

PDF hosted at the Radboud Repository of the Radboud University Nijmegen

The following full text is a publisher's version.

For additional information about this publication click this link.

<http://hdl.handle.net/2066/106052>

Please be advised that this information was generated on 2020-10-30 and may be subject to change.

Ongerechtvaardigd verrijkt door fraude? Over winstbejag, goedgegelovigheid en de mogelijkheid tot restitutie bij een piramidespel

Annotatie bij HR 28 oktober 2011, LJN BQ5986 (Van Hees q.q./N.N.)

*Mr. B. Bierens**

1 Ponzi in de polder

‘Als het te mooi is om waar te zijn, dan is het ook niet waar.’ Ongetwijfeld zullen veel van de ruim 1400 overwegend particuliere investeerders die tot 2005 in zee gingen met R.J. (René) van den Berg nog wel eens aan deze regel hebben teruggedacht. Zij betaalden tezamen ruim € 160 miljoen aan Van den Berg. Anders dan was voorgespiegeld, werd dat geld niet door hem belegd. De inleg van latere investeerders werd gebruikt om eerdere investeerders overeenkomstig de gemaakte afspraken uit te betalen. Deze vorm van oplichting wordt ook wel carrouselfraude, piramidespel of een ‘Ponzi scheme’ genoemd.¹ Dat een klein aantal investeerders daadwerkelijk de toezegde rendementen behaalt, zorgt voor mond-tot-mondreclame, waarmee nieuwe investeerders worden geïnteresseerd. Omdat er in een dergelijk systeem geen werkelijke rendementen worden gemaakt, is het voorbestemd om na verloop van tijd in te storten. Het kaartenhuis dat Van den Berg had gebouwd, viel om nadat de Autoriteit Financiële Markten (AFM) hem in maart 2005 had gedwongen zijn activiteiten te staken. Van den Berg werd op 15 juni 2005 in staat van faillissement verklaard, waarbij mr. A. van Hees tot curator werd benoemd. De afwikkeling van deze zaak heeft geleid tot diverse procedures. Ten behoeve van de lezers die overwegen zich te verdiepen in de interessante juridische aspecten die aan een dergelijke vorm van fraude zijn verbonden, geef ik in een voet-

noot een overzicht van de onderwerpen met verdere verwijzingen.² Het hier te bespreken arrest betreft een specifiek facet van de afwikkeling van deze beleggingsfraude, namelijk de pogingen van de curator om zogenoemde ‘veelontvangers’ aan te spreken. Dit zijn investeerders die hebben geprofiteerd van de praktijken van Van den Berg. Biedt het vermogensrecht de mogelijkheid om deze ‘veelontvangers’ met succes aan te spreken om daarmee het actief in de faillissementsboedel te vergroten ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers? Deze vraag

* Mr. B. Bierens is jurist bij Rabobank Nederland en als fellow verbonden aan het Instituut voor Financieel Recht (IFR), onderdeel van het Onderzoekcentrum Onderneming & Recht (OO&R) van de Radboud Universiteit Nijmegen.

1. De Italiaanse immigrant Charles Ponzi (1882-1949) wist in 1920 aan de oostkust van de Verenigde Staten ongeveer \$ 9,5 miljoen op te halen van tienduizend beleggers tegen de uitgifte van *promissory notes* met een looptijd van 45 dagen en een rendement van 50%. Het bleek dat hij de eerste schuldbrieven had terugbetaald met de inleg van nieuwe investeerders. Sinds die tijd is deze vorm van fraude met zijn naam verbonden. Over deze en andere vormen van beleggingsfraude: F. Roest, *Beleggen in gebakken lucht*, Zeist: Kerckebosch 2009.

2. Een aantal van de benadeelde investeerders heeft zich verzameld in een collectieve actie tegen de bank waar Van den Berg zijn rekening aanhield. Het betreft hier een vordering gebaseerd op grond van een geschonden bancaire zorgplicht: Rb. Rotterdam 13 juli 2011, JOR 2011, 335 m.nt. F.M.A. 't Hart (Stichting Belangenbehartiging Van den Berg/ABN Amro), waarover J.C.A.T. Frima, *De civiele zorgplicht van banken jegens derden*, in: R. Stijnen & R. Kruisdijk, *Zorgplicht en financieel toezicht*, Deventer: Kluwer 2011, p. 56-57. Zie ook Rb. Rotterdam 27 juni 2012, LJN BX1237. Van den Berg zelf heeft een procedure gevoerd tegen de AFM, waarbij het rechtskarakter van de financiële producten aan de orde was. In geanonimiseerde vorm gepubliceerd: Rb. Rotterdam 31 januari 2006, LJN AV113, JOR 2006, 75 (X/AFM); CBB 12 juni 2007, LJN BA7366, JOR 2007, 187 m.nt. C.M. Grundmann-van de Krol (X/AFM). Verder hebben de AFM en de curator aangifte gedaan, wat uiteindelijk resulteerde in een strafrechtelijke veroordeling van Van den Berg wegens oplichting, bedrieglijke bankbreuk, valsheid in geschrifte, overtreding van het bepaalde in art. 82 van de (toenmalige) Wtk 1992 en ‘witwassen’: Rb. Amsterdam 14 augustus 2006, LJN AY6182, JOR 2006, 243; Hof Amsterdam 20 juli 2007, LJN BB037; HR 17 februari 2009, LJN BG7749, RvdW 2009, 343. De curator initieerde procedures tegen een aantal betrokken partijen. Opmerkelijk is het geschil met een van de advocaten van Van den Berg over de vraag of geld gestort op de derdenrekening van de advocaat behoorde tot het vermogen van Van den Berg. Het Hof Amsterdam beantwoordt deze vraag ontkennend. Openbaar faillissementsverslag nr. 15, 22 maart 2012; Hof Amsterdam 24 mei 2011, LJN BT6809 (Van Hees q.q./Stichting Derdengelden), vervolg op Hof Amsterdam 2 februari 2010, LJN BM 9456. Blijkens genoemd faillissementsverslag had de rechtbank eerder anders geoordeeld en de curator in het gelijk gesteld. Omdat het arrest van het hof van feitelijke aard was, is geen cassatie ingesteld.

kwam aan de orde in HR 28 oktober 2011, LJN BQ5986 (Van Hees q.q./N.N.).³

2 De feiten

Van den Berg heeft sinds de herfst van 2001 met een natuurlijk persoon (hierna: Verweerster) overeenkomsten van geldlening gesloten. Tegen afgifte van schuldbekentenissen heeft Van den Berg in totaal een bedrag van € 1.436.470 van haar ontvangen. Van den Berg heeft op zijn beurt Verweerster in totaal € 2.381.083,02 betaald. Door Van den Berg zijn aan Verweerster de volgende rentepercentages aangeboden:⁴

- € 200.000 per 1 februari 2004 tegen 3% per maand gedurende zes maanden;
- € 40.000 per 1 augustus 2004 tegen 50% over een looptijd van zes maanden;
- € 1.150.000 per 1 januari 2005 in plaats van een schuldbekentenis eindigend op dezelfde datum tegen € 46.000 per maand (4%).

