

Ondernemingsrecht, Juridische aspecten van Ponzi-schemes

[Klik hier om het document te openen in een browser venster](#)

Vindplaats:	Ondernemingsrecht 2012/102	Bijgewerkt tot:	27-08-2012
Auteur:	Mr. W.M. Schonewille LL.M. MiF en mr. J.W. de Jong ^[2]		-

Juridische aspecten van Ponzi-schemes

Samenvatting

De affaires rondom vermeende superbeleggers als Bernie Madoff en René van den Berg dateren al weer van enkele jaren geleden. De juridische nasleep ervan is evenwel nog in volle gang. Daarin komen interessante kwesties van uiteenlopende aard aan de orde. In dit artikel worden de belangrijkste juridische vragen in kaart gebracht. De nadruk ligt daarbij op de mogelijkheden voor gedupeerden om hun schade vergoed te krijgen. Eén deelonderwerp zullen wij daarbij niet bespreken: de mogelijke aansprakelijkheid van financiële toezichthouders.^[1]

1. Inleiding

De fraude van Van den Berg kwam in 2005 aan het licht na een onderzoek van de AFM naar vermeende overtreding van het toenmalige art. 3 Wte 1995 (Wet toezicht effectenverkeer 1995) (het verbod buiten besloten kring effecten aan te bieden). Van den Berg bleek tegen uitgifte van schuldbekentenissen op grote schaal gelden aan te trekken. Hij deed dit in persoon en voornamelijk van particulieren. Van den Berg betaalde over de geleende gelden exorbitante rentevergoedingen, variërend van 46% tot meer dan 240% op jaarbasis. Naar eigen zeggen verdiende Van de Berg de hiervoor benodigde gelden door middel van beleggingen in valutatransacties, warrants en onroerend goed. In werkelijkheid voldeed hij de rendementen uit door nieuwe uitleners verstrekte gelden. Toen dit na verloop van tijd niet meer vol te houden bleek, vroeg een aantal uitleners Van den Bergs faillissement aan. Rechtbank Amsterdam wees dit verzoek op 15 juni 2005 toe. Ruim 1400 schuldeisers dienden hun vorderingen in. Inclusie de rente tot aan de datum van faillietverklaring bedroegen hun vorderingen gezamenlijk € 160 miljoen.^[3] De strafkamer van Rechtbank Amsterdam veroordeelde Van den Berg op 14 augustus 2006 wegens onder meer oplichting tot een gevangenisstraf voor de duur van vijf jaar.^[4] Deze straf bleef in hoger beroep en cassatie gehandhaafd.^[5]

De fraude van Madoff kwam eind 2008 aan het licht, nadat vanwege de kredietcrisis steeds meer beleggers hun gelden aan het beleggingsvehicle van Madoff (Bernard L. Madoff Investment Securities, hierna: BLMIS) wensten te onttrekken. Madoff kon aan deze verzoeken niet voldoen. Hij bekende korte tijd later dat zijn bedrijf op een leugen berustte. Madoff werd op 11 december 2008 gearresteerd. Anders dan Madoff zijn klanten had voorgespiegeld, bleken de ingelegde gelden niet te zijn aangewend voor de aankoop van aandelen uit de Standard & Poor's 100 Index en de toepassing daarop van de zogenoemde split strike conversion-strategy. Madoff had de jarenlang betaalde stabiele rendementen van ruim 10% per jaar eenvoudig betaald uit de inleg van nieuwe investeerders. Op 15 december 2008 stelde Rechtbank New York op basis van de Securities Investor Protection Act een trustee aan, die werd belast met de liquidatie van BLMIS.^[6] Madoff bleek vorderingen van duizenden beleggers, onder wie diverse grootbanken en internationale vermogensbeheerders, voor in totaal circa \$ 65 miljard niet te kunnen voldoen.^[7] Rechtbank New York veroordeelde Madoff op 29 juni 2009 tot een gevangenisstraf voor de duur van honderdvijftig jaar.^[8]

2. Ponzi-schemes

Beide fraudeurs maakten gebruik van een beproefde methode, bekend onder de aanduiding Ponzi-scheme. Bij een dergelijke fraude worden de in het vooruitzicht gestelde rendementen volgens de fraudeur betaald uit

beleggingswinsten, maar worden zij in werkelijkheid voldaan uit de inleg van (latere) investeerders. Deze werkwijze brengt naar haar aard mee dat het systeem vastloopt als er ten opzichte van de daadwerkelijk uit te betalen rendementen te weinig gelden worden ingelegd. Ponzi-schemes zijn geen recent verschijnsel. Zij waren reeds bekend in de negentiende eeuw^[9] en danken hun naam aan Charles Ponzi, die in de jaren twintig van de vorige eeuw in New England investeerders rendementen van 50% over een periode van negentig dagen voorspiegelde.^[10] Ponzi-schemes zijn een variant van zogenoemde piramidespelen. De aanduiding piramidespel is evenwel te weinig precies, aangezien bij dergelijke spelen lang niet altijd sprake is van een voorgewende belegging. Zo bestaan er ook piramidespelen waarbij volstrekt transparant uitbetaling plaatsvindt in geval van het aanbrengen van een nieuw lid. Piramidespelen zijn in Nederland verboden op grond van de Wet op de kansspelen.^[11]

