

Tilburg University

Van der Werff q.q./BLG

Vriesendorp, R.D.

Publication date:
2008

[Link to publication in Tilburg University Research Portal](#)

Citation for published version (APA):

Vriesendorp, R. D., (2008). *Van der Werff q.q./BLG*, Jun 08, 2007. (Ars Aequi; Vol. 2, No. p. 128-132).

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Van der Werff q.q./BLG

Hoge Raad 8 juni 2007, C05/329HR, *LJN AZ4569*, *RvdW* 2007, 552

Mrs. Fleers, Van Buchem-Spapens, Hammerstein, Streefkerk, Asser, A-G mr. Keus

Prof. mr. R.D. Vriesendorp

Onverschuldigde betaling na faillietverklaring; onmiskerbare vergissing; herhaling en precisering (verruiming?) van Hoge Raad 5 september 1997 (Ontvanger/Hamm q.q.);

Inleiding

Wanneer de onverschuldigde betaling in faillissement ter sprake komt, denkt eenieder aan het roemruchte arrest inzake Ontvanger/Hamm q.q. dat de Hoge Raad alweer tien jaren geleden heeft gewezen.¹ Zijn oordeel dat een curator die per ongeluk geld op zijn faillissementsrekening ontvangt dit per omgaande moet terugbetalen, heeft vele pennen in beweging gezet.² Meestal kreeg dit oordeel vanuit de praktijk bijval, maar had men (onder wie ikzelf in mijn *Ars Aequi*-noot) met de motivering meer moeite. Zoals Kortmann in 1995 had betoogd,³ is de vordering tot terugbetaling van de onverschuldigde betaling ex artikel 6:203 BW immers een concurrente boedelvordering. Op grond van een eerdere uitspraak van de Hoge Raad⁴ komt deze vordering bij een negatieve boedel in rang achter de faillissementskosten (in het bijzonder het salaris en de verschotten van de curator). In het arrest Ontvanger/Hamm q.q. oordeelde de Hoge Raad echter dat ingeval de betaling het gevolg is van een onmiskerbare vergissing de curator in overeenstemming met hetgeen in het maatschappelijk verkeer als betamelijk wordt beschouwd zou handelen door het per ongeluk ontvangen bedrag per omgaande aan de vergisser terug te betalen. Het Ontvanger/Hamm-arrest, gewezen op dezelfde dag dat Kortmanns promotus Boekraad het tegenovergestelde standpunt in de Nijmeegse aula verdedigde⁵, heeft overigens niet kunnen voorkomen dat er verwarring is ontstaan: wanneer is er nu wel en wanneer niet sprake van een Ontvanger/Hamm-situatie? Omdat het door de Hoge Raad in Ontvanger/Hamm geformuleerde criterium blijkbaar onvoldoende onderscheidend was, zijn er over deze kwestie het afgelopen decennium de nodige procedures gevoerd.⁶ Zelf heeft de Hoge Raad in deze periode getracht duidelijkheid te scheppen door te kiezen

¹ HR 5 september 1997, NJ 1998, 437.

² Zie o.m. mijn noot in *Ars Aequi* (1999 7/8, p. 564-573) en de daar (in nt 1) vermelde literatuur; vermeldenswaard is voorts de in 2003 uitgesproken Groninger oratie van F.M.J. Verstijlen, *Vergissingen in het goederenrecht*.

³ S.C.J.J. Kortmann, *Onverschuldigde betaling aan de curator*, WPNR (1995), 6171.

⁴ HR 28 september 1990, NJ 1991, 305 (*De Ranitz q.q./Ontvanger*).

⁵ G.A.J. Boekraad, *Afwikkeling van de faillissementsboedel*, diss. KUN 1997; vgl. over deze samenloop S.C.J.J. Kortmann, in: '10 jaar «JOR» alsnog geannoteerd' (Den Haag 2006), p. 156.