In een brief van 4 december 2004 van een medewerker van Van den Berg en gericht aan Verweerster staat vermeld onder de kop 'Stand van zaken per 01-01-2005 m.b.t. gelden bij van den Berg van [naam verweerster]' dat Van den Berg de volgende rentepercentages heeft aangeboden:⁵

- van 1 oktober 2001 tot 28 februari 2002: € 199.664 tegen een rente van 33,33%;
- van 1 december 2001 tot 31 mei 2002: € 254.200 tegen een rente van 33,33%;
- van 1 maart 2002 tot 30 juni 2002: € 930.000 tegen een rente van 5,049% per maand;
- van 1 juni 2002 tot 30 november 2002: € 254.200 tegen een rente van 20%;
- van 1 juni 2002 tot 30 juni 2002: € 84.725 tegen een rente van 4,5%;
- van 1 juni 2002 tot 30 juni 2002: € 46.956 tegen een rente van 4,5%;
- van 1 juli 2002 tot 31 december 2003: € 1.142.857 tegen een rente van 5,25% per maand;
- van 1 december 2002 tot 1 februari 2003: € 305.040 tegen een rente van 7%;
- van 26 februari 2003 tot 26 februari 2004: € 60.000 tegen een rente van 80%;
- van 1 februari 2004 tot 1 augustus 2005: € 200.000 tegen een rente van 3% per maand;

- van 1 augustus 2004 tot 1 februari 2005: € 40.000 tegen een rente van 50%.

Het contact tussen (een medewerker van) Van den Berg en Verweerster is in 2001 tot stand gekomen op advies van de financieel adviseur van Verweerster (hierna: Adviseur).

3 Vordering, grondslagen en oordeel Hoge Raad

3.1 Vordering en grondslagen

De curator vordert terugbetaling van het verschil tussen het door Verweerster ingelegde en ontvangen bedrag (hoofdsom met rente c.q. gerealiseerd rendement): € 1.006.732,02. De vordering is gebaseerd op vijf grondslagen:

- a. De betaling van Van den Berg aan Verweerster berustte op een nietige rechtshandeling wegens strijd met de Wet toezicht effectenverkeer 1995 (Wte 1995) en de Wet toezicht kredietwezen (Wtk 1992).
- b. De ontvangst door Verweerster van het bedrag vormde schuldheiling en is derhalve nietig.
- c. De betaling van het bedrag berustte op een rechtshandeling die nietig is wegens strijd met de goede zeden, nu sprake is van een exorbitant rentepercentage.
- d. De betaling van het bedrag is onverschuldigd gedaan.
- e. Door de betaling is Verweerster ongerechtvaardigd verrijkt.

De rechtbank en het hof hebben deze grondslagen ontoereikend geoordeeld en de vordering afgewezen. Het tegen het arrest van het hof voorgestelde cassatiemiddel bestaat uit vier onderdelen en richt zich op deze gronden, waarbij alleen de onverschuldigde betaling genoemd onder d verder buiten beschouwing blijft.

3.2 Oordeel Hoge Raad

De Hoge Raad wijst de vordering van de curator af. De diverse overwegingen van de Hoge Raad die uiteindelijk tot dit oordeel hebben geleid, komen, voorzien van mijn opmerkingen en kanttekeningen, hierna in afzonderlijke paragrafen aan de orde. Het arrest van de Hoge Raad is van belang omdat het licht werpt op de verhaalsmogelijkheden bij beleggingsfraude (ook wel *claw back* genaamd) en het toepassingsbereik van de vordering uit ongerechtvaardigde verrijking, in het bijzonder de zogenoemde derdenverrijking.⁶

3. HR 28 oktober 2011, LJN BQ5986 (Van Hees q.q./N.N.), ook gepubliceerd in JOR 2011, 387 m.nt. S.R. Damminga en C. Rijckenberg, RvdW 2011, 1314, RF 2012, 18, NJB 2011, 2012. Zie ook F.P.C. Strijbos, De civielrechtelijke afwikkeling van een Ponzi-scheme, Bb 2012-10. Het arrest is een vervolg op Rb. Haarlem 4 maart 2009, LJN BH5025, JOR 2009, 150; Hof Amsterdam 29 juni 2010, LJN BN6937, JOR 2010, 363 m.nt. F.M.A. 't Hart. Voor een vergelijkbare zaak: Rb. Amsterdam 17 december 2008, LJN BH2716, JOR 2009, 92 m.nt. S.R. Damminga en C. Rijckenberg (Van Hees q.q./Goedhart). Na de afronding van deze bijdrage verscheen nog W.M. Schonewille & J.W. de Jong, Juridische aspecten van Ponzi-schemes, Ondernemingsrecht 2012, nr. 102.

4. Rb. Haarlem 4 maart 2009, LJN BH5025, JOR 2009, 150, r.o. 2.5.

5. Rb. Haarlem 4 maart 2009, LJN BH5025, JOR 2009, 150, r.o. 2.6.

6. Hoewel de partijen in deze procedure ook vergelijkingen met het buitenlands recht hebben gemaakt, valt rechtsvergelijking buiten deze bijdrage. Voor een bespreking van de mogelijkheden van *claw back* naar Amerikaans recht F.M.A. 't Hart, Bijzondere verhaalsmogelijkheden bij beleggingsfraude, in: R.C.P. Haentjes & M. Jurgens (red.), Fraude op de financiële markten, Deventer: Kluwer 2011, p. 186-191. Ook zijn veel rechtsvergelijkende opmerkingen te vinden in H.J. van Kooten, Restitutierechtelijke gevolgen van ongeoorloofde overeenkomsten (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 2002.

