ernstig rekening hadden moeten houden met de mogelijkheid, dat in geval van vernietiging van dat vonnis de verhuurder niet in staat zou zijn om de huurders het aan hen verschuldigde bedrag terug te betalen. Het is nog maar de vraag of in het onderhavige geval aan deze voorwaarden zou zijn voldaan. De verhuurder was bij het vonnis uit 2013 immers grotendeels in het gelijk gesteld. Mijs inziens hoefden de bestuurders er dan ook in beginsel geen rekening mee te houden dat het vonnis in hoger beroep zou worden vernietigd. Dit zou bijvoorbeeld anders zijn geweest als het vonnis klaarblijkelijk op een feitelijke of juridische mislag beruiste (vgl. HR 22 april 1983, NJ 1984/145 (*Ritzen/Hoekstra*)), maar daarvan was hier geen sprake. Indien duidelijk zou worden dat de bestuurders rekening hadden moeten houden met de vernietiging, dan valt het nog te betwijfelen of de verhuurder naderhand niet in staat zou zijn geweest om het verschuldigde bedrag terug te betalen – zie mijn voorgaande opmerking over de betalingsonmacht. Nu het hier een kort geding betrof, zijn de verhuurder en de bestuurders niet in de gelegenheid gesteld om nader verweer te voeren met betrekking tot de betalingsonmacht. Wellicht dat zij – mede daarom – nog zullen overwegen om dit vonnis aan te vechten.

E.P.C. Duinkerke
AVIO Advocaten B.V.

Civiel recht

225

Hoge Raad
7 oktober 2016, nr. 15/03323
ECLI:NL:HR:2016:2285
ECLI:NL:PHR:2016:521
(mr. Numann, mr. Streefkerk, mr. De Groot, mr. Polak, mr. Du Perron)
(concl. A-G mr. Hartlief)
Noot G.J. de Bock

Vereenzelviging. Onrechtmatige daad. Verhaalsfrustratie. Misbruik van identiteitsverschil. Toerekening van kennis.

Vereenzelviging is slechts in uitzonderlijke gevallen de meest aangewezen vorm van redres. De omvang van de fraudeschade is niet zonder meer gelijk aan de verhaalschade. Het misbruik maken van identiteitsverschil kan worden aangemerkt als een onrechtmatige daad, die verplicht tot het vergoeden van de schade die door dat misbruik aan de schuldeiser is toegebracht. Deze verplichting tot schadevergoeding rust op de schuldenaar en op de rechtspersoon waarin het verhaalsobject is ondergebracht. De kennis van de feitelijke beleidsbepaler wordt in beginsel toegerekend aan de rechtspersoon als hij volledige zeggenschap heeft en tevens de 'ultimate beneficiary' van die rechtspersoon is.

[BW art. 6:162]

1445

Resort ontslaat haar controller op staande voet in verband met fraude op het werk. De controller wordt veroordeeld tot betaling van een substantiële schadevergoeding aan Resort. De villa van de controller is volgens Resort het enig verhaalsobject, maar deze is ondergebracht in Maple Leaf, een Stichting Particulier Fonds gevestigd op Sint Maarten.

Resort vordert betaling van de fraudeschade onder Maple Leaf met een beroep op vereenzelviging, misbruik van identiteitsverschil, onrechtmatig profiteren van fraude en ongerechtvaardigde verrijking. Het beroep op vereenzelviging wordt, ook door de Hoge Raad, afgewezen. De Hoge Raad herhaalt daarbij de leer uit het arrest Rainbow (HR 13 oktober 2000, NJ 2000/698) en verduidelijkt dat de omvang van de fraudeschade niet zonder meer gelijk is aan de verhaalschade. In een dergelijk geval is vereenzelviging een vorm van redres die te ver gaat.

Voor het overige vernietigt de Hoge Raad het vonnis van het hof. Het misbruik maken van identiteitsverschil kan worden aangemerkt als een onrechtmatige daad, die verplicht tot het vergoeden van de schade die door dat misbruik aan de schuldeiser is toegebracht. Deze verplichting tot schadevergoeding rust op de schuldenaar en op de rechtspersoon waarin het verhaalsobject is ondergebracht, omdat beiden een ongeoorloofd oogmerk hadden. Voor de (her)beoordeling van de door Resort gestelde feiten en omstandigheden wordt terugverwezen.

Voorts geeft de Hoge Raad onder verwijzing naar het arrest Kleuterschool Babbel (HR 6 april 1979, NJ 1980/34) nadere invulling aan toerekening van kennis. Een feitelijke beleidsbepaler die volle-

dige zeggenschap heeft en tevens de 'ultimate beneficiary' van de rechtspersoon is, voldoet in beginsel aan de maatstaf voor toerekening van kennis zoals aangelegd in het arrest *Kleuterschool Babel*. De kennis van deze feitelijke beleidsbepaler heeft in het maatschappelijk verkeer te gelden als kennis van die rechtspersoon zelf.

Resort of the world N.V.,
gevestigd in Sint Maarten,
verzoekster tot cassatie,
advocaten: mr. R.S. Meijer en mr. M.M. Stolp,
tegen
de stichting particulier fonds *Private Fund Maple Leaf Foundation*,
gevestigd in Sint Maarten,
verweerster in cassatie,
niet verschenen.

Partijen zullen hierna ook worden aangeduid als *Resort of the World* en *Maple Leaf*.

Conclusie van de Advocaat-Generaal:

Deze zaak betreft de vraag of een Stichting Particulier Fonds (hierna ook 'SPF' te noemen), een in het Caribisch deel van ons Koninkrijk bekende rechtsvorm die vanwege de mogelijkheid van een afgescheiden familie- of doelvermogen trekken van een *trust* vertoont en geschikt is voor *estate planning*, kan worden aangesproken door de voormalig werkgever van de belanghebbende bij de SPF. Hij is wegens fraude ontslagen door zijn werkgever die op diverse grondslagen, met als kern crediteursbenadeling, ook de SPF aanspreekt waarin tijdens het dienstverband een villa door de belanghebbende is ingebracht. Daarbij gaat het onder meer om de vraag of vereenzelving van de belanghebbende en de SPF moet worden aangenomen, althans aansprakelijkheid van de laatste wegens misbruik van identiteitsverschil of wegens profiteren van fraude. Ook ongerechtvaardigde verrijking is als grondslag naar voren geschoven. Het Gemeenschappelijk Hof van Justitie van Aruba, Curaçao, Sint Maarten, Bonaire, Sint Eustatius en Saba heeft de vorderingen tegen de SPF afgewezen. Daartegen wordt in cassatie opgekomen.

1 Inleiding

1.1 In deze zaak gaat het kort gezegd om het volgende.

1.2 [betrokkene 1] was werkzaam bij *Resort of the World* als financial controller. In 2005 heeft hij een villa verworven van een aan *Resort of the World* gelieerde vennootschap. [betrokkene 1] heeft die villa ondergebracht in Stichting Particulier Fonds *Maple Leaf* (hierna: *Maple Leaf*). In 2011 heeft *Resort of the World* [betrokkene 1] op staande voet ontslagen vanwege fraude op het werk.

1.3 *Resort of the World* is een procedure gestart tot verhaal van de als gevolg van de fraude door haar geleden schade. Zij heeft, behalve [betrokkene 1] en diens echtgenote [betrokkene 4], ook *Maple Leaf* in die procedure betrokken. *Resort of the World* heeft daartoe een beroep gedaan op vier grondslagen: (1) vereenzelving, (2) misbruik van identiteitsverschil, (3) onrechtmatig profiteren van fraude en (4) ongerechtvaardigde verrijking. De eerste en tweede grondslag komen er in essentie op neer dat het onderscheid tussen [betrokkene 1] en *Maple Leaf* in rechte niet onverkort behoort te worden gehonoreerd. De derde en vierde grondslag gaan er vanuit dat *Maple Leaf* een zelfstandige en volwaardige positie inneemt.

1.4 In cassatie gaat het om de vraag of het Gemeenschappelijk

Hof van Justitie van Aruba, Curaçao, Sint Maarten, Bonaire, Sint Eustatius en Saba (hierna: het hof) tot afwijzing van de vorderingen tegen *Maple Leaf* heeft mogen komen.

2 Feiten

2.1 Het hof heeft in rov. 2.2.1-2.2.6 van zijn uitspraak van 17 april 2015 de feiten vastgesteld. Deze overwegingen zijn in cassatie onbestreden gebleven. De onderstaande feitenweergave is aan deze overwegingen ontleend.

2.2 [betrokkene 1] (hierna: [betrokkene 1]) is gedurende ongeveer twaalf jaren werkzaam geweest bij *Resort of the World* in de functie van financial controller.

2.3 *Monedo N.V.* (hierna: *Monedo*), een aan *Resort of the World* gelieerde vennootschap, heeft een project ontwikkeld in Lowlands in Sint Maarten, getiteld *AquaMarina*. In 2005, tijdens de ontwikkeling van het project, kreeg [betrokkene 1] als financial controller van *Resort of the World* de gelegenheid een villa in het project te verwerven voor een gunstige prijs. Een koopovereenkomst van 13 januari 2005 vermeldt hem als 'Buyer' (koper). [betrokkene 1] heeft [betrokkene 2] ingeschakeld, de fiscalist van *Resort of the World*. Deze heeft de Stichting Particulier Fonds *Maple Leaf* opgericht. De oprichtingsakte van *Maple Leaf* dateert van 15 augustus 2005 en vermeldt als doel van de stichting particulier fonds:

"PURPOSE

Article 2

1. The purpose of the foundation is the management of capital, which has been set aside and earmarked for the benefit of the natural persons and legal entities and their relatives left behind, as well as charities designated by the Board and to pay distributions to above referred natural person(s) and legal entities and, their relatives left behind, as well as charities.

2. The foundation is not authorized to make profit by carrying on a business as referred to in the Federal Ordinance on Foundations ('Landsverordening op Stichtingen')."

2.4 Bij notariële akte van 19 oktober 2005 heeft *Monedo* (een recht van erfpacht op een perceel met daarop) de villa overgedragen aan *Maple Leaf*. [betrokkene 2] was toen enig bestuurder van *Maple Leaf*. Later werd [betrokkene 1] enig bestuurder van *Maple Leaf*.

2.5 [betrokkene 1] en zijn echtgenote hebben in de villa gewoond. [betrokkene 1] heeft in zijn aangifte inkomstenbelasting 2010 de rentelasten in verband met een hypothecaire lening, waarbij de villa is verhypothecerd, als aftrekpost opgegeven. Ook heeft [betrokkene 1] op eigen naam een opstalverzekering met betrekking tot de villa afgesloten en diverse kosten in verband met de villa betaald (de hypotheek-, verzekerings- en onderhoudslasten worden hierna gezamenlijk aangeduid als: woonlasten).

2.6 Op 9 november 2011 heeft *Resort of the World* [betrokkene 1] op staande voet ontslagen met als opgegeven dringende reden dat hij fraude op het werk zou hebben gepleegd. Op 10 november 2011 heeft *Resort of the World* aangifte tegen [betrokkene 1] gedaan bij de politie. Op 17 november 2011 is [betrokkene 1] aangehouden en in verzekering gesteld. Op 2 december 2011 is hij in vrijheid gesteld.

2.7 Volgens een uittreksel uit de Kamer van Koophandel van 15 mei 2013 is een zekere [betrokkene 3] sinds 16 november 2011 bestuurder van *Maple Leaf*. Een andere bestuurder vermeldt het uittreksel niet.

3 Procesverloop

3.1 Op 13 december 2011 is *Resort of the World* een bodemprocedure gestart tegen [betrokkene 1], zijn echtgenote [betrokkene 4] en *Maple Leaf*. *Resort of the World* vordert, na eisvermeerde-

ring, hen hoofdelijk te veroordelen tot betaling van US \$ 1.205.615,82 te vermeerderen met rente en tot betaling van schadevergoeding op te maken bij staat. De zaak tegen [betrokkene 4] is in cassatie niet van belang en laat ik rusten.

3.2 Resort of the World heeft aan de vordering jegens [betrokkene 1] kort gezegd het volgende ten grondslag gelegd. [betrokkene 1] zou aan Resort of the World gerichte facturen hebben opgehoogd en het surplus via een medeplichtige op zijn privé-rekening hebben laten overboeken (verzoekschrift § 5). Verder zou [betrokkene 1] vrienden hoge kortingen op hotelkamers hebben gegeven (verzoekschrift § 5) en privéfacturen (voor onder meer reparaties en onderhoud van de villa) door Resort of the World hebben laten betalen (verzoekschrift § 6a-9). Bovendien zou [betrokkene 1] contant geld uit sealbags van het casino van Resort of the World hebben meegenomen (replik § 8) en zou [betrokkene 1] zijn eigen salaris zonder toestemming met meer dan 100% hebben verhoogd (replik § 10-12). Resort of the World heeft ter onderbouwing van de verwijten verwezen naar een rapport van Forensic Services Caribbean (productie 1 bij conclusie van repliek).

3.3 Resort of the World heeft haar vordering jegens Maple Leaf gegrond op vereenzelviging, misbruik van identiteitsverschil, onrechtmatig profiteren van fraude en ongerechtvaardigde verrijking. Resort of the World heeft daartoe het volgende gesteld. [betrokkene 1] heeft de villa zonder tegenprestatie bij Maple Leaf ondergebracht. Maple Leaf zou een verlengstuk of dekmantel zijn van [betrokkene 1] (verzoekschrift § 5). Maple Leaf zou feitelijk worden bestuurd door [betrokkene 1] en worden gebruikt om vermogensbestanddelen van [betrokkene 1] onder te brengen (replik § 18). Subsidiair zou Maple Leaf moeten worden gezien als entiteit die door de betalingen van [betrokkene 1] voor reparaties en onderhoud aan de villa heeft geprofiteerd van de gepleegde fraude (verzoekschrift § 5 en repliek § 18).

3.4 Maple Leaf heeft verweer gevoerd en in reconventie opheffing van een ten laste van haar gelegd conservatoir beslag gevorderd. Op 12 maart 2013 heeft het Gerecht in Eerste Aanleg van Sint Maarten (hierna: het GEA) uitspraak gedaan. Het GEA heeft de vordering tegen [betrokkene 1] toegewezen en de vordering tegen Maple Leaf als onvoldoende onderbouwd afgewezen. De vordering van Maple Leaf in reconventie is afgewezen, omdat het beslagobject niet is gespecificeerd.

3.5 Resort of the World heeft hoger beroep ingesteld tegen Maple Leaf. Maple Leaf heeft verweer gevoerd en incidenteel appel ingesteld. Het incidenteel appel is in cassatie niet meer van belang. Op 15 april 2014 hebben mrs. Aynan en Hofman-Ruigrok bericht dat zij desisteren als gemachtigden van Maple Leaf. Resort of the World heeft pleitnotities overgelegd. Bij tussenuitspraak van 7 november 2014 heeft het hof de zaak vanwege het desisteren van mrs. Aynan en Hofman-Ruigrok naar de rol verwezen en Maple Leaf in de gelegenheid gesteld een schriftelijke pleitnota in te dienen of mondeling pleidooi te verzoeken (rov. 2.1). Maple Leaf heeft van die gelegenheid geen gebruik gemaakt. Het hof heeft op 17 april 2015 einduitspraak gedaan en in het principaal appel tussen Maple Leaf en Resort of the World de uitspraak van het GEA bevestigd.

3.6 De uitspraak van het hof kan als volgt worden weergegeven.

3.7 Het hof wijdt, kennelijk geïnspireerd door het arrest van Uw Raad HR 13 oktober 2000, ECLI:NL:2000:AA7480, NJ 2000/698 m.nt. J.M.M. Maeijer (Rainbow), eerst een algemene overweging aan *misbruik van identiteitsverschil*:

“2.5 De natuurlijke persoon die volledige of overheersende zeggenschap heeft over een rechtspersoon, kan misbruik maken van het identiteitsverschil tussen de natuurlijke persoon en de rechtspersoon. Hetgeen met zodanig 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 het vergoeden van de schade die door het misbruik aan derden wordt toegebracht. Deze verplichting tot schadevergoeding zal dan niet alleen rusten op de natuurlijke persoon die met gebruikmaking van zijn zeggenschap de betrokken rechtspersoon tot medewerking aan dat onrechtmatig handelen heeft gebracht, maar ook op deze rechtspersoon zelf, omdat het ongeoorloofde oogmerk van degene die de rechtspersoon beheerst rechtens dient te worden aangemerkt als een oogmerk ook van de rechtspersoon zelf.

De omstandigheden van het geval kunnen evenwel ook zo uitzonderlijk van aard zijn dat vereenzelviging van de betrokken rechtspersonen – het volledig wegdenken van het identiteitsverschil – de meest aangewezen vorm van redres is.”

3.8 Vervolgens wijst het hof vereenzelviging in casu als een te vergaande vorm van redres ter zake van misbruik van identiteitsverschil af:

“2.6 Het door Resort of the World gestelde misbruik van het identiteitsverschil tussen [betrokkene 1] en Maple Leaf bestaat (hooguit) hierin dat [betrokkene 1] door zijn villa in Maple Leaf onder te brengen en de woonlasten uit zijn eigen vermogen te voldoen, heeft beoogd te vrijdelen dat Resort of the World verhaal kan nemen op de villa en op de bedragen die [betrokkene 1] ten behoeve van de villa heeft betaald. De omvang van de schade die Resort of the World lijdt doordat zij dat verhaal niet kan nemen (hierna: de verhaalschade¹), is niet zonder meer gelijk aan de omvang van de schade die zij lijdt door de gestelde fraude op het werk (hierna: de fraudeschade). Reeds hierom is vereenzelviging een vorm van redres die te ver gaat (vergelijk: HR 13 oktober 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA7480, NJ 2000/698).”

3.9 Het *beroep op vereenzelviging* wordt derhalve (reeds) afgewezen, omdat de daarbij horende rechtsgevolgen (aansprakelijkheid van Maple Leaf voor de fraudeschade) niet passen bij het verwijt dat Maple Leaf in de kern door Resort of the World wordt gemaakt: het vrijdelen van verhaal op de villa en op de bedragen die [betrokkene 1] uit zijn eigen vermogen ten behoeve van de villa heeft betaald. Daarbij past enkel aansprakelijkheid voor de verhaalschade.

3.10 Ook deze aansprakelijkheid gebaseerd op *misbruik van identiteitsverschil* heeft het hof echter verworpen, omdat het hof naar zijn oordeel het hiervoor vereiste oogmerk in casu niet kan aannemen:

“2.7 Ter beoordeling staat of sprake is van misbruik van identiteitsverschil van dien aard dat dit moet worden aangemerkt als een onrechtmatige daad. Hiervoor is nodig dat sprake is van het oogmerk om Resort of the World te benadelen. Daarbij is niet voldoende dat [betrokkene 1] met de gestelde fraude op het werk het oogmerk had om Resort of the World te benadelen, maar is ook nodig dat [betrokkene 1] dat oogmerk had met het onderbrengen van de villa in Maple Leaf en het uit eigen vermogen betalen van de woonlasten.

Daarvoor is onvoldoende gesteld. Resort of the World heeft zelf gesteld dat Maple Leaf om fiscaaltechnische redenen is opgericht. De inschakeling van de fiscalist van Resort of the World maakt dat ook aannemelijk. Het oogmerk was dan om een fiscaal voordeel te behalen. Onvoldoende is gesteld om aan te nemen dat [betrokkene 1] daarnaast in 2005 het oogmerk had te vrijdelen dat Resort of the World haar fraudeschade zou kunnen verhalen op de villa. Zelfs indien zou moeten worden aangenomen dat [betrokkene 1] ook al in 2005 (structureel, grootschalige) fraude ten koste van zijn werkgever pleegde en dat

1 Bedoeld wordt: verhaalschade.

[betrokkene 1] ook toen al ernstig rekening moest houden met de mogelijkheid dat deze fraude vroeg of laat zou worden ontdekt en dat Resort of the World dan haar schade vergoed zou willen zien, dan nog kan daar laatstbedoeld oogmerk niet uit worden afgeleid.

