

ieder eigen vorderingen hadden. Sterker, er was kennelijk één premiefactuur voor de drie schuldeisers gezamenlijk en de schuldenaar moest die gezamenlijke factuur op één bankrekening voldoen. Daarnaast overweegt de rechtbank dat de drie vorderingen onlosmakelijk met elkaar verbonden waren en dus dat er geen sprake is van “voor de buitenwereld kenbare, afzonderlijke vermogens”

6. De reden dat bij een faillissementsaanvraag wegens schulden aan verschillende pensioenuitvoerders onduidelijkheid kan bestaan over of er is voldaan aan het pluraliteitsvereiste, is gelegen in art. 123 lid 1 Pensioenwet. Als hoofdregel geldt dat verschillende pensioenregelingen van één pensioenfonds “financieel een geheel” vormen. Een vordering van de ene pensioenregeling kan dan niet als steunvordering voor een faillissementsaanvraag door de andere pensioenregeling worden opgevoerd. Dat kan ook het geval zijn bij bedrijfstakpensioenfonds die aan elkaar gelieerd zijn, zoals in de onderhavige procedure. Voor een zogenoemd “algemeen pensioenfonds” (APF) is dat volgens de tweede zin van art. 123 lid 1 Pensioenwet anders, omdat dan elke “collectiviteitkring” van het pensioenfonds een “afgescheiden vermogen” vormt. Bij schulden aan verschillende collectiviteitkringen zou wel aan het pluraliteitsvereiste worden voldaan.

7. In deze zaak staat dus weliswaar vast dat er drie verschillende schuldeisers zijn, maar blijft het antwoord op de vraag naar de zelfstandigheid van hun vorderingsrechten onduidelijk, getuige op de verwevenheid van de vorderingen en de wijze waarop de schuldenaar deze moest betalen. Te meer omdat volgens de rechtbank er sprake moet zijn van *voor de buitenwereld kenbare, afzonderlijke vermogens* en deze kenbaarheid hier ontbrak, werd niet voldaan aan het pluraliteitsvereiste en werd daarmee het faillissementsverzoek afgewezen. Andere steunvorderingen hadden de verzoekers immers niet.

8. Wie de schuldenaar is, is mij niet bekend. De schuldenaar verscheen niet op zitting, waaruit misschien kan worden afgeleid dat hij al had berust in het faillissement. Het verzoek is door de rechtbank op basis van een ambtshalve afweging afgewezen. Het is dus niet zo dat de schuldenaar het gebrek aan pluraliteit als verweer heeft opgevoerd. Ik stel me zo voor dat de schuldenaar zich van dit alles niet bewust is geweest en niet heeft geweten waarom hij niet failliet is verklaard. Ik

ben benieuwd of de schuldenaar uiteindelijk alsnog is gefailleerd.

mr. J.B.A. Jansen

advocaat/partner bij Dommerholt Advocaten NV te Apeldoorn en docent/onderzoeker aan de Radboud Universiteit

67

Geen vernietiging faillissement in verband met vermoeden van ponzi-zwandel

Rechtbank Midden-Nederland zp Utrecht
16 augustus 2024, zaaknr. C/16/24/305 F,
ECLI:NL:RBMNE:2024:5051

(mr. Neijt)

Noot mr. F.S. van Opstal

Ongegrond verzet tegen faillietverklaring. Summierlijk gebleken van vorderingen van aanvragers ondanks met hen gesloten betalingsregeling. Toestand van te hebben opgehouden te betalen. Het belang van de gezamenlijke schuldeisers bij instandhouding van het faillissement prevaleert boven het belang van aanvragers om betaling te ontvangen uit wat waarschijnlijk een ponzi-schema is.

[Fw art. 6 lid 3, 8 lid 2]

Opposante en geopposeerden vinden dat het faillissement moet worden vernietigd. Om vernietiging van het vonnis van faillietverklaring te kunnen bewerkstelligen, zal summierlijk aannemelijk moeten zijn dat de vorderingen van geopposeerden ten tijde van de faillietverklaring niet bestonden of dat uiterlijk ten tijde van de behandeling van het verzet niet of niet meer wordt voldaan aan de vereisten voor faillietverklaring.