⁶ In JOR zijn tot medio 2006 hierover 13 uitspraken van lagere rechters gepubliceerd, aangehaald door S.C.J.J. Kortmann, t.a.p., nt 19 en door de curator in de onderhavige procedure naar voren gebracht.

voor een ogenschijnlijk restrictieve benadering van de problematiek.⁷ De Ontvanger/Hamm-situatie betreft een uitzonderingsgeval, omdat daarin aan een concurrente boedelvordering in feite een superpreferentie wordt toegekend. Hiermee leek het Ontvanger/Hamm-arrest te verworpen tot een typisch voorbeeld van Einzelfallgerechtigdheit.⁸ Desalniettemin is er onlangs geprobeerd om de Hoge Raad op zijn schreden te laten terugkeren.⁹ In het onderhavige arrest geeft hij echter uitdrukkelijk te kennen dit niet te willen doen. Zo beschouwd is dit geen bijzondere uitspraak en zouden wij er geen aandacht aan hoeven te besteden. Toch meen ik dat het arrest belangwekkend is voor de (aanstaande) jurist met het oog op de rechtsvorming en ontwikkeling van het leerstuk van de onverschuldigde betaling in faillissement. Voordat ik dit uitwerk volgt een korte weergave van de casus en het procesverloop.

Casus en procesverloop

Barelds & Pasman B.V. (“B&P”) was een assurantietussenpersoon die onder meer een relatie had met BLG Hypotheekbank N.V. (“BLG”) op basis waarvan zij jegens BLG aanspraak op provisie had. Op 17 juli 2001 is B&P door de rechtbank Zutphen in staat van faillissement verklaard met aanstelling van mr. J.U. van der Werff tot curator. Op dat ogenblik had B&P een vordering op BLG uit hoofde van twee bemiddelingstransacties voor een totaalbedrag van f 2250,-. Gedurende een jaar nadien (tot 20 juli 2002) heeft BLG in een twintigtal nauwelijks gespecificeerde betalingen evenwel voor een totaalbedrag van € 50.826,36 naar de rekening van B&P overgemaakt waarvan later bleek dat die bedragen aan andere relaties van BLG hadden moeten worden betaald. Op het verzoek van BLG op 11 juli 2002 (dus vóór de laatste betaling van 20 juli 2002!) om terugbetaling heeft de curator gevraagd om nadere informatie. Deze is hem verschaft waarna hij in november 2002 tot de conclusie is gekomen dat het inderdaad onverschuldigde betalingen waren geweest. Dit heeft ertoe geleid dat de curator de vordering van BLG op de lijst van voorlopig erkende concurrente boedelschulden heeft geplaatst. Aangezien de boedel van B&P onvoldoende actief bevat om alle boedelschuldeisers te voldoen – een zogenaamde ‘negatieve boedel’ – vreesde BLG niet het gehele bedrag van haar vordering terug te krijgen. Met een beroep op het arrest Ontvanger/Hamm heeft zij van de curator onmiddellijke terugbetaling van dat bedrag gevorderd. Deze heeft dit echter geweigerd met de stelling dat hier geen sprake was van een onmiskenbare vergissing, terwijl er bovendien een rechtsverhouding tussen B&P en BLG had bestaan, zodat niet aan de vereisten van dat arrest was voldaan.

Aangezien de curator het geld niet onmiddellijk wilde terugbetalen, heeft BLG hem in rechte betrokken en heeft de rechtbank Zutphen haar vordering toegewezen. Het hof Arnhem heeft de uitspraak bekrachtigd, zij het dat het – in afwijking van de rechtbank – de curator wel een vergoeding van de kosten heeft toegekend. In het cassatieberoep legt

⁷ HR 7 juni 2002, NJ 2002, 608 (Komdeur q.q./Nationale Nederlanden), HR 27 september 2002, NJ 2002, 620 (Ver. Piramidespelen/Ontvanger), HR 22 november 2002, NJ 2003, 32 (Oberdorf/Linssen q.q.) en – zijdelings – HR 2 mei 2003, NJ 2004, 291.

⁸ Vgl. mijn Ars Aequinooot (p. 572, r.k.).

⁹ Zo bijvoorbeeld S.C.J.J. Kortmann, in: ‘10 jaar «JOR» alsnog geannoteerd’ (Den Haag 2006), p. 156-164.

de curator de kwestie met twee¹⁰ onderdelen ten volle en principieel voor aan de Hoge Raad. A-G Keus oordeelde het tweede cassatieonderdeel gegrond en concludeerde daarom tot vernietiging. De Hoge Raad volgt hem echter niet en komt tot een verwerping van het cassatieberoep, omdat in zijn ogen alle klachten van de curator falen.