3. Faillissementsperikelen

De aard van Ponzi-schemes brengt mee dat het faillissement van de organiserende (rechts)persoon voortdurend boven de markt hangt en bij het aan de licht komen van de fraude doorgaans snel wordt uitgesproken. De juridische afwikkeling van Ponzi-schemes vindt dan ook voor een groot deel plaats binnen het kader van het faillissement van de fraudeur. Complicerende factor bij dergelijke faillissementen is dat de aard van Ponzi-schemes wellicht nog meer dan bij doorsnee faillissementen meebrengt dat in de boedel veelal weinig daadwerkelijke activa meer aanwezig zijn. De ingelegde gelden zullen immers grotendeels zijn aangewend ten behoeve van de rendementen van eerdere investeerders. Zo werd in de periode 2002 tot en met 2005 op de rekeningen van Van den Berg in totaal circa € 85 miljoen ingelegd, waarvan evenwel in dezelfde periode ook weer circa € 79 miljoen werd uitgekeerd.^[12] De curator in en gedupeerden van een dergelijk faillissement zullen daarom al snel geneigd zijn zich te wenden tot (wél solvabele) derden. Met name tot derden die van de fraude hebben geprofiteerd of daarbij op anderszins verwijtbare wijze betrokken zijn geweest. De gedupeerden van de faillissementen van Van den Berg en Madoff, respectievelijk de curatoren, hebben dergelijke derden dan ook aangesproken. Wij zullen enkele van deze procedures in de volgende paragraaf bespreken.

Voor zover het onderzoek van de curator wel gericht is op het achterhalen van daadwerkelijk aanwezige activa zijn complicerende factoren dat Ponzi-fraudeurs hun activiteiten doorgaans verhullen via ingewikkelde financiële constructies. Bovendien zijn zij veelal weinig geneigd te voldoen aan hun verplichting om aan de curator alle benodigde inlichtingen te verschaffen (in Nederland neergelegd in art. 105 Fw). Zo vermeldt de curator in het faillissement van Madoff dat hij bij het in kaart brengen van diens financiële zaken stuitte op 'a labyrinth of interrelated international funds, institutions, and entities of almost unparalleled complexity and breath'.^[13] De curator in het faillissement van Van den Berg deed aangifte jegens de gefailleerde wegens het niet geven van de vereiste inlichtingen (art. 194 Sr).^[14] Om toch aan de benodigde informatie te komen zal de curator dikwijls gebruik moeten maken van de hem daartoe ter beschikking staande (dwang)middelen. De Faillissementswet biedt daartoe diverse mogelijkheden, zoals het – indien nodig met een machtiging van de rechter-commissaris – betreden van alle plaatsen (art. 93a Fw). In het faillissement van Van den Berg heeft de curator de gefailleerde wegens het niet nakomen van diens verplichtingen in verzekerde bewaring laten stellen (art. 87 Fw).^[15] Van een derde die van Van den Berg onder twijfelachtige omstandigheden een aanzienlijk geldbedrag zou hebben ontvangen, maar weigerde te verklaren waar dit bedrag gebleven was, vorderde de curator in kort geding met succes opheldering op straffe van lijfswang (art. 585 Rv).^[16]

Een ander nuttig middel dat de curator ten dienste staat om vermogensbestanddelen van de fraudeur te achterhalen is het doen van aangifte bij het Openbaar Ministerie. Of, als al een strafvorderlijk onderzoek loopt, het zoeken van samenwerking met de officier van justitie. Aldus kan worden bewerkstelligd dat de vergaande strafvorderlijke dwangmiddelen mede kunnen worden benut ten behoeve van de schuldeisers. Daarbij is van belang dat deze dwangmiddelen onder meer kunnen worden aangewend voor het bepalen van door de fraudeur wederrechtelijk verkregen voordeel, met het oog op de ontneming daarvan (art. 126 lid 2 Sv). De gedupeerden kunnen zich vervolgens in beginsel voegen in de strafzaak (art. 51f Sv). Voor de gedupeerden is het voordeel van dergelijk uitbesteden van verhaalsonderzoek bovendien dat de kosten ervan niet voor rekening van de boedel komen.^[17]

4. Aanspreken profiteurs

Voor het verkrijgen van werkelijk verhaal van de schade zal het echter veelal noodzakelijk zijn om derden aan te spreken. Wij zullen ons in het vervolg van ons artikel dan ook concentreren op de mogelijkheden daartoe. Een eerste categorie derden die in aanmerking komt om door of ten behoeve van de gedupeerden te worden aangesproken zijn de personen die meer aan uitbetaling hebben ontvangen dan zij hebben ingelegd en aldus van de onrechtmatige praktijken van de fraudeur hebben geprofiteerd. De omvang van dit profijt moet niet worden onderschat. Het kan zeer aanzienlijk zijn. Dit komt met name door het vele jaren ongestoord kunnen voortgaan van een Ponzi-fraude – Madoffs fraude liep vanaf het begin van de jaren negentig^[18] – in combinatie met de hoge jaarlijkse rendementen. Inleggers die eenmaal hebben ervaren dat jaarlijks royaal wordt uitbetaald, stappen veelal niet uit (wat uiteraard ook de bedoeling van de fraudeur is). De curator in het faillissement van Van den Berg schatte het bedrag waarvoor de – door hem – zogenoemde veelontvangers waren bevoordeeld op circa € 40 miljoen. Hij is namens de gezamenlijke schuldeisers tegen een aantal van dergelijke bevoordeelden procedures gestart. Eén daarvan leidde tot een arrest van de Hoge Raad van 28 oktober 2011.^[19] De curator baseerde zijn vordering in de desbetreffende zaak – ten bedrage van ruim € 1 miljoen – op verschillende gronden, die we hieronder zullen uitwerken: 1. nietigheid wegens strijd met toezichtregels, 2. nietigheid wegens strijd met de goede zeden en/of wegens strijd met dwingendrechtelijke wetsbepalingen, 3. ongerechtvaardigde verrijking en 4. onverschuldigde betaling.