Opposante heeft weliswaar overeenstemming bereikt met geopposeerden over een betaling in termijnen van een gedeelte van hun vorderingen, maar daarmee zijn die vorderingen niet verdwenen. Hooguit houdt deze betalingsregeling in dat de vorderingen van geopposeerden niet opeisbaar zijn. Overigens is het de vraag of een betalingsregeling waarbij geopposeerden geld in ontvangst nemen waarvan zij vermoeden dat dit uit

een ponzi-schema afkomstig is, als geldig kan worden aanvaard.

De curator werd opgeroepen teneinde inlichtingen over de boedel te verschaffen die kunnen bijdragen aan de beoordeling van de vraag of (ex nunc) sprake is van de toestand van te hebben opgehouden te betalen. De curator heeft echter geen advies uitgebracht omdat zij – met het oog op het verzet – de faillissementskosten zoveel mogelijk heeft willen beperken. Desondanks kan op basis van de wel bekende gegevens worden vastgesteld dat opposante in een faillissementstoestand verkeert. Opposante heeft naast de schulden aan geopposeerden een opeisbare schuld aan de Belastingdienst van ongeveer € 300.000. Opposante heeft daarnaast nog veel meer schulden. Het is duidelijk dat zij deze schulden niet kan betalen.

Het belang van de gezamenlijke schuldeisers bij instandhouding van het faillissement moet in dit geval prevaleren boven het belang van geopposeerden om een betaling te ontvangen uit wat waarschijnlijk een ponzi-schema is. De rechtbank zal niet meewerken aan de instandhouding van een dergelijke vorm van fraude of het sanctioneren van een betalingsregeling die mogelijk in strijd is met de wet of goede zeden. De conclusie is dat opposante in de toestand verkeert dat zij heeft opgehouden te betalen. Het verzet is ongegrond. Het verzoek tot vernietiging van het faillissement wordt derhalve afgewezen.

X BV,
opposante,
advocaat: mr. D.H. de Haan,
tegen
1. Y,
2. Z,
geopposeerden,
advocaat: mr. S.A. Lang.

(...; red.)

2. De beoordeling

2.1. [geopposeerden] heeft op 14 juni 2024 een verzoekschrift tot faillietverklaring van [opposant] bij deze rechtbank ingediend. De eerste behandeling van dat verzoekschrift was bepaald op 14 juni 2024. [opposant] is, hoewel behoorlijk opgeroepen, niet ter zitting verschenen. De inhoudelijke behandeling van het verzoekschrift heeft vervolgens plaatsgevonden op 2 juli 2024.

De rechtbank heeft dezelfde dag [opposant] in staat van faillissement verklaard. Rechter-commissaris is mr. R.W.J. van Veen en curator is mr. I.C. Lok.

2.2. [opposant] heeft op de voet van artikel 8 lid 2 Faillissementswet ("Fw") tijdig verzet gedaan en is dus ontvankelijk. Door in verzet te gaan tegen de faillietverklaring worden de faillissementsprocedure op tegenspraak bij deze rechtbank voortgezet.

2.3. Op basis van het dossier en het verhandelde ter zitting, kan het volgende worden vastgesteld.

2.3.1. [opposant] heeft niet betwist aan [geopposeerden] bedragen verschuldigd te zijn van respectievelijk € 1.056.440 en € 660.360. [geopposeerden] heeft gesteld dat waarschijnlijk sprake is van Ponzi-schema. [opposant] heeft deze stelling niet betwist. In het verzoek tot faillietverklaring heeft [geopposeerden] hierover het volgende aangevoerd:

"Op basis van de e-mailcorrespondentie en de gedragingen de afgelopen 2 jaar blijkt er een patroon van gebroken beloften, wanbetalingen en vage toezeggingen van de kant van [opposant] B.V. en de heer [A].