4 Nietigheid wegens strijd met Wte 1995 en Wtk 1992

Het eerste argument van de curator om de betalingen tussen Van den Berg en Verweester ongedaan te maken, is gestoeld op nietigheid op grond van art. 3:40 lid 2 Burgerlijk Wetboek (BW). Als een rechtshandeling wordt vernietigd of nietig is, zijn de betalingen die uit deze rechtshandeling voortvloeien zonder rechtsgrond verricht. Er is dan onverschuldigd betaald in de zin van art. 6:203 lid 1 BW en er dient een gelijk bedrag te worden terugbetaald. De rendementen die Verweester heeft ontvangen, zouden daarmee weer terugvloeien in de boedel. Dat de curator de nietigheid tracht in te roepen, is niet verrassend aangezien in straf- en publiekrechtelijke procedures reeds door de rechter was bepaald dat Van den Berg de Wte 1995 en de Wtk 1992 had geschonden.⁷ Zowel de rechtbank als het hof volgt het betoog van de curator niet. Omdat de Wte 1995 noch de Wtk 1992 de strekking had om de geldigheid aan te tasten van met het in die wetten bepaalde strijdige rechtshandelingen, kan op grond van art. 3:40 lid 2 BW de geldigheid van de rechtshandelingen niet worden aangetast. In cassatie bestrijdt de curator dit oordeel met de argumenten dat (1) de rechtshandelingen niet tot stand zijn gekomen op de financiële markt, (2) de gevolgen van de nietigheid zich beperken tot de partijen bij de rechtshandeling, en andere (markt)partijen geen gevolgen van de nietigheid ondervinden, (3) de nietigheid geen afbreuk doet aan het vertrouwen in de financiële markten, en (4) het hier gaat om een 'Ponzi scheme', waarbij de (bepleite) nietigheid ervoor zorgt dat men geen winst kan maken door deelname daaraan, hetgeen bijdraagt aan het voorkomen en/of beëindigen van 'Ponzi schemes'.⁸

Om dit betoog van de curator in perspectief te plaatsen sta ik kort stil bij enkele ontwikkelingen in het financieel recht. De huidige Wet op het financieel toezicht (Wft) trad in werking op 1 januari 2007 en verving de Wte 1995, de Wtk 1992 en enkele andere wetten. Tot de inwerkingtreding van de Wft bestond er onzekerheid over de privaatrechtelijke gevolgen van handelen in strijd met de bepalingen uit het financieel toezichtrecht.⁹ Die onzekerheid werd weggenomen door de invoering van art. 1:23 Wft:¹⁰

'De rechtsgeldigheid van een privaatrechtelijke rechtshandeling welke is verricht in strijd met de bij of krachtens deze wet gestelde regels is niet uit dien hoofde aantastbaar, behalve voorzover in deze wet anders is bepaald.'

Omdat de feiten waarop deze zaak betrekking heeft, zich afspeelden vóór de invoering van de Wft, moest de curator

aannemelijk maken dat toentertijd privaatrechtelijke rechtshandelingen in strijd met de Wte 1995 en de Wtk 1992 wél vernietigbaar waren. Dat was geen eenvoudige opgave. Naast het feit dat de wetgever voor het huidige recht inmiddels expliciet anders heeft bepaald, gaan gezaghebbende auteurs ervan uit dat art. 1:23 Wft weergeeft wat ook voor 1 januari 2007 rechtens was.¹¹ De curator richt zijn pijlen daarom op de ratio die aan de regel van art. 1:23 Wft ten grondslag ligt. Met de argumenten die hij in stelling brengt, tracht hij de Hoge Raad te overtuigen dat de algemene overwegingen die voor de wetgever de aanleiding vormden om deze bepaling in de wet op te nemen, in dit concrete geval niet opgaan.¹² De Hoge Raad volgt het betoog van de curator echter niet:

'Hetgeen het onderdeel betoogt met betrekking tot de strekking van de Wtk en Wte mist doel, aangezien het desbetreffende oordeel van het hof juist is. Anders dan de curator betoogt, kan uit de totstandkomingsgeschiedenis van het huidige art. 1:23 Wet financieel toezicht (Wft) niet worden afgeleid dat het aldaar bepaalde – dat rechtshandelingen in strijd met de Wft niet uit dien hoofde aantastbaar zijn, tenzij anders bepaald – afwijkt van het voordien onder de Wtk en Wte geldende recht. Ingevolge art. 3:40 lid 3 mist de sanctie van lid 2 dus toepassing. De in het onderdeel aangevoerde omstandigheden, wat daarvan overigens zij, doen aan de strekking van de Wtk en de Wte niet af.'¹³

5 Schuldheling

De signalen die wijzen op een fraude worden ook wel *red flags* genoemd.¹⁴ In deze zaak was er een aantal van dergelijke signalen, zoals het feit dat werd belegd door een privépersoon zonder briefpapier of vergunning, er vrijwel geen documentatie was en exceptionele rendementen werden voorgespiegeld. Verweester had daarom moeten begrijpen dat het geen zuivere koffie was. Zij had redelijkerwijs moeten vermoeden dat de rendementen uit een misdrijf verkregen waren. De curator verwijt Verweester daarom 'schuldheling'.¹⁵ De curator bestrijdt daarmee het oordeel van het hof dat het Verweester redelijkerwijs niet kan worden verweten dat zij geen verdergaand onderzoek heeft ingesteld naar de herkomst van de gelden en naar de handel en wandel van Van den Berg. De Hoge Raad laat ook dit oordeel van het hof in stand:

11. In zijn conclusie bij het arrest van de Hoge Raad van 8 oktober 2010, JOR 2010, 345 m.nt. CMGvdK had A-G Timmerman reeds te kennen gegeven geen reden te zien waarom dezelfde redenering die aan art. 1:23 Wft ten grondslag lag ook niet voor het oude recht moest worden aangenomen. Zie ook C.M. Grundmann-van de Krol, Koersen door de Wet op het financieel toezicht, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2012, p. 806.
12. Kamerstukken II 2005/06, 29 708, nr. 19, p. 392 (vierde nota van wijzigingen Wft); ook opgenomen in R.A. Stegeman & F.G.B. Graaf, Wet op het financieel toezicht. Tekst & Toelichting (tweede druk), 2012, p. 115. In de Kamerstukken wordt nog verwezen naar de oude nummering van art. 1:23 Wft.
13. R.o. 3.4.2.
14. Roest 2009, p. 45. De auteur bespreekt in zijn studie uitvoerig de kenmerken die kunnen wijzen op malafide producten en aanbieders.
15. Ik neem aan dat wordt bedoeld op art. 6:162 BW jo. art. 417bis Sr.