Noot

Door de verwerping van het cassatieberoep lijkt het arrest – op enkele preciseringen van eerdere jurisprudentie door de Hoge Raad na – weinig nieuws te brengen. Toch biedt de uitspraak een aardig inzicht in de redeneerwijze van de Hoge Raad, zowel met betrekking tot de kwestie van consistentie in zijn beslissingen als zijn exegese van eerdere uitspraken (§ 1). Daarna ga ik in op het onmiskenbaarheids criterium waaromtrent A-G en Hoge Raad verschillend oordelen (§ 2). Vervolgens behandel ik de vraag wat nu de betekenis is van de Ontvanger/Hamm-uitzondering; in hoeverre gaat het hier nog steeds om *Einzelfallgerechtigkeit*; het lijkt er namelijk op dat het toepassingsgebied van Ontvanger/Hamm verruimd is (§ 3)? Tot besluit opper ik de mogelijkheid dat wanneer wij open blijven staan voor ontwikkelingen elders, wij deze uitzondering met evenveel – of wellicht zelfs meer – rechtvaardiging zouden kunnen uitbreiden tot iedere per vergissing verrichte betaling, ongeacht het tijdstip van betaling (§ 4).

1. De Hoge Raad doceert

In het arrest valt op dat de Hoge Raad op drie aspecten (nadere) duidelijkheid verschaft of althans poogt te verschaffen. Om te beginnen geeft hij kort maar krachtig aan niet te willen omgaan ten opzichte van zijn uitspraak in Ontvanger/Hamm. In de tweede plaats gaat hij in op een mogelijke onduidelijkheid als gevolg van door elkaar gebruiken van de begrippen ‘rechtsgrond’ en ‘rechtsverhouding’. In de laatste plaats is een verschuiving waar te nemen met betrekking tot de voor de curator geldende gedragsnorm.

a. De Hoge Raad gaat niet om

In het eerste onderdeel stelt de curator primair de uitspraak in Ontvanger/Hamm ter discussie en beoogt hij de Hoge Raad te laten omgaan: uit de inmiddels verschenen feitenrechtspraak zou namelijk blijken dat de uitzonderingsregel van Ontvanger/Hamm ronduit onduidelijk zou zijn

“ten aanzien van het antwoord op de vraag wanneer sprake is van een onmiskenbare vergissing en het antwoord op de vraag wanneer gezegd moet worden dat geen rechtsverhouding bestaat of heeft bestaan die aanleiding tot de betaling gaf, en wat de verhouding is tussen die beide elementen.”¹¹

Hiermee beoogt de curator te bereiken dat iedere onverschuldigde betaling zou moeten worden behandeld als een concurrente boedelschuld, die de curator pas aan het einde van het faillissement zou hoeven te voldoen als er dan nog voldoende boedelactief is. Voor uitzonderingssituaties zoals in Ontvanger/Hamm zou dan geen plaats meer zijn.

¹⁰ Het derde onderdeel mist naast de eerste twee onderdelen zelfstandige betekenis en laat ik daarom verder buiten beschouwing.

¹¹ Aangehaald in r.o. 3.3.2 van het arrest.

De Hoge Raad maakt evenwel in één zin duidelijk dat hij de curator niet tegemoetkomt en de primaire klacht van het eerste onderdeel verwerpt. R.o. 3.3.3 begint hij onomwonden:

“De klacht faalt want de Hoge Raad ziet geen aanleiding van zijn rechtspraak terug te komen.”

Duidelijker kan het haast niet. Er blijven derhalve uitzonderingssituaties bestaan waarin een curator terstond onverschuldigd ontvangen gelden direct moet terugbetalen. In het licht van de kennelijk gerezen onduidelijkheid vervolgt de Hoge Raad – docerenderwijs – hoe het nu precies zit:

“Uitgangspunt voor de in het arrest Ontvanger/Mr. Hamm q.q. aangenomen terugbetalingsverplichting van de curator is, dat de betaling onverschuldigd is geschied. Voor het antwoord op de vraag wanneer daarvan sprake is, dient uiteraard te worden aangeknoopt bij de betekenis die het begrip “zonder rechtsgrond” heeft in art. 6:203 BW. De Hoge Raad heeft de terugbetalingsverplichting van de curator niet aangenomen voor elke na de faillietverklaring verrichte betaling aan de boedel zonder rechtsgrond, met name niet voor het geval waarin een betaling is gedaan die - ten gevolge van het met terugwerkende kracht tot een vóór de faillietverklaring gelegen tijdstip vervallen van de rechtsgrond - achteraf onverschuldigd bleek te zijn. Alleen in het geval waarin tussen de gefailleerde en degene die aan hem betaalde geen rechtsverhouding bestaat of heeft bestaan die tot de betaling aanleiding gaf, en waarin de betaling slechts het gevolg is van een onmiskenbare vergissing, dient de curator, wanneer hij wordt geconfronteerd met een zodanige vergissing, in overeenstemming met hetgeen in het maatschappelijk verkeer als betamelijk wordt beschouwd, mee te werken aan het ongedaan maken van die vergissing.”

Aansluitend overweegt hij in diezelfde r.o. 3.3.3 bij wijze van nadere precisering dat de curator slechts tot onmiddellijke terugbetaling is verplicht

“wanneer geen rechtsverhouding bestaat of heeft bestaan die de betaler, de gefailleerde of de curator aanleiding kon geven te veronderstellen dat er (mogelijk) wél een rechtsgrond aanwezig was voor de betaling in kwestie. Dan valt immers voor geen van de betrokkenen te miskennen dat de betaling bij vergissing is verricht, omdat duidelijk is dat zij bij gebreke van enige rechtsverhouding noch voor de gefailleerde noch voor de curator bestemd was, dan wel evident is dat de rechtsverhouding die tussen de betaler en de gefailleerde wél bestaat of heeft bestaan voor de betaling in kwestie geen rechtsgrond kon opleveren. Dit laatste zal zich in het bijzonder voordoen wanneer zonder meer duidelijk is dat de betaling slechts betrekking kan hebben op een reeds door een eerdere betaling tenietgegane schuld en er daarom geen twijfel over kan bestaan dat bij vergissing voor de tweede maal dezelfde vordering is voldaan, of wanneer het betaalde bedrag zodanig afwijkt van de schuld waarop de betaling betrekking heeft, dat daaruit zonder enige twijfel kan worden afgeleid dat de betaling van dit bedrag op een verschrijving of andere vergissing berust.”

b. Ontbreken van rechtsgrond of rechtsverhouding?

Deze enigszins belerende stijl doet zich vervolgens ook voor met betrekking tot de subsidiaire klacht van de curator in het eerste cassatieonderdeel. Met deze klacht stelde de curator zich op het standpunt dat er alleen sprake van een Ontvanger/Hamm-situatie kan zijn als er nimmer een rechtsverhouding tussen de betrokkenen heeft bestaan die de grondslag zou kunnen vormen voor welke betaling dan ook, terwijl dit in casu tussen BLG en B&P wel het geval was geweest. Ook hier is de Hoge Raad kort maar krachtig, zoals blijkt uit het slot van r.o. 3.3.4:

“Ook deze klacht faalt, omdat zij, zoals blijkt uit hetgeen hiervoor in 3.3.3 is overwogen, berust op een onjuiste rechtsopvatting.”

Overigens is hiervoor niet alleen r.o. 3.3.3 van belang, maar ook r.o. 3.2.2 waarin de Hoge Raad kort samengevat de redenering weergeeft van het hof in het arrest waartegen de curator in cassatie is opgekomen. Blijkbaar zag ook de Hoge Raad de door de curator gesignaleerde onduidelijkheid in de lagere rechtspraak naar aanleiding van een aantal eerdere uitspraken en heeft hij hierin alsnog verduidelijking willen aanbrengen. Het hof had in r.ov 4.4 van zijn arrest namelijk overwogen dat de onmiddellijke terugbetalingsverplichting voor de curator bestaat in al die gevallen

“waarin tussen de gefailleerde en degene die heeft betaald geen rechtsgrond bestaat of heeft bestaan die aanleiding tot de betaling gaf, en waarin de betaling slechts het gevolg is van een onmiskenbare vergissing.”¹²