5. Nietigheid wegens strijd met toezichtregels

De curator beriep zich ten eerste op de nietigheid van de leningsovereenkomsten wegens strijd met (destijds) toepasselijke dwingende bepalingen van de Wte 1995 en, naar wij begrijpen, de Wet toezicht kredietwezen 1992 (Wtk 1992).^[20] Onder verwijzing naar de motivering van het hof^[21] verwerpt de Hoge Raad deze grond vrij resoluut. Anders dan de curator had aangevoerd, kan uit de totstandkomingsgeschiedenis van het huidige art. 1:23 Wft (waarin is bepaald dat de rechtsgeldigheid van privaatrechtelijke rechtshandelingen die zijn verricht in strijd met bij of krachtens de Wft gestelde regels niet uit dien hoofde aantastbaar zijn, tenzij anders bepaald) niet worden afgeleid dat het aldaar bepaalde afwijkt van het voordien onder de Wtk 1992 en Wte 1995 geldende recht. Ingevolge art. 3:40 lid 3 mist de (nietigheids)sanctie van lid 2 van deze bepaling derhalve toepassing, aldus de Hoge Raad. Deze laatste volzin wijst erop dat er ook geen andere redenen – dan de wetsgeschiedenis van art. 1:23 Wft – zijn om aan te nemen dat strijd met de desbetreffende toezichtwetgeving tot nietigheid van gesloten overeenkomsten leidt. Dat dit voor andere voormalige toezichtwetten anders zou liggen valt niet goed in te zien. De discussie die op dit punt tot op heden nog niet helemaal was verstomd, kan naar onze mening dan ook worden afgesloten.^[22]

6. Nietigheid wegens strijd met de goede zeden en/of dwingendrechtelijke wetsbepalingen

De curator voerde voorts aan dat de gesloten leningsovereenkomsten nietig waren wegens strijd met de goede zeden, aangezien deze een onlosmakelijk onderdeel uitmaakten van de oprichtingspraktijken van de gefailleerde. In dit verband verdient opmerking dat strijd met de toezichtwetgeving op zichzelf niet meebrengt dat de desbetreffende rechtshandeling strijdig is met de goede zeden (of de openbare orde). Daarvoor zijn bijkomende omstandigheden nodig, bijvoorbeeld dat partijen met de overeenkomst het doel hebben de financiële markten te ontwrichten.^[23] De Hoge Raad verwerpt ook dit standpunt van de curator. Van het voor de gestelde nietigheid vereiste ongeoorloofde (onzedelijke) karakter is eerst sprake als de bevoordeelde zich bewust was of had moeten zijn van de onzedelijke bedoelingen van de gefailleerde, aldus de Hoge Raad. Dit was, naar het hof niet onbegrijpelijk had vastgesteld, in de desbetreffende zaak niet het geval. Om deze reden faalt ook een derde grond waarop de curator zijn vordering had gebaseerd, namelijk nietigheid wegens strijd met de dwingende wetsbepaling van art. 342 Sr (schuldheiling).

Wij merken op dat het uiteraard van de omstandigheden van het geval zal afhangen of de bevoordeelde het ongeoorloofde karakter van de leningsovereenkomsten had behoren te kennen. Daarbij zal onder meer een rol spelen hoe exorbitant de overeengekomen rentepercentages zijn. Wanneer de potentiële uitlener moet hebben beseft dat de aangeboden rente te mooi was om (legaal) waar te zijn, zal van hem minstens moeten worden

gevergd dat hij nader onderzoek doet. Zie in dit verband ook het hierna te bespreken vonnis van Rechtbank Rotterdam van 13 juli 2011. Als dit onderzoek achterwege wordt gelaten, is daarmee ook de grens van schuldheling gepasseerd.^[24] Vermeldenswaard is voorts dat in de lagere rechtspraak wel is geoordeeld dat het bedingen van extreme(re) woekerrentes reeds op zichzelf strijdig is met de goede zeden.^[25]

7. Ongerechtvaardigde verrijking

Ten slotte voerde de curator aan dat de bevoordeelde ten koste van de gezamenlijke schuldeisers ongerechtvaardigd was verrijkt met het bedrag waarvoor de totaal aan haar gedane uitbetalingen de totaal door haar gedane betalingen overschreden. De uitbetalingen waren (in zoverre) ten laste gekomen van het toch al negatieve vermogen van Van den Berg, waardoor de boedel geen verhaal meer bood voor de vordering van de gezamenlijke schuldeisers, aldus de curator. Het hof had deze grondslag van de vordering verworpen omdat de verrijking van de bevoordeelde haar rechtvaardiging zou vinden in de rechtsgeldige leningsovereenkomsten.

De Hoge Raad overweegt evenwel dat het bestaan van een aan de verrijking ten grondslag liggende (rechtsgeldige) overeenkomst tussen de verrijkte en de verarmde weliswaar (in beginsel) die verrijking rechtvaardigt, maar dat dit niet (steeds) geldt voor een verrijking van een partij bij een overeenkomst ten koste van een derde. Van deze laatste situatie was in de onderhavige zaak sprake, nu tussen de verarmden (de gezamenlijke schuldeisers) en de bevoordeelde geen overeenkomst bestond. De Hoge Raad voegt daar nog aan toe dat dit – het niet gerechtvaardigd zijn van de verrijking op grond van een overeenkomst met een ander dan de verarmde – in nog sterkere mate geldt indien tussen de prestaties waartoe de desbetreffende overeenkomst verplicht een wanverhouding bestaat, zoals in het onderhavige geval (veronderstellenderwijs) moet worden aangenomen.