7. Hof Amsterdam 20 juli 2007, LJN BB037; HR 17 februari 2009, LJN BG7749, RvdW 2009, 343; CBB 12 juni 2007, LJN BA7366, JOR 2007, 187 m.nt. C.M. Grundmann-van de Krol (X/AFM).

8. R.o. 3.4.1.

9. C.M. Grundmann-van de Krol, Het effectenrecht tussen publiek- en privaatrecht (oratie Tilburg), 2002, p. 22.

10. Zie overigens voor de verhouding tussen dwaling op grond van art. 6:228 BW en art. 1:23 Wft: A.G. Castermans & P.W. den Hollander, Dwaling tussen privaatrecht en publiekrecht, WPNR (2012) 6940, p. 563-574, in het bijzonder p. 570-571.

‘De bedoelde feiten en omstandigheden, voor zover hiervoor niet reeds behandeld – kort gezegd: dat werd belegd bij een privépersoon zonder briefpapier, BTW-nummer, Wte-vergunning en dergelijke, dat geen documentatie betreffende de beleggingen beschikbaar was en slechts sprake was van een schuldbekentenis, dat [Verweerster] hoog opgeleid is, ervaring met beleggingen had en dat voor [Verweerster] kenbaar van een sluitende administratie bij [Van den Berg] geen sprake was – behoeften het hof niet tot een ander (of anders gemotiveerd) oordeel te brengen, nu [Verweerster] haar investeringen niet ter belegging aan [Van den Berg] toevertrouwde, maar, naar de vaststelling van het hof, hem de gelden heeft uitgeleend.’¹⁶

Een oordeel over *red flags* is een waardering van feiten en omstandigheden en kan door de Hoge Raad niet inhoudelijk worden beoordeeld. In cassatie kan alleen de motivering worden onderzocht. De motivering van het hof hield in cassatie stand. De bedoelde feiten en omstandigheden behoeften het hof niet tot een ander of anders gemotiveerd oordeel te brengen. Toch had de afweging door het hof, zoals ook de advocaat-generaal (hierna: A-G) al concludeerde, anders kunnen uitvallen. In dat geval zou de uitkomst van het geschil geheel anders zijn geweest. Naar mijn indruk had het feitelijk oordeel van het hof kunnen (en misschien wel moeten) zijn dat van Verweerster meer oplettendheid mocht worden gevraagd. Volgens een klassiek adagium is het recht geschreven voor de waakzamen (*ius civile vigilantibus scriptum est*).¹⁷ De vraag dringt zich op of het uitzicht op torenhoge rentepercentages ertoe heeft geleid dat winstbejag is gaan prevaleren boven de gebruikelijke in het maatschappelijk verkeer vereiste waakzaamheid. Ook had kunnen worden overwogen dat, op twee uitzonderingen na, de hoofdsom van alle uitgeleende bedragen de grens van € 50.000 ruimschoots overschreed. Op grond van het toentertijd geldende financieel recht waren er, kort gezegd, vrijstellingen van publiekrechtelijke informatieplichten van toepassing omdat beleggers die dergelijke bedragen ineens konden inleggen over het algemeen professionelen zullen zijn en dus minder bescherming behoeven.¹⁸ In dat verband is ook van belang dat de regulering van de financiële dienstverlening is gericht op het beschermen van consumenten. Gereguleerde dienstverleners zijn verplicht zich de belangen van consumenten

aan te trekken (‘zorgplicht’).¹⁹ Dit systeem van bescherming en risicoverdeling functioneert alleen als consumenten hun financiële diensten daadwerkelijk afnemen bij gereguleerde (en daarmee onder toezicht staande) financiële dienstverleners. Een privaatrechtelijke prikkel om weg te blijven van ongereguleerde marktpartijen, zoals de dreiging om behaalde rendementen af te moeten staan, zou daaraan kunnen bijdragen. Dat sommige consumenten met een boog om gereguleerde dienstverleners lopen, is niet alleen het resultaat van toeval of verschoonbare onoplettendheid. Door te beleggen in of door bemiddeling van entiteiten die niet onder financieel toezicht staan, blijft het ingelegde geld buiten de radar van de fiscus.²⁰ Volgens de A-G kan veilig worden aangenomen dat geen van de 1400 personen die hebben ingelegd enige argwaan koesterde, omdat ze anders niet zouden deelnemen. Dat laatste lijkt mij te stellig: ongetwijfeld zijn velen er domweg toch weer in getuind, maar het kan voor anderen ook een gecalculeerd risico zijn geweest om niet via een gereguleerde dienstverlener te handelen. Kortom, het zou niet vreemd zijn geweest als Verweerster een hogere mate van oplettendheid in acht had moeten nemen dan zij heeft gedaan. Interessant is in dat verband de vraag of het feit dat Verweerster gebruik maakte van een Adviseur hier gewicht in de schaal legt. De curator betoogde dat de wetenschap of vermoedens van de Adviseur aan Verweerster moesten worden toegerekend. Het hof gaat hier niet in mee en heeft blijkbaar aangenomen dat hij als zelfstandig adviseur van Verweerster bij de zaak was betrokken. Het oordeel van de Hoge Raad is kort en duidelijk:

‘Dat het hof niet tot de bepleite toerekening is gekomen, is onjuist noch onbegrijpelijk in het licht van de omstandigheid dat [Adviseur] noch ondergeschikte van [Verweerster] was, noch haar hulppersoon in de rechtsbetrekking met [Van den Berg] en dat door de curator geen feiten of omstandigheden zijn gesteld die een bijzondere grond voor toerekening zouden kunnen opleveren.’

