

HR 5 september 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2419 (Ontvanger/Hamm q.q.).

Wetsartikelen:	Art. 6:2, 6:162, 6:203, 6:212, art. 3:277 BW
Kernwoorden:	Onverschuldigde betaling; onmiskenbare vergissing; superboedelvordering
Kern:	Als door een onmiskenbare vergissing een geldbedrag wordt gestort op de rekening van een gefailleerde, is de curator gehouden het bedrag als onverschuldigd betaald onmiddellijk terug te betalen, ook als de boedel ontoereikend is om alle boedelcrediteuren te voldoen. Zou hij het bedrag aan de boedel mogen toevoegen en de betaler een concurrente boedelaanspraak geven, dan zou de boedel namelijk ongerechtvaardigd worden verrijkt.
W.H. van Boom © versie 1 april 2021	

1. Casus en uitspraak

Wolfson Informatica BV wordt failliet verklaard op 4 september 1992, met benoeming van mr. Hamm als curator. De Ontvanger van de Belastingdienst (hierna: de belastingdienst) bericht bij brief van 19 juli 1993 aan de failliete vennootschap dat zij recht had op teruggave van betaalde belasting. De curator geeft het bankrekeningnummer van de gefailleerde op als rekening waar de belastingdienst de betaling op kan doen. Aldus geschiedt op 31 augustus 1993. Dan ontdekt de belastingdienst dat er een vergissing is begaan; het bedrag kwam namelijk toe aan Wolfson Groep B.V., een geheel andere rechtspersoon. Daarom vordert de belastingdienst op 12 oktober 1993 het betaalde bedrag terug van mr. Hamm. Deze erkent dat de terugbetalingsverplichting op de boedel rust als boedelschuld, maar hij weigert toch terugbetaling omdat er te weinig actief is om alle boedelcrediteuren te voldoen en er dus hooguit in evenredigheid aan alle boedelcrediteuren kan worden betaald.

De belastingdienst vangt de onderhavige procedure aan tegen mr. Hamm in diens hoedanigheid (*qualitate qua*) van curator in het faillissement van Wolfson Informatica BV en stelt onder meer dat de betaling onverschuldigd is gedaan, dat het betaalde bedrag onmiddellijk moet worden terugbetaald boven alle andere boedelschulden en dat het bedrag niet mag worden toegevoegd aan het boedelactief omdat de andere boedelcrediteuren in dat geval ongerechtvaardigd zouden worden verrijkt ten koste van de belastingdienst; het geld was namelijk door een toevallige omstandigheid per abuis in de boedel gevloeid.

De rechtbank oordeelt in het voordeel van de curator dat het betaalde bedrag door de onverschuldigde betaling deel is gaan uitmaken van de failliete boedel en de belastingdienst geen voorrang toekomt boven andere boedelcrediteuren. Partijen spreken af om het hoger beroep over te slaan en direct aan de Hoge Raad de vraag voor te leggen hoe een faillissementscurator dient te

handelen wanneer een derde tijdens het faillissement bij vergissing een niet aan de gefailleerde verschuldigd bedrag aan de gefailleerde of aan de curator betaalt.

De Hoge Raad komt tot het oordeel dat de curator het bedrag onverwijld moet teruggeven en hij stelt dus de belastingdienst in het gelijk. Allereerst maakt de Hoge Raad onderscheid tussen drie gevallen: (1) gevallen waarin de onverschuldigde betaling plaatsvindt en daarna de ontvanger van de betaling failliet wordt verklaard, (2) gevallen waarin eerst het faillissement wordt uitgesproken en daarna een vordering uit onverschuldigde betaling ontstaat op de gefailleerde doordat met terugwerkende kracht de rechtsgrond komt te ontvallen aan een vóór faillissement gedane betaling aan de latere gefailleerde, en (3) onverschuldigde betaling verricht na faillietverklaring door een onmiskenbare vergissing zoals zich hier had voorgedaan:

“(…) Een dergelijk geval dient in de eerste plaats te worden onderscheiden van de situatie dat aan de schuldenaar vóór diens faillietverklaring zonder rechtsgrond, al dan niet als gevolg van een vergissing, een geldsom is betaald en de schuldenaar de daaruit krachtens art. 6:203 lid 2 BW voortvloeiende verplichting tot teruggave van een gelijk bedrag niet vóór zijn faillietverklaring is nagekomen. In deze situatie behoort die verplichting ten tijde van de faillietverklaring tot het passief van het in art. 20 F. bedoelde vermogen; de vordering van degene die onverschuldigd had betaald, moet dan ingevolge art. 3:278 BW worden aangemerkt als een concurrente vordering, nu de wet aan vorderingen wegens onverschuldigde betaling geen voorrecht verbindt en ten aanzien van zulke vorderingen ook geen andere gronden aangeeft waaruit voorrang zou voortvloeien. Wat betreft vorderingen uit hoofde van een ná de faillietverklaring zonder rechtsgrond aan de gefailleerde of aan de curator gedane betaling, dient onderscheid te worden gemaakt tussen enerzijds gevallen als dat van HR 14 december 1984, NJ 1985, 288, waarin het ging om een aan de schuldenaar na diens faillietverklaring gedane betaling die - tengevolge van het met terugwerkende kracht tot een vóór de faillietverklaring gelegen tijdstip vervallen van de rechtsgrond - achteraf onverschuldigd bleek te zijn, en anderzijds gevallen als het onderhavige, waarin tussen de gefailleerde en degene die aan hem betaalde geen rechtsverhouding bestaat of heeft bestaan die aanleiding tot de betaling gaf, en waarin de betaling slechts het gevolg is van een onmiskenbare vergissing, bij voorbeeld - zoals in het onderhavige geval - een vergissing ten aanzien van de persoon aan wie moest worden betaald. (...)”

Voor de laatste categorie van gevallen formuleert de Hoge Raad een rechtsregel die deels gegrond wordt op een norm van maatschappelijke betamelijkheid die rust op de curator q.q., deels op het leerstuk van de ongerechtvaardigde verrijking en deels op de redelijkheid:

“(…) Wanneer de curator wordt geconfronteerd met een zodanige onmiskenbare vergissing, handelt hij in overeenstemming met hetgeen in het maatschappelijk verkeer als betamelijk wordt beschouwd indien hij meewerkt aan het ongedaan maken van die vergissing. Zijn bijzondere positie als door de rechtbank benoemde beheerder en vereffenaar van de failliete boedel, die zijn taak vervult onder toezicht van een rechter-commissaris in het kader van een van waarborgen voorziene wettelijke regeling en in dat kader met alle gerechtvaardigde belangen rekening behoort te houden, brengt immers mee dat erop moet kunnen worden vertrouwd dat hij derden niet het slachtoffer laat worden van toevallige, in de praktijk niet steeds te vermijden misslagen als de onderhavige. Ook de omstandigheid dat de wet aan vorderingen uit onverschuldigde betaling geen voorrecht verbindt en met betrekking tot deze vorderingen ook niet rechtstreeks een andere grond voor voorrang aanwijst, wettigt niet de conclusie dat de curator jegens degene die een boedelvordering wegens onverschuldigde betaling verkrijgt doordat hij, zoals hier, als gevolg van een onmiskenbare vergissing aan de curator in plaats van aan de werkelijke schuldeiser betaalde, ermee zou mogen volstaan het betaalde bedrag aan het actief van de boedel toe te voegen, de vordering tot teruggave van een gelijk bedrag als concurrente boedelvordering te behandelen en op deze voet het bij vergissing betaalde bedrag ten profijte van de overige (boedel)crediteuren aan te wenden. Laatstbedoelde handelwijze van de curator, die aan de gezamenlijke (overige) schuldeisers valt toe te rekenen, leidt tot een verrijking van die schuldeisers ten koste van degene die bij vergissing heeft