Wat de woonlasten betreft geldt dat dergelijke lasten nu eenmaal verbonden zijn aan de instandhouding van een (verhypothekeerde) villa. Niet is gesteld of gebleken dat Maple Leaf zelf enige bron van inkomsten had. Daarom ligt het voor de hand dat [betrokkene 1] het oogmerk had door die betalingen de villa in stand te houden. Uit niets kan worden afgeleid dat hij daarnaast het oogmerk had om met deze betalingen Resort of the World te benadelen door verhaalsmogelijkheden te verijdelen. Daarom moet het beroep op misbruik van identiteitsverschil dus ook in zoverre worden verworpen.”

3.11 Vervolgens staat het hof voor de vraag of op andere grond dan misbruik van identiteitsverschil kan worden aangenomen dat sprake is van een onrechtmatige daad van Maple Leaf jegens Resort of the World. In dit verband spreekt Resort of the World van onrechtmatig profiteren door Maple Leaf van de door [betrokkene 1] gepleegde fraude. Het hof oordeelt hierover als volgt:

“2.8...De onrechtmatige daad zou dan erin bestaan dat Maple Leaf eraan heeft meegewerkt dat [betrokkene 1] een villa in haar onderbracht zonder dat Maple Leaf daarvoor behoefde te betalen en dat [betrokkene 1] ook de woonlasten van de villa voor zijn rekening nam, terwijl Maple Leaf wist dat [betrokkene 1] deze betalingen deed uit middelen die hij (deels) door middel van fraude ten koste van Resort of the World had verkregen, en dat de gang van zaken ertoe zou leiden dat Resort of the World de fraudeschade niet zou kunnen verhalen op de villa of op de bedragen die [betrokkene 1] ten behoeve van de villa betaalde.”

3.12 Voor het honoreren van een beroep op onrechtmatig profiteren van fraude is nodig dat de rechtspersoon (hier: Maple Leaf) wetenschap heeft van de herkomst van de financiële middelen. Daartoe zou kennis hieromtrent van een natuurlijke persoon (hier: [betrokkene 1]) aan de rechtspersoon moeten kunnen worden toegerekend. In dit verband speelt de zaak parten dat [betrokkene 1] in ieder geval niet steeds bestuurder van Maple Leaf was. Het hof heeft hieromtrent als volgt overwogen:

“2.9 In beginsel moet de kennis en wetenschap van een stichting particulier fonds op een bepaald moment worden vastgesteld door vast te stellen wat op dat moment de kennis en wetenschap van het bestuur en dus van de bestuurder(s) van die rechtspersoon was. Toerekening van kennis en wetenschap aan een ander dan de bestuurder(s) is weliswaar niet uitgesloten, maar er moet wel terughoudendheid bij worden betracht, vooral in gevallen waarin die toerekening wordt bepleit in het kader van een aansprakelijkheidsvraag, zoals hier (vergelijk: HR 11 november 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT6018).”

Vervolgens komt het hof tot een toepassing op het concrete geval:

“2.9 ... Indien [betrokkene 1] beleidsbepaler bij Maple Leaf was en hij tevens degene was in wiens belang Maple Leaf op de voet van de doelomschrijving in de statuten een villa beheerde, kan daaruit op zichzelf nog niet worden afgeleid dat de kennis en wetenschap van [betrokkene 1] moet worden toegerekend aan Maple Leaf. Weliswaar staat vast dat [betrokkene 1] gedurende enige tijd de enige bestuurder van Maple Leaf is geweest, maar niet is gesteld of gebleken wanneer dat zo was.”

3.13 Toerekening van kennis en wetenschap aan een ander dan de bestuurder is volgens het hof dus weliswaar niet uitgesloten, maar er moet wel terughoudendheid bij worden betracht, vooral wanneer die toerekening wordt bepleit in het kader van een aansprakelijkheidsvraag. Daartoe heeft het hof volstaan met te

verwijzen naar het arrest HR 11 november 2005,

ECLI:NL:HR:2005:AT6018.² Waarom in het concrete geval terughoudendheid moet worden betracht, wordt door het hof niet nader toegelicht. Indien [betrokkene 1] beleidsbepaler was bij Maple Leaf en tevens degene in wiens belang de villa werd beheerd, betekent dit voor het hof nog niet dat [betrokkene 1] kennis en wetenschap moeten worden toegerekend aan Maple Leaf. Daarbij merkt het hof nog op dat gesteld noch gebleken is wanneer [betrokkene 1] bestuurder was van Maple Leaf.

3.14 Ter afronding van de beoordeling van dit aan het adres van Maple Leaf gemaakte verwijt (onrechtmatig profiteren van fraude) overweegt het hof nog:

“2.9 ... Maple Leaf is een stichting particulier fonds. Afscheiding van een vermogen is inherent aan deze rechtsvorm. De hiervoor in rov. 2.2.3 weergegeven doelomschrijving van Maple Leaf is niet verboden, onbehoorlijk of ongebruikelijk voor een stichting particulier fonds. Het doel om een villa te beheren in het belang van [betrokkene 1] valt binnen de doelomschrijving. De aan Maple Leaf verweten handelwijze valt binnen dat doel. Gelet daarop kan de handelwijze niet worden aangemerkt als een handelen of nalaten dat in strijd is met hetgeen Maple Leaf volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer jegens Resort of the World betaamt en daarom niet als een onrechtmatige daad jegens haar.”

3.15 Omdat de doelomschrijving van Maple Leaf niet verboden, onbehoorlijk of ongebruikelijk is en de aan haar verweten handelwijze binnen de doelomschrijving valt, kan deze handelwijze niet worden aangemerkt als onrechtmatige daad jegens Resort of the World (rov. 2.9 (1)).³

3.16 Het hof heeft, ten slotte, ook geoordeeld over *ongerechtvaardigde verrijking* als grondslag voor aansprakelijkheid van Maple Leaf jegens Resort of the World:

“2.9... Ook die kan niet worden aanvaard. De verrijking van Maple Leaf vindt haar oorzaak in een handelwijze die binnen de grenzen van haar doelomschrijving valt, welke doelomschrijving op zichzelf niet verboden, onbehoorlijk of ongebruikelijk is, en kan daarom niet als ongerechtvaardigd worden aangemerkt.”

3.17 Ook hier is, net zoals bij het onrechtmatig profiteren van fraude, voor het hof derhalve bepalend dat het in casu gaat om een handelwijze die binnen de grenzen van de doelomschrijving van Maple Leaf valt, en die doelomschrijving op zichzelf niet verboden, onbehoorlijk of ongebruikelijk is. De verrijking is daarom volgens het hof niet ongerechtvaardigd (rov. 2.9 (2)).

3.18 Resort of the World heeft bij verzoekschrift van 17 juli 2015 – derhalve tijdig – cassatieberoep ingesteld. Zij heeft de zaak op 5 februari 2016 schriftelijk doen toelichten. Maple Leaf is niet verschenen. Aan haar is verstek verleend.

3.19 In het parallel lopende hoger beroep tussen Resort of the World en [betrokkene 1] heeft het hof bij uitspraak van 9 oktober 2015 het vonnis van het GEA bevestigd, waarbij [betrokkene 1] is veroordeeld tot betaling aan Resort of the World van US \$ 1.205.615,82 met rente en kosten.

4 Bespreking van het cassatiemiddel

Inleiding

4.1 Het cassatiemiddel bestaat uit een zevental onderdelen die alle vier de door Resort of the World in de procedure tegen Maple Leaf aangevoerde grondslagen aan de orde stellen:

2 Het gaat om HR 11 november 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT6018, NJ 2007/231 m.nt. J.B.M. Vranken (Ontvanger/[B]).

3 De einduitspraak van het hof bevat twee overwegingen die zijn aangeduid als rov. 2.9.

- vereenzelviging;
- misbruik van identiteitsverschil;
- profiteren van de door [betrokkene 1] gepleegde fraude; en
- ongerechtvaardigde verrijking.

De onderdelen en de toelichting daarbij strekken ertoe in cassatie aan te nemen dat ieder van deze grondslagen in casu door het hof op onjuiste of ontoereikende gronden zou zijn verworpen.

4.2 Onderdeel I beoogt dat het hof het identiteitsverschil tussen [betrokkene 1] en Maple Leaf diende te negeren. Het onderdeel wijst op 23 (gestelde) omstandigheden. Volgens het onderdeel staat daarmee vast dat Maple Leaf geen eigen belang heeft dat valt te onderscheiden van het belang van [betrokkene 1]. Daarom zou onjuist of onbegrijpelijk zijn dat het hof het identiteitsverschil niet heeft genegeerd.

4.3 Onderdeel II komt op tegen de overweging dat de fraudeschade niet gelijk is aan de verhaalschade en dat vereenzelviging daarom geen gepaste vorm van redres is. Volgens het onderdeel zou het hof met die overweging hebben miskend dat vereenzelviging hier niet tot gevolg heeft dat de belangen van derden worden geschaad. Daartoe wordt gewezen op de stellingen dat Maple Leaf uitsluitend de villa ten gunste van [betrokkene 1] beheert, dat Maple Leaf dus geen van [betrokkene 1] te onderscheiden belang dient en dat Resort of the World de fraudeschade uitsluitend op de bij Maple Leaf ondergebrachte villa kan verhalen.

4.4 Onderdeel III betreft de verwerping door het hof van het beroep op misbruik van identiteitsverschil. Het onderdeel richt zich tegen de overweging dat onvoldoende is gebleken van het oogmerk van [betrokkene 1] om Resort of the World te benadelen. Het onderdeel voert aan dat dit oordeel onjuist of onbegrijpelijk is gezien de in het eerste onderdeel benoemde 23 (gestelde) omstandigheden. Verder zou het hof ten onrechte voorbij zijn gegaan aan de essentiële stelling van Resort of the World dat het *in stand houden* en *inroepen* van de stichtingsconstructie misbruik van identiteitsverschil oplevert. Bovendien komt het onderdeel op tegen de overweging van het hof omtrent de omstandigheid dat [betrokkene 1] de woonlasten uit eigen vermogen heeft voldaan. Daarmee zou het hof voorbij hebben gezien aan de stelling van Resort of the World dat [betrokkene 1] de woonlasten met verduisterde gelden heeft betaald.

4.5 Onderdeel IV ziet op de verwerping van het beroep op onrechtmatig profiteren van de door [betrokkene 1] gepleegde fraude. Het onderdeel wijst erop dat [betrokkene 1] beleidsbepaler en begunstigde van Maple Leaf was. In dat licht zou toepassing van een terughoudende maatstaf voor toerekening van kennis onjuist of onbegrijpelijk zijn. Verder wordt erop gewezen dat het verwijt inhoudt dat Maple Leaf bewust profiteert van fraude en poogt verhaal te verijdelen. Het hof zou dit hebben miskend door te oordelen dat de aan Maple Leaf verweten handelwijze binnen haar doelomschrijving valt.

4.6 Onderdeel V voert aan dat de verwerping van het beroep op ongerechtvaardigde verrijking niet in stand kan blijven op de gronden die in het vierde onderdeel naar voren zijn gebracht.

4.7 Onderdelen VI en VII behelzen voortbouwende klachten.

4.8 Ter inleiding op de behandeling van de (meest omvangrijke en verstreckende) onderdelen I-III van het cassatiemiddel ga ik eerst kort in op de regeling inzake de Stichting Particulier Fonds en de mogelijkheid van verhaal op een aparte rechtspersoon. De SPF is, zo licht ik hierna toe, zoals iedere andere rechtspersoon, een apart rechtssubject met een eigen juridische identiteit, afgescheiden vermogen en eigen rechten en verplichtingen. Dit heeft uiteraard consequenties voor de vraag of op haar verhaal kan worden gezocht ter zake van de schulden van een aan haar gelieerde natuurlijke persoon. De juridische

uitgangspunten met betrekking tot onderdelen IV en V (die de grondslagen onrechtmatig profiteren van fraude en ongerechtvaardigde verrijking aan de orde stellen) komen aan de orde bij de bespreking van die klachten.

Stichting Particulier Fonds

4.9 De Stichting Particulier Fonds is een aparte rechtsvorm die in 1998 – bij een wijziging van de Landsverordening Stichtingen 1967 – is geïntroduceerd in het Caribische deel van ons Koninkrijk.⁴ Op 1 maart 2004 is de SPF opgenomen in art. 2:50 e.v. BWNA. Bij Landsverordening van 9 januari 2014 heeft de gouverneur van Sint Maarten de tekst van Boek 2 BW opnieuw vastgesteld. De bepalingen over de SPF zijn hierin gehandhaafd.⁵

4.10 Een SPF is – evenals een reguliere stichting – een bij notariële akte opgerichte rechtspersoon die geen leden of aandeelhouders kent en beoogt met een daartoe bestemd vermogen een in de statuten vermeld doel te verwezenlijken. De regeling inzake de SPF voorziet in de mogelijkheid om particulier vermogen in een aparte entiteit onder te brengen, terwijl (anders dan bij een reguliere stichting; zie art. 2:50 lid 4 BW Sint Maarten en art. 2:258 lid 3 Nederlands BW) geen verplichting bestaat dit vermogen voor sociale of ideële doeleinden te gebruiken. Er mogen uitkeringen worden gedaan aan (familie van) de insteller. De SPF is daarmee geschikt voor *estate planning*.⁶

4.11 De Memorie van Toelichting bij genoemde wijziging van de Landsverordening Stichtingen vermeldt het volgende over de achtergrond van de introductie van de SPF:⁷

“Reeds geruime tijd is aan de op de Nederlandse Antillen werkzame dienstverlenende organisaties in de Offshore sector gebleken van een toenemende behoefte aan een wettelijke mogelijkheid tot het afzonderen van particulier- of familievermogen in een rechtspersoonlijkheid bezittende entiteit, zonder dat dit per definitie tot gevolg heeft dat dit vermogen vervolgens nog slechts voor charitatieve doeleinden kan worden aangewend. Mede als gevolg van het in werking treden van de Landsverordening op Stichtingen (van 7 november 1967) waarin de bepaling is opgenomen dat het doen van uitkeringen door een stichting slechts is toegelaten voorzover deze uitkeringen een ideële of sociale strekking hebben, kan binnen het raamwerk van de thans op de Nederlandse Antillen vigerende wetgeving aan de hierboven gesignaleerde behoefte niet worden voldaan.

4 Landsverordening van 19 oktober 1998, *Pb* 1998, no. 209.

5 Landsverordening van 9 januari 2014 tot wijziging van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek, *Afkondigingsblad* van Sint Maarten 2014-11.

6 K. Frielink, *Rechtspersonen en personenvennootschappen naar Nederlands Antilliaans en Arubaans recht*, Deventer: Kluwer 2006, nr. 2.6.2, L.C.J.M. Spigt en K. Frielink, ‘Fiscaal gestuurd rechtspersonenrecht’, *WPNR* 1999/6356, p. 362-367, M.E. Koppenol-Laforce en F. Sonneveldt, ‘Doelvermogens; trust en familiestichting’, *WPNR* 2001/6433, p. 173-181, H.C.F. Schoordijk, ‘De Antilliaanse Stichting Particulier Fonds, de trust en het erfrecht’, *WFR* 2000/6377, p. 359-362, I.C. Reuder, ‘Stichting Particulier Fonds’, *Ondernemingsrecht* 1999-6, p. 164-165, M.H.J. Janssen en L.E.C. Neve, ‘De Antilliaanse Stichting Particulier Fonds’, *Stichting & Vereniging* 2000-5, p. 117-119 en M.F.P. De Clerq en G. Hoffmann, ‘Nieuwe Antilliaanse Stichting: Particulier Fonds’, *Stichting & Vereniging* 1999-5, p. 170-175.

7 Memorie van Toelichting bij Landsverordening 19 oktober 1998 tot wijziging van de Successiebelastingverordening 1908, van de Landsverordening op de Winstbelasting 1940 alsmede van de Landsverordening op Stichtingen, *Pb* 1998, no. 209, p. 1-6, te kennen uit: *Fiscale Encyclopedie De Vakstudie Belastingen van de Caribische Koninkrijksdelen*, Aantekening 2 Wetsgeschiedenis bij Successiebelastingverordening 1908 [Curaçao], Artikel 56 [Vrijstellingen].

In landen die een Angelsaksisch rechtssysteem kennen wordt traditioneel de afzondering van vermogen gerealiseerd met behulp van het instituut van de trust. Deze rechtsfiguur, die het produkt is van een eeuwenlange rechtsontwikkeling, kan voor zeer veel doelen worden aangewend, waaronder ook het onderhavige. Om deze reden heeft de Regering dan ook in beginsel besloten om de trust als rechtsfiguur in de Nederlandse Antillen te introduceren. Inmiddels is evenwel in de praktijk gebleken dat men in landen waar het 'civil-law'-denken overheerst, nogal eens moeite heeft met de karakteristieken die aan de trust als rechtsfiguur eigen zijn. Om die reden heeft de Regering tevens gezocht naar een alternatieve juridische vormgeving waarmee enerzijds hetzelfde resultaat zou moeten kunnen worden bereikt, maar die anderzijds qua karakter beter zou moeten aansluiten bij de binnen het civil-law systeem bekende rechtsfiguren en vertrouwde juridische noties. (...)

Recentelijk werd, om redenen die in hoge mate vergelijkbaar zijn met die welke in het vorenstaande ten aanzien van de Nederlandse Antillen werden gereleveerd, in de wetgeving van een tweetal landen, te weten Oostenrijk (in 1993) en Panama (in 1995) een nieuwe rechtsvorm geïntroduceerd die uitdrukkelijk is gebaseerd op het aldaar bestaande recht betreffende de stichting. In beide gevallen onderscheidt zich deze zogenaamde 'Private Foundation' van de 'gewone' (charitatieve) stichting in nauwelijks enig ander opzicht dan dat het de Private Foundation, anders dan de gewone stichting, wel is toegestaan uitkeringen (aan begunstigden) te doen zonder dat daarbij de beperking geldt dat deze charitatief van aard moeten zijn. Het is bij deze regelgeving dat het onderhavige ontwerp zich aansluit.⁷

4.12 Een SPF vertoont aldus een zekere gelijkenis met een *trust*. Ook een *trust* voorziet immers in (de mogelijkheid van) een afgescheiden familie- of doelvermogen. Toch zijn er niet onbelangrijke verschillen tussen de SPF en de (Nederlandse-Antilliaanse) *trust* zo bleek bij de behandeling in 2001-2002 in de Staten van de (toenmalige) Nederlandse Antillen van een memorie van toelichting bij een wetsvoorstel tot invoering van een trust. Een *trust* heeft – anders dan een SPF – geen rechtspersoonlijkheid. De *trustee* blijft rechthebbende op het vermogen van de *trust*. Wel geniet de *beneficiary* van een *trust* bescherming in die zin dat het trustvermogen niet in een faillissement van de *trustee* wordt betrokken en dat het trustvermogen geen deel uitmaakt van zijn huwelijksgoederengemeenschap of nalatenschap.⁸ Het recht van Curaçao voorziet sinds 2012 in de mogelijkheid van het instellen van een trust.⁹ Het recht van Sint Maarten volgde in 2014 (art. 3:126-3:161 BW Sint Maarten).¹⁰ Naast de SPF kent men dus in Sint Maarten de *trust*.