6 Strijd met de goede zeden wegens exorbitante rente

De volgende grondslag die de curator aandraagt, is strijd met de goede zeden als bedoeld in art. 3:40 lid 1 BW. Deze grond-

16. Ro. 3.5.3. Een terzijde met betrekking tot de laatste zin van deze overweging, dat alleen sprake zou zijn van een lening en niet van een belegging, lijkt niet geheel in de pas te lopen met het oordeel van het CBB dat door Van den Berg ‘effecten’ werden aangeboden. Dat laatste duidt juist op een belegging; CBB 12 juni 2007, LJN BA7366, JOR 2007, 187 m.nt. C.M. Grundmann-van de Krol (X/AFM).

17. P. van Schilfgaarde, *Ius vigilantibus scriptum*, WPNR (2001) 6428, p. 25.

18. Art. 4 Vrijstellingsregeling Wte 1995, vervallen per 1 januari 2007.

19. Deelnemers die door Van den Berg zijn benadeeld, zijn een collectieve actie gestart tegen de bank waar Van den Berg zijn rekening aanhield. Deze actie is gebaseerd op geschonden zorgplichten jegens derden. In dat verband overwoog de rechtbank dat van balie-medewerkers van het bankfiliaal te Hilversum, gezien de omvang en frequentie van de betalingsopdrachten van Van den Berg, redelijkerwijs verwacht had mogen worden op enig moment vraagtekens te plaatsen bij de handelwijze van Van den Berg of in elk geval hun meerderen daarover te informeren: Rb. Rotterdam 13 juli 2011, JOR 2011, 335 m.nt. F.M.A. ’t Hart (Stichting Belangenbehartiging Van den Berg/ABN Amro), r.o. 4.17. De conclusie dringt zich op dat bij het herkennen van de *red flags* aan een gemiddeld opgeleide balie-medewerker rechtens hogere eisen worden gesteld dan aan een hoogopgeleid vermogend persoon.

20. Roest 2009, p. 191-192: de gegevens uit de strafzaak tegen Van den Berg werden door de officier van justitie overgedragen aan de Belastingdienst. Alle beleggers zouden een gestandaardiseerd verzoek om informatie hebben ontvangen, waarbij navraag werd gedaan naar de herkomst van het ingelegde geld.

slag bouwt voort op het argument dat Verweerster had moeten begrijpen dat sprake was van oplichting, maar zoekt specifiek aansluiting bij de exorbitante rentepercentages die Van den Berg betaalde en de contractuele wanverhouding. Dergelijke rentepercentages worden ook wel aangemerkt als ‘woeker’ en in de jurisprudentie is aanvaard dat het bedingen van woekerrente in strijd is met de goede zeden. Een rentebeding dat neerkwam op een rentevergoeding van 83% per jaar achtte de rechter in een ander verband niet toelaatbaar.²¹ Ook kan een wanverhouding tussen de wederzijdse prestaties van partijen aanleiding geven de nietigheid van een overeenkomst aan te nemen.²² In het onderhavige geval lagen de feiten in zoverre anders dat het de *debiteur*, dus Van den Berg, was die zich bereid verklaarde de exorbitante rentepercentages te betalen. In de klassieke rolverdeling is dat omgekeerd: het is dan de *crediteur* die door het bedingen van een hoge rente misbruik maakt van de financiële dwangpositie van de debiteur. Indien dit sjabloon wordt toegepast op de onderhavige feiten, moet dus aan de orde worden gesteld of Van den Berg in een dwangpositie verkeerde.

Om zijn grondslag te onderbouwen herhaalt de curator zijn betoog dat het hof ten onrechte eraan is voorbijgegaan dat Verweerster in de gegeven omstandigheden redelijkerwijs had moeten vermoeden dat Van den Berg slechts op strafbare wijze aan zijn betalingsverplichtingen zou kunnen voldoen. De curator voegt daar in dit verband nog aan toe dat het hof heeft miskend dat een rechtshandeling ook in strijd kan zijn met de goede zeden indien een van de partijen het onzedelijke karakter niet kende en ook niet behoefde te kennen. De Hoge Raad volgt de curator daarin niet. In de eerste plaats had het hof geoordeeld (en dat bleef in cassatie onbestreden) dat het enkele feit dat voor zover de overeengekomen rentevergoedingen al als buitensporig dienen te worden aangemerkt en dat die rentevergoedingen in een wanverhouding staan tot de door Verweerster te verrichten prestaties, dat nog niet betekent dat de overeenkomst en daaruit voortvloeiende betalingen in strijd met de goede zeden en daarom nietig zijn:

‘Het hof heeft tevens onderzocht of sprake is van bijkomende omstandigheden die de rechtshandelingen niettemin een onzedelijke strekking geven. Het hof heeft daartoe de omstandigheden in ogenschouw genomen die volgens de curator tot dat oordeel bijdragen, zoals het bestaan van een eventueel aan de zijde van [Van den Berg] bestaande dwangpositie, in welk verband het hof terecht van belang heeft geacht of [Verweerster] zich hiervan dan bewust is geweest of had moeten zijn.’²³

In de tweede plaats geldt het betreffende ‘bewustzijn’-vereiste volgens de Hoge Raad ook voor de stelling van de curator dat van strijd met de goede zeden sprake was omdat de rechtshandelingen tussen Van den Berg en Verweerster onderdeel uitmaakten van de oplichtingspraktijken van Van den Berg, dat Verweerster profiteerde van die oplichting van anderen, dat Verweerster in de gegeven omstandigheden redelijkerwijs had moeten vermoeden dat Van den Berg slechts op strafbare wijze aan zijn betalingsverplichtingen zou kunnen voldoen en dat Verweerster daarom nader onderzoek had moeten doen naar de praktijken van Van den Berg:

‘Deze omstandigheden kunnen de rechtshandelingen slechts een ongeoorloofd karakter geven (in die zin dat de rechtshandelingen wegens een onzedelijke strekking nietig zijn) indien [Verweerster] zich bewust was of had moeten zijn van de onzedelijke bedoelingen van [Van den Berg].’

Het hof had reeds geoordeeld dat daarvan geen sprake was en dat oordeel was, zoals reeds in de vorige paragraaf van deze bijdrage besproken en becommentarieerd, door de Hoge Raad in stand gelaten.