Het is daarbij belangrijk om op te merken dat er vorige maand al een faillissementsaanvraag tegen [opposant] B.V. liep. De aanvrager heeft echter een (deel)betaling ontvangen, waardoor de faillissementsaanvraag is ingetrokken. Met deze partij en de behandelend advocaat is ook uitvoerig contact geweest.

In het licht van deze nieuwe informatie wordt het steeds duidelijker dat er sprake is van een patroon dat alle kenmerken vertoont van een Ponzi-schema. Oudere schulden (die maar genoeg dreigen en druk zetten) lijken te worden afgelost met nieuwe investeringen, zonder dat er – voor zover Verzoekers kunnen zien – enige substantiële economische activiteit plaatsvindt die deze betalingen rechtvaardigt. Het intrekken van de eerdere faillissementsaanvraag na een (deel)betaling doet de ernst van de zaak nog verder toenemen, vooral omdat Verzoekers als gezegd geen enkele betaling hebben ontvangen."

2.3.2. [opposant] en [geopposeerden] hebben na de faillietverklaring van [opposant] een regeling getroffen. Deze regeling houdt in dat [opposant] deelbetalingen (totaal € 14.000) op de vorderingen van [geopposeerden] zal doen. [opposant] heeft verklaard dat er binnen afzienbare tijd enkele

le “olie-deals zullen vallen”, waardoor er ongeveer € 150.000 beschikbaar komt.

2.3.3. [opposant] heeft verklaard schulden te hebben voor een totaalbedrag van € 2 tot € 3 miljoen. De curator heeft ter zitting verklaard dat de Belastingdienst bij haar een vordering heeft ingediend van € 300.000.

2.4. Artikel 6, derde lid Fw bepaalt dat een faillissement wordt uitgesproken indien aan twee voorwaarden is voldaan. In de eerste plaats dient summierlijk te blijken van het bestaan van een vorderingsrecht van [geopposeerden]. In de tweede plaats dient summierlijk te blijken van het bestaan van omstandigheden welke aantonen dat [opposant] in de toestand verkeert dat zij heeft opgehouden te betalen. Wil aan deze tweede voorwaarde zijn voldaan dan moet in ieder geval sprake zijn van pluraliteit van schuldeisers.

2.5. [opposant] en [geopposeerden] vinden dat het faillissement moet worden vernietigd. Dit doet er niet aan af dat nog steeds moet worden beoordeeld of aan de vereisten voor faillietverklaring is voldaan. Om vernietiging van het vonnis van faillietverklaring te kunnen bewerkstelligen, zal summierlijk aannemelijk moeten zijn dat de vorderingen van [geopposeerden] ten tijde van de faillietverklaring niet bestonden of dat uiterlijk ten tijde van de behandeling van het verzet niet of niet meer wordt voldaan aan de vereisten voor faillietverklaring.

Is sprake van vorderingen van [geopposeerden]?

2.6. Ja. [opposant] heeft weliswaar overeenstemming bereikt met [geopposeerden] over een betaling in termijnen van een gedeelte van hun vorderingen, maar daarmee zijn die vorderingen niet verdwenen. Hooguit houdt deze betalingsregeling in dat de vorderingen van [geopposeerden] niet opeisbaar zijn. Overigens is het de vraag of een betalingsregeling waarbij [geopposeerden] geld in ontvangst neemt waarvan hij vermoedt dat dit uit een ponzi-schema afkomstig is, als geldig kan worden aanvaard.

Verkeert [opposant] in een faillissementstoestand?