4.13 In het kader van de Nederlandse inkomstenbelasting is de vraag opgekomen of het in een SPF opgebouwde kapitaal onder de vermogensrendementsheffing (box 3) van de belanghebbende valt. Uit een arrest van de fiscale kamer van Uw Raad

blijkt dat die vraag niet in algemene zin bevestigend kan worden beantwoord.¹¹ Dat zou, zo kan uit dat arrest worden afgeleid, wel het geval zijn wanneer de belanghebbende kan beschikken over het vermogen in de SPF als ware het eigen vermogen en tevens in het geval de belanghebbende een afdwingbaar recht op een uitkering jegens de SPF heeft (in verband met belasting op grond van art. 5.3 lid 2 sub f Wet IB 2001). Uit deze uitspraak van Uw Raad kan worden opgemaakt dat de SPF in fiscale zin als een aparte juridische entiteit (rechtssubject) moet worden aangemerkt.¹²

4.14 Mijns inziens volgt uit de hiervoor geciteerde passages uit de Memorie van Toelichting bij de wijziging van de Landsverordening Stichtingen en het hiervoor genoemde arrest van de fiscale kamer van Uw Raad dat een SPF, zoals iedere andere rechtspersoon, een apart rechtssubject is met een eigen juridische identiteit, afgescheiden vermogen en eigen rechten en verplichtingen (art. 2:3 BW Sint Maarten en art. 2:5 Nederlands BW). Voor een (beweerd) crediteur van de belanghebbende bij een SPF, zoals in dit geval Resort of the World ten opzichte van [betrokkene 1], is het daarom in beginsel niet mogelijk om zijn vordering op (vermogensbestanddelen van) de SPF te verhalen. Daarvoor is bijzonder geschikt nodig dat alleen in bepaalde (bijzondere) gevallen uitkomst zal bieden. Ik maak daarover hierna onder 4.16 e.v. nog een enkele opmerking.

4.15 Voordat ik daaraan toekom, merk ik volledigheidshalve op dat Nederland geen met de SPF vergelijkbare rechtsvorm kent. Het is wel zo dat ook in Nederland de mogelijkheid van invoering van een trust is onderzocht. In het kader van de totstandkoming van de, inmiddels vanwege de invoering van Boek 10 BW alweer ingetrokken, Wet conflictenrecht trusts is aangegeven dat de trust om twee redenen niet in Nederland geïntroduceerd. In de eerste plaats zou een trust moeilijk met het Nederlandse goederenrecht te verenigen zijn. In de tweede plaats zou invoering van een trust tot misbruik, belastingontduiking en belastingontwijking kunnen leiden.¹³ Wel is het Haags Trustverdrag voor het gehele Koninkrijk geratificeerd.¹⁴ Deze ratificatie heeft tot gevolg dat trusts die naar buitenlands recht rechtsgeldig zijn ingesteld in beginsel in het gehele Koninkrijk worden erkend.¹⁵ Met art. 10:143 BW is buiten twijfel gesteld dat het Nederlandse recht geen belemmeringen opwerpt tegen de inschrijving van een trust of trustee als bedoeld in het Haags Trustverdrag in de openbare registers.¹⁶

11 HR 15 maart 2013, ECLI:NL:HR:BZ4218, BNB 2013/119 m.nt. J.P. Boer.

12 Overigens voorziet art. 2.14a van de Wet Inkomstenbelasting 2001 per 1 januari 2010 (Stb 2009/610; laatstelijk gewijzigd per 1 januari 2013, Stb 2012/544) in de mogelijkheid om afgezonderd particulier vermogen toe te rekenen aan de inbrenger.

13 Kamerstukken II, 1992-1993, 23027, nr. 3, p. 3 (Memorie van Toelichting Wet conflictenrecht trusts) en hierover D.W. Aertsen, *De Trust: beschouwingen over invoering van de trust in het Nederlandse recht*, diss., Deventer: Kluwer 2004, § 4.6 en 4.7. Zie voor een pleidooi voor de invoering van de trust J.W.A. Biemans, 'Tijd voor de trust', *NTBR* 2011/71, p. 505 e.v.

14 Rijkswet van 4 oktober 1995, houdende goedkeuring van het op 1 juli 1985 tot stand gekomen Verdrag inzake het recht dat toepasselijk is op trusts en op de erkenning van trusts 1 juli 1985, Stb 1995/507.

15 Zie D.W. Aertsen, *De Trust: beschouwingen over invoering van de trust in het Nederlandse recht*, diss., Deventer: Kluwer 2004, § 4.2. Zie verder Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV (2013), nr. 566, J.B. Vegter, 'Over het belang van de Curaçaose trust voor de 'estate planning' van Nederlandse particulieren', *WPNR* 2012/6946, p. 698-706 en M.E. Koppenol-Laforce, *Het Haags trustverdrag*, diss., Deventer: Kluwer 1997, nr. 5.5.

16 M.E. Koppenol-Laforce en F.H. Aalderink, 'Art. 126-144 BW: goederenrecht en trusts', *WPNR* 2010/6849, p. 535-544 en R. Westrik, 'Boek 10 BW (IPR): Titel 11 Trustrecht', *MvV* 2010/7-8, p. 200-203.

8 Staten van de Nederlandse Antillen vergaderjaar 2001-2002: Memorie van Toelichting bij de Landsverordening houdende aanvulling Boek 3 van het BW met bepalingen inzake trusts. In die zin ook D.W. Aertsen, *De Trust: beschouwingen over invoering van de trust in het Nederlandse recht*, diss., Deventer: Kluwer 2004, § 3.3 en 3.4 en K. Frielink, *Rechtspersonen en personenvennootschappen naar Nederlands Antilliaans en Arubaans recht*, Deventer: Kluwer 2006, nr. 2.6.2.

9 Landsverordening trust van 15 december 2011, Pb 2011, no. 67 en dienaangaande J. de Boer, 'De trust naar Curaçaos recht', *WPNR* 2012/6926, p. 287 e.v. en M. Bergervoet en D.S. Mansur, 'De Curaçaose trust in de praktijk', *WPNR* 2012/6926, p. 292 e.v.

10 Landsverordening van 9 januari 2014 houdende aanvulling van Boek 3 van het Burgerlijk Wetboek met bepalingen inzake trusts, Afkondigingsblad van Sint Maarten 2014-7.

Verhaal op aparte entiteit. Zwaar geschut

4.16 Ik gaf hiervoor al aan: voor een (beweerd) crediteur van de belanghebbende bij een SPF, zoals in dit geval Resort of the World ten opzichte van [betrokkene 1], is het in beginsel niet mogelijk om zijn vordering op (vermogensbestanddelen van) de SPF te verhalen. Daarvoor is zwaar geschut nodig dat alleen in bepaalde (bijzondere) gevallen uitkomst zal bieden.¹⁷

4.17 In dit verband kan uiteraard aan de in art. 3:45 BW Sint Maarten¹⁸ voorziene *pauliana*-regeling worden gedacht. Zij reikt het middel van vernietiging aan om rechtshandelingen ongedaan te maken die afbreuk doen aan het verhaal van de schuldeiser. In deze zaak is echter geen beroep gedaan op de *pauliana*-regeling, zodat zij in cassatie niet voorligt. Resort of the World heeft Maple Leaf op grond van art. 6:162 en 6:212 BW Sint Maarten¹⁹ aansprakelijk gesteld.

4.18 In aanvulling op de *pauliana*-regeling kan art. 6:162 BW inderdaad een grondslag bieden aan een tegen een ander dan de debiteur gerichte vordering tot vergoeding van schade die ontstaat door het onvoldaan blijven van schulden bij gebrek aan verhaal op of bij de debiteur.

4.19 In de literatuur wordt in dit verband wel onderscheid gemaakt tussen onrechtmatige crediteursbenadeling door misbruik van identiteitsverschil, onder welke noemer dan overigens in uiterste instantie ook een vereenzelving wordt gebracht, en andere onrechtmatige crediteursbenadeling.²⁰

Misbruik van identiteitsverschil inclusief vereenzelving

4.20 Van *misbruik van identiteitsverschil* is sprake als het verhaal van de schuldeiser door de inzet van een rechtspersoon met het oogmerk van crediteursbenadeling illusoir wordt gemaakt.²¹ In de literatuur wordt aangenomen dat dit geval zich voordoet als crediteursbenadeling het overwegende (niet noodzakelijk het enige) motief van de inzet van de rechtspersoon is.²² Het oogmerk van benadeling zal veelal uit de feiten moeten worden afgeleid.²³

4.21 Misbruik van identiteitsverschil kent verschillende verschijningsvormen. Van misbruik kan sprake zijn wanneer de activiteiten van een rechtspersoon met het oogmerk van benadeling worden overgedragen aan een gelieerde rechtspersoon.²⁴ Misbruik van identiteitsverschil kan zich ook voordoen als iemand een goed, waarvan hij alle voordelen geniet, buiten zijn vermogen brengt of houdt zonder daarmee een doel van de rechtspersoon te dienen en met het oogmerk dat goed aan verhaal te onttrekken.²⁵ Een relevant gezichtspunt is hierbij of de allocatie van de juridische eigendom van de activa op zakelijke gronden is geschied en aansluit bij de feitelijke (economische) situatie.²⁶ De relevantie van dit gezichtspunt blijkt uit het arrest *Stichting Waaldijk/mr. Aerts q.q.* In die zaak had een zekere [A] de juridische eigendom van een pand ondergebracht in een door hem beheerste stichting, terwijl hij hiervan zelf alle voordelen genoot. Uw Raad sauveerde het oordeel van het hof dat sprake is van misbruik van identiteitsverschil.²⁷ In zijn annotatie geeft J.S. Kortmann de crux treffend aan:²⁸

“Kortom: alles wijst erop dat we hier niet van doen hebben met een legitiem ‘separeren van aan derden behorende vermogensbestanddelen’, waardoor Von [A] schuldeisers ‘alleen een voordeel ontgaat’. Slechts in strikt juridische zin is juist dat het pand aan de [a-straat 1] aan een derde (de Stichting Waaldijk) toebehoort. In alle overige relevante opzichten behoort het pand toe aan [A] zelf. Hij verwierf het, heeft daarvan het genot en is de uiteindelijke gerechtigde tot de economische waarde. Naar het zich laat aanzien bekostigde hij ook (al dan niet indirect) het beheer en het onderhoud van het pand. Er lijkt dan ook alle aanleiding om de door [A] gekozen eigendomsconstructie op één lijn te stellen met een ‘poging eigen vermogen af te zonderen’, waardoor zijn schuldeisers (over het geheel genomen) ‘nadeel wordt toegebracht’.”

4.22 Een cruciaal, overigens ook door het hof in rov. 2.6 genoemd, arrest in verband met misbruik van identiteitsverschil is het *Rainbow*-arrest waarin Uw Raad in rov. 3.5 als volgt overweegt:²⁹

“...Bij de beantwoording van deze vraag (of er reden is voor vereenzelving, TH) 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.”
Daarop volgt een belangrijke toevoeging:

A-G Wuisman vóór HR 27 november 2009, ECLI:NL:HR:2009:BJ7832, *RvdW* 2009/1404 (Schulpen Schuim/Zorg en Zekerheid) onder 2.14.

24 Zie bijvoorbeeld HR 13 oktober 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA7480, *NJ* 2000/698 m.nt. J.M.M. Maeijer (Rainbow), HR 3 november 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1865, *NJ* 1996/215 m.nt. J.M.M. Maeijer (Roco/Staat) en HR 9 juni 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1752, *NJ* 1996/213 (Krijger/Citco).

25 HR 27 februari 2009, ECLI:NL:HR:2009:BG6445, *NJ* 2009/318 m.nt. P. van Schilfgaarde (Stichting Waaldijk/mr. Aerts q.q.).

26 J. Elbers, *Misbruik van het identiteitsverschil en crediteursbenadeling*, diss., Zutphen: Paris 2014, nr. 3.2.

27 HR 27 februari 2009, ECLI:NL:HR:2009:BG6445, *NJ* 2009/318 m.nt. P. van Schilfgaarde (Stichting Waaldijk/mr. Aerts q.q.).

28 Annotatie J.S. Kortmann bij HR 27 februari 2009, ECLI:NL:HR:2009:BG6445, *JOR* 2009/104 (Stichting Waaldijk/mr. Aerts q.q.) onder 13.

29 HR 13 oktober 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA7480, *NJ* 2000/698 m.nt. J.M.M. Maeijer.

17 Ook L. Timmerman, ‘Vereenzelving als strijdmiddel in vennootschapsrechtelijke aansprakelijkheidsprocedures’, in G. van Solinge en M. Holtzer (red.), *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2001-2002*, Deventer: Kluwer 2002, p. 17 en 27 spreekt van zwaar geschut. Zie ook A-G Wuisman vóór HR 27 februari 2009, ECLI:NL:PHR:2009:BG6445, *NJ* 2009/318 m.nt. P. van Schilfgaarde (Stichting Waaldijk/mr. Aerts q.q.) onder 2.11.4.

18 Dit artikel is identiek aan de betreffende bepaling in het Nederlands BW.

19 Deze artikelen zijn identiek aan de betreffende bepalingen in het Nederlands BW.

20 Zie bijvoorbeeld J. Elbers, *Misbruik van het identiteitsverschil en crediteursbenadeling*, diss., Zutphen: Paris 2014, nr. 2.3 en 2.4.

21 Zie bijvoorbeeld J. Elbers, *Misbruik van het identiteitsverschil en crediteursbenadeling*, diss., Zutphen: Paris 2014, nr. 2.4.1-2.4.2 en F.K. Buijn/P.M. Storm, *Ondernemingsrecht BV en NV in de praktijk*, Deventer: Kluwer 2013, nr. 9.4.3.

22 Vgl. J. Elbers, *Misbruik van het identiteitsverschil en crediteursbenadeling*, diss., Zutphen: Paris 2014, nr. 2.4 sub C onder verwijzing naar HR 22 februari 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD7354 (Deanmoor BV/Towerwall Limited).

23 J. Elbers, *Misbruik van het identiteitsverschil en crediteursbenadeling*, diss., Zutphen: Paris 2014, p. 63. In dit verband biedt uitkomst dat uit de, overigens niet specifiek op misbruik van identiteitsverschil betrekking hebbende, rechtspraak van Uw Raad blijkt dat een eventuele intentie of specifieke geestesgesteldheid uit sprekende feiten mag worden afgeleid. Zie in dit verband onder meer HR 6 november 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2771, *NJ* 1999/220 m.nt. M.M. Mendel (Aegon/Van der Linden), HR 21 december 2007, ECLI:NL:HR:2007:BB5408, *NJ* 2008/283 m.nt. M.M. Mendel (S./ABN AMRO), HR 30 maart 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ7863, *NJ* 2008/64 m.nt. T. Hartlief (Pesti/Noordhollandsche van 1816) en

“Deze verplichting tot schadevergoeding zal dan niet alleen rusten op de persoon die met gebruikmaking van zijn zeggenschap de betrokken rechtspersonen tot medewerking aan dat onrechtmatig handelen heeft gebracht, doch ook op deze rechtspersonen zelf, omdat het ongeoorloofde oogmerk van degene die hen beheerst rechtens dient te worden aangemerkt als een oogmerk ook van henzelf.”

Maar Uw Raad laat ruimte voor een verdergaande sanctie:

“De omstandigheden van het geval kunnen evenwel ook zo uitzonderlijk van aard zijn dat vereenzelviging van de betrokken rechtspersonen – het volledig wegdenken van het identiteitsverschil – de meest aangewezen vorm van redres is (vgl. het geval dat aan de orde was in HR 9 juni 1995, nr. 8551, NJ 1996, 213).” In het specifieke in het arrest aan de orde gestelde geval gaat dat echter te ver:

“Het door het Hof geconstateerde misbruik bestaat hierin dat De Wit 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. 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. Dit betekent echter niet dat de omvang van deze schade zonder meer gelijk is aan het bedrag van de vordering waarvan men het verhaal wilde verijdelen. Reeds hierom is een vereenzelviging als door het Hof in het onderhavige geval voor mogelijk wordt gehouden, een vorm van redres die te ver gaat.”

4.23 De gelijkenis, zowel qua casustype (verijdeling van verhaal door verplaatsing van een verhaalsobject) als qua rechtsgevolgen (vereenzelviging gaat als redres te ver) met de onderhavige zaak dringt zich op. Weliswaar gaat het in deze zaak niet om de situatie waarin iemand die volledige of overheersende zeggenschap heeft over twee rechtspersonen misbruik lijkt te maken van het identiteitsverschil tussen deze rechtspersonen, maar uit latere rechtspraak van Uw Raad blijkt dat de lijn uit het *Rainbow*-arrest niet tot dat geval beperkt is, maar ook aan de orde kan zijn wanneer het gaat om het misbruiken van het identiteitsverschil tussen een natuurlijk persoon enerzijds en een of meer rechtspersonen anderzijds.³⁰

4.24 Hoewel de omstandigheden, zo blijkt uit het *Rainbow*-arrest, rond misbruik van identiteitsverschil zo uitzonderlijk kunnen zijn dat vereenzelviging – het volledig wegdenken van het identiteitsverschil – de meest aangewezen vorm van redres is, wordt zij niet snel aangenomen. Het wegdenken van identiteitsverschil strekt in de regel te ver wanneer de omvang van de verhaalschade kleiner is dan de omvang van de vordering waarvan men het verhaal juist wilde verijdelen.³¹

4.25 Vereenzelviging is, en dat verbaast tegen de achtergrond van het voorgaande niet, (nog altijd) uitzondering in de rechtspraak.³² Eerder boeken gedupeerden dan succes met de minder vergaande in het *Rainbow*-arrest aangeduide op misbruik van identiteitsverschil gebaseerde schadevergoedingsvariant (in de literatuur ook wel aangeduid als *indirecte doorbraak*³³). Daarbij moet wel worden bedacht dat weliswaar wordt aangenomen dat het ongeoorloofde oogmerk van degene die de rechtspersoon of rechtspersonen beheerst rechtens dient te worden aangemerkt als een oogmerk ook van henzelf,³⁴ maar dat dan nog steeds wel het ongeoorloofde oogmerk van degene die de rechtspersoon of rechtspersonen beheerst zal moeten blijken. Zie hierna 4.48 e.v.

Overige onrechtmatige crediteursbenadeling

4.26 Volledigheidshalve merk ik op dat benadeling van schuldeisers ook buiten het geval van misbruik van identiteitsverschil onrechtmatig kan zijn. Uit de rechtspraak van Uw Raad zijn onder meer de volgende gevallen bekend:

– het zich financieel terugtrekken door een moederonderneming uit haar dochterbedrijf, terwijl zij er op dat moment ernstig rekening mee moet houden dat de dochter haar crediteuren in de toekomst niet zal kunnen voldoen;³⁵

– het ten onrechte wekken van een schijn van kredietwaardigheid van een dochteronderneming.³⁶

Deze overige gevallen van onrechtmatige crediteursbenadeling zijn in de onderhavige zaak niet van belang en laat ik verder rusten.

Kern van de zaak

4.27 Ik kom thans tot behandeling van het cassatierekest. Ik hecht er aan, voordat ik concreet op de diverse geformuleerde klachten inga, alvast de kern aan te duiden, zowel van de zaak als van mijn conclusie.

4.28 Waarmee hebben we in casu te maken? Het begint met een werknemer, [betrokkene 1], die wegens in zijn werk gepleegde fraude op staande voet wordt ontslagen en daarna tot een schadevergoeding van méér dan US \$ 1 miljoen jegens zijn voormalige werkgever Resort of the World wordt veroordeeld.³⁷

eenzelviging als strijdmiddel in vennootschapsrechtelijke aansprakelijkheidsprocedures', *Ondernemingsrecht* 2001-10, p. 294-300.