7 Ongerechtvaardigde verrijking

Voor de rechtbank en het hof heeft de curator betoogd dat de door Verweerster ontvangen betalingen, waarmee werd gedoeld op de door Van den Berg uitgekeerde ‘rendementen’, gerestitueerd dienen te worden omdat Verweerster daarmee ongerechtvaardigd is verrijkt in de zin van art. 6:212 BW. Deze verrijking is ten koste gegaan van de gezamenlijke schuldeisers van Van den Berg. Dit betoog werd niet gevolgd door de rechtbank en evenmin door het hof. Volgens het hof kon geen sprake zijn van een ongerechtvaardigde verrijking omdat de betalingen gerechtvaardigd worden door hetgeen Verweerster en Van den Berg zijn overeengekomen bij de leningen respectievelijk schuldbekentenissen. Aangezien de overeenkomsten niet aantastbaar zijn wegens strijd met de wet of de goede zeden, dient er te worden uitgegaan van de rechtsgeldigheid van die overeenkomsten en schuldbekentenissen. Het hof voegde daaraan toe dat niet is gebleken dat Verweerster daarbij heeft gehandeld in strijd met hetgeen in het maatschappelijk verkeer betaamt en evenmin dat zij onzorgvuldig heeft gehandeld. De (door het hof wel aangenomen) verrijking van Verweerster vindt dus haar rechtsgrond in rechtsgeldige overeenkomsten, zodat zij niet ongerechtvaardigd is. De curator bestrijdt dit oordeel. Het hof heeft miskend (althans, is er ongemotiveerd aan voorbijgegaan) dat een rechtshandeling tussen twee partijen (de overeenkomsten tussen Verweerster en Van den Berg) niet zonder meer een rechtvaardiging kan vormen voor een verrijking ten koste van een derde (hier: de gezamenlijke schuldeisers van Van den Berg namens wie de curator de vordering mede heeft ingesteld), hetgeen temeer geldt nu die rechtshandeling onderdeel is van de oplichtingspraktijken van Van den Berg. De Hoge Raad oordeelt dat deze cassatieklacht gegrond is:

21. V. van den Brink, *De rechtshandeling in strijd met de goede zeden* (diss. Amsterdam UvA), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2002, p. 96 met verwijzing naar GEA Curaçao 9 april 1956, NJ 1959. Recent: Hof Leeuwarden 5 juli 2011, JOR 2011, 348 m.nt. R.I.V.F. Bertrams, waarin werd aangenomen dat een rentepercentage van meer dan 1000% in strijd is met de goede zeden.

22. Van den Brink 2002, p. 97.

23. R.o. 3.6.2.

‘Het uitgangspunt van deze klacht is juist: 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*. Dat laatste geldt in nog sterkere mate indien tussen de prestaties waartoe die overeenkomst verplicht een wanverhouding bestaat, zoals in dit geval in cassatie veronderstellenderwijs moet worden aangenomen (...).²⁴

Het door mij gecursiveerde zinsdeel zorgt ervoor dat het arrest bijdraagt aan de verdere ontwikkeling van het leerstuk van de ongerechtvaardigde verrijking en meer specifiek de derdenverrijking. Daarmee wordt bedoeld op de situatie waarbij op grond van een vordering uit ongerechtvaardigde verrijking een onbetaalde (verarmde) schuldeiser zijn verhaalsrisico tracht af te wentelen op een derde die wel is betaald (en dus is verrijkt). Een dergelijke vordering is in de Nederlandse jurisprudentie te herleiden tot het bekende arrest Quint/Te Poel uit 1959 en oudere literatuur.²⁵ Toch is de toelaatbaarheid van de ongerechtvaardigde verrijking nog niet uitgekristalliseerd. Toen met de invoering in 1992 van het huidige BW deze vordering van een wettelijke basis werd voorzien, liet de wetgever de ‘nadere omlijsting’ over aan de rechtspraak en wetenschap.²⁶ Een van de vragen waarover duidelijkheid werd gezocht, is wat precies een verrijking rechtvaardigt. In de literatuur is betoogd dat de aanwezigheid van een geldige overeenkomst tussen de verrijkte derde en zijn wederpartij eraan in de weg staat dat van een ongerechtvaardigde verrijking sprake kan zijn. In deze zienswijze ligt de rechtvaardiging voor de verrijking noodzakelijk besloten in de overeenkomst.²⁷ De Hoge Raad oordeelt hier dat dát te stellig is. De overeenkomst tussen Verweerster en Van den Berg rechtvaardigt in beginsel wel de verrijking van Verweerster, maar niet steeds en zonder meer de verrijking van Verweerster jegens de (gezamenlijke) benadeelde investeerders. Hoewel de klacht van de curator daarmee gegrond is, leidt het toch niet tot vernietiging van het arrest van het hof. Zoals ik hierna zal toelichten, staat het stelsel van de wet daaraan in de weg. In dit verband benoemt de Hoge Raad eerst de faillissementsrechtelijke context waarbinnen het beroep op de ongerechtvaardigde verrijking hier moet worden beoordeeld:

‘De curator heeft in dit geding nadrukkelijk gesteld de vordering te hebben ingesteld ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers in het faillissement van [Van den Berg]. In dit geding staat als onbestreden vast dat tot die schuldeisers niet alleen gedupeerden van de oplichting door [Van den Berg] behoren, maar ook bijvoorbeeld de belastingdienst en andere “niet-opgelichte” schuldeisers wier vorderingen niet zijn voldaan. Volgens de curator bestaat de verarming van de gezamenlijke schuldeisers (niet in het feit dat [Van den Berg] hun vorderingen onbetaald heeft gelaten, maar) in de benadeling die zij hebben ondervonden in de verhaalsmogelijkheid voor hun vorderingen doordat [Van den Berg] de betalingen aan [Verweerster] heeft verricht. Daartoe heeft de curator aangevoerd dat de verrijking van [Verweerster] (mede) ten koste van de gezamenlijke schuldeisers heeft plaatsgevonden, nu iedere uitbetaling aan [Verweerster] ten laste kwam van het (toch al negatieve) vermogen van [Van den Berg], waardoor de boedel nu geen verhaal meer biedt voor de vordering van de gezamenlijke schuldeisers.²⁸