Niettemin laat de Hoge Raad de afwijzing van de vordering in stand. Hij benadrukt daartoe eerst dat de curator optreedt namens de gezamenlijke schuldeisers, waartoe ook schuldeisers behoren die niet zijn gedupeerd door de oplichting door Van den Berg (zoals de Belastingdienst). Vervolgens gaat de Hoge Raad in op het stelsel van de Faillissementswet. Art. 47 Fw bepaalt dat de voldoening door de schuldenaar aan een opeisbare schuld alleen kan worden vernietigd op de twee daarin genoemde gronden, te weten dat hij die de betaling ontving wist dat het faillissement van de schuldenaar reeds aangevraagd was of dat de betaling het gevolg was van overleg tussen de schuldenaar en de schuldeiser dat ten doel had laatstgenoemde door die betaling boven andere schuldeisers te begunstigen. Dit stelsel brengt mee dat degene die van de failliet een betaling heeft ontvangen waarop hij krachtens zijn vorderingsrecht aanspraak had er – mede gelet op de verkeersbehoeften – op mag vertrouwen dat deze betaling onaantastbaar blijft, ook al failliet de schuldenaar (kort) nadien. Daarom kan de benadeling van de gezamenlijke schuldeisers in hun verhaalsmogelijkheden doordat Van den Berg vóór zijn faillissement betalingen aan de bevoordeelde heeft verricht door de curator niet met een vordering uit ongerechtvaardigde verrijking worden bestreden. In het kader van het faillissement is de verrijking van de bevoordeelde immers, gelet op het stelsel van art. 47 Fw, niet ongerechtvaardigd ten opzicht van de in hun verhaalsmogelijkheden benadeelde schuldeisers, aldus de Hoge Raad. De Hoge Raad wijst er daarbij op dat in de parlementaire geschiedenis is benadrukt dat bij de vraag of een verrijking ongerechtvaardigd is, grote betekenis toekomt aan het stelsel van de wet en dat inhoud en strekking van een wetsbepaling de verrijking kunnen rechtvaardigen.

Naar aanleiding van deze overwegingen rijst de vraag of anderen dan de curator zich wel met een beroep op ongerechtvaardigde verrijking tot de bevoordeelden kunnen wenden.^[26] Bijvoorbeeld één of meer van de gedupeerde uitleners. Een eerste argument daarvoor vormt het feit dat de Hoge Raad er in zijn overwegingen de nadruk op legt dat de curator opkomt namens de gezamenlijke schuldeisers. De curator kan ook niet anders.^[27] Jegens de schuldeisers die niet (rechtstreeks) door de oplichting zijn gedupeerd zal niet snel sprake zijn van het voor ongerechtvaardigde verrijking vereiste verband tussen verrijking en verarming.^[28] Daarmee is de verrijking van de bevoordeelde wellicht niet ongerechtvaardigd jegens de gezamenlijke schuldeisers, maar wel tegenover een bepaald deel van hen (de gedupeerde uitleners). Er is dan geen reden waarom deze schuldeisers niet zelfstandig een vordering uit ongerechtvaardigde verrijking kunnen instellen. Ten tweede heeft het iets ongerijms om vanwege het stelsel van art. 47 Fw aan te nemen dat het enkele feit dat betaald is op grond van een rechtsgeldige overeenkomst de verrijking rechtvaardigt, waar juist even tevoren is geoordeeld dat een dergelijke overeenkomst in beginsel een verrijking ten koste van een derde niet rechtvaardigt (te minder als sprake is van een

wanverhouding tussen de verschuldigde prestaties). Want waarom zou de bevoordeelde die is betaald door een fraudeur die niet failliet gaat wel ongerechtvaardigd verrijkt kunnen zijn en de bevoordeelde die is betaald door een later faillerende fraudeur niet? Er lijkt ons in ieder geval geen goede reden te bestaan om de bevoordeelde aldus – naast van de fraude op zich – ook nog eens van het faillissement van de fraudeur te laten profiteren. Ook dit pleit ervoor om de overwegingen van de Hoge Raad over het belang van het stelsel van de Faillissementswet beperkt uit te leggen.

Verder zijn er gevallen waarin art. 47 Fw niet speelt. Een voorbeeld hiervan biedt een uitspraak van Rechtbank Amsterdam van 17 december 2008.^[29] Van den Berg had aan de bevoordeelde in de desbetreffende zaak – bij wijze van uitzondering – een variabel rendement toegezegd, afhankelijk van door hem te behalen beleggingsrendementen. Aangenomen dat er in werkelijkheid niet was belegd, werden de gedane uitbetalingen daarom volgens de rechtbank onverschuldigd verricht (zie ook hierna). Van opeisbare schulden in de zin van art. 47 Fw was derhalve geen sprake. De rechtbank zag voorts in het feit dat de curator ook opkwam namens niet (rechtstreeks) door de oplichting gedupeerde schuldeisers geen beletsel om hem in zijn vordering ontvankelijk te achten. Zij oordeelde vervolgens dat, indien de aan de bevoordeelde gedane uitbetalingen niet afkomstig waren van door Van den Berg gedane beleggingen (de uitbetalingen waren gedaan in de periode vóór de in de strafzaak bewezen verklaarde oplichting) de bevoordeelde daardoor ten koste van de gezamenlijke schuldeisers ongerechtvaardigd zou zijn verrijkt. De rechtbank stelde de curator daarop in de gelegenheid te bewijzen dat de uitkeringen niet afkomstig waren uit beleggingsrendementen.