32 Vgl. S.M. Bartman en A.F.M. Dorresteyn, *Van het concern*, Deventer: Kluwer 2013, p. 298.

33 Zie bijvoorbeeld Asser/A.S. Hartkamp & C.H. Sieburgh 6-IV (2015), nr. 330, Asser/J.M.M. Maeijer, G. van Solinge & M.P. Nieuwe Weme 2-II (2009), nr. 837, S.M. Bartman en A.F.M. Dorresteyn, *Van het concern*, Deventer: Kluwer 2013, nr. IX.1 en L.Timmerman, *Onderstromen in het privaatrechtelijke rechtspersonenrecht*, in J.B.J.M. ten Berge/S.E. Zijlstra/L.Timmerman/F.K. Buijn, *De ontwikkeling van de rechtspersoon in het publiekrecht en het privaatrecht*, preadviezen voor de NJV, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2000, p. 151-159.

34 Dit wordt beschouwd als belangrijke handreiking door de Hoge Raad aan de verhaalzokende schuldeiser op het punt van stelplicht en bewijslast. Zie bijvoorbeeld S.M. Bartman en A.F.M. Dorresteyn, *Van het concern*, Deventer: Kluwer 2013, p. 298.

35 HR 9 mei 1986, ECLI:NL:HR:1986:ACo866, NJ 1986/792 m.nt. W.C.L. van der Grinten (Keulen/BLG).

36 HR 21 december 2001, ECLI:NL:HR:2001:AD4499, NJ 2005/96 m.nt. S.C.J.J. Kortmann (SOBI/Hurks) en HR 19 februari 1988, ECLI:NL:HR:1988:AG5761, NJ 1988/487 m.nt. W.C.L. van der Grinten (Albada Jelgersma II).

37 Bij uitspraak van 9 oktober 2015 heeft het hof, zoals hiervoor al is aangegeven (3.19), het veroordelende vonnis van het GEA in de zaak tussen Resort of the World en [betrokkene 1] in hoger beroep bevestigd.

30 Zie HR 27 februari 2009, ECLI:NL:HR:2009:BG6445, NJ 2009/318 m.nt. P. van Schilfhaarde (Stichting Waaldijk/mr. Aerts q.q.) en M.Y. Nethe in haar annotatie in *Tvl* 2010/16 onder 3. Zie ook L. Timmerman, 'Vereenzelviging als strijdmiddel in vennootschapsrechtelijke aansprakelijkheidsprocedures', in G. van Solinge en M. Holtzer (red.), *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2001-2002*, Deventer: Kluwer 2002, p. 21 die van omgekeerde vereenzelviging en *reverse piercing* spreekt: eiser probeert de rechtspersoon aansprakelijk te maken voor schulden van de natuurlijke persoon.

31 HR 13 oktober 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA7480, NJ 2000/698 m.nt. J.M.M. Maeijer (Rainbow). Zie in dit verband onder meer S.M. Bartman, 'Onrechtmatige daad en vereenzelviging: een interactief paar', *WPNR* 2000/6422, p. 795-797 en L. Timmerman, 'Ver-

Deze voormalige werknemer heeft tijdens zijn dienstverband tegen gunstige voorwaarden een villa verworven die hij vervolgens heeft ondergebracht in een SPF. Daarbij heeft hij op legale wijze gebruik gemaakt van faciliteiten die het recht van Sint Maarten nu eenmaal biedt.

4.29 Juist omdat hiermee echter een belangrijk, zo niet het belangrijkste, verhaalsobject buiten het bereik van Resort of the World is gebracht én omdat in casu diverse omstandigheden op zijn minst de indruk geven dat van een bewust, zij het dan niet enkel om fiscale redenen of vanuit een oogpunt van *estate planning*, gekozen constructie sprake is, komt Maple Leaf zelf in beeld.

4.30 Is het mogelijk om haar met succes aan te spreken? Het verbaast niet dat Resort of the World daarbij in eerste instantie denkt aan grondslagen die er in essentie op neerkomen dat het onderscheid tussen [betrokkene 1] en Maple Leaf in rechte niet onverkort behoort te worden gehonoreerd: misbruik van identiteitsverschil met vereenzelviging van [betrokkene 1] en Maple Leaf als uiterste vorm van redres. De andere door Resort of the World aangevoerde grondslagen gaan er vanuit dat Maple Leaf weliswaar een zelfstandige en meer volwaardige positie inneemt, maar nog steeds garen spint bij gedragingen van de sterk op haar betrokken althans aan haar gelieerde [betrokkene 1]: onrechtmatig profiteren van diens fraude en ongerechtvaardigde verrijking.

4.31 Het hof heeft alle vier de grondslagen in casu ongeschikt geacht. Wat vereenzelviging betreft valt dat, gegeven de rechtspraak van Uw Raad, goed te volgen. Hierna 4.35 e.v.

4.32 Wat het verdere beroep op misbruik van identiteitsverschil betreft ligt dat anders: daar lijkt het hof te gemakkelijk aan te nemen dat er te weinig aan de hand is. Hierna 4.47 e.v.

4.33 Hetzelfde geldt in wezen voor de afwijzing van de grondslagen onrechtmatig profiteren van fraude en ongerechtvaardigde verrijking: daar lijkt voor het hof beslissend dat de handelwijze van Maple Leaf binnen haar doelomschrijving valt, terwijl deze doelomschrijving niet verboden, onbehoorlijk of ongebruikelijk is. Daarmee doet het hof de kern van de stellingen van Resort of the World, die nu juist de context waarin deze handelwijze aan de orde is aan de kaak stellen, wat mij betreft echter geen recht. Hierna 4.57 e.v.

4.34 Mijn conclusie strekt uiteindelijk tot vernietiging en tot terugwijzing, omdat het hof naar mijn idee te licht heeft geoordeeld over de vorderingen aan het adres van Maple Leaf en juist nog niet tot de kern is doorgedrongen. Ik heb daarom, bij deze stand van zaken, geen vrede met het ontsnappen van Maple Leaf. Ik sluit niet uit dat dit uiteindelijk, na terugwijzing, toch de uitkomst zal zijn, maar dan ligt aan die slotsom wel een nadere beoordeling van de feiten en verwijten ten grondslag.

Nadere bespreking van de klachten

4.35 Onderdeel I richt zich zowel tegen de verwerping van het beroep op vereenzelviging als tegen de verwerping van het beroep op overig onrechtmatig misbruik van identiteitsverschil. Onderdeel II formuleert nadere klachten op het punt van vereenzelviging en onderdeel III bevat nadere klachten met betrekking tot het oordeel omtrent overig onrechtmatig misbruik van identiteitsverschil. Ik behandel eerst de klachten voor zover zij betrekking hebben op vereenzelviging en daarna de klachten die zien op overig misbruik van identiteitsverschil.

4.36 In onderdeel 1.1 worden 23 stellingen benoemd die in casu minst genomen hypothetisch tot uitgangspunt moeten worden genomen. De stellingen zijn:

(a) [betrokkene 1] heeft op 13 januari 2005, mede dankzij [van] Resort, voor een gunstige prijs een villa gekocht;

(b) [betrokkene 1] is op persoonlijke titel een geldlening aangegaan voor de financiering van de koopsom van de villa;

(c) In opdracht en ten behoeve van [betrokkene 1] is door diens fiscale adviseur [betrokkene 2] op 15 augustus 2005 Maple Leaf opgericht;

(d) Het doel van Maple Leaf is louter het beheren van haar vermogen – lees: de villa – louter ten behoeve van [betrokkene 1];

(e) Maple Leaf heeft zelf geen bron van inkomsten en verricht geen andere activiteiten dan het beheren van haar vermogen – lees: de villa – ten behoeve van [betrokkene 1];

(f) De door [betrokkene 1] aangekochte en betaalde villa is op 19 oktober 2005 'om niet' aan Maple Leaf overgedragen;

(g) [betrokkene 1] heeft (met zijn echtgenote) – zonder daarvoor huur o.i.d. te betalen – de villa bewoond;

(h) Tot zekerheid voor de voldoening van de vorderingen van de bank op [betrokkene 1] heeft Maple Leaf in opdracht van [betrokkene 1] hypotheekrechten gevestigd op de villa;

(i) In de hypotheekakten worden [betrokkene 1] en Maple Leaf in één adem genoemd

als 'debtor' resp. 'mortgagor';

(j) [betrokkene 1] voldoet de aflossingen en de rentelasten in verband met de hypothecaire geldlening. Deze lasten heeft hij in elk geval deels voldaan met van Resort verduisterde gelden;

(k) [betrokkene 1] geeft de rentelasten als aftrekpost op in zijn eigen aangifte inkomstenbelasting;

(l) [betrokkene 1] heeft op eigen naam een opstalverzekering voor de villa afgesloten en heeft de verzekeringspremies hiervoor betaald. Dit is in elk geval deels gebeurd met de door hem van Resort verduisterde gelden;

(m) [betrokkene 1] heeft de reparatie- en onderhoudskosten van de villa, in elk geval deels met de door hem van Resort verduisterde gelden, betaald;

(n) [betrokkene 1] is de 'ultimate beneficiary' van Maple Leaf;

(o) [betrokkene 1] heeft volledige zeggenschap over Maple Leaf, is haar enige feitelijke beleidsbepaler en neemt voor haar alle beslissingen, óók toen (niet [betrokkene 1] zelf maar) zijn belastingadviseur [betrokkene 2] resp. zijn kennis Van de Bilt de formele bestuurder van Maple Leaf was;

(p) [betrokkene 1] is – na het terugtreden van [betrokkene 2], tot kort na de ontdekking van zijn frauduleuze benadeling van Resort – enig bestuurder van Maple Leaf geweest;

(q) [betrokkene 1] duidt de villa zelf aan als 'zijn woonhuis' en stelt dat die tot zijn vermogen behoort. Ook in hun CvA § 8, 10, 11 en 13 spreken [betrokkene 1] én Maple Leaf over het zwembad van [betrokkene 1], de airconditioning in het huis van [betrokkene 1] en de verzekering resp. de maintenance fee voor het huis van [betrokkene 1].

(r) Maple Leaf is 'het verlengstuk' van [betrokkene 1];

(s) [betrokkene 1] fraude bij Resort was reeds gaande in 2005 (ten tijde van de oprichting van Maple Leaf en levering van de villa);

(t) Bij het onderbrengen van de door hem aangekochte villa in Maple Leaf moest [betrokkene 1] al ernstig rekening houden met de mogelijkheid dat zijn fraude zou worden ontdekt en dat Resort dan haar schade vergoed zou willen zien;

(u) Het geld dat [betrokkene 1] verduisterde, heeft hij in elk geval deels, direct en indirect, aangewend voor de aankoop, aflossing en rente van de lening, instandhouding, verzekering en het onderhoud van de villa;

(v) [betrokkene 1] beoogde door de villa op naam van Maple Leaf te zetten en te houden te verijdelen dat Resort zich hierop zou kunnen verhalen;

(w) [betrokkene 1] bleef tot de ontdekking ervan (begin november 2011), doorgaan met het verduisteren van gelden bij Resort met het idee dat zijn – mede door de fraude opgebouwde – en

in de villa gestoken vermogen veilig, want onaantastbaar, was ondergebracht bij Maple Leaf.

4.37 De onderdelen 1.2-1.4 betogen dat de verwerping van het beroep op vereenzelviging in het licht van deze stellingen onjuist of onbegrijpelijk is. Daartoe wordt aangedragen dat deze omstandigheden aantonen dat Maple Leaf geen eigen belang heeft dat valt te onderscheiden van het belang van [betrokkene 1].

4.38 Ik meen dat deze klachten falen. Uit de geciteerde wetsgeschiedenis blijkt dat de regeling over de SPF onder meer beoogt te voorzien in een mogelijkheid tot het afzonderen van particulier- of familievermogen in een rechtspersoonlijkheid bezittende entiteit (hiervoor 4.11). Een rechtspersoon met als doelstelling het beheer van een privévermogen zal in het algemeen sterk afhankelijk zijn van de betrokken privépersoon en voornamelijk het belang van deze privépersoon dienen. Vereenzelviging op grond van die lotsverbondenheid zou niet aansluiten bij de bedoeling om te voorzien in de mogelijkheid van het afzonderen van particulier vermogen in een rechtspersoon. Maple Leaf wordt niet verweten dat zij zelf actief bij (het plegen van) fraude betrokken zou zijn. Er lijkt mij daarom geen grond om Maple Leaf voor de gehele fraudeschade aansprakelijk te achten, hetgeen wel het gevolg zou zijn van een vereenzelviging. De gesignaleerde verbondenheid tussen [betrokkene 1] en Maple Leaf gaat in mijn visie dus niet zo ver dat zij een beroep op vereenzelviging zou kunnen dragen. Hierna komt nog aan de orde dat in casu wel aanleiding zou kunnen zijn voor een minder ver strekkende aansprakelijkheid.

4.39 Onderdeel II komt op tegen de overweging van het hof dat de verhaalschade niet gelijk is aan de fraudeschade en dat vereenzelviging dus te ver strekt.

4.40 Onderdeel 2.5 acht onbegrijpelijk dat naar 's hofs oordeel onderscheid bestaat tussen de verhaalschade en de fraudeschade. Daartoe wordt gewezen op de (onweersproken) stelling van Resort of the World dat zij haar vordering op [betrokkene 1] slechts zou kunnen verhalen op de villa van Maple Leaf.

4.41 Ik acht deze klacht ongegrond. Aan de vordering van Resort of the World jegens Maple Leaf ligt naar de onbestreden vaststelling van het hof het volgende ten grondslag (rov. 2.6). [betrokkene 1] zou de villa bij Maple Leaf hebben ondergebracht en de woonlasten voor de villa hebben voldaan. Dit zou zijn geschied met het oogmerk om verhaal op de villa en op de door [betrokkene 1] ten behoeve van die villa betaalde bedragen te vermijden. De verhaalschade bestaat, zo bekeken, ten hoogste uit de som van de waarde van de villa en de betaalde woonlasten. Aan de vordering tegen [betrokkene 1] heeft Resort of the World ten grondslag gelegd dat hij als financial controller bij Resort of the World fraude heeft gepleegd. De (eventuele) fraudeschade bestaat dus uit het bedrag waarvoor Resort of the World aldus door [betrokkene 1] is benadeeld. Die (gestelde) benadeling is niet (noodzakelijkerwijs) gelijk aan de waarde van de villa plus de door [betrokkene 1] ten behoeve van de villa betaalde bedragen.

4.42 De in onderdeel 2.5 genoemde stelling van Resort of the World komt erop neer dat de fraudeschade eigenlijk maar op één object (de villa) kan worden verhaald. Die stelling is inderdaad door Resort of the World betrokken. Zij heeft echter louter betrekking op de verhaalbaarheid van haar vordering en laat onverlet dat de schade als gevolg van de fraude in uitgangspunt verschilt van die van de schade als gevolg van het vrijdelen van verhaal op de villa. Uiteraard is denkbaar dat de waarde van de ingebrachte villa zich door marktomstandigheden ontwikkelt in de richting van de omvang van de fraudeschade. Op die min of meer toevallige omstandigheden vereenzelviging baseren, gaat mij echter te ver.

4.43 Onderdelen 2.1-2.4 komen op tegen het oordeel van het hof in rov. 2.6 dat vereenzelviging een te verstrekkende vorm van redres is. Het hof is tot dat oordeel gekomen vanwege het verschil tussen de verhaalschade en de fraudeschade. Het hof heeft daartoe verwezen naar het *Rainbow*-arrest. De onderdelen betogen dat het hof daarmee voorbij zou hebben gezien aan de (vaststaande) omstandigheden dat Maple Leaf geen eigen activiteiten ontwikkelt en dat Maple Leaf geen belangen van derden dient. Volgens de onderdelen zou het verhalen van de fraudeschade op Maple Leaf aldus geen belangen van derden raken. Dat zou een wezenlijk verschil zijn met de feiten in het *Rainbow*-arrest. De onderdelen achten in dit licht onjuist of onbegrijpelijk dat vereenzelviging in dit geval een te verstrekkende vorm van redres zou zijn.

4.44 Ik acht ook deze onderdelen ongegrond. Anders dan Resort of the World ingang wil doen vinden, heeft Uw Raad in het *Rainbow*-arrest vereenzelviging niet afgewezen vanwege belangen van derden die in het geding zouden kunnen zijn, maar vanwege het uit elkaar lopen, of eigenlijk: niet bij elkaar passen, van het verwijt (verijdelen van verhaal) en de omvang van de vergoedingsplicht (toewijzen van de onderliggende vordering in plaats van vergoeding van de schade als gevolg van het vrijdelen van verhaal). De in casu gestelde onrechtmatige gedraging van Maple Leaf bestaat uit het vrijdelen van verhaal en niet (mede) uit het plegen van fraude. Dit betekent dat Maple Leaf niet voor een hoger bedrag aansprakelijk is dan de schade die het gevolg is van het vrijdelen van het verhaal.

4.45 Een vereenzelviging tussen Maple Leaf en [betrokkene 1] op het punt van de fraudeschade zou juist een verdergaande aansprakelijkheid van Maple Leaf opleveren. De stellingen van Resort of the World houden in wezen in dat die verdergaande aansprakelijkheid geen gevolgen voor derden zou hebben. Wat daarvan zij, belangrijker lijkt dat Maple Leaf in deze constructie door een verdergaande aansprakelijkheid meer in haar vermogen wordt getroffen dan bij het aan haar gemaakte verwijt past. In dit verband rijst de vraag wat de rechtsgrond of rechtvaardiging voor deze verdergaande aansprakelijkheid zou zijn. Op dit punt zijn de stellingen van Resort of the World niet toereikend. Tegen deze achtergrond acht ik niet onjuist of onbegrijpelijk dat een vereenzelviging tussen [betrokkene 1] en Maple Leaf naar het oordeel van het hof een te verstrekkende vorm van redres is.

4.46 De klachten aangaande verwerping van het beroep op vereenzelviging zijn naar mijn mening alle ongegrond.

4.47 Onderdeel III betreft de verwerping van het beroep op misbruik van identiteitsverschil. Ook onderdelen 1.3-1.5 bevatten hiertegen gerichte klachten.

4.48 Onderdelen 1.3-1.4 en 3.2-3.3 betogen dat de verwerping van het beroep op misbruik van identiteitsverschil tegen de achtergrond van de in onderdeel 1.1 benoemde 23 (gestelde) omstandigheden onjuist of onbegrijpelijk is. Daartoe wordt in onderdelen 1.5, 3.4 en 3.5 aangedragen dat deze omstandigheden aantonen dat [betrokkene 1] Maple Leaf heeft laten oprichten in de wetenschap dat hij een fraudeschadeclaim van Resort of the World kon verwachten en met het doel om de villa zonder tegenprestatie en met behoud van het volle genot en zeggenschap te kunnen onderbrengen. Uit die feitenconstellatie zou volgens Resort of the World volgen dat [betrokkene 1] met de stichtingsconstructie (mede) heeft beoogd de villa af te schermen voor verhaal van fraudeschade door Resort of the World.