Door het gebruik van het woord ‘rechtsgrond’ had het hof het toepassingsbereik van de uitzondering te groot gemaakt, omdat bij een vordering uit onverschuldigde betaling de rechtsgrond per definitie (zie art. 6:203 BW) ontbreekt. In zijn conclusie voorafgaand aan het arrest gaat A-G Keus uitvoerig op deze kwestie in, waarbij hij aangeeft dat het niet zozeer gaat om de rechtsgrond “voor” de betaling als wel de rechtsverhouding “die aanleiding tot de betaling gaf”.¹³ Voor de Hoge Raad vormt een en ander kennelijk aanleiding in r.o. 3.2.2 zijn eerdere uitspraak in *Komdeur/Nationale Nederlanden*¹⁴ om – in overeenstemming trouwens met zijn overwegingen in *Ontvanger/Hamm* – enigszins recht te zetten, althans te verduidelijken:

“De Hoge Raad merkt hierbij aanstonds op dat voor “rechtsgrond” moet worden gelezen “rechtsverhouding”. Het gebruik van het woord “rechtsgrond” door het hof is weliswaar in overeenstemming met de tekst van het arrest *Mr. Komdeur q.q./Nationale Nederlanden*, maar daarin is het arrest *Ontvanger/Mr. Hamm q.q.* in zoverre onjuist weergegeven dat in plaats van “rechtsverhouding” wordt gesproken van “rechtsgrond”.”

c. Gedragsnorm voor de curator

Tot slot valt op dat de Hoge Raad ook op het punt van de gedragsnorm die hij de curator oplegt met betrekking tot de terugbetalingsverplichting een aanscherping geeft door zijn overweging uit *Ontvanger/Hamm* iets anders te formuleren. Die norm was in 1997 in zekere zin verontschuldiging geformuleerd: de curator die wordt geconfronteerd met een onmiskenbare vergissing

“handelt [...] in overeenstemming met hetgeen in het maatschappelijk verkeer als betamelijk wordt beschouwd indien hij meewerkt aan het ongedaan maken van die vergissing.”¹⁵

Anders gezegd, de curator kan van een dergelijke – onmiddellijke – terugbetaling geen verwijt worden gemaakt. In de onderhavige uitspraak stelt de Hoge Raad zich stellig op: in een dergelijk geval

¹² Aldus de parafrase van de Hoge Raad in r.o. 3.2.2.

¹³ Conclusie OM, nr. 2.18.

¹⁴ HR 7 juni 2002, NJ 2002, 608 (*Komdeur q.q./Nationale Nederlanden*).

¹⁵ HR 5 september 2007, NJ 1998, 437, *Ars Aequi* (1999 7/8, p. 564-573), r.o. 3.4.

“*dient* [curs. RDV] de curator, wanneer hij wordt geconfronteerd met een zodanige vergissing, in overeenstemming met hetgeen in het maatschappelijk verkeer als betamelijk wordt beschouwd, mee te werken aan het ongedaan maken van die vergissing.”¹⁶

Aldus geformuleerd lijkt de Hoge Raad aan te geven dat een curator die dit niet onmiddellijk doet, die gedragsnorm overtreedt, zodat er van een onrechtmatige daad – en van daaruit voortvloeiende aansprakelijkheid – sprake is. Aangezien kwesties als de onderhavige zich per definitie alleen kunnen voordoen bij ontoereikendheid van de boedel om alle boedelschulden volledig te voldoen, heeft een dergelijke aansprakelijkheid alleen zin als die op de curator in privé kan worden afgewenteld. Dit acht ik in overeenstemming met de maatstaf voor privé-aansprakelijkheidsnorm, zoals de Hoge Raad die in 1996 heeft geformuleerd in het Maclou-arrest.¹⁷ In verband met de bijzondere kenmerken van de taak van de curator

“dient zijn eventuele persoonlijke aansprakelijkheid te worden getoetst aan een zorgvuldigheidsnorm die daarop is afgestemd. Deze norm komt hierop neer dat een curator behoort te handelen zoals in redelijkheid mag worden verlangd van een over voldoende inzicht en ervaring beschikkende curator die zijn taak met nauwgezetheid en inzet verricht.”¹⁸

Een curator die nalaat om in situaties als de onderhavige tot onmiddellijke terugbetaling over te gaan wanneer de onmiskenbaarheid vaststaat, handelt in het licht van de huidige jurisprudentie onzorgvuldig. Privé-aansprakelijkheid van de curator komt dan aan de orde, als diens nalaten hem kan worden toegerekend. Dit zal bijvoorbeeld niet het geval zijn als de per ongeluk ontvangen betalingen op een bankrekening zijn beland waarop vervolgens derdenbeslag is gelegd of verrekening heeft plaatsgevonden. Zoals ik in mijn *Ars Aequi*-noot onder *Ontvanger/Hamm* al heb aangegeven, wordt de curator hierdoor gedisculpeerd, omdat de terugbetalingsverplichting slechts geldt voor zover hij daaraan kan voldoen “uit de beschikbare middelen van de boedel”.¹⁹ Wanneer deze ontbreken, hoeft de curator dus niet voor privé-aansprakelijkheid te vrezen.