De Hoge Raad acht het ook van belang dat tot de schuldeisers niet alleen gedupeerde beleggers behoorden, maar ook de Belastingdienst en andere niet-opgelichte schuldeisers. De Faillissementswet (Fw) is bij uitstek het normenkader dat toepassing vindt bij de afwikkeling van dergelijke veelsoortige aanspraken van de gezamenlijke schuldeisers op een failliet. Indien de feiten worden geplaatst in een faillissementsrechtelijk kader, is van belang dat de overeenkomst tussen Verweerster en Van den Berg geldig was, ondanks de hiervoor beschreven pogingen van de curator om de nietigheid daarvan aan te tonen. Waar de Hoge Raad hierna spreekt van ‘falen van de onderdelen 2, 3 en 4’ wordt bedoeld op deze vergeefse pogingen. Dat betekent dat de betalingen door van Van den Berg moeten worden aangemerkt als de voldoening van een opeisbare schuld. Daarmee komt art. 47 Fw in beeld, dat twee specifieke gevallen benoemt waarin de voldoening van een opeisbare schuld door de schuldenaar in het zicht van diens faillissement kan worden vernietigd: (1) hij die de betaling ontving, wist dat het faillissement van de schuldenaar reeds was aangevraagd, dan wel (2) de betaling is het gevolg van overleg tussen de schuldenaar en schuldeiser. Beide gevallen zijn hier echter niet aan de orde:

‘Zoals door [Verweerster] evenwel terecht voor het hof is aangevoerd, is de aldus onderbouwde vordering van de curator uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking, gelet op het stelsel van de Faillissementswet, niet toewijsbaar. De betalingen aan [Verweerster] betroffen immers – gelet op het falen van de onderdelen 2, 3 en 4 – telkens betalingen door [Van den Berg] uit hoofde van de voldoening van een opeisbare schuld als bedoeld in art. 47 F. Zoals de Hoge Raad in zijn arrest van 16 juni 2000, LJN AA6234, NJ 2000/578, heeft overwogen, heeft de wetgever aan die

24. Ro. 3.7.2, cursivering van auteur.

25. HR 30 januari 1959, NJ 1959, 548 m.nt. DJV (Quint/Te Poel). De Hoge Raad zag in dit arrest geen ruimte voor een algemene verrijkingsovereenkomst. Een dergelijke actie was niet opgenomen in het BW (1838) en ‘dat in gevallen die bepaaldelijk door de wet zijn geregeld, de oplossing moet worden aanvaard, die in het stelsel van de wet past en aansluit bij de wet in de wet geregelde gevallen’. Het proefschrift van M.H. Bregstein uit 1927 is van betekenis geweest bij de gedachtevorming over de algemene verrijkingsovereenkomst. Over de ontstaansgeschiedenis van art. 6:212 BW en de ontwikkeling onder het BW van 1838: D. Gerdes, *Derdenverrijking* (diss. Groningen), 2005. De handeseditie van dit proefschrift kent overigens een afwijkende paginummering ten opzichte van de promotieeditie, waarnaar in deze bijdrage wordt verwezen.

26. Parl. Gesch. Boek 6, p. 831.

27. Voor een overzicht van de literatuur over de toelaatbaarheid van verrijkingsovereenkomsten tegen derden: Gerdes 2005, p. 88-102.

28. Ro. 3.7.4, tweede alinea.

bepaling ten grondslag gelegd dat geen redelijke rechtsgrond bestaat om degene die ontving waarop hij krachtens zijn vorderingsrecht aanspraak had, tot teruggaaf daarvan te noodzaken, en dat ook de behoeften van het verkeer meebrengen dat de schuldeiser erop mag vertrouwen dat de betaling door de schuldenaar onaantastbaar blijft, ook al geraakt de schuldenaar later, misschien zelfs kort na de betaling, in staat van faillissement. Hierop heeft de wetgever in art. 47 slechts twee, nauwkeurig geformuleerde, uitzonderingen gemaakt, waarvan in cassatie – mede gelet op het falen van de onderdelen 2, 3 en 4 – aangenomen moet worden dat die in het onderhavige geval niet aan de orde zijn.²⁹

De behoeften van het verkeer brengen mee dat eenmaal gedane betalingen onaantastbaar blijven. De enige uitzonderingen daarop zijn door de wetgever voorzien in art. 47 Fw en die uitzonderingen worden strikt toegepast. Dat blijkt bijvoorbeeld uit het arrest Van Dooren q.q./ABN Amro, waar de Hoge Raad in de hiervoor aangehaalde overweging naar verwijst.³⁰ De Fw biedt dus geen ruimte om Verweerster aan te spreken. Zou dat op basis van het BW dan wel moeten kunnen en mag het BW daarmee verder gaan dan de ruimte die geboden wordt door de Fw? De Hoge Raad antwoordt ontkennend. Bij de vraag of sprake is van een *ongerechtvaardigde* verrijking, moet betekenis worden toegekend aan ‘het stelsel van de wet’:

‘Dit brengt mee dat in het stelsel van de Faillissementswet de benadeling van de gezamenlijke schuldeisers in hun verhaalsmogelijkheid doordat de schuldenaar voor zijn faillissement betalingen aan een derde heeft verricht ter voldoening aan een opeisbare schuld, behoudens de in art. 47 uitdrukkelijk geregelde uitzonderingen, geen grond oplevert de derde tot teruggaaf (aan de boedel) van die betalingen te noodzaken. Zulks is van belang omdat, zoals is opgemerkt in Parl. Gesch. Boek 6, blz. 836, bij beantwoording van de vraag of een verrijking ongerechtvaardigd is, grote betekenis toekomt aan het stelsel van de wet, en inhoud en strekking van een wetsbepaling de verrijking kunnen rechtvaardigen. Daarom kan, gelet op het stelsel van art. 47 F. en de daaraan ten grondslag gelegde redenen zoals hiervoor weergegeven, de benadeling van de gezamenlijke schuldeisers in hun verhaalsmogelijkheden doordat [Van den Berg] vóór zijn faillissement betalingen aan [Verweerster] heeft verricht ter voldoening aan zijn verplichtingen uit de overeenkomsten met haar, door de curator niet met een vordering uit ongerechtvaardigde verrijking worden bestreden; in het kader van het faillissement van [Van den Berg] is de verrijking van [Verweerster] immers, gelet op het stelsel van art. 47 F., niet ongerecht-

vaardigd ten opzichte van de aldus in hun verhaalsmogelijkheden benadeelde schuldeisers.³¹