8. Onverschuldigde betaling

In de procedure die leidde tot het zojuist besproken arrest van de Hoge Raad had de curator zich in feitelijke instanties ook nog beroepen op onverschuldigde betaling. Dit beroep werd door rechtbank en hof verworpen, omdat de betalingen op grond van de leningsovereenkomsten verschuldigd waren. In de hiervoor besproken uitspraak van Rechtbank Amsterdam van 17 december 2008 was echter als gezegd sprake van een verplichting tot uitbetaling van het rendement dat behaald zou worden met bepaalde beleggingen. Aangenomen dat in werkelijkheid niet was belegd, waren de uitbetalingen daarom onverschuldigd.^[30] Rechtbank Amsterdam wees de vordering van de curator niettemin af voor zover zij op onverschuldigde betaling was gegrond. Dit omdat de bevoordeelde volgens de rechtbank onvoldoende aanleiding had om te betwijfelen dat de door Van den Berg uitbetaalde bedragen afkomstig waren uit het op zijn beleggingen behaalde rendement, zodat hij erop mocht vertrouwen dat Van den Berg met de uitbetalingen voldeed aan zijn uit de overeenkomst voortvloeiende verbintenissen om de op de beleggingen behaalde rendementen uit te keren. De rechtbank neemt daarbij in aanmerking dat Van den Berg de bevoordeelde welbewust in de waan had gebracht dat een voldoende rechtsgrond voor de betalingen bestond. Het zou daarom naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zijn indien de curator, die daarbij op de voet van art. 68 Fw de rechten van Van den Berg uitoefent, de uitbetalingen met succes als onverschuldigd betaald terug zou kunnen vorderen.

Of terugvordering van de uitbetalingen naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar was vanwege het enkele vertrouwen van de bevoordeelde dat hij recht had op de uitbetalingen is naar onze mening voor discussie vatbaar. Het is goed verdedigbaar dat daarvoor ook moet worden vastgesteld dat de bevoordeelde op grond van dit vertrouwen heeft gehandeld en als gevolg daarvan in een nadeligere positie zou komen indien hij alsnog zou moeten terugbetalen.^[31] Ook speelt een rol dat bij de invulling van wat de redelijkheid en billijkheid eisen onder meer belang toekomt aan de in Nederland levende rechtsovertuigingen en de maatschappelijke en persoonlijke belangen die bij het gegeven geval betrokken zijn (art. 3:12 BW). Dat de rechtbank ook de belangen van de gedupeerden in haar afweging heeft betrokken blijkt niet.

9. De Verenigde Staten: claw backs

De in het voorgaande besproken rechtsfiguren op grond waarvan gedupeerden van Ponzi-schemes zich onder omstandigheden tot de bevoordeelden daarvan kunnen wenden zijn van Nederlandse aard. Daarbij aansluitend is het aardig om kort stil te staan bij het Amerikaanse recht en de acties van de trustee in het faillissement van Madoff in dit verband.

Het Amerikaanse recht kent de figuur van de zogenoemde claw back. Dit is een verzamelnaam voor verschillende soorten claims die de trustee in het faillissement van beleggingsfraudeurs de mogelijkheid bieden om uitbetalingen die zijn gedaan vóór het faillissement terug te halen ten behoeve van de gedupeerden van de fraude. Claw back claims vallen in twee typen uiteen, te weten in zogenoemde 'preference claims' en 'fraudulent conveyance claims'. 'Preference claims' bieden de trustee kort gezegd de mogelijkheid alle uitbetalingen terug te vorderen die de fraudeur aan 'beleggers' heeft gedaan in een periode van negentig dagen voorafgaand aan zijn faillissement. Van deze uitbetalingen wordt zonder meer aangenomen dat zij (ongerechtvaardigd) ten koste van de gedupeerden tot bevoordeling van de uitbetaalde hebben gestrekt. 'Fraudulent conveyance claims' hebben betrekking op uitbetalingen in een verder verleden, tot meerdere jaren – in het geval van Madoff: zes – vóór de faillissementsaanvraag.^[32] Ten aanzien van deze uitbetalingen geldt eveneens dat zij zonder meer moeten worden terugbetaald voor zover zij (fictief) rendement betreffen. Voor zover dergelijke uitbetalingen de ingelegde gelden (zogenoemd 'principal') betreffen, kunnen zij slechts worden teruggevorderd indien de desbetreffende belegger niet te goeder trouw was. Bij de beoordeling of sprake is van inleg of rendement wordt er eenvoudig van uitgegaan dat uitbetalingen tot aan het bedrag van de totale inleg ook daadwerkelijk inleg zijn en verdere uitbetalingen (fictief) rendement betreffen. Dit betekent dat de trustee zich met 'fraudulent conveyance claims' kan wenden tot alle personen die meer aan uitbetalingen hebben ontvangen dan zij in totaal hebben ingelegd. Overigens worden tot de bevoordeelden ook gerekend personen die indirect in de fraude hebben geïnvesteerd, bijvoorbeeld via zogenoemde feeder-funds.^[33] Vanuit dit wettelijke systeem is een groot deel van de activiteiten van de trustee in het faillissement van Madoff gewijd aan het via claw backs innen van uitbetaalde gelden bij bevoordeelden. Over de wijze waarop hij dit doet – op basis van een door hem als 'cash in/cash out' aangeduide benadering – hebben diverse bevoordeelden een procedure tegen de trustee aangespannen.^[34]