Al met al een ‘docerend’ arrest waarin de Hoge Raad blijk geeft begrip te hebben voor mogelijk gerezen onduidelijkheden, maar tevens wil vasthouden aan eerder uitgezette lijnen. Het is evenwel de vraag of het arrest niet meer vragen oproept, zoals hieronder nog zal blijken.²⁰

2. *De onmiskenbaarheid van de vergissing*

Het tweede onderdeel wordt iets minder belerend behandeld, al hanteert de Hoge Raad wel een strak betoogstramien: eerst een parafrase van de door het onderdeel bestreden overweging (r.ov. 4.9) van het hof, vervolgens de weergave van de cassatieklacht van de curator en ten slotte het oordeel van de Hoge Raad. Met het tweede onderdeel van het

¹⁶ R.o. 3.3.3.

¹⁷ HR 19 april 1996, NJ 1996, 727 (Maclou & Prouvost/Curatoren Van Schuppen)

¹⁸ R.o. 3.6.

¹⁹ HR *Ontvanger/Hamm* r.o. 3.4. *Ars Aequi* 1999 7/8, p. 570.

²⁰ Vgl. P. van Schilfgaarde in zijn noot onder het arrest in NJ 2007, 419 en G.A.J. Boekraad in *MvV* 2007/10, p. 209 e.v.

cassatiemiddel stelt de curator de betekenis van het begrip ‘onmiskerbare vergissing’ aan de orde. Blijkens r.o. 3.3.5 had het hof geoordeeld dat hiervan ook sprake kan zijn,

“indien het voor de curator niet onmiddellijk na de ontvangst van de betaling duidelijk is dat zij onverschuldigd is verricht, maar redelijkerwijs geen twijfel meer bestaat en moet worden geconstateerd dat de onverschuldigde betalingen niet op een aanwijsbare, al dan niet inmiddels vervallen, rechtsverhouding zijn terug te voeren.”

Volgens de curator is dit onjuist en kan daarvan slechts sprake zijn als het voor hem vrijwel direct en zonder nader onderzoek kenbaar is dat de betaling op een misverstand berust. In dit verband oppert hij twee mogelijkheden wanneer deze situatie zich voordoet: hetzij omdat er tussen de betaler en de gefailleerde nooit een rechtsverhouding heeft bestaan, hetzij omdat de omvang van het ontvangen bedrag zo uitzonderlijk is dat de betaling wel op een misverstand moet berusten. In het onderhavige geval was er behoorlijk wat onderzoek voor nodig geweest om vast te stellen dat het inderdaad om een vergissing ging. In een dergelijk geval zou, aldus de curator, van een *onmiskerbare* vergissing geen sprake meer kunnen zijn en er dus geen onmiddellijke terugbetalingsverplichting bestaan.

De redenering van de curator wordt deels gevolgd door A-G Keus, die daarom het cassatieberoep gegrond acht en tot vernietiging van het arrest concludeert.²¹ Hij wil alleen niet zo ver gaan dat de onmiskenaar slechts zou kunnen voortvloeien uit een geheel ontbreken van enigerlei rechtsverhouding of de uitzonderlijkheid van het ontvangen bedrag. De Hoge Raad volgt in r.o. 3.3.5 echter geen van beiden:

“Het onderdeel faalt. Dat van een onmiskerbare vergissing sprake moet zijn betekent niet dat de vergissing steeds aanstonds en op het eerste gezicht aan de curator duidelijk dient te zijn. Zij moet echter als zodanig wel door de curator - handelend zoals in redelijkheid mag worden verlangd van een over voldoende inzicht en ervaring beschikkende curator die zijn taak met nauwgezetheid en inzet verricht en behoorlijk is geïnformeerd - zonder enige twijfel op grond van door de betalende partij verstrekte gegevens dan wel, als daartoe (nog) aanleiding bestaat, na eigen onderzoek zijn te herkennen, ook al zal met een en ander enige tijd gemoeid kunnen zijn. Ook in een dergelijk geval zal de curator in redelijkheid geen andere keus hebben dan de vergissing dadelijk ongedaan te maken.”