Tot de kern teruggebracht, kan worden gezegd dat de betaling aan Verweerster niet ongerechtvaardigd is aangezien in het stelsel van de Fw de rechtvaardiging ligt besloten. Zijn er dan helemaal geen mogelijkheden voor de curator tot een *claw back* bij deze vormen van fraude? Praktisch gezien lijken de mogelijkheden inderdaad zeer beperkt. Op grond van de Peeters/Gatzen-jurisprudentie kan de curator op de voet van art. 6:162 BW bij benadeling van schuldeisers namens de gezamenlijke schuldeisers een vordering tot schadevergoeding instellen tegen een derde die bij deze benadeling is betrokken.³² In hun annotatie van dit arrest in de *Jurisprudentie Onderneming & Recht (JOR)* betogen Damminga en Rijckenberg dat de Peeters/Gatzen-vordering exclusief moet worden gereserveerd voor verhaalsbenadeling waarin aan de derde ook daadwerkelijk een persoonlijk verwijt op grond van onrechtmatig handelen kan worden gemaakt.³³ De vordering uit ongerechtvaardigde verrijking is volgens Damminga en Rijckenberg in dat opzicht te neutraal. Ongerechtvaardigde verrijking is een bron van verbintenissen waarbij niet de onrechtmatigheid of verwijtbaarheid van het handelen van de verrijkte centraal staat, maar de vraag of sprake is van een vermogensverschuiving die past in het stelsel van de wet. Kan in de gegeven omstandigheden van het geval de begunstigde wel een verwijt worden gemaakt, dan kan zij alsnog worden aangesproken op basis van de Peeters/Gatzen-vordering. Het stond echter vast dat in dit geval aan Verweerster niet kon worden verweten dat zij de *red flags* die wezen op een fraude had gemist. Dat volgt ook uit de volgende overweging van de Hoge Raad:

‘Het vorenstaande laat onverlet dat degene aan wie een opeisbare schuld is voldaan, zoals is overwogen in het arrest van 16 juni 2000, onder bijzondere omstandigheden op grond van onrechtmatig handelen jegens de boedel aansprakelijk kan zijn voor de daardoor veroorzaakte benadeling van de gezamenlijke schuldeisers in hun verhaalsmogelijkheid, maar een dergelijke situatie doet zich, gelet op het falen van de onderdelen 2, 3 en 4, ten aanzien van [Verweerster] niet voor.’

29. R.o. 3.7.4, derde alinea.

30. HR 16 juni 2000, NJ 2000, 578, JOR 2000, 201 (Van Dooren q.q./ABN Amro), r.o. 3.5.2.

31. R.o. 3.7.4, vierde alinea. Over het wetsystematisch argument bij ongerechtvaardigde verrijking, waaronder de handhaving van de *paritas creditorum*, W. Snijders, *Ongerechtvaardigde verrijking en het betalingsverkeer* (Studekring Offerhaus), Deventer: Kluwer 2001, p. 9.

32. HR 14 januari 1983, NJ 1983, 597 m.nt. BW (Peeters q.q./Gatzen), waarover W.J.M. van Andel, *De Peeters/Gatzen-vordering*, in: Preadviezen voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht, Deventer: Kluwer 2006, p. 5-86.

33. HR 28 oktober 2011, JOR 2011, 387 m.nt. S.R. Damminga & C. Rijckenberg (Van Hees q.q./N.N.), onder 11, met verwijzing naar hun annotatie onder Rb. Amsterdam 17 december 2008, JOR 2009, 92 m.nt. S.R. Damminga & C. Rijckenberg (Van Hees q.q./Goedhart).

Daarmee zijn voor de curator de mogelijkheden uitgeput om 'veelontvangers' in een piramidespel of 'Ponzi scheme' hun rendementen te laten restitueren aan de boedel.³⁴

8 Conclusie

Een vordering tot restitutie van winsten bij een piramidespel zal alleen slagen als vaststaat dat de betreffende 'veelontvanger' zich ervan bewust was of bewust had moeten zijn dat van een fraude sprake was. In dat geval had de overeenkomst tussen Verweester en Van den Berg waarschijnlijk een onzedelijke strekking gehad of maakte de curator een goede kans als hij een Peeters/Gatzen-vordering had ingesteld wegens verwijtbare benadeling van de crediteuren. In feitelijke instanties was echter anders geoordeeld en de daartoe aangevoerde motivering kon in cassatie de toets doorstaan. De Hoge Raad moest er daarom van uitgaan dat er geen omstandigheden waren op basis waarvan Verweester begreep of redelijkerwijze had moeten begrijpen dat Van den Berg slechts op strafbare wijze aan zijn betalingsverplichtingen kon voldoen. Het viel Verweester niet te verwijten dat zij de *red flags* niet had opgemerkt, zoals het feit dat er werd belegd bij een privépersoon zonder briefpapier, btw-nummer en Wte-vergunning en dat een exorbitante rente werd vergoed. Bij dat feitelijke oordeel heb ik hiervoor enkele kanttekeningen geplaatst. Het was een dubbeltje op zijn kant en het had evengoed op een andere zijde terecht kunnen komen. De grens tussen verschoonbare naïviteit en verwijtbare onoplettendheid blijkt hier flinterdun maar veelbetekenend.

34. Damminga en Rijckenberg werpen in hun annotatie onder dit arrest (JOR 2011, 373) de vraag op of een individuele schuldeiser (buiten het faillissement om) een betaalde schuldeiser wel op grond van ongerechtvaardigde verrijking zou kunnen aanspreken. Zij lezen daartoe een aanwijzing in de overweging van de Hoge Raad dat de verrijking niet ongerechtvaardigd is *ten opzichte van de gezamenlijke schuldeisers* (cursief in origineel). Anderzijds wijzen zij er ook op dat wellicht het stelsel van art. 47 Fw in de weg staat aan een aanspraak van een individuele schuldeiser. Naar mijn mening zal het bij verrijking en verarming in de context van een piramidespel vooral lastig zijn voor een individuele schuldeiser om voldoende overtuigend aan te tonen dat de verrijking van de betreffende 'veelontvanger' heeft plaatsgevonden ten koste van deze individuele schuldeiser. Er zijn doorgaans meerdere 'veelontvangers' en vooral veel verliezers, die voor wat betreft verrijking en verarming in geen ander verband tot elkaar staan dan als deelnemers aan hetzelfde spel.