10. Aanspreken financiële ondernemingen

Naast het aanspreken van de fraudeur zelf en de bevoordeelden van de fraude, zullen de gedupeerden in voorkomende gevallen ook financiële instellingen die verwijtbaar bij de fraude betrokken zijn geweest willen aanspreken. Zo zijn gedupeerden in het faillissement van Van den Berg een procedure gestart tegen (inmiddels) ABN AMRO Bank, via welke bank Van den Berg een groot deel van de voor zijn fraude benodigde betalingen liet lopen. Zij deden dit zowel op persoonlijke titel, als via een stichting als bedoeld in art. 3:305a BW. Zowel de afzonderlijke gedupeerden, als de stichting baseerden hun vordering(en) erop dat de bank zijn maatschappelijke zorgplicht jegens derden – de gedupeerden stonden niet in een relevante cliëntrelatie tot de bank – had geschonden.^[35] Zij voerden daartoe aan dat de bank de fraude van Van den Berg te lang is blijven faciliteren via twee door deze gebruikte betaalrekeningen. De procedure heeft geleid tot een uitspraak van Rechtbank Rotterdam van 13 juli 2011.^[36]

Voor zover de gedupeerden op persoonlijke titel optraden gleden zij, in de woorden van annotator F.M.A. 't Hart, uit over de procesrechtelijke bananenschil van art. 3:303 BW. Bij (gezamenlijke) dagvaarding hadden de gedupeerden aanvankelijk een verklaring voor recht gevorderd dat de bank onrechtmatig jegens hen had gehandeld, dat de bank aansprakelijk was voor de daardoor geleden schade én een veroordeling van de bank om die schade te vergoeden. Hun oorspronkelijke vordering strekte er daarmee toe om de rechtsbetrekking tussen de bank en ieder van de eisers in haar geheel vast te stellen, aldus de rechtbank. In de loop van het geding verminderden de gedupeerden hun eis evenwel in die zin dat zij nog slechts een verklaring voor recht vorderden dat de bank onrechtmatig jegens hen had gehandeld. Na te hebben overwogen dat een dergelijke splitsing van de desbetreffende rechtsvordering gelet op de eisen van een goede procesorde slechts geoorloofd is indien bijzondere omstandigheden dit rechtvaardigen – van welke omstandigheden niet was gebleken – oordeelde de rechtbank dat de gedupeerden aldus niet voldoende belang bij hun vorderingen meer hadden. Zij werden daarom niet-ontvankelijk verklaard in hun vorderingen.

De stichting had meer succes. Naar aanleiding van haar vordering stelde de rechtbank eerst vast dat:

1. de door Van den Berg bij de bank aangehouden rekeningen normale betaalrekeningen waren en Van den Berg gold als een normale rekeninghouder;
2. vanaf 2002/2003 via de beide rekeningen grootschalig betalingsverkeer plaatsvond, waarbij zeer veel mutaties

werden verricht;

3. de stortingen op de rekeningen onder meer zeer grote bedragen betroffen, tot € 600.000 per keer, en Van den Berg in de relevante periode op de rekeningen in totaal een bedrag van € 67 miljoen ontving;
4. de bijschrijvingen op de rekeningen vergezeld gingen van omschrijvingen als 'inleg', 'lening', 'schuldbekentenis', 'belegging' en 'warrant';
5. Van den Berg van de rekeningen zeer grote bedragen over liet maken naar andere rekeningen, in de relevante periode voor in totaal € 77,5 miljoen; en
6. Van den Berg de overschrijvingen veelal telefonisch deed (ten behoeve waarvan één bepaalde medewerker contact met hem had), alsook door middel van handgeschreven formulieren (waarbij ook nog twee andere medewerkers van de bank hem van dienst waren).

De rechtbank overweegt vervolgens dat hoewel (hoogst) ongebruikelijk betalingsverkeer in het algemeen niet voldoende is om van de bank te kunnen verlangen onderzoek te doen, in het onderhavige geval de aard en omvang van het betalingsverkeer niet op zichzelf stonden. Daar komt de betrokkenheid van de medewerkers die Van den Berg van dienst zijn geweest bij. Hun betrokkenheid was tamelijk intensief, aldus de rechtbank, wat onder meer daaruit blijkt dat zij met name na het weekend zo veel formulieren van Van den Berg ontvingen dat zij met hem overlegden of een deel daarvan ook een dag later verwerkt kon worden en dat zij Van den Berg herhaaldelijk vroegen om verduidelijking van opdrachten. Bij deze betrokkenheid past naar het oordeel van de rechtbank dat van deze medewerkers verwacht had mogen worden dat zij op enig moment vraagtekens hadden geplaatst bij de handelwijze van Van den Berg, of in elk geval hun meerderen hadden moeten informeren. De kennis van de desbetreffende medewerkers – die voor rekening van de bank komt – had de bank aanleiding moeten geven het betalingsverkeer over de betaalrekeningen van Van den Berg te onderzoeken, los van de vraag wanneer de bank een concreet vermoeden had of had moeten hebben dat Van den Berg handelde in strijd met financiële toezichtwetten. De bank heeft dergelijk onderzoek evenwel nagelaten. Daarmee heeft zij haar maatschappelijke zorgplicht geschonden. De rechtbank verklaart dan ook voor recht dat de bank onrechtmatig jegens de stichting heeft gehandeld. Althans voor zover de stichting de belangen behartigt van de gedupeerden die daadwerkelijk geld op de desbetreffende rekeningen hebben gestort. Met derden die geen gebruikmaakten van deze rekeningen en aldus in feite geheel los van de bank handelden behoefde de bank geen rekening te houden. De bank heeft jegens hen dan ook niet onrechtmatig gehandeld. De rechtbank verklaart vervolgens ook voor recht dat het onrechtmatig handelen aan de bank kan worden toegerekend.