Het gaat er derhalve om dat de curator de betaling – zo nodig na informatieverschaffing door de wederpartij of door eigen nader onderzoek – uiteindelijk zonder twijfel als onmiskerbare vergissing herkent.

3. Van uitzondering naar regel?

Hoewel de uitspraak van de Hoge Raad op het eerste gezicht een bestending van de bestaande leer uit het arrest *Ontvanger/Hamm* lijkt, wil het mij voorkomen dat hij daarmee wel degelijk een verruiming van het toepassingsgebied heeft bewerkstelligd. Van *Einzelfallgerechtigheit* is volgens mij mij geen sprake meer. In aansluiting op bijvoorbeeld de Anglo-Amerikaanse benadering van het leerstuk van de vergissing (*mistake*) bij betalingen betekent het arrest eigenlijk dat *iedere* betaling per vergissing

²¹ Conclusie OM, nrs. 2.23-24.

onmiddellijk moet worden teruggedraaid.²² De toevoeging van het woord ‘onmiskenaar’ mist in mijn ogen iedere betekenis als gevolg van de nadere uitleg die de Hoge Raad daaraan in reactie op het tweede onderdeel heeft gegeven. Zoals uit de zojuist geciteerde passage uit r.o. 3.3.5 blijkt is immers niet nodig dat de vergissing direct wordt opgemerkt. Beslissend is slechts dat de vergissing uiteindelijk zonder enige twijfel als zodanig door de curator moet worden herkend. Wanneer zodoende het tijdslelement voor de ontdekking is komen te vervallen, wordt het een ‘digitale’ kwestie: er zal ooit tussen curator en betaler komen vast te staan dat er sprake is van een vergissing of niet, maar niet iets ertussenin (‘een beetje vergissing’). Op deze wijze valt alleen de oorspronkelijk al uitdrukkelijk genoemde uitzondering van een onverschuldigde betaling als gevolg van het met terugwerkende kracht tot een vóór de faillietverklaring gelegen tijdstip vervallen van de rechtsgrond, overigens nog steeds buiten het bereik van de Ontvanger/Hammvordering. Van een vergissing is hier immers geen sprake.

Aanvaardt men de zinledigheid van de ‘onmiskenaarheidseis’, dan zal de Ontvanger/Hamm-situatie een veel ruimer toepassingsgebied krijgen. In WPNR heb ik naar aanleiding van dit arrest betoogd dat op deze manier de zienswijze van de Hoge Raad de facto leidt tot de vorming van een quasi-goederenrechtelijke vordering voor degene die per vergissing onverschuldigd heeft betaald.²³ Bij iedere vergissing moet de curator immers onmiddellijk terugbetalen, zodra hem dat duidelijk is geworden. Deze redenering doortrekkend heb ik op die plaats bepleit om iedere bij vergissing verrichte betaling na faillissement buiten de boedel te laten vallen en daarvan dus geen onderdeel te laten uitmaken. Hiermee sluit ik aan bij de huidige praktijk en regelgeving waarin goederen die zonder geldige titel (zonder rechtsgrond) feitelijk in de macht van de curator belanden, daarvan evenmin onderdeel uitmaken (art. 3:84 BW). Op vergelijkbare wijze dient men dan de ontvangen bedragen te beschouwen als afgescheiden vermogen van de failliete boedel. Kortom, een veel ruimer toepassingsgebied dan wellicht op het eerste gezicht is beoogd.