2.7. De curator werd opgeroepen teneinde inlichtingen over de boedel te verschaffen die kunnen bijdragen aan de beoordeling van de vraag of (ex nunc) sprake is van de toestand van te hebben opgehouden te betalen. De curator heeft echter geen advies uitgebracht omdat zij – met het oog op het verzet – de faillissementskosten zoveel mo-

gelijk heeft willen beperken. Een curator moet totdat het faillissement onherroepelijk is geworden, zoveel mogelijk terughoudend zijn in de uitoefening van haar bevoegdheden. Maar dat houdt uiteraard niet in dat de curator in het kader van een verzetsprocedure haar werkzaamheden zodanig moet beperken dat het geven van een advies over de faillissementstoestand onmogelijk wordt. 2.8. Desondanks kan op basis van de wel bekende gegevens worden vastgesteld dat [opposant] in een faillissementstoestand verkeert. [opposant] heeft naast de schulden aan [geopposeerden] een schuld aan de Belastingdienst van ongeveer € 300.000. De vordering van de Belastingdienst is bij de curator aangemeld en is opeisbaar. [opposant] heeft daarnaast nog veel meer schulden. Het is duidelijk dat zij deze schulden niet kan betalen, ook niet als de “deals vallen”. [geopposeerde sub 1] heeft verschillende juridische stappen ondernomen om zijn investering terug te krijgen, waaronder het leggen van diverse beslagen, zonder resultaat.

2.9. Het belang van de gezamenlijke schuldeisers bij instandhouding van het faillissement moet in dit geval prevaleren boven het belang van [geopposeerden] om een betaling te ontvangen uit wat waarschijnlijk een ponzi-schema is. De rechtbank zal niet meewerken aan de instandhouding van dergelijke vorm van fraude of het sanctioneren van een betalingsregeling die mogelijk in strijd is met de wet of goede zeden.

2.10. De conclusie is dat [opposant] in de toestand verkeert dat zij heeft opgehouden te betalen.

2.11. Het verzet is ongegrond. Het verzoek tot vernietiging van het faillissement wordt derhalve afgewezen.

3. De beslissing

De rechtbank:

3.1. verklaart het verzet ongegrond

3.2. wijst het verzoek tot vernietiging van het op 2 juli 2024 uitgesproken faillissement van [opposant] af.

NOOT

1. Bij verstekvonnis van 2 juli 2024 wordt een schuldenaar (een besloten vennootschap) in staat van faillissement verklaard. De schuldenaar stelt tijdig verzet in, waarna de faillissementsprocedure op tegenspraak bij de rechtbank wordt

voortgezet. Daar bleek dat de schuldenaar een schuldenlast had van € 2 tot 3 miljoen. Verder stelden de aanvragers dat mogelijk sprake was van een *Ponzi scheme*, wat niet door de schuldenaar werd betwist. Omdat partijen voorafgaand aan de verzetszitting een betalingsregeling hadden getroffen, stelden zij zich op het standpunt dat het faillissement moest worden vernietigd. De rechtbank overwoog dat de regeling er niet aan afdeed dat alsnog moest worden beoordeeld (ex nunc) of de aanvragers nog een vordering hadden en of sprake was van een faillissements-toestand. De rechtbank beantwoordde beide vragen bevestigend en oordeelde verder dat het belang van de gezamenlijke schuldeisers zwaarder woog dan het belang van de aanvragers om betalingen te ontvangen uit een vermoedelijk *Ponzi scheme*. Het verzet werd ongegrond verklaard en het verzoek tot vernietiging van het faillissement afgewezen.

2. Het rechtsmiddel van verzet heeft de strekking het geding waarin verstek was verleend, op tegenspraak in dezelfde instantie voort te zetten. Langs die weg kan de niet-verschenen schuldenaar alsnog zijn belang bij de rechter verdedigen, wat strookt met het beginsel van hoor en wederhoor (zie HR 23 juni 1993, ECLI:NL:HR:1993:AD1902). Gezien de strekking van het verzet en de verstrekkende gevolgen van een faillissement, heeft de Hoge Raad in HR 5 juni 2015, «JOR» 2015/311, m.nt. Bijloo (*HSK/Bosma*) overwogen dat het onredelijk is om de schuldenaar de mogelijkheid te ontnemen zich effectief te verweren tegen een bij verstek uitgesproken faillietverklaring, bijvoorbeeld met de stelling dat de vordering van de aanvrager niet of niet langer bestaat. Indien het verweer dat de aanvrager geen vordering (meer) heeft juist is, ontnemt dat de aanvrager de mogelijkheid om bevoegdlijk het faillissement uit te lokken en dient het faillissement te worden vernietigd. De vraag of de schuldenaar verkeert in de toestand van te hebben opgehouden te betalen, komt dan niet meer aan de orde, zie Hof Den Bosch 17 september 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:3641 en Rb. Zeeland-West-Brabant 31 mei 2016, «JOR» 2016/343, m.nt. Boeve.