4.49 De in onderdeel 1.1 genoemde stellingen van Resort of the World houden onder meer in dat [betrokkene 1] de villa heeft gekocht (stelling a), dat [betrokkene 1] de villa heeft bewoond (stelling g), dat [betrokkene 1] alle woonlasten heeft voldaan (stellingen j, m en u), dat de verzekering voor de villa op naam van [be-

trokkene 1] staat (stelling l) en dat [betrokkene 1] de kosten van de villa bij zijn aangifte inkomstenbelasting 2010 heeft opgegeven (stelling k). Het hof heeft dit alles onbestreden als feit vastgesteld (rov. 2.2.4). Verder heeft Resort of the World in onderdeel 1.1 gewezen op haar stellingen dat de overeenkomst van geldlening ten behoeve van de villa op persoonlijke titel door [betrokkene 1] is aangegaan (stelling b), dat het onderbrengen van de villa bij Maple Leaf zonder tegenprestatie is geschied (stelling f) en dat [betrokkene 1] geen huur aan Maple Leaf betaalde (stelling g). Deze stellingen zijn op de in het cassatierekest onder 1.1 in voetnoot genoemde plaatsen in de gedingstukken betrokken. Het hof heeft deze stellingen niet verworpen. Dit betekent dat bij hypothetische feitelijke grondslag moet worden uitgegaan van de juistheid van die stellingen.³⁸

4.50 De genoemde stellingen komen erop neer dat [betrokkene 1] feitelijk alle lusten en lasten van de villa heeft. Daarmee wordt in essentie – in de bewoordingen van Elbers³⁹ – tot uitdrukking gebracht dat de allocatie van de juridische eigendom van de villa in Maple Leaf niet op zakelijke gronden is geschied en niet aansluit bij de feitelijke economische situatie. De stellingen vormen daarom relevante gezichtspunten bij de beoordeling van het beroep op misbruik van identiteitsverschil en het daarvoor benodigde oogmerk tot crediteursbenadeling (hiervoor 4.20). Daarom moet in het kader van de beoordeling op adequate wijze op het betoog worden gerespondeerd.

4.51 Het oordeel van het hof in dit verband (rov. 2.7) rust op drie pijlers. Het hof acht aannemelijk dat Maple Leaf om fiscale redenen is opgericht. Verder kan naar het oordeel van het hof uit niets worden afgeleid dat [betrokkene 1] met de betaling van de woonlasten beoogde Resort of the World te benadelen. Tot slot kan het oogmerk van benadeling naar 's hofs oordeel ook niet worden aangenomen indien [betrokkene 1] ten tijde van de overdracht van de villa al (structureel, grootschalige) fraude pleegde en toen al ernstig rekening moest houden met terugvordering. 4.52 Hoewel deze overwegingen bij eerste lezing wellicht niet zo gek lijken, gaat het er uiteindelijk om dat het hof zich onvoldoende rekenschap geeft van het totaalbeeld en teveel nadruk legt op enkele deelaspecten. Deze overwegingen vormen mijns inziens daarom uiteindelijk geen toereikende respons op de stellingen dat de allocatie niet op zakelijke gronden is geschied en niet aansluit bij de economische situatie. Het hof reageert niet op dit betoog als zodanig, maar beperkt zich tot bespreking van enkele deelaspecten (in het bijzonder de fiscale achtergrond van de oprichting en de betaling van de woonlasten). De bespreking van deze deelaspecten kan het uiteindelijke oordeel van het hof naar mijn mening echter niet dragen. Dat de inbreng vanwege, overigens niet nader aangeduide, 'fiscale redenen' zou zijn geschied en de inschakeling van een fiscalist laten nog steeds ruimte voor crediteursbenadeling als belangrijke al dan niet aanvullende reden voor de inbreng van de villa in Maple Leaf. De betaling van de woonlasten door [betrokkene 1] – waarin, naar het hof terecht overweegt, op zichzelf geen benadeling ligt besloten – vormt een indicatie dat de juridische eigendomssituatie niet werkelijk aansluit bij de economische realiteit. Dat het oogmerk van benadeling naar 's hofs oordeel ook niet kan worden aangenomen indien [betrokkene 1] ten tijde van de overdracht van de villa al (structureel, grootschalige) fraude pleegde en toen al ernstig rekening moest houden met terugvordering, kan ik minder goed volgen. Indien 's hofs overwegingen juist zouden zijn, wordt het in het algemeen wel erg

moelijk, zo niet bijna onmogelijk het oogmerk van benadeling, dat bijna noodzakelijkerwijs uit feiten en omstandigheden zou moeten worden afgeleid, aan te nemen. De motivering van het hof geeft in het licht van het samenstel van de vaststaande en gestelde feiten en omstandigheden juist onvoldoende inzicht in de door hem gevolgde gedachtegang.

4.53 Tegen die achtergrond acht ik de onderdelen 1.3-1.5 en 3.2-3.5 gegrond voor zover zij erover klagen dat het hof niet (adequaat) heeft gerespondeerd op het essentiële betoog dat [betrokkene 1] alle lusten en lasten van de villa heeft. Het hof had moeten beoordelen of zich het geval voordoet dat de allocatie van de juridische eigendom van de villa niet op zakelijke gronden is geschied en niet aansluit bij de werkelijke (economische) situatie.

4.54 Onderdelen 1.6 en 3.6 betogen dat het hof ten onrechte niet is ingegaan op de stelling dat [betrokkene 1] onrechtmatig misbruik van het identiteitsverschil zou hebben gemaakt door de stichtingsconstructie in stand te houden en in te roepen.

4.55 Deze klachten kunnen mijns inziens niet tot cassatie leiden. Het hof heeft veronderstellenderwijs aangenomen dat [betrokkene 1] reeds ten tijde van de overdracht van de villa (structureel, grootschalige) fraude ten koste van Resort of the World pleegde en toen al ernstig rekening moest houden met ontdekking en terugvordering. De klachten wijzen niet op meer of andere (gestelde) omstandigheden die specifiek betrekking hebben op de instandhouding en inroeping van de stichtingsconstructie. De onderdelen bepleiten evenmin dat de (gestelde) omstandigheden in dat kader op andere wijze zouden moeten worden beoordeeld of gewogen. De onderdelen falen aldus bij gebrek aan belang.

4.56 Onderdelen 3.7-3.10 richten zich tegen 's hofs overweging in rov. 2.7 dat voor het aannemen van onrechtmatig misbruik van identiteitsverschil nodig is dat [betrokkene 1] het oogmerk had Resort of the World te benadelen met het onderbrengen van de villa in Maple Leaf en met het betalen van de woonlasten uit eigen vermogen. De klachten strekken ten betoge dat het hof daarmee de stelling zou hebben miskend dat [betrokkene 1] de woonlasten (deels) heeft voldaan met middelen die door fraude zouden zijn verkregen. Deze berusten volgens mij op een verkeerde lezing van de uitspraak. Ik begrijp de betreffende overweging als een respons op de (onder meer in mvg § 26 betrokken) stelling dat [betrokkene 1] persoonlijk diverse kosten van de villa heeft voldaan, die doorgaans door de eigenaar worden gedragen, en daarmee de verhaalsmogelijkheden heeft beperkt. In het kader van dit specifieke verwijt is de herkomst van deze middelen niet van betekenis. Deze laatste lezing vindt steun in de uitspraak. Het hof heeft bij de beoordeling van het beroep op onrechtmatig profiteren in rov. 2.8 immers wel de stelling betrokken dat [betrokkene 1] de woonlasten voldeed uit middelen die hij (deels) door fraude had verkregen. De onderdelen 3.7-3.10 komen mij om die reden ongegrond voor.

4.57 Onderdeel IV ziet op de afwijzing van het beroep op onrechtmatig profiteren van de fraude. Het hof heeft dat oordeel op twee overwegingen gegrond. In de eerste plaats zou de kennis van [betrokkene 1] in casu niet aan Maple Leaf kunnen worden toegerekend. In de tweede plaats valt de handelwijze van Maple Leaf binnen haar doelomschrijving en is deze niet verboden, onbehoorlijk of ongebruikelijk.

4.58 Onderdeel V betreft de verwerping van het beroep op ongerechtvaardigde verrijking dat inhoudelijk dicht aanligt tegen het beroep op profiteren van de fraude. Het hof heeft ook hier overwogen dat de verrijking haar grondslag vindt in een handelwijze die binnen de doelomschrijving van Maple Leaf valt en dat die doelomschrijving niet verboden, onbehoorlijk of ongebruikelijk is.

4.59 Ter inleiding op de bespreking van deze onderdelen merk ik het volgende op.

38 Asser Procesrecht/Korthals Altes & Groen, *Cassatie*, Deventer: Kluwer 2015, nr. 284.

39 J. Elbers, *Misbruik van het identiteitsverschil en crediteursbenadeling*, diss., Zutphen: Paris 2014, p. 79.

4.60 Het profiteren van fraude kan onder omstandigheden onrechtmatig zijn jegens de door de frauderende (rechts-)persoon benadeelde partij. Het profiteren van fraude is, evenals het profiteren van wanprestatie, uitsluitend onrechtmatig als zich bijkomende omstandigheden voordoen.⁴⁰ Als bijkomende omstandigheid kan gelden dat bewust en stelselmatig van de fraude wordt geprofiteerd.⁴¹

4.61 Aangenomen kan worden dat bewust profiteren van fraude ten koste van een derde ook een vordering uit ongerechtvaardigde verrijking kan meebrengen, nu profiteren van wanprestatie ten koste van een derde in het algemeen een vordering uit ongerechtvaardigde verrijking kan rechtvaardigen. In diverse arresten heeft Uw Raad een verrijkingssactie jegens een derde, in welk verband ook wel van *indirecte verrijking* wordt gesproken, mogelijk geacht.⁴²

4.62 Ik merk slechts op dat in dit kader, onder meer naar aanleiding van het arrest inzake *Setz/Brunings*⁴³, onderwerp van debat is (geweest) welke zelfstandige betekenis toekomt aan een vordering uit ongerechtvaardigde verrijking ten opzichte van een onrechtmatige daadsactie: kan een verrijkingssactie bijvoorbeeld alsnog uitkomst bieden wanneer niet met succes op grond van onrechtmatige daad is geageerd?⁴⁴ Aangenomen mag worden dat een verrijkingssactie en een onrechtmatige daadsactie, die elkaar naar Nederlands recht niet uitsluiten, in die context in het algemeen tot een zelfde resultaat leiden, zodat de meerwaarde van een ongerechtvaardigde verrijkingssactie beperkt is. Ook in het onderhavige geval leiden zij wat mij betreft tot een zelfde uitkomst.

4.63 In verband met verrijkingssacties tegen een derde (indirecte verrijking) heeft Uw Raad inmiddels geoordeeld dat de verrijking in de verhouding met een derde niet zonder meer gerechtvaardigd wordt doordat zij grond vindt in een (rechtsgeldige) overeenkomst:⁴⁵

“...het bestaan van een aan de verrijking ten grondslag liggende (rechtsgeldige) overeenkomst tussen de verrijkte en de verarmde rechtvaardigt in beginsel die verrijking, maar een verrijking van een partij bij een overeenkomst ten koste van een derde wordt niet steeds en zonder meer gerechtvaardigd door die overeenkomst. Dit laatste geldt in nog sterkere mate indien tussen de prestaties waartoe die overeenkomst verplicht een wanverhouding bestaat...”

4.64 Dit is in de onderhavige context niet zonder betekenis,

omdat het hof zowel in het kader van het onrechtmatig profiteren van fraude als van ongerechtvaardigde verrijking veel waarde hecht aan het feit dat Maple Leaf binnen de doelomschrijving blijft en deze niet verboden, onbehoorlijk of ongebruikelijk is. Bovendien is hier sprake geweest van een inbreng door [betrokkene 1] in Maple Leaf *om niet*.

4.65 In het kader van de vraag of sprake is van onrechtmatig profiteren door Maple Leaf van de door [betrokkene 1] gepleegde fraude (*onderdeel IV*) is van belang of kennis en wetenschap van de laatste aan Maple Leaf kunnen worden toegerekend. Het hof heeft aangenomen dat dit in casu niet het geval is.

4.66 Bij de vraag of een *rechtspersoon* bewust profiteert van fraude komt het, omdat een rechtspersoon nu eenmaal een constructie is en enkel door middel van natuurlijke personen aan het rechtsverkeer kan deelnemen, aan op de toerekening van kennis van anderen aan de rechtspersoon.⁴⁶ Voor de vraag welke kennis van welke personen aan de rechtspersoon kan worden toegerekend, is, net als bij de vraag of een onrechtmatige gedraging van een natuurlijke persoon kan worden aangemerkt als onrechtmatige gedraging van de rechtspersoon,⁴⁷ beslissend of deze kennis in het maatschappelijke verkeer heeft te gelden als kennis van de rechtspersoon.⁴⁸ In dit verband blijkt in het algemeen niet alleen de positie van de betrokken functionaris een relevant gegeven, maar ook de context van het leerstuk waarbinnen de toerekeningsvraag aan de orde is.

4.67 Over de *context van het leerstuk* kan ik hier betrekkelijk kort zijn. Wanneer het leerstuk specifiek strekt ter bescherming van de rechtspersoon, kan terughoudendheid zijn geboden bij de toerekening van kennis van een functionaris aan de betreffende rechtspersoon.⁴⁹ Uw Raad oordeelde in die zin over het tot uitzonderingsgevallen beperkte regres op een werkgever op grond van art. 83c van de Ziekenswetswet (oud)⁵⁰ en over een daad van bekendheid met een rechterlijke uitspraak in het kader van

1456

40 HR 8 januari 2010, ECLI:NL:HR:2010:BJ9352, NJ 2010/187 m.nt. M.R. Mok (ARN/Multicar) en HR 26 januari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ1084, NJ 2007/78 ([C] BV/[D] e.a.).

41 HR 8 december 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1913, NJ 1996/285 (Fra- nekeradeel/B.).

42 Zie bijvoorbeeld HR 27 juni 1997, ECLI:NL:HR:1997:AG7249, NJ 1997/719 m.nt. Jac. Hijma (Setz/Brunings) en HR 29 januari 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC0845, NJ 1994/172 m.nt. P. van Schilfgaarde (Vermobo/Van Rijswijk). Vgl. ook HR 30 september 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR7928, NJ 2007/154 (Groene Specht). Zie verder D.M.A. Gerdes, *Derdenverrijking*, diss., Deventer: Kluwer 2005, nr. 5.2.

43 HR 27 juni 1997, ECLI:NL:HR:1997:AG7249, NJ 1997/719 m.nt. Jac. Hijma.

44 Zie in dit verband onder meer W.J. Zwalve, ‘Dubbele Verkoop en Ongerechtvaardigde Verrijking’, *WPNR* 1997/6282, p. 585 e.v., G.E. van Maanen, ‘Ongerechtvaardigde verrijking. In balans na 50 jaar’, *VrA* 2006-1, p. 38-50 en T. Hartlief, *Ongerechtvaardigde verrijking naar Nederlands recht*, preadvies voor de Vereniging voor de Vergelijkende Studie van het recht van België en Nederland, Den Haag: Bju 2012, p. 274 e.v. en p. 285 e.v. met verdere verwijzingen.

45 HR 28 oktober 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ5986, NJ 2012/495 m.nt. F.M.J. Verstijlen (Ponzi scheme) onder 3.7.2. Zie hierover onder meer S.R. Damminga, *Ongerechtvaardigde verrijking en onverschuldigde betaling als bronnen van verbintenissen*, diss., Deventer: Kluwer 2014, nr. 4.2.4.

46 Vgl. HR 11 november 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT6018, NJ 2007/231 m.nt. J.B.M. Vranken (Ontvanger/[B]), rov. 3.6.

47 Zie bijvoorbeeld HR 6 april 1979, ECLI:NL:HR:1979:AH8595, NJ 1980/34 m.nt. C.J.H. Brunner (Kleuterschool Knabbel en Babbel), HR 11 november 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT6018, NJ 2007/231 m.nt. J.B.M. Vranken (Ontvanger/[B]) en HR 25 juni 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL5420, NJ 2010/371 (Vitesse). Zie ook HR 25 juni 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZC2936, NJ 2000/33 m.nt. P.A. Stein (Bolckmans/Van den Broek).

48 HR 11 maart 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR7344, NJ 2005/576 (P&F Project Furniture/[E] e.a.). Zie in dit verband onder meer Asser/J.M.M. Maeijer & M.J. Kroeze 2-1* (2015), nr. 93, K.J.O. Jansen, *Informatieplichten*, diss., Deventer: Kluwer 2012, nr. 5.2.7, S.N. de Valk, *Aansprakelijkheid voor leidinggeevenden*, diss., Deventer: Kluwer 2009, nr. 2.4.1, M.L. Lennarts, ‘Wat weet een (concern)vennootschap?’, in L.Timmerman e.a., *Concernverhoudingen*, Deventer: Kluwer 2002, p. 57-70 en R.P.J.L. Tjittes, ‘Wat weet de organisatie?’, *NTBR* 2001/4, p. 168-178 en R.P.J.L. Tjittes, *Toerekening van kennis*, Studiekring ‘Prof. mr. J. Offerhaus’, Deventer: Kluwer 2001, nr. 9. Zie in dit verband ook B. M. Katan, ‘Toerekening van kennis aan rechtspersonen: een vuistregel voor ‘standaardgevallen’’, *WPNR* 2014/7039, p. 1081-1087. Zij komt tot de volgende vuistregel: wanneer de functionaris mede als taak heeft om maatregelen te nemen naar aanleiding van de verkregen informatie én wanneer hij voldoende betrokken is bij de rechtsverhouding waarvoor die informatie relevant is, mag een toetsing aan andere omstandigheden in beginsel achterwege blijven.

49 L. Timmerman, ‘Onderstromen in het privaatrecht’, in J.B.J.M. ten Berge/S.E. Zijlstra/L.Timmerman/F.K.Buijn, *De ontwikkeling van de rechtspersoon in het publiekrecht en het privaatrecht*, preadviezen voor de NJV, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2000, p. 125-127 en R.P.J.L. Tjittes, *Toerekening van kennis*, Studiekring ‘Prof. mr. J. Offerhaus’, Deventer: Kluwer 2001, nr. 13.

50 HR 27 november 2009, ECLI:NL:HR:2009:BJ7832, *RvdW* 2009/1404 (Schulpen Schuim/Zorg en Zekerheid).

een betekenisvraagstuk.⁵¹ Een dergelijke specifieke context is in deze zaak echter niet aan de orde.

4.68 Wat betreft de *positie van de functionaris* kan in het algemeen het volgende worden opgemerkt. De formele hoedanigheid van de betreffende persoon is niet beslissend voor toerekening van diens kennis.⁵² Beslissend is niet zozeer de rol die de functionaris op papier vervult, als wel zijn feitelijke positie en de vraag of de betreffende kennis met die functie in voldoende verband staat.⁵³ Uw Raad oordeelde in een zaak over verhaal van saneringskosten bijvoorbeeld dat de kennis van met de dagelijkse leiding belaste personen over gevaarlijke stoffen aan de rechtspersoon kan worden toegerekend.⁵⁴ Gereserveerder lijkt Uw Raad in een zaak waarin uiteindelijk de vraag centraal stond of de kennis van een zelfstandig adviseur aan zijn opdrachtgever moest worden toegerekend.⁵⁵

“3.5 Bij de beoordeling van deze onderdelen wordt vooropgesteld dat toerekening van kennis, wetenschap of (reden tot) twijfel die iemand ten aanzien van de behoorlijke afwikkeling van een transactie heeft aan een ander die deze kennis, wetenschap of (reden tot) twijfel zelf niet had, weliswaar niet onder alle omstandigheden is uitgesloten, maar dat daarbij wel terughoudendheid moet worden betracht. Dit klemt temeer als die toerekening, zoals in het onderhavige geval, wordt bepleit in het kader van een aansprakelijkheidsvraag, gezien het in het aansprakelijkheidsrecht geldende uitgangspunt dat eenieder in beginsel alleen voor zijn eigen daden en nalatigheden aansprakelijk is te houden, behoudens welomschreven, op de wet gebaseerde, uitzonderingen.”

Het hof heeft in rov. 2.9 (i) ook naar dit arrest verwezen. Hierbij dient te worden bedacht dat het in de onderhavige zaak, anders dan in het arrest waarin het ging om een zelfstandig adviseur en daarmee in wezen om externe kennis,⁵⁶ gaat om de vraag of de kennis van een natuurlijk persoon tevens beleidsbepaler en, in ieder geval gedurende enige tijd ook, enig bestuurder van een rechtspersoon aan die rechtspersoon moet worden toegerekend.