4. Vergissen is menselijk; een Anglo-Amerikaanse observatie dat een faillissement geen verschil mag uitmaken

Kernelement bij een betaling die bij vergissing wordt verricht is dat men meent iets verschuldigd te zijn, terwijl dit in werkelijkheid niet het geval is. Uitgaande van deze gedachte mag het in wezen geen verschil uitmaken of de ontvanger van een dergelijke betaling wel of niet failliet is. Men gaat niet met opzet per vergissing betalen, omdat de ontvanger failliet is en deze dus verplicht is om die betaling onverwijld te retourneren. Daarom is het verschil tussen degene die een dag voor faillissement bij vergissing heeft betaald en degene die dat op die dag doet, niet alleen schrijnend, maar ook niet door het gedrag van de betaler te rechtvaardigen. De eerste moet genoegen nemen met een concurrente faillissementsvordering, waarop doorgaans geen enkele uitkering plaatsvindt; de laatste krijgt per omgaande het volledige bedrag door de curator geretourneerd. De dooddoener dat dit nu eenmaal de consequentie van een faillissement is, overtuigt hier niet meer. Zou de betaling niet giraal zijn gebeurd, maar in aanwijsbare contanten of een

²² Zie Kelly v Solari (1841) 9 M&W 54; vgl. G. Virgo, Principles of the Law of Restitution, Oxford 2006, p. 137 e.v.

²³ Privaatrecht Actueel, WPNR (2007), 6719 p.633 e.v., nr. 2.

andere aanwijsbare prestatie, dan zou de vergissende ‘betaler’ het geleverde in beide gevallen goederenrechtelijk kunnen terugvorderen wegens het ontbreken van een geldige titel.²⁴ Een dergelijke retournering door de curator hoort ook bij de heden ten dage nauwkeurig traceerbare girale betaling te moeten volgen, ongeacht het tijdstip waarop die betaling plaatsvindt: vóór dan wel in faillissement. Van een inbreuk op de *paritas creditorum* is dan geen sprake.

Op deze manier sluit het Nederlandse recht goed aan bij ontwikkelingen in de Anglo-Amerikaanse rechtssfeer. Hierin zijn betalingen die per vergissing (*‘mistake’*) zijn verricht altijd terug te vorderen, ongeacht of deze voor dan wel na een faillietverklaring zijn gedaan. Dit wordt veroorzaakt door de gedachte dat de ontvanger van een per vergissing verrichte onverschuldigde betaling wordt beschouwd als een zogenaamde (*constructive*) *trustee* ten behoeve van degene die betaald heeft.²⁵ Door gebruikmaking van de trustfiguur wordt de betaler beschermd tegen de schuldeisers van de trustee en heeft hij evenmin last van diens faillissement. Zijn aanspraak op terugbetaling heeft een *‘proprietary’* karakter. Het wordt in deze zienswijze als *‘unjust’*, *‘inequitable’* en *‘unconscionable’* beschouwd als de vergisser het geld niet zou terugkrijgen, ongeacht een eventueel faillissement van de ontvanger. Hier ligt dezelfde gedachte aan ten grondslag als die van de strafkamer van de Nederlandse Hoge Raad.²⁶ Mede tegen de achtergrond van het uitdrukkelijke beroep door de civiele kamer van de Hoge Raad op de maatschappelijke betamelijkheid die de onmiddellijke ongedaanmaking van de vergissing verlangt, zie ik niet in waarom een en ander dan voor hem anders zou zijn: een justitiabele is van het verschil niet te overtuigen.

Tilburg, 5 december 2007

²⁴ Zie mijn bijdrage hierover in RM Themis 1984/1, p. 10-18.

²⁵ Zie bijv. P. Jafey, *The Nature and Scope of Restitution*, Oxford 2001, p. 166 e.v.; P. Birks, *Unjust Enrichment*, Oxford 2005, Ch. 8; G. Virgo, o.c. p. 605 e.v., 608 e.v. en de uitspraken in *Kelly v Solari* (1841) 9 M&W 54; *Chase Manhattan Bank v Israel-British Bank (London)* [1981] Ch. 105, *Westdeutsche Landesbank Girozentrale v Islington London Borough Council* [1996] A.C. 669] 714-715; *Kleinwort Benson v Lincoln City Council* [1999] C.L.C. 332 en [1999] 2 A.C. 349; *Commerzbank v IMB Morgan* 2004 WL 2866214 (Ch.D.), nr. 36; *Deutsche Morgan Grenfell v IRC* [2005] EWCA Civ 78, nrs. 20-23. Zie voor de VS bijv. *Restatement of the Law – Restitution*, § 163 en de uitspraak *In re Berry*, 147 Fed. 208 (CCA 2d 1906).

²⁶ F.M.J. Verstijlen, o.c., p. 25 e.v. met verwijzing naar HR 6 juli 1999, NJ 1999, 740 en HR 4 januari 2000, NJ 2000, 537.