3. De meest voor de hand liggende manier om een verzet te laten slagen, is onvoorwaardelijke betaling of eliminatie van de vordering van de aanvrager voorafgaand aan de behandeling van het verzet. Andere denkbare mogelijkheden om

het verzet te laten slagen, zijn (i) betaling ten behoeve van de aanvrager op de kwaliteitsrekening van een advocaat, welke betaling onder de opschortende voorwaarde van vernietiging van het faillissement wordt gehouden voor de aanvrager en (ii) het treffen van een betalingsregeling met de aanvrager, zie Rb. Zeeland-West-Brabant 31 mei 2016, «JOR» 2016/343, m.nt. Boeve.

4. In hoger beroep bieden deze mogelijkheden de schuldenaar geen soelaas. In dat geval bepaalt namelijk de ingetreden faillissementstoestand de rechtspositie van alle schuldeisers. Het gevolg daarvan is dat het faillissement – anders dan in verzet – niet langer kan worden vernietigd op de grond dat de vordering van de aanvrager voorafgaand aan de behandeling van het rechtsmiddel is voldaan (HR 5 juni 2015, «JOR» 2015/311, m.nt. Bijloo). De rechter mag in hoger beroep voorbijgaan aan de standpunten van partijen met betrekking tot het bestaan van de vordering van de aanvrager en de faillissementstoestand, en daarover zelfstandig oordelen (HR 10 november 2006, ECLI:NL:HR:2006:AY6204 (*Hesco/Freudenberg*). Ervan uitgaande dat het faillissement bevoegdlijk is uitgelokt, zal de schuldenaar bijvoorbeeld met al zijn schuldeisers een (betalings)regeling moeten treffen of ervoor moeten zorgen dat ten tijde van de behandeling van het hoger beroep (ex nunc) de vorderingen van laatstgenoemden zijn voldaan door een derde, zie F. El Houzi & P.J. Peters, 'Materiële voorwaarden bij rechtsmiddel tegen faillietverklaring', FIP 2015/348 en Hof Amsterdam 21 december 2021, «JOR» 2022/51, m.nt. Boeve. Feitelijk is het enige redmiddel voor de schuldenaar het (alsnog) wegnemen van de faillissementstoestand.

5. Terug naar voorliggende uitspraak. De rechtbank overweegt dat – ondanks het feit dat de schuldenaar met de aanvragers een betalingsregeling heeft getroffen en de aanvragers instemmen met vernietiging van het faillissement – alsnog geoordeeld moet worden (ex nunc) of (i) de aanvragers een vordering hebben op de schuldenaar en (ii) sprake is van een faillissementstoestand. Het lijkt alsof de rechtbank breekt met de trend die is ingezet met het HSK/Bosma-arrest. Denkbaar is namelijk dat de schuldenaar, vanwege de herkansingsfunctie van het verzet, gegronde verweren kan ontlenen aan het feit dat een betalingsregeling is getroffen én partijen instemmen met vernietiging van het faillissement. Doordat de aanvragers het faillissement dan niet