4.69 Ik kom thans toe aan een nadere bespreking van de onderdelen IV en V.

4.70 Onderdeel IV betreft de verwerping van het beroep op onrechtmatig profiteren. Het hof heeft daartoe overwogen dat bij toerekening van kennis van een ander dan de bestuurder terughoudendheid dient te worden betracht. Verder heeft het hof overwogen dat die terughoudendheid vooral geldt bij gevallen waarin, zoals hier, toerekening wordt bepleit in het kader van een aansprakelijkheidsvraag. Het hof heeft hierbij verwezen naar het reeds aangehaalde arrest HR 11 november 2005, ECLI:NL:2005:AT6018, NJ 2007/231 m.nt. J.B.M. Vranken (Ontvanger/[B]).

4.71 Onderdelen 4.3-4.6 houden in dat het hof bij de beoorde-

ling van de toerekening van kennis van [betrokkene 1] aan Maple Leaf ten onrechte een terughoudende maatstaf heeft aangelegd. Die terughoudende maatstaf wordt volgens de onderdelen niet gerechtvaardigd door de omstandigheid dat [betrokkene 1] niet (voortdurend) formeel bestuurder van Maple Leaf was. De onderdelen betogen dat het hof had moeten beoordelen of de kennis van [betrokkene 1] naar verkeersopvattingen aan Maple Leaf kan worden toegerekend. In dat kader wordt in onderdelen 4.4 en 4.5 gewezen op de (door het hof hypothetisch tot uitgangspunt genomen) omstandigheden (i) dat [betrokkene 1] beleidsbepaler was bij Maple Leaf en (ii) dat Maple Leaf de villa in het belang van [betrokkene 1] beheerde. Onderdeel 4.6 voegt daaraan toe dat het aangehaalde arrest van de Hoge Raad betrekking heeft op een geheel andere situatie. Het ging hier namelijk om de vraag of kennis van een gespecialiseerde adviseur aan zijn opdrachtgever kan worden toegerekend.

4.72 Naar mijn mening kan de door het hof vooropgestelde terughoudendheid niet worden gedragen door de omstandigheid dat [betrokkene 1] niet (voortdurend) formeel bestuurder van Maple Leaf is geweest. Het hof had behoren te beoordelen of de kennis van [betrokkene 1] in het maatschappelijk verkeer heeft te gelden als kennis van Maple Leaf (hiervoor 4.66 e.v.). De formele positie van de functionaris is hierbij niet doorslaggevend. Het komt (mede) aan op zijn feitelijke positie, zo blijkt uit de in 4.68 genoemde rechtspraak. Onder omstandigheden wordt een ongeoorloofd oogmerk van de persoon die de rechtspersoon beheerst immers aangemerkt als het oogmerk van de rechtspersoon zelf (hiervoor 4.22 en, met betrekking tot de grondslag van misbruik van identiteitsverschil, 4.25). Daarom komt betekenis toe aan de (door het hof hypothetisch tot uitgangspunt genomen) stellingen dat [betrokkene 1] niet alleen beleidsbepaler was bij Maple Leaf maar tegelijkertijd ook nog degene was in wiens belang Maple Leaf de villa beheerde. Het hof heeft onvoldoende inzichtelijk gemaakt waarom (ook) bij die stand van zaken terughoudendheid moet worden betracht bij het toerekenen van kennis. De hierop gerichte klachten in onderdelen 4.3-4.5 zijn mijns inziens gegrond.

4.73 De terughoudende maatstaf kan naar mijn mening evenmin worden gedragen door de omstandigheid dat het hier een aansprakelijkheidskwestie betreft. Het hof miskent hier naar mijn mening de betekenis van de kernoverweging van Uw Raad in *Ontvanger/[B]* waarin het ging om de vraag of de opdrachtgever aansprakelijk was voor de gedragingen van zijn zelfstandig adviseur in welk verband toerekening van diens kennis aan de opdrachtgever werd bepleit. In dat verband oordeelde Uw Raad terughoudend tegen de achtergrond van het in het aansprakelijkheidsrecht geldende uitgangspunt dat eenieder in beginsel alleen voor zijn eigen daden en nalatigheden aansprakelijk is te houden, behoudens welomschreven, op de wet gebaseerde, uitzonderingen.⁵⁷ Er is dan geen sprake van de situatie dat een onrechtmatige gedraging als eigen onrechtmatig handelen aan de rechtspersoon kan worden toegerekend. Ik citeer opnieuw uit het arrest *Ontvanger/[B]*:

“3.6 Onderdeel 2 miskent dat het arrest waarnaar het verwijst op een wezenlijk andere situatie betrekking heeft dan nu aan de orde is. In dat arrest (HR 6 april 1979, NJ 1980/34 m.nt. C.J.H. Brunner (Kleuterschool Knabbelen Babbelen), TH) is ter beantwoording van de vraag onder welke omstandigheden een onrechtmatig handelen of nalaten als eigen onrechtmatig handelen aan een rechtspersoon kan worden toegerekend, als norm aanvaard of het handelen of nalaten in het maatschappe-

51 HR 11 mei 1990, ECLI:NL:HR:1990:AC2014, NJ 1990/544 (Los Gauchos).

52 HR 5 december 2003, ECLI:NL:HR:2003:AK4847, NJ 2004/506 (FF/GJ).

53 HR 3 november 1982, ECLI:NL:HR:1982:AC6941, NJ 1983/510 m.nt. J.M.M. Maeijer en Th.W. van Veen en HR 9 januari 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2537, NJ 1998/586 (Van Dam e.a./Rabobank Gorredijk en Jubbega).

54 HR 30 september 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1460, NJ 1996/196 m.nt. C.J.H. Brunner (Shell Gouderak) en ECLI:NL:HR:1994:ZC1462, NJ 1996/198 m.nt. C.J.H. Brunner (Staat/Fasson e.a.).

55 HR 11 november 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT6018, NJ 2007/231 m.nt. J.B.M. Vranken (Ontvanger/[B]).

56 Zie onder meer Asser/J.M.M. Maeijer & M.J. Kroeze 2-1* (2015), nr. 94 en K.J.O. Jansen, *Informatieplichten*, diss., Deventer: Kluwer 2012, nr. 5.2.7.

57 Te denken valt onder meer aan art. 6:76 (aansprakelijkheid voor hulppersonen) en de diverse in afdeling 6.3.2 BW opgenomen kwalitatieve aansprakelijkheden voor personen.

lijk verkeer heeft te gelden als handelen of nalaten van de rechtspersoon zelf. Een dergelijke maatstaf biedt een oplossing voor het probleem dat een juridische constructie als een rechtspersoon slechts door natuurlijke personen aan het maatschappelijk verkeer kan deelnemen. Toerekening van onrechtmatige gedragingen aan de rechtspersoon wordt dan mede gerechtvaardigd doordat de in feite handelende persoon en de rechtspersoon aan wie dat handelen wordt toegerekend, vanuit het perspectief van de benadeelde tot op zekere hoogte met elkaar zijn te vereenzelvigen.”

4.74 In de (zich hier voordoende) situatie is voor op het zojuist geciteerde arrest gebaseerde terughoudendheid geen aanleiding. Ik acht de klachten in onderdelen 4.3-4.6 daarom ook gegrond.

4.75 Onderdelen 4.7-4.9 komen op tegen de tweede grond voor de verwerping van het beroep op onrechtmatig profiteren van fraude. Deze tweede grond houdt het volgende in. Het beheren van de villa in het belang van [betrokkene 1] valt binnen de doelomschrijving van Maple Leaf. Die doelomschrijving is niet verboden, onbehoorlijk of ongebruikelijk. Om die reden is de handelwijze van Maple Leaf niet onrechtmatig jegens Resort of the World. Volgens onderdelen 4.7-4.9 miskent het hof daarmee dat Maple Leaf wordt verweten dat zij bewust heeft geprofiteerd van gepleegde fraude en heeft gepoogd het verhaal te verijdelen.

4.76 Ook deze klachten zijn mijns inziens terecht voorgesteld. Met zijn overweging over de doelomschrijving van Maple Leaf heeft het hof tot uitdrukking gebracht dat de inbreng en het beheer van de villa bij Maple Leaf ten behoeve van [betrokkene 1] als zodanig legitiem en toelaatbaar zijn. Naar de onbestreden vaststelling van het hof is echter aan de vordering ten grondslag gelegd dat Maple Leaf door de inbreng en het beheer van de villa, naar zij wist, ten koste van Resort of the World profiteerde van fraude (hof rov. 2.8 en mvg § 10 en 39-40). Het bewust profiteren van fraude is onder omstandigheden onrechtmatig (hiervoor 4.60). Het genoemde betoog kan daarom meebrengen dat de – op zichzelf in het algemeen toelaatbare – inbreng en beheer van de villa een onrechtmatige daad jegens Resort of the World als derde-benadeelde oplevert. Het staat Maple Leaf immers onder die omstandigheden niet zonder meer vrij hieraan medewerking te verlenen. Het hof had het beroep op onrechtmatig profiteren van fraude daarom niet mogen verwerpen vanwege de omstandigheden (i) dat inbreng en beheer van de villa binnen de doelomschrijving van Maple Leaf past en (ii) dat die doelomschrijving op zichzelf niet verboden, onbehoorlijk of ongebruikelijk is. Zoals zo vaak gaat het juist om de specifieke context waarin een en ander plaatsvindt.

4.77 Ik kom daarom tot de slotsom dat onderdeel IV terecht is voorgesteld.

4.78 Onderdeel V betreft de verwerping van het beroep op ongerechtvaardigde verrijking. Onderdelen 5.1-5.2 bevatten geen klacht. Onderdeel 5.3 betoogt dat het oordeel op de in onderdeel IV genoemde gronden niet in stand kan blijven.

4.79 Ook dit onderdeel treft, gelet op de gelijkenis met de hiervoor besproken grondslag (onrechtmatig profiteren van fraude), wat mij betreft inderdaad doel. Een verrijking ten koste van een derde wordt niet steeds en zonder meer gerechtvaardigd doordat daaraan een – op zichzelf toelaatbare – rechtshandeling ten grondslag ligt (hiervoor 4.63). Naar de onbestreden vaststelling van het hof is aan de vordering ten grondslag gelegd dat Maple Leaf door de inbreng en het beheer van de villa, naar zij wist, ten koste van Resort of the World profiteerde van fraude (hof rov. 2.8 en mvg § 10 en 39-40). Dit betoog kan naar mijn oordeel – indien juist – het rechtsgevolg dragen dat Maple Leaf ten koste van Resort of the World ongerechtvaardigd is ver-

rijkt. Het hof had het beroep op ongerechtvaardigde verrijking daarom niet mogen verwerpen zonder de stelling over het bewust profiteren van fraude in zijn oordeel te betrekken. Onderdeel V slaagt dus.

4.80 Onderdelen VI en VII zijn voortbouwende klachten zonder zelfstandige betekenis.

5 Afronding

5.1 's Hofs verwerping van het beroep op vereenzelving kan ik (tegen de achtergrond van de rechtspraak van Uw Raad) goed volgen. Aan de vordering van Resort of the World ligt niet ten grondslag dat Maple Leaf de (gestelde) fraude ten koste van Resort of the World (mede) heeft gepleegd. Het hof mocht oordelen dat het dan te ver strekt alle schadelijke gevolgen van fraude door vereenzelving (mede) voor rekening van Maple Leaf te brengen.

5.2 Dat ligt anders voor het beroep op opzettelijke crediteursbenadeling, onrechtmatig profiteren van fraude en ongerechtvaardigde verrijking. Daar lijkt het hof te gemakkelijk aan te nemen dat er te weinig aan de hand is. Het hof is naar mijn idee nog onvoldoende op de kern van de verwijten ingegaan. De motivering van de voorliggende uitspraak vind ik in dat licht onvoldoende.

5.3 De onderdelen 1.3-1.5, 3.2-3.5, IV en V klagen hierover terecht. Bij die stand van zaken kan de uitspraak van het hof niet in stand blijven. De uitkomst van het geding hangt mede af van feitelijke vaststellingen en waarderingen. Ik acht vernietiging en terugwijzing daarom aangewezen. Overigens kan de uitkomst in de procedure na terugwijzing dezelfde zal zijn als nu het geval is. Daaraan zal dan wel een nadere beoordeling van de feiten en verwijten ten grondslag moeten liggen.

5.4 Ik merk ten behoeve van de procedure na cassatie (wellicht ten overvloede) nog het volgende op. Anders dan Resort of the World in voetnoot 2 van haar cassatierekest betoogt, heeft het oordeel dat sprake is van fraude van [betrokkene 1] in de verhouding tussen Maple Leaf en Resort of the World mijns inziens geen kracht van gewijsde verkregen. Resort of the World heeft aan haar betoog ten grondslag gelegd dat Maple Leaf geen grieven tegen dat oordeel heeft gericht. Die redenering lijkt mij echter niet juist. Toepassing van het grievensstelsel zou ertoe leiden dat verweren van Maple Leaf ter zake van de gestelde fraude (op grond van de positieve zijde van de devolutieve werking van het appel) ambtshalve moeten worden beoordeeld voor zover het slagen van een grief van Resort of the World daartoe aanleiding geeft.⁵⁸ Daar komt bij dat het betoog van Resort of the World eraan voorbij lijkt te zien dat in het Caribisch deel van het Koninkrijk slechts een afgezwakte vorm van het grievensstelsel geldt.⁵⁹ De uitspraak van het hof in de verhouding tussen Maple Leaf en Resort of the World bevat geen bindende eindbeslissingen over de stellingen aangaande fraude. Dit betekent dat in de procedure na cassatie en terugwijzing (ambtshalve) nog het verweer van Maple Leaf moet worden behandeld dat van fraude geen sprake zou zijn.

58 Zie bijvoorbeeld HR 30 januari 2009, ECLI:NL:HR:2009:BG5846, NJ 2009/81 (UvA/X), HR 14 april 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU9722, NJ 2007/447 (AbvaKabo/UvA), H.J. Sniijders/A.Wendels, *Civiel appel*, Deventer: Kluwer 2009, nr. 221 en H.E. Ras/A. Hammerstein, *De grenzen van de rechtsstrijd in hoger beroep in burgerlijke zaken*, Deventer: Kluwer 2011, nr. 3.3.

59 HR 20 december 2002, ECLI:NL:HR:2002:AF0203, NJ 2003/230 (Matos/Nederlandse Antillen II) en G.C. Lewin, *Het hoger beroep en het cassatieberoep in burgerlijke zaken in de Nederlandse Antillen en Aruba*, diss., Deventer: Kluwer 2009, nr. 3.4.

6 Conclusie

De conclusie strekt tot vernietiging en terugwijzing.

Hoge Raad:

1 *Het geding in feitelijke instanties*

Voor het verloop van het geding in feitelijke instanties verwijst de Hoge Raad naar de navolgende stukken:

- a. het vonnis in de zaak AR 248/2011 van het gerecht in eerste aanleg van Sint Maarten van 12 maart 2013;
- b. de vonnissen in de zaak AR 248/11 – ghis 68874 – H 154/14 en H 154A/14 van het Gemeenschappelijk Hof van Justitie van Aruba, Curaçao, Sint Maarten en van Bonaire, Sint Eustatius en Saba van 17 april 2015.

De vonnissen van het hof zijn aan dit arrest gehecht.

2 *Het geding in cassatie*

Tegen het vonnis van het hof van 17 april 2015 heeft Resort of the World beroep in cassatie ingesteld. Het cassatierekest is aan dit arrest gehecht en maakt daarvan deel uit.

Maple Leaf heeft geen verweerschrift ingediend.

De zaak is voor Resort of the World toegelicht door haar advocaten.

De conclusie van de Advocaat-Generaal T. Hartlief strekt tot vernietiging en terugwijzing.

3 *Beoordeling van het middel*

3.1 In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

(i) [betrokkene 1] (hierna: [betrokkene 1]) is gedurende ongeveer twaalf jaren in de functie van financial controller werkzaam geweest bij Resort of the World, die een hotel in Sint Maarten exploiteert.

(ii) Monedo N.V. (hierna: Monedo), een aan Resort of the World gelieerde vennootschap, heeft een project ontwikkeld in Sint Maarten, getiteld AquaMarina. In 2005, tijdens de ontwikkeling van het project, kreeg [betrokkene 1] als financial controller van Resort of the World de gelegenheid een villa in het project (hierna: de villa) te verwerven voor een gunstige prijs. Een koopovereenkomst van 13 januari 2005 vermeldt hem als 'Buyer' (koper). [betrokkene 1] heeft [betrokkene 2], de fiscalist van Resort of the World, ingeschakeld. Deze heeft Maple Leaf opgericht, een stichting particulier fonds naar het recht van Sint Maarten.

(iii) De oprichtingsakte van Maple Leaf dateert van 15 augustus 2005 en vermeldt als doel van de stichting particulier fonds:

“PURPOSE

Article 2

1. The purpose of the foundation is the management of capital, which has been set aside and earmarked for the benefit of the natural persons and legal entities and their relatives left behind, as well as charities designated by the Board and to pay distributions to above referred natural person(s) and legal entities and their relatives left behind, as well as charities.

2. The foundation is not authorized to make profit by carrying on a business as referred to in the Federal Ordinance on Foundations ('Landsverordening op Stichtingen').”

(iv) Bij notariële akte van 19 oktober 2005 heeft Monedo (een recht van erfpacht op een perceel met daarop) de villa overgedragen aan Maple Leaf. [betrokkene 2] was toen enig bestuurder van Maple Leaf. Later werd [betrokkene 1] enig bestuurder van Maple Leaf.

(v) [betrokkene 1] en zijn echtgenote hebben in de villa gewoond. [betrokkene 1] heeft in zijn aangifte inkomstenbelasting 2010 de rentelasten in verband met een hypothecaire lening, waarbij de villa is verhypothekerd, als aftrekpost opgegeven.

Ook heeft [betrokkene 1] op eigen naam een opstalverzekering met betrekking tot de villa afgesloten en diverse kosten in verband met de villa betaald (de hypotheek-, verzekerings- en onderhoudslasten worden hierna gezamenlijk aangeduid als: woonlasten).

(vi) Op 9 november 2011 heeft Resort of the World [betrokkene 1] op staande voet ontslagen met als opgegeven dringende reden dat hij fraude op het werk zou hebben gepleegd. Op 10 november 2011 heeft Resort of the World aangifte tegen [betrokkene 1] gedaan bij de politie. Op 17 november 2011 is [betrokkene 1] aangehouden en in verzekering gesteld. Op 2 december 2011 is hij in vrijheid gesteld.

(vii) Volgens een uittreksel van de Kamer van Koophandel van 15 mei 2013 is een zekere [betrokkene 3] sinds 16 november 2011 bestuurder van Maple Leaf. Een andere bestuurder vermeldt het uittreksel niet.

3.2 Resort of the World heeft een vordering ingesteld tot veroordeling van [betrokkene 1] tot betaling van een schadevergoeding van (na eisvermeerdering) USD 1.205.615,82 ter zake van de hiervoor in 3.1 onder (vi) bedoelde fraude. Daarbij heeft Resort of the World ook (onder meer) Maple Leaf in rechte betrokken en betaling van voormeld bedrag gevorderd op de grondslagen vereenzelviging, misbruik van identiteitsverschil, onrechtmatig profiteren van fraude en ongerechtvaardigde verrijking. Zij heeft daartoe gesteld, kort gezegd, dat [betrokkene 1] de villa zonder tegenprestatie heeft ondergebracht bij Maple Leaf, die een verlengstuk of dekmantel is van [betrokkene 1], feitelijk wordt bestuurd door [betrokkene 1] en wordt gebruikt om daarin vermogensbestanddelen van [betrokkene 1] onder te brengen. Subsidiar stelde Resort of the World dat Maple Leaf moet worden gezien als entiteit die door de betalingen van [betrokkene 1] voor reparaties en onderhoud aan de villa heeft geprofiteerd van de gepleegde fraude.