Het venijn zit hem voor de gedupeerden echter in wat de rechtbank overweegt ten aanzien van het relativiteitsvereiste (art. 6:163 BW). Want hoewel de beoordeling van de voor aansprakelijkheid vereiste relativiteit afhankelijk is van de feiten en omstandigheden waaronder de individuele gedupeerden tot hun beleggingsbeslissing zijn gekomen en daarom volgens de rechtbank geen sprake is van gelijksoortige belangen in de zin van art. 3:305a BW spreekt de rechtbank zich ter zake toch vrij vergaand uit. Zij overweegt dat de omstandigheden waaronder de (meeste) gedupeerden met Van den Berg in zee zijn gegaan dermate abnormaal waren dat zij moeten hebben geweten dat Van den Berg door list en bedrog zijn winsten boekte, althans dat zij zelf onverantwoorde risico's namen. Daarmee hebben zij zich (dan) onttrokken aan de bescherming die de door de bank geschonden (zorgvuldigheids)norm beoogt te bieden, zodat relativiteit ontbreekt, aldus de rechtbank.

Wat de rechtbank overweegt over het ontbreken van relativiteit is naar onze mening juridisch verdedigbaar.^[37] Wel is het voor discussie vatbaar of de gedupeerden werkelijk moeten hebben beseft dat zij onverantwoorde risico's namen. Vermeldenswaard is in dit verband wat A-G J.L.R.A. Huydecoper schrijft in zijn conclusie voor het hierboven besproken arrest van de Hoge Raad van 28 oktober 2011:

“8. Wie ‘with the wisdom of hindsight’ dit geval beoordeelt, kan inderdaad maar moeilijk begrijpen hoe men, zonder een gevoel van argwaan, de voorstellen van de kant van [Van den Berg] kan vernemen. Maar de betrokkenen destijds hadden de ‘wisdom of hindsight’ niet. En dan valt bepaald op, dat zó veel mensen, waarschijnlijk voor een belangrijk deel: uit ‘betere kringen’, en dus vermoedelijk ook voor een belangrijk deel in redelijk mate opgeleid en ervaren, zich door [Van de Berg] hebben laten bedriegen. Van alle – zoals al bleek: meer dan 1400 – deelnemers die aanmerkelijke bedragen aan [Van den Berg] hebben toevertrouwd, kunnen wij immers veilig aannemen dat die geen argwaan koesterden. Wie dat wel doet, gaat niet met een dergelijk systeem in zee.

9. Aan de hand van de zojuist neergeschreven beschouwing wil ik ervoor waarschuwen, dat in een geval als het onderhavige het altijd aanwezige gevaar dat men zijn beoordeling van wat de betrokkenen destijds redelijkerwijs hadden moeten en kunnen weten, begrijpen of doen, laat 'kleuren' door de wetenschap die de latere gebeurtenissen ons hebben bijgebracht – oftewel: door 'hindsight' –, zich in uitgesproken mate lijkt voor te doen. Achteraf bezien lijkt het evident dat het om een te-mooi-om-waar-te-zijn voorspiegeling ging; maar ten tijde van de relevante gebeurtenissen is dat toch een zeer groot aantal van de betrokkenen volledig ontgaan.”

Het valt naar onze mening dus nog maar te bezien of in de afzonderlijke zaken die de individuele gedupeerden naar aanleiding van het vonnis van de rechtbank van 13 juli 2011 ongetwijfeld tegen de bank zullen aanspannen geoordeeld zal worden dat de bank niet aansprakelijk is omdat niet is voldaan aan het relativiteitsvereiste.

11. De Verenigde Staten: eveneens banken aangesproken

Ook de trustee in het faillissement van Madoff heeft zich gewend tot banken die naar zijn mening verwijtbaar betrokken zijn geweest bij de fraude. Zijn opeenvolgende interim reports maken onder meer melding van vorderingen ingesteld tegen grootbanken als HSBC en J.P. Morgan ten bedrage van meerdere miljarden dollars. De trustee stelt zich in deze zaken op het standpunt dat de banken hun verplichtingen jegens de gedupeerden hebben geschonden door ondanks aanwijzingen daartoe de fraude niet te onderzoeken. Een belangrijke vraag die in dit verband speelt is of de trustee gerechtigd is dergelijke zaken ten behoeve van de gezamenlijke gedupeerden te voeren. In uitspraken van 28 juli 2011 en 1 november 2011 oordeelde Rechtbank New York dat dit niet het geval is.^[38] Of de gedupeerden van het faillissement van Madoff in deze uitspraken aanleiding zien om de banken op persoonlijke titel aan te spreken moet worden afgewacht.

12. Afronding

Zoals in het voorgaande besproken is de juridische afwikkeling van de faillissementen van Van den Berg en Madoff nog in volle gang. De gedupeerden, al dan niet vertegenwoordigd door de curator, zoeken via verschillende procedures, op basis van diverse grondslagen en met wisselend succes verhaal. De besproken uitspraken bieden tot op zekere hoogte duidelijkheid over de mogelijkheden voor gedupeerden. De belangrijkste daarvan lijken te zijn het aanspreken van bevoordeelden wegens ongerechtvaardigde verrijking (zij het dat deze weg voor de curator is afgesneden voor zover de gedane uitbetalingen opeisbare schulden in de zin van art. 47 Fw vormen), op grond van onverschuldigde betaling (indien er geen sprake is geweest van een overeengekomen vast rendement) en het aanspreken van de betrokken banken wegens schending van hun maatschappelijke zorgplicht jegens derden.