meer bevoegdelijk kunnen uitlokken c.q. niet langer kunnen persisteren in hun faillissementsverzoek, dient het faillissement te worden vernietigd zonder dat de vraag aan de orde komt of de schuldenaar verkeert in de toestand van te hebben opgehouden te betalen, zie Rb. Den Haag 30 november 2017, «JOR» 2018/56, m.nt. Boeve en Rb. Zeeland-West-Brabant 31 mei 2016, «JOR» 2016/343, m.nt. Boeve. Aan die beoordeling zou de rechter waarschijnlijk ook niet zijn toegekomen als de schuldenaar wél was verschenen op de faillissementszitting, partijen daar een betalingsregeling hadden getroffen en aanvragers als gevolg daarvan niet in hun faillissementsverzoek zouden persisteren. Door voorbij te gaan aan de standpunten van partijen en te oordelen dat het belang van de gezamenlijke schuldeisers prevaleert boven dat van de aanvragers, lijkt het erop dat de rechtbank de toets uit het hoger beroep heeft toegepast op een verzetssituatie.

6. Toch blijkt het bij nadere beschouwing genuanceerder te liggen. Een belangrijk verschil met bijvoorbeeld Rb. Den Haag 30 november 2017, «JOR» 2018/56, m.nt. Boeve – waarin partijen ook een betalingsregeling troffen en het faillissement wél werd vernietigd – is namelijk dat in voorliggende uitspraak sprake lijkt te zijn van fraude, meer specifiek een *Ponzi scheme*. De rechter lijkt in r.o. 2.6 en 2.9 enige twijfel te uiten of dat ertoe leidt dat de betalingsregeling op grond van art. 3:40 lid 1 BW nietig is. Zodoende lijkt in de beoordeling te zijn meegewogen dat het onzeker is of überhaupt sprake is van een (rechtsgeldige) betalingsregeling. In het licht van die onzekerheid is het niet onbegrijpelijk dat de rechter toch de volledige toets van art. 6 lid 3 Fw afloopt en tot het oordeel komt dat het verzet niet kan slaan.

mr. F.S. van Opstal
advocaat bij Windt le Grand Leeuwenburgh advocaten te Rotterdam

68

Concerngarantie is borgtochtovereenkomst

Gerechtshof Den Haag
17 september 2024, zaaknr. 200.317.106/01,
ECLI:NL:GHDHA:2024:1725
(mr. De Heer, mr. Van Coevorden, mr. Bauw)
Noot mr. L. Rijzewijk

Concerngarantie. Uitleg reikwijdte garantie. Haviltex-maatstaf. Concerngarantie kwalificeert als borgtocht. Uitsluiting van verweermiddelen zakelijke borg is naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet onaanvaardbaar. Verwijzing naar HR 25 september 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2716 (Haefner/ABN AMRO) en Rb. Amsterdam 21 april 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:2641.

[BW art. 7:850 e.v.]

Bij de beantwoording van de vraag of sprake is van een overeenkomst van borgtocht, speelt de concrete partijafsprake een doorslaggevende rol. Hierbij moet het Haviltex-criterium worden toegepast, zodat beoordeeld zal moeten worden “welke zin betrokkenen in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan de bewoordingen van de garantie mochten toekennen en wat zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten” (HR 25 september 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2716 (Haefner/ABN AMRO)). De Concerngarantie bepaalt in art. 2 dat Garant zich bij wijze van zelfstandige verbintenis onherroepelijk en onvoorwaardelijk jegens appellante (in principaal hoger beroep) verklaart garant te stellen en zich hoofdelijk jegens appellante verbindt voor al hetgeen appellante uit welken hoofde dan ook jegens de Bouwonderneming te vorderen heeft dan wel te vorderen zal hebben. Hieruit volgt dat geïntimeerde (in principaal appel) (de Garant) zich tegenover appellante verbindt tot de nakoming van de schuld van een derde (de Bouwonderneming, Macro). Dit kwalificeert als een borgtocht als bedoeld in de definitie van art. 7:850 lid 1 BW. Dat partijen dit ook zo hebben bedoeld volgt reeds uit het feit dat zij art. 7:850 lid 1 BW in de Concerngarantie niet hebben