Het gerecht heeft de vordering tegen [betrokkene 1] toegewezen. Die tegen Maple Leaf, heeft het, als onvoldoende onderbouwd, afgewezen. Een reconventionele vordering van Maple Leaf, tot opheffing van een conservatoir beslag, werd eveneens afgewezen.

3.3 Het hof heeft op het hoger beroep van Resort of the World tegen Maple Leaf het vonnis van het gerecht bevestigd. Het incidentele appel is in cassatie niet meer van belang.

Het hof overwoog als volgt.

“2.5 De natuurlijke persoon die volledige of overheersende zeggenschap heeft over een rechtspersoon, kan misbruik maken van het identiteitsverschil tussen de natuurlijke persoon en de rechtspersoon. Hetgeen met zodanig 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 het vergoeden van de schade die door het misbruik aan derden wordt toegebracht. Deze verplichting tot schadevergoeding zal dan niet alleen rusten op de natuurlijke persoon die met gebruikmaking van zijn zeggenschap de betrokken rechtspersoon tot medewerking aan dat onrechtmatig handelen heeft gebracht, maar ook op deze rechtspersoon zelf, omdat het ongeoorloofde oogmerk van de gene die de rechtspersoon beheerst rechtens dient te worden aangemerkt als een oogmerk ook van de rechtspersoon zelf.

De omstandigheden van het geval kunnen evenwel ook zo uitzonderlijk van aard zijn dat vereenzelviging van de betrokken rechtspersonen – het volledig wegdenken van het identiteitsverschil – de meest aangewezen vorm van redres is.

2.6 Het door Resort of the World gestelde misbruik van het identiteitsverschil tussen [betrokkene 1] en Maple Leaf bestaat (hooguit) hierin dat [betrokkene 1] door zijn villa in Maple Leaf onder te brengen en de woonlasten uit zijn eigen vermogen te

voldoen, heeft beoogd te verijdelen dat Resort of the World verhaal kan nemen op de villa en op de bedragen die [betrokkene 1] ten behoeve van de villa heeft betaald. De omvang van de schade die Resort of the World lijdt doordat zij dat verhaal niet kan nemen (hierna: de verhaalschade), is niet zonder meer gelijk aan de omvang van de schade die zij lijdt door de gestelde fraude op het werk (hierna: de fraudeschade). Reeds hierom is vereenzelviging een vorm van redres die te ver gaat (vergelijk: HR 13 oktober 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA7480, NJ 2000/698).

2.7 Ter beoordeling staat of sprake is van misbruik van identiteitsverschil van dien aard dat dit moet worden aangemerkt als een onrechtmatige daad. Hiervoor is nodig dat sprake is van het oogmerk om Resort of the World te benadelen. Daarbij is niet voldoende dat [betrokkene 1] met de gestelde fraude op het werk het oogmerk had om Resort of the World te benadelen, maar is ook nodig dat [betrokkene 1] dat oogmerk had met het onderbrengen van de villa in Maple Leaf en het uit eigen vermogen betalen van de woonlasten.

Daarvoor is onvoldoende gesteld. Resort of the World heeft zelf gesteld dat Maple Leaf om fiscaaltechnische redenen is opgericht. De inschakeling van de fiscalist van Resort of the World maakt dat ook aannemelijk. Het oogmerk was dan om een fiscaal voordeel te behalen. Onvoldoende is gesteld om aan te nemen dat [betrokkene 1] daarnaast in 2005 het oogmerk had te verijdelen dat Resort of the World haar fraudeschade zou kunnen verhalen op de villa. Zelfs indien zou moeten worden aangenomen dat [betrokkene 1] ook al in 2005 (structureel, grootschalige) fraude ten koste van zijn werkgever pleegde en dat [betrokkene 1] ook toen al ernstig rekening moest houden met de mogelijkheid dat deze fraude vroeg of laat zou worden ontdekt en dat Resort of the World dan haar schade vergoed zou willen zien, dan nog kan daar laatstbedoeld oogmerk niet uit worden afgeleid.

Wat de woonlasten betreft geldt dat dergelijke lasten nu eenmaal verbonden zijn aan de instandhouding van een (verhypothekeerde) villa. Niet is gesteld of gebleken dat Maple Leaf zelf enige bron van inkomsten had. Daarom ligt het voor de hand dat [betrokkene 1] het oogmerk had door die betalingen de villa in stand te houden. Uit niets kan worden afgeleid dat hij daarnaast het oogmerk had om met deze betalingen Resort of the World te benadelen door verhaalsmogelijkheden te verijdelen. Daarom moet het beroep op misbruik van identiteitsverschil dus ook in zoverre worden verworpen.

2.8 Vervolgens staat ter beoordeling of op andere grond (dan misbruik van identiteitsverschil) kan worden aangenomen dat sprake is van een onrechtmatige daad van Maple Leaf jegens Resort of the World. In dit verband spreekt Resort of the World van onrechtmatig profiteren. De onrechtmatige daad zou dan erin bestaan dat Maple Leaf eraan heeft meegewerkt dat [betrokkene 1] een villa in haar onderbracht zonder dat Maple Leaf daarvoor behoefde te betalen en dat [betrokkene 1] ook de woonlasten van de villa voor zijn rekening nam, terwijl Maple Leaf wist dat [betrokkene 1] deze betalingen deed uit middelen die hij (deels) door middel van fraude ten koste van Resort of the World had verkregen, en dat de gang van zaken ertoe zou leiden dat Resort of the World de fraudeschade niet zou kunnen verhalen op de villa of op de bedragen die [betrokkene 1] ten behoeve van de villa betaalde.

2.9 In beginsel moet de kennis en wetenschap van een stichting particulier fonds op een bepaald moment worden vastgesteld door vast te stellen wat op dat moment de kennis en wetenschap van het bestuur en dus van de bestuurder(s) van die rechtspersoon was. Toerekening van kennis en wetenschap aan een ander dan de bestuurder(s) is weliswaar niet uitgeslo-

ten, maar er moet wel terughoudendheid bij worden betracht, vooral in gevallen waarin die toerekening wordt bepleit in het kader van een aansprakelijkheidsvraag, zoals hier (vergelijk: HR 11 november 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT6018). Indien [betrokkene 1] beleidsbepaler bij Maple Leaf was en hij tevens degene was in wiens belang Maple Leaf op de voet van de doelomschrijving in de statuten een villa beheerde, kan daaruit op zichzelf nog niet worden afgeleid dat de kennis en wetenschap van [betrokkene 1] moet worden toegerekend aan Maple Leaf. Weliswaar staat vast dat [betrokkene 1] gedurende enige tijd de enige bestuurder van Maple Leaf is geweest, maar niet is gesteld of gebleken wanneer dat zo was.

Voorts geldt het volgende. Maple Leaf is een stichting particulier fonds. Afscheiding van een vermogen is inherent aan deze rechtsvorm. De (...) doelomschrijving (...) van Maple Leaf is niet verboden, onbehoorlijk of ongebruikelijk voor een stichting particulier fonds. Het doel om een villa te beheren in het belang van [betrokkene 1] valt binnen de doelomschrijving. De aan Maple Leaf verweten handelwijze valt binnen dat doel. Gelet daarop kan de handelwijze niet worden aangemerkt als een handelen of nalaten dat in strijd is met hetgeen Maple Leaf volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer jegens Resort of the World betaamt en daarom niet als een onrechtmatige daad jegens haar.

2.9 [2.10] Voorts heeft Resort of the World de grondslag van ongerechtvaardigde verrijking genoemd. Ook die kan niet worden aanvaard. De verrijking van Maple Leaf vindt haar oorzaak in een handelwijze die binnen de grenzen van haar doelomschrijving valt, welke doelomschrijving op zichzelf niet verboden, onbehoorlijk of ongebruikelijk is, en kan daarom niet als ongerechtvaardigd worden aangemerkt.”

3.4.1 Alvorens de klachten van het middel te behandelen, wordt het volgende overwogen. Maple Leaf is een stichting particulier fonds, als bedoeld in art. 2:50 en 50a BW Sint Maarten (BWSM). Deze rechtsvorm, geïntroduceerd in de toenmalige Nederlandse Antillen bij de Landsverordening van 19 oktober 1998, Pb. 1998, nr. 209, tot wijziging van (onder meer) de Landsverordening op de Stichtingen, onderscheidt zich van de reguliere stichting slechts hierin dat voor deze stichtingsvorm niet geldt het – overeenkomstig het Nederlandse recht (art. 2:285 lid 3 BW) – voor stichtingen in het algemeen bestaande verbod uitkeringen te doen aan oprichters of aan hen die deel uitmaken van haar organen of ook aan anderen, tenzij wat deze laatste betreft de uitkeringen een ideële of sociale strekking hebben (art. 2:50 lid 4 BWSM).

3.4.2 In de memorie van toelichting bij de Landsverordening van 1998 is, naast hetgeen in de conclusie van de Advocaat-Generaal onder 4.11 is vermeld, namens de regering voorts opgemerkt (p. 2-3):

“Een belangrijke overweging om een Private Foundation in de Nederlandse Antillen in te voeren is – zoals reeds eerder opgemerkt – dat deskundigen op offshore gebied verwachten dat deze rechtsvorm een belangrijke bijdrage zal kunnen leveren aan de uitbouw van de voor onze economie zo belangrijke financiële Offshore sector. De introductie van een Private Foundation zal de Nederlandse Antillen de mogelijkheid geven zich meer divers en meer flexibel aan de internationale gemeenschap te presenteren op een wijze die bovendien alle waarborgen in zich draagt die nodig zijn om vrees voor misbruik of oneigenlijk gebruik te voorkomen.

(...)

In het licht van het bovenstaande stelt de Regering voor in het recht van de Nederlandse Antillen een regeling op te nemen betreffende een ‘Private Foundation’ in de rechtsvorm van een stichting aan te duiden als ‘particulier fonds’. Daarbij is er voor

gekozen deze regeling geheel te incorporeren in de Landsverordening op Stichtingen op een wijze die in hoge mate vergelijkbaar is met die waarop ook een stichting die het karakter heeft van een 'pensioenfonds' (waarvoor evenzeer bepaalde uitzonderingsregels gelden) in de Landsverordening is opgenomen. Deze opzet brengt twee evidente voordelen mee. Niet alleen wordt langs deze weg bereikt dat, zoals uit het wetsvoorstel moge blijken, de juridische vormgeving van deze nieuwe (zoals gezegd, zeer wenselijk gebleken) rechtsfiguur van een verbluffende eenvoud kan zijn, maar bovendien garandeert de directe toepasselijkheid van de bepalingen van de reeds bestaande stichtingswetgeving een inbedding in – en daarmee het tot gelding komen van – een gedegen en beproefde regelgeving op deze nieuwe rechtsfiguur, waardoor wordt voorkomen dat rechtspraktijk en/of samenleving voor (onaangename) verrassingen zou kunnen komen te staan. Aan de betrokkenen kan daarbij de vrijheid worden gelaten om met inachtneming van de wettelijke voorschriften – en in overleg met de notaris – aan de door hen in het leven te roepen stichting statutair nader vorm te geven.”

3.4.3 Uit de wettelijke regeling en de toelichting daarop vloeit voort dat het gebruik van de rechtsvorm stichting particulier fonds weliswaar niet bij uitsluiting aan het rechtsverkeer binnen de 'financiële offshore' is voorbehouden, maar dat de wetgever misbruik of oneigenlijk gebruik van deze stichtingsvorm heeft willen voorkomen, met het oog waarop de nieuwe rechtsvorm is ingebed in het algemene rechtspersonenrecht.

3.5.1 Onderdeel I keert zich vooreerst tegen de verwerping door het hof van de grondslag van vereenzelviging van [betrokkene 1] en Maple Leaf; deze klachten worden in onderdeel II uitgewerkt. Betoogd wordt dat het hof het beroep op vereenzelviging niet had mogen verwerpen, gelet op de in onderdeel 1.1 opgesomde reeks door Maple Leaf gestelde en door het hof hetzij vastgestelde, hetzij in het midden gelaten feiten en omstandigheden, 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.

Onderdeel II klaagt dat het hof (in rov. 2.6) het beroep op vereenzelviging ten onrechte heeft verworpen onder verwijzing naar HR 13 oktober 2000, ECLI:NL:HR: 2000:AA7480, NJ 2000/698 (Rainbow), althans dat onbegrijpelijk is dat het hof de verhaalschade in dit geval niet heeft gelijkgesteld met de fraudeschade.

3.5.2 In het Rainbow-arrest is overwogen (rov. 3.5) 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. Voorts, dat het maken van zodanig misbruik in de regel zal moeten worden aangemerkt als een onrechtmatige daad, die verplicht tot het vergoeden van de schade die door het misbruik aan derden wordt toegebracht. Deze verplichting tot schadevergoeding zal, zo leert het arrest, dan niet alleen rusten op de persoon die met gebruikmaking van zijn zeggenschap de betrokken rechtspersonen tot medewerking aan dat onrechtmatig handelen heeft gebracht, doch ook op deze rechtspersonen zelf, omdat het ongeoorloofde oogmerk van degene die hen beheerst rechtens dient te worden aangemerkt als een oogmerk ook van henzelf. 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 verijdelen. 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).

Onderdeel II en in zoverre ook onderdeel I falen derhalve.

3.6.1 Onderdeel I klaagt voor het overige over het oordeel van het hof (in rov. 2.7) dat van onrechtmatig profiteren door [betrokkene 1] en Maple Leaf van het identiteitsverschil tussen beiden geen sprake is. Onderdeel III werkt die klacht nader uit. De klachten komen erop neer dat dat oordeel onjuist althans onbegrijpelijk is tegen de achtergrond van de in het onderdeel opgesomde feiten en omstandigheden, waaruit blijkt dat [betrokkene 1] heeft beoogd te verijdelen dat Resort of the World haar fraudeschade zou kunnen verhalen, en wel door, met behoud van zijn zeggenschap over en genot van de villa, deze op naam van Maple Leaf te zetten en te houden.

3.6.2 De onderdelen klagen terecht dat het bestreden oordeel onbegrijpelijk is in het licht van de meerbedoelde feiten en omstandigheden, die door Resort of the World in feitelijke aanleg zijn aangevoerd en door het hof niet onjuist zijn bevonden, zodat van de juistheid daarvan in cassatie moet worden uitgegaan. Dat geldt in het bijzonder voor de omstandigheden dat de villa om niet aan Maple Leaf is overgedragen, dat dit is geschied op een moment dat [betrokkene 1] al ernstig rekening diende te houden met de mogelijkheid dat zijn, ten tijde van de oprichting van Maple Leaf reeds gaande zijnde, fraude zou worden ontdekt en tot een aanzienlijke claim van Resort of the World op hem zou leiden en dat [betrokkene 1] de woonlasten is blijven betalen. Daarbij moet ook in aanmerking worden genomen dat Resort of the World de gestelde onrechtmatigheid mede heeft gebaseerd op de stelling dat [betrokkene 1] zijn fraude heeft voortgezet in de wetenschap dat de door hem verworven en bewoonde villa veilig was voor verhaal door Resort of the World.

3.7.1 Onderdeel IV keert zich tegen de eerste rov. 2.9, die ziet op de gestelde onrechtmatigheid, bestaande in de handelingen als omschreven in rov. 2.8, dus, kort gezegd, in het meewerken door Maple Leaf aan en het profiteren van de fraude en het aan het verhaal onttrekken van de villa door [betrokkene 1]. Het hof heeft daaromtrent in de eerste plaats geoordeeld dat de kennis van [betrokkene 1] niet aan Maple Leaf kan worden toegerekend; daarnaast heeft het overwogen dat de handelwijze van Maple Leaf valt binnen haar doelomschrijving, die niet verboden, onbehoorlijk of ongebruikelijk is. De klachten richten zich tegen beide gronden en houden in dat het hof bij de beoordeling van de toerekening van kennis van [betrokkene 1] aan Maple Leaf

ten onrechte een terughoudende maatstaf heeft aangelegd. Voorts, dat die terughoudende maatstaf niet wordt gerechtvaardigd door de omstandigheid dat [betrokkene 1] niet (voortdurend) formeel bestuurder van Maple Leaf was, nu het hof veronderstellenderwijs ervan is uitgegaan dat [betrokkene 1] beleidsbepaler was bij Maple Leaf en dat Maple Leaf de villa in het belang van [betrokkene 1] beheerde. De klachten tegen de tweede afwijzingsgrond behelzen dat de omstandigheid dat het rechtmatige doel van Maple Leaf het beheer van de villa is, en Maple Leaf binnen haar doelomschrijving heeft gehandeld, niet betekent dat Maple Leaf niet onrechtmatig heeft gehandeld bij het profiteren van de verduisterde gelden.

3.7.2 Ook deze klachten slagen. Voor het antwoord op de vraag onder welke omstandigheden een onrechtmatig handelen of nalaten van personen door wie de rechtspersoon aan het rechtsverkeer deelneemt, als eigen onrechtmatig handelen aan een rechtspersoon kan worden toegerekend, is beslissend of dat handelen of nalaten in het maatschappelijk verkeer heeft te gelden als handelen of nalaten van de rechtspersoon zelf (vgl. HR 6 april 1979, ECLI:NL:HR:1979:AH8595, NJ 1980/34 (Kleuterschool Babel)). Dat geldt voor gedragingen van een bestuurder, maar de formele hoedanigheid van de handelende persoon is niet beslissend voor de toerekeningsvraag. Indien, zoals hier veronderstellenderwijs moet worden aangenomen, [betrokkene 1] de volledige zeggenschap over Maple Leaf had, ook in de periodes dat hij geen bestuurder was, en dat hij haar 'ultimate beneficiary' is, is in beginsel aan de aan te leggen maatstaf voldaan. Dat het hier om een aansprakelijkheidskwestie gaat, doet daaraan niet af, zoals ook blijkt uit rov. 3.6 van HR 11 november 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT6018, NJ 2007/231.

3.7.3 Hetgeen het hof overweegt omtrent de doelomschrijving van Maple Leaf houdt in dat de inbreng en het beheer van de villa bij Maple Leaf ten behoeve van [betrokkene 1] als zodanig legitiem en toelaatbaar waren. Resort of the World heeft evenwel aan haar vordering ten grondslag gelegd dat Maple Leaf door de inbreng en het beheer van de villa welbewust ten koste van Resort of the World heeft geprofiteerd van de door [betrokkene 1] gepleegde fraude. Het hof heeft niet onderzocht of de – op zichzelf, bij een stichting particulier fonds in het bijzonder, toelaatbare – inbreng en het beheer van de villa op die grond onrechtmatig zijn geweest jegens Resort of the World.

3.8 Onderdeel V is gericht tegen de tweede als 2.9 genummerde overweging. Het klaagt dat het hof de vorderingsgrondslag ongerechtvaardigde verrijking op dezelfde grond heeft afgewezen als het aan het slot van (de eerste) rov. 2.9 heeft gebezigd en voert daartegen overeenkomstige klachten aan als onderdeel IV.

Ook dit onderdeel is terecht voorgesteld. De omstandigheid dat de verrijking van een rechtspersoon haar oorzaak vindt in een handelwijze die valt binnen de grenzen van de doelomschrijving van die rechtspersoon, welke doelomschrijving op zichzelf niet verboden, onbehoorlijk of ongebruikelijk is, is – ook bij een stichting particulier fonds – niet onverenigbaar met het oordeel dat die verrijking ongerechtvaardigd is. Het hof had dus ook deze grondslag dienen te onderzoeken aan de hand van de stellingen van Maple Leaf, welke stellingen het oordeel van ongerechtvaardigdheid van de verrijking kunnen dragen.