Voetnoten

Voetnoten

- [1] Zie daartoe bijv.: A.A. van Rossum, 'Aansprakelijkheid van de financiële toezichthouder', *NTHR* februari 2007, nr. 1, p. 1-7.
- [2] Beide auteurs zijn als advocaat werkzaam in Den Haag.
- [3] Opeenvolgende openbare faillissementsverslagen.
- [4] Rechtbank Amsterdam 14 augustus 2006, LJN AY6182.
- [5] Hof Amsterdam 20 juli 2007, LJN BB 0037; HR 17 februari 2009, LJN BG7749.
- [6] Zie over deze bijzondere faillissementsprocedure voor beleggingsondernemingen www.uscourts.gov/FederalCourts/Bankruptcy/BankruptcyBasics/SIPA.aspx.
- [7] E. Arvelund, Madoff, *The man who stole \$ 65 Billion*, Penguin books 2009. De aanklacht in de strafzaak tegen Madoff is te vinden op www.justice.gov/usao/nys/madoff.html. De door de curator opgestelde 162 pagina's tellende clientlist op <http://online.wsj.com/public/resources/documents/madoffclientlist020409.pdf>.
- [8] Het desbetreffende sentencing transcript is te vinden op www.justice.gov/usao/nys/madoff.html.
- [9] Zo leidt een Ponzi-fraude tot de val van Merdle's bank in Charles Dickens' roman *Little Dorrit* uit 1857.
- [10] www.sec.gov/answers/ponzi.htm.

- [11] Art. 1a WoK luidt: 'Onder het piramidespel wordt verstaan een gelegenheid waarbij deelnemers een goed afgeven of een verplichting aangaan teneinde daaruit een voordeel te verwerven dat geheel of ten dele afhankelijk is van de afgifte van een goed of het aangaan van een verplichting door latere deelnemers.'
- [12] *Derde openbare faillissementsverslag*, p. 2.
- [13] *Trustee's first interim report*, p. 27. De verslagen van de trustee zijn te vinden op www.madoff.com/interim-reports-11.html.
- [14] *Tweede openbare faillissementsverslag*, p. 13.
- [15] *Derde openbare faillissementsverslag*, p. 2.
- [16] *Zesde openbare faillissementsverslag*, p. 3 en 4.
- [17] Deze kosten kunnen zeer hoog oplopen. Het dertiende openbare verslag van het faillissement van Van den Berg vermeldt een bedrag aan boedelschulden van € 2.298.435,23.
- [18] *Trustee's first interim report*, p. 4.
- [19] HR 28 oktober 2011, *RI* 2012/18, *RF* 2012/18, *JOR* 2011/387, m.nt. S.R. Damminga en C. Rijckenberg.
- [20] De Hoge Raad overweegt in r.o. 3.2 onder a dat de curator zich baseert op de Wet Toezicht kredietverkeer.
- [21] De desbetreffende uitspraak is gepubliceerd in *RI* 2010/87 en *JOR* 2010/363, m.nt. F.M.A. 't Hart.
- [22] Zie over deze discussie en de in de literatuur ingenomen standpunten de conclusie van A-G L. Timmerman voor HR 8 oktober 2010, *JOR* 2010/345. De Hoge Raad sprak zich in dit arrest ter zake niet uit.
- [23] *Kamerstukken II*, 2005/06, 29 708, nr. 19, p. 395.
- [24] HR 24 november 2009, *NJ* 2009/608; HR 13 mei 2003, *NJ* 2003/460.
- [25] Zie bijv. Hof Leeuwarden 5 juli 2011, *RI* 2012/13, *JOR* 2011/348, m.nt. R.I.V.F. Bertrams.
- [26] Vgl. S.R. Damminga en C. Rijckenberg in hun annotatie onder het arrest.
- [27] HR 14 januari 2011, *RI* 2011/29, *NJ* 2011/366; HR 23 december 1994, *NJ* 1996/627-629 (*THB*-arresten).
- [28] HR 30 september 2005, *NJ* 2007/154, m.nt. Vranken (*De Groen Specht*).
- [29] Rechtbank Amsterdam 17 december 2008, *JOR* 2009/92, m.nt. S.R. Damminga en C. Rijckenberg.
- [30] S.R. Damminga en C. Rijckenberg gaan er in hun annotatie onder het vonnis onder 8 naar onze mening ten onrechte van uit dat volgens de rechtbank geen sprake was van een onverschuldigde betaling.
- [31] Vgl. S.R. Damminga en C. Rijckenberg in hun annotatie onder 5 en 6.
- [32] De exacte periode kan per staat verschillen. Het recht van de staat New York bepaalt dat tot zes jaar terug kan worden teruggevorderd. Zie <http://madoff.com/facts-29.html>.
- [33] B.W. Lasko, "Clawbacks" in the Aftermath of Madoff and Other Investment Frauds', *Hedge Fund Alert* 11 maart 2009, *Trustee's sixth interim report*, p. 12-14.
- [34] Wij verwijzen de geïnteresseerden in het verloop van deze procedure korthedshalve naar de opeenvolgende interim reports onder Net equity dispute.
- [35] Zie over deze zorgplicht J.C.A.T. Frima, 'De civiele zorgplicht van de bank jegens derden', in: *Zorgplicht en financieel toezicht*, Kluwer 2011, met onder meer een overzicht van de jurisprudentie op dit punt.
- [36] Rechtbank Rotterdam 13 juli 2011, *RF* 2011/77, *JOR* 2011/335, m.nt. F.M.A. 't Hart.
- [37] HR 23 februari 2007, *NJ* 2008/492 (*Io Viva!*) en HR 16 februari 1973, *NJ* 1973/463 (*Maas/Willems*), beiden door de rechtbank aangehaald.
- [38] Picard/Alpha Prime Fund Limited, HSBC Bank PLC and HSBC Securities Services en Picard/J.P. Morgan Chase & Co. Zie over deze uitspraken het *Sixth interim report*, p. 26-29.