4 Beslissing

De Hoge Raad:

vernietigt het vonnis van het Gemeenschappelijk Hof van Justitie van 17 april 2015;

wijst het geding terug naar dat hof ter verdere behandeling en beslissing;

veroordeelt Maple Leaf in de kosten van het geding in cassatie,

tot op deze uitspraak aan de zijde van Resort of the World begroot op € 858,18 aan verschotten en € 2600,= voor salaris.

NOOT

1. Wederom een poging tot vereenzelving die strandt bij de Hoge Raad. Ook nu blijkt weer dat de omstandigheden van het geval écht zeer uitzonderlijk moeten zijn om het identiteitsverschil tussen de betrokken (rechts)personen, als de meest aangewezen vorm van redres, weg te mogen denken (zie ook HR 26 januari 1994, NJ 1994/545, *Heuga*; HR 9 juni 1995, nr. 8551, NJ 1996/213, *Krijger/Citico*; HR 3 november 1995, NJ 1996/215, *Roco/Staat*; HR 13 oktober 2000, NJ 2000/698, *Rainbow*).

2. Resort of the World N.V. (hierna: Resort), verzoekster tot cassatie, heeft na een dienstverband van ongeveer twaalf jaar haar financial controller (hierna: de controller) op staande voet ontslagen wegens fraude op het werk. Via een aan Resort gelieerde vennootschap, Mondeo N.V. (hierna: Mondeo), werd de controller gedurende zijn dienstverband de mogelijkheid geboden om tegen een gunstige prijs een villa te verwerven.

3. Met inschakeling van de fiscalist van Resort werd onder de naam Maple Leaf een Stichting Particulier Fonds (hierna: Maple Leaf) opgericht. De oprichting van Maple Leaf hield verband met de gunstige fiscale regelgeving op Sint Maarten voor een dergelijk fonds (zie voor een uitgebreide toelichting hierop de conclusie van de A-G Hartlief, nrs. 4.9-4.15).

4. Op 19 oktober 2005 heeft Mondeo de villa overgedragen aan Maple Leaf. De fiscalist van Maple Leaf was toen nog de bestuurder van Maple Leaf. Later werd de controller bestuurder van Maple Leaf. Sinds 16 november 2011 wordt Maple Leaf bestuurd door een derde.

5. De controller en zijn vrouw hebben in de villa gewoond. In de procedure zijn door Resort verschillende stellingen ingenomen waaruit zou moeten blijken dat zij de villa ook beschouwen als hun eigendom. Zo heeft de controller in zijn aangifte inkomstenbelasting 2010 de voor de villa betaalde hypotheekrente in aftrek gebracht en worden de woonlasten voor de villa (hypotheek, verzekering en onderhoud) uit privémiddelen voldaan. In dit verband werden door Resort 23 omstandigheden in de procedure gesteld die er op zouden moeten wijzen dat Maple Leaf geen eigen belang heeft dat valt te onderscheiden van het belang van de controller bij (de eigendom van) de villa.

6. Resort heeft een vordering tot schadevergoeding ingesteld tegen de controller ter zake van de fraude. De schade bedraagt ruim \$ 1,2 miljoen. Resort heeft ook Maple Leaf in rechte betrokken en betaling van de schade gevorderd op grond van vereenzelving, misbruik van identiteitsverschil, onrechtmatig profiteren van fraude en ongerechtvaardigde verrijking. De vordering van Resort op de controller werd in twee instanties toegewezen. De vordering van Resort op Maple Leaf werd in twee instanties afgewezen. Resort is hiervan in cassatie gekomen.

7. In haar klachten keert Resort zich onder andere tegen de verwerping door het Gemeenschappelijk Hof van Justitie van Aruba, Curaçao, Sint Maarten en van Bonaire, Sint Eustatius en Saba (hierna: het hof) van het beroep op vereenzelving. Resort betoogt, onder verwijzing naar de lijst van 23 gestelde omstandigheden, dat het identiteitsverschil tussen de controller en Maple Leaf enkel formeel bestaat en dat Maple Leaf geheel afhankelijk is van de controller, die de feitelijke beleidsbepaler van Maple Leaf was en alle (woon)lasten voor de villa droeg, terwijl Maple Leaf geen andere activiteiten, inkomsten of bezittingen had en geen andere belangen diende (r.o. 3.5.1).

8. Vooropgesteld kan worden dat vereenzelving slechts sporadisch in de lagere rechtspraak wordt toegewezen. De mij bekende gepubliceerde uitspraken zijn Rb. Zwolle 24 juli 2002, NJ

2002/583; Rb. Rotterdam 9 december 2009, *RO* 2010/37; Hof Arnhem 4 september 2012, *RO* 2013/3; Rb. Utrecht 28 maart 2012, «JOR» 2013/297; Kantonrechter Midden-Nederland 22 juni 2016, «JOR» 2016/267; zie ook J. Pouw, 'Vereenzelviging: nog altijd zeldzaam', *V&O* 2015, nr. 5).

9. De Hoge Raad vangt in de onderhavige zaak aan met een herhaling van het overwogene in het arrest *Rainbow*. De criteria aangelegd in het *Rainbow*-arrest gelden ook wanneer misbruik van identiteitsverschil wordt gemaakt tussen een natuurlijk persoon (de controller) met (volledige of overheersende) zeggenschap over één rechtspersoon (Maple Leaf), zie ook HR 3 november 1995, *NJ* 1996/215, *Roco/Staat*; HR 17 april 2009, «JOR» 2009/104, *Aerts q.q./Stichting Waaldijk 8*; Rb. Utrecht 28 maart 2012, «JOR» 2013/297).

10. De Hoge Raad overweegt dat hetgeen met het misbruik werd beoogd, in rechte niet behoeft te worden gehonoreerd. Het misbruik maken van identiteitsverschil kan worden gekwalificeerd als een onrechtmatige daad, die verplicht tot het betalen van de schade die door het misbruik aan de derde (Resort) wordt toegebracht. Deze verplichting tot schadevergoeding zal dan niet alleen rusten op de persoon (de controller) die met gebruikmaking van zijn zeggenschap de betrokken rechtspersonen tot medewerking aan dat onrechtmatig handelen heeft gebracht, doch ook op deze rechtspersonen (Maple Leaf) zelf, omdat het ongeoorloofde oogmerk van degene die hen beheerst rechtens dient te worden aangemerkt als een oogmerk ook van henzelf. In het eerste onderdeel van r.o. 3.5.2 zet de Hoge Raad dan ook de indirecte doorbraak van aansprakelijkheid uiteen: een ander (Maple Leaf) is, naast de schuldenaar (de controller), aansprakelijk uit hoofde van een eigen onrechtmatige daad voor de schade toegebracht aan de derde (Resort).

11. In het tweede onderdeel van r.o. 3.5.2 herhaalt de Hoge Raad dat, in uitzonderlijke omstandigheden, vereenzelviging van de betrokken (rechts)personen de meest aangewezen vorm van redres kan zijn. Dit wordt aangeduid als directe doorbraak van aansprakelijkheid, hetgeen in feite betekent dat de schuldenaar (de controller) en de ander (Maple Leaf) bij vereenzelviging niet langer in hun rechtsposities kunnen worden onderscheiden. Het afgescheiden vermogen van de (rechts)personen komt te vervallen. Men wordt als het ware een Siamese tweeling (vgl. HR 23 mei 2014, *NJ* 2014/387, r.o. 6.1). Vereenzelviging zou daarmee verder kunnen gaan dan indirecte aansprakelijkheid, omdat de wijze van herstel (lees: redres) van deze schade verschilt.

12. Een van de door Resort in cassatie opgeworpen vragen had de strekking dat het wegdenken van het identiteitsverschil tussen de (rechts)personen ertoe zou moeten leiden dat (i) de omvang van de schade die Resort heeft geleden door de gestelde fraude op het werk, gepleegd door de controller, gelijk is aan (ii) de omvang van de schade die Resort lijdt doordat zij geen rechtstreeks verhaal kan nemen op de villa die is ondergebracht in Maple Leaf. Het hof merkte daaromtrent op dat de omvang van de fraudeschade (i) en de verhaalschade (ii) niet zonder meer gelijk zijn (r.o. 2.6).

13. De Hoge Raad overweegt in het laatste onderdeel van r.o. 3.5.2 dat indien komt vast te staan dat een op benadeling van een bepaalde schuldeiser (Resort) gerichte handelwijze onrechtmatig is jegens deze schuldeiser, de verplichting de daardoor aangerichte schade te vergoeden niet meebrengt dat de omvang van deze schade zonder meer gelijk is aan het bedrag van de vordering waarvan men (de controller en Maple Leaf) het verhaal wilde verijdelen. In een dergelijk geval is vereenzelviging een vorm van redres die te ver gaat.

14. Ook bij vereenzelviging in het kader van verhaalsfrustratie staat de ander dus niet zonder meer met zijn gehele vermogen in

voor de schade veroorzaakt door de schuldenaar (art. 3:276 BW). Dit had de Hoge Raad al overwogen in het arrest *Rainbow* (r.o. 3.5, laatste alinea). De Hoge Raad ziet geen aanleiding voor vereenzelviging als de schuldeiser door het wegdenken van het identiteitsverschil tussen de (rechts)personen in een gunstige positie komt te verkeren, doordat zij meer compensatie ontvangt dan de verhaalschade behelst (vgl. J.M.M. Maeijer onder *NJ* 2000/698, nr. 3; Asser/Maeijer, van Solinge & Nieuwe Weme, 2-II*, 2009, nr. 835; A.F.M. Dorresteyn, *Groene Serie*, art. 24b Boek 2 BW, aant. 8). Of, zoals S.C.M. van Thiel het omschrijft onder «JOR» 2013/297, nr. 4: "de vereenzelviging mag geen punitief karakter krijgen". De schade in het kader van de verhaalsfrustratie zal dus gelijk (of hoger) moeten zijn dan de fraudeschade om tot vereenzelviging te kunnen komen.

15. De stelling van Resort dat, ondanks dat de verhaalschade en de fraudeschade niet gelijk zijn, bij vereenzelviging geen belangen van derden worden geschaad, levert geen uitzonderlijke omstandigheid op als bedoeld in het arrest *Rainbow*. Hetzelfde geldt voor de omstandigheid dat Resort geen andere verhaalsmogelijkheden heeft dan op de villa, aldus de Hoge Raad in r.o. 3.5.3. De klachten van Resort stranden op dit onderdeel. De meerwaarde van een beroep op vereenzelviging bij verhaalsfrustratie lijkt, zowel inhoudelijk als voor wat betreft het ongedaan maken van de benadeling, nagenoeg nihil, behalve in het geval dat de omvang van de verhaalschade door een aan de schuldenaar en de ander toe te rekenen omstandigheid niet meer (nauwkeurig) kan worden vastgesteld.

16. De overige klachten van Resort treffen wel doel. Het oordeel van het hof omtrent het onrechtmatig profiteren door Maple Leaf van het identiteitsverschil tussen haarzelf en de controller alsmede het passeren van het beroep op ongerechtvaardigde verrijking zijdens Maple Leaf houden geen stand (r.o. 3.6.1, 3.6.2, 3.7.3 en 3.8). Het arrest van het hof wordt op deze onderdelen vernietigd en terugverwezen voor verdere behandeling. Voor wat betreft die onderdelen verwijs ik naar het arrest.

17. De Hoge Raad geeft ook nog een vingerwijzing voor de toerekening van kennis bij het gestelde onrechtmatig handelen. Het hof had voor de toerekening van kennis van de controller aan Maple Leaf een terughoudende maatstaf aangehouden. Het hof baseerde die terughoudendheid op het gegeven dat het hier gaat om toerekening in het kader van een aansprakelijkheidsvraag en op het feit dat de controller niet voortdurend formeel bestuurder van Maple Leaf was, zulks onder verwijzing naar HR 11 november 2005, *NJ* 2007/231, m.nt. Vranken (*Ontvanger/Voorsluijs*).

18. De Hoge Raad vernietigt ook op dit onderdeel het vonnis van het hof. De Hoge Raad bevestigt dat voor het antwoord op de vraag onder welke omstandigheden een onrechtmatig handelen of nalaten van personen door wie de rechtspersoon aan het rechtsverkeer deelneemt, als eigen onrechtmatig handelen aan een rechtspersoon kan worden toegerekend, beslissend is of dat handelen of nalaten in het maatschappelijk verkeer heeft te gelden als handelen of nalaten van de rechtspersoon zelf (HR 6 april 1979, *NJ* 1980/34, *Kleuterschool Babbel*).

19. De kennis die een formeel bestuurder draagt, zal in beginsel worden toegerekend aan de rechtspersoon. Het formeel bestuurderschap is echter niet de bepalende maatstaf. Ook kennis van een niet-bestuurder zou kunnen worden toegerekend aan de rechtspersoon. De Hoge Raad overweegt in r.o. 3.7.2 dat degene die volledige zeggenschap heeft, ook in de periode dat hij geen bestuurder was, en tevens de 'ultimate beneficiary' van die rechtspersoon is, in beginsel aan de maatstaf voor toerekening van kennis aan de rechtspersoon voldoet. De kennis van deze feitelijke beleidsbepaler heeft in het maatschappelijk verkeer te gelden als kennis van die rechtspersoon zelf. Een mooie handreiking in de richting van Resort nu het hof al

veronderstellende wijs had aangenomen dat de controller feitelijke beleidsbepaler bij Maple Leaf was en tevens op grond van de statuten de beheerder van de villa.

20. Dat de toerekening van kennis in casu plaatsvindt in het kader van een aansprakelijkheidsprocedure doet daaraan niet af, aldus de Hoge Raad onder verwijzing naar r.o. 3.6 van het arrest *Ontvanger/Voorsluijs*. Het betreft hier immers (interne) kennis van een orgaan of (indirecte) functionaris van die rechtspersoon zelf en niet, zoals in het arrest *Ontvanger/Voorsluijs* het geval was, (externe) kennis van een door de rechtspersoon ingeschakelde (belasting)adviseur.

21. Zoals J.B.M. Vranken in zijn noot onder het arrest *Ontvanger/Sluijs* in randnummer 11 al aangaf, zet de Hoge Raad met dit arrest een volgend stapje in de rechtsontwikkeling op het terrein van toerekening van kennis aan de rechtspersoon. Het toerekenen van kennis van de meerderheidsaandeelhouder met een te 'dikke vinger in de (beleids)pap' aan de rechtspersoon is voor de aansprakelijkheidspraktijk in ieder geval in juridische zin iets eenvoudiger geworden. Een beroep op vereenzelving bij verhaalschade zal met deze mate van toerekening van kennis waarschijnlijk nog schaarser worden.

G.J. de Bock

TeekensKarstens advocaten notarissen

226

Hoge Raad

14 oktober 2016, nr. 15/02722

ECLI:NL:HR:2016:2354

ECLI:NL:PHR:2016:556

(mr. Bakels, mr. Heisterkamp, mr. Snijders, mr. De Groot, mr. Tanja-van den Broek)

(concl. A-G mr. Vlas)

Noot E.J.H. Zandbergen

Internationaal publiekrecht. Executoriaal beslag ten laste van vreemde staat. Omvang immuniteit van executie. Stelplicht en bewijslast m.b.t. bestemming van goederen die beslag en executie toestaat. Verwijzing naar HR 30 september 2016, ECLI:NL:HR:2016:2236 en HR 11 juli 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD1387, NJ 2010/525. (Azeta/JCR en Staat).

De Hoge Raad vernietigt het oordeel van het hof dat er geen grond bestaat om uit te gaan van de presumptie van immuniteit bij executie van een vreemde staat vanwege gebrek aan aanwijzingen dat de beslagen goederen een publieke bestemming hebben en gebrek aan een soortgelijke verklaring van de vreemde staat.

[AB art. 13a; GDW art. 3a; Rv art. 438]

1464

Rv een kort geding wegens strijd tussen zijn ministerieplicht en deze aanzegging. In eerste aanleg en appel wordt geoordeeld tot opschorting van de executie in afwachting van een oordeel in de bodemprocedure. Het hof oordeelt daarbij dat er geen grond bestaat om uit te gaan van de presumptie van immuniteit bij executie van een vreemde staat vanwege gebrek aan aanwijzingen dat de beslagen goederen een publieke bestemming hebben en gebrek aan een soortgelijke verklaring van de vreemde staat. De Nederlandse Staat stelt beroep in cassatie in. De Hoge Raad oordeelt dat het hof is uitgegaan van een onjuiste rechtsopvatting nu het in overeenstemming is met de strekking van de immuniteit van executie om tot uitgangspunt te nemen dat eigendommen van vreemde staten niet vatbaar zijn voor beslag en executie tenzij en voor zover is vastgesteld dat deze een bestemming hebben die daarmee niet onverenigbaar is. Bij deze strekking past tevens dat vreemde staten niet gehouden zijn om gegevens aan te dragen waaruit volgt dat hun eigendommen een bestemming hebben die zich tegen beslag en executie verzet. De stelplicht en bewijslast voor vatbaarheid voor executie liggen derhalve bij de beslaglegger.

De Staat der Nederlanden (Ministerie van Veiligheid en Justitie en Ministerie van Buitenlandse Zaken),

zetelende te Den Haag,

eiser tot cassatie,

advocaten: mr. J.W.H. van Wijk en mr. G.C. Nieuwland,

tegen

de rechtspersoon naar vreemd recht

Servaas Inc.,

gevestigd te Indianapolis, Verenigde Staten van Amerika,

verweerster in cassatie,

advocaat: mr. E.H. van Staden ten Brink.

Partijen zullen hierna ook worden aangeduid als de Staat en *Servaas*.

Conclusie van de Advocaat-Generaal:

Deze zaak heeft in de kern betrekking op de betekenis en de reikwijdte van de (presumptie van) immuniteit van executie van vreemde staten. Dezelfde vragen komen voor een belangrijk deel ook aan de orde in de bij de Hoge Raad aanhangige zaak met nummer 15/01944 en in de prejudiciële vragen die door de voorzieningenrechter van de rechtbank Amsterdam bij vonnis van 29 februari 2016¹ aan de Hoge Raad zijn gesteld, welke prejudiciële procedure bij de Hoge Raad aanhangig is met nummer 16/01153. In deze beide andere zaken wordt heden eveneens door mij conclusie genomen.

1. Feiten² en procesverloop

1.1 Bij vonnis van het Tribunal de Commerce te Parijs van 16 april 1991 is een door *Servaas* tegen de staat Irak aanhangig gemaakte vordering van in hoofdsom ruim USD 14 miljoen toegevoegd. Op 10 juli 1991 heeft de president van de rechtbank Amsterdam exequatur op dat vonnis verleend.

1.2 Op 17 april 2014 heeft de deurwaarder op verzoek van *Servaas* executoriaal beslag ten laste van de staat Irak gelegd onder een tental in Nederland gevestigde vennootschappen, waaronder

1 ECLI:NL:RBAMS:2016:1197.

2 Zie rov. 2.1-2.9 van het in cassatie bestreden arrest van het gerechtshof Amsterdam van 7 april 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:1337, JOR 2015/346, nadien hersteld bij arrest van 16 juni 2015. Zie ook rov. 2.1-2.8 van het vonnis van de voorzieningenrechter van de rechtbank Amsterdam van 9 september 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:6028, JBP 2015/41, m.nt. J.W. Westenbergh.

Na een in 1991 verkregen exequatur van een buitenlands arbitraal vonnis heeft een Amerikaanse vennootschap in 2014 in Nederland executoriaal beslag gelegd ten laste van Irak onder enkele Nederlandse derde-beslagenen. De Minister van Veiligheid en Justitie heeft de deurwaarder aangezegd deze beslagen op te heffen wegens strijd met de volkenrechtelijke verplichtingen van de Nederlandse Staat. De deurwaarder entameert vervolgens op grond van art. 438