betaald, waarvoor in het licht van het voorgaande geen rechtvaardiging is te vinden, ook niet in het stelsel van de Faillissementswet. Aldus eist de redelijkheid dat aan degene die als gevolg van een onmiskenbare vergissing heeft betaald aan de curator, de hierdoor voor hem ontstane schade tot het gehele bedrag van die verrijking wordt vergoed. Ingevolge het bepaalde in art. 6:212 BW is de curator in het hier bedoelde geval dan ook verplicht om, nadat hij het onverschuldigd betaalde heeft ontvangen en heeft geconstateerd dat sprake is van een vergissing, uit de beschikbare middelen van de boedel een bedrag gelijk aan dat waarmee de boedel is verrijkt te voldoen aan degene die onverschuldigd heeft betaald. De aard van deze verplichting brengt mee dat de curator haar zo spoedig mogelijk behoort na te komen, zonder de afwikkeling van de boedel af te wachten en met voorbijgaan van aanspraken van andere boedelcrediteuren. Ook brengt de aard van die verplichting mee dat de curator te dier zake geen bijdrage in de algemene faillissementskosten mag verlangen en slechts de redelijke kosten in mindering mag brengen die als gevolg van de vergissing en het nakomen van bedoelde verplichting mochten zijn veroorzaakt. (...)”

De conclusie is dat op mr. Hamm in zijn hoedanigheid van curator in het faillissement van de ontvanger van de onverschuldigde betaling die een ‘onmiskenbare vergissing’ betrof, ‘ingevolge het bepaalde in art. 6:212 BW’ de rechtsplicht rust om het betaalde terug te betalen vanaf het moment dat hij constateerde dat de betaling het gevolg was van een vergissing.¹

2. Commentaar

De stand van zaken rondom onverschuldigde betalingen en faillietverklaring van de ontvanger is sinds het arrest *Ontvanger / Hamm q.q.* aldus:

(1) in gevallen waarin eerst de onverschuldigde betaling plaatsvindt en daarna de ontvanger van de betaling failliet wordt verklaard, is de vordering uit onverschuldigde betaling een pre-faillissementsschuld die ter verificatie moet worden ingediend; alleen als er na aftrek van de boedelschulden nog iets te verdelen valt onder de faillissementscrediteuren komt het tot een (evenredige) uitkering op de concurrente vordering uit onverschuldigde betaling;

(2) in gevallen waarin eerst een verbintenis bestaat, vervolgens het faillissement wordt uitgesproken van de crediteur, daarna betaling aan de gefailleerde plaatsvindt, en dan de rechtsgrond aan die betaling komt te ontvallen omdat de verbintenis met terugwerkende kracht komt te vervallen (denk aan: vernietiging), is de vordering uit onverschuldigde betaling een concurrente boedelschuld;²

(3) in gevallen van onverschuldigde betaling na faillietverklaring waarbij de betaling slechts het gevolg is van een onmiskenbare vergissing,³ geldt dat de curator zo snel mogelijk moet terugbetalen uit de boedelactiva zodra hij heeft geconstateerd dat sprake is van een vergissing, zonder de afwikkeling van de boedel af te wachten, met voorbijgaan van aanspraken van andere boedelcrediteuren en zonder enige kosten in rekening te brengen (*Ontvanger / Hamm q.q.*).

In verschillende rechtszaken die volgden, werden de grenzen van het arrest *Ontvanger / Hamm q.q.* afgetast. De Hoge Raad heeft in die vervolgrechtspraak de reikwijdte van het arrest nooit verder willen uitbreiden buiten de gevallen van de ‘onmiskenbare vergissing’. Zo kwam in *Komdeur q.q. / NV* (2002) de vraag aan de orde wat de status is van de vordering uit onverschuldigde betaling

¹ De Hoge Raad voegt er in verband met de looptijd van wettelijke rente aan toe dat de curator q.q. in verzuim is geraakt op de dag waarop de belastingdienst hem in gebreke stelde van de terugbetalingsplicht.

² HR 14 december 1984, ECLI:NL:HR:1984:AG4920, NJ 1985/288 (*Cath q.q./Heidam*). Let wel: art. 37a Fw geeft een minder gunstige regel voor ongedaanmakingsverbintenissen bij ontbinding en vernietiging indien de betaling al vóór faillissement had plaatsgevonden.

³ Deze precisering zien we in ; HR 31 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:3080, NJ 2014/484 (*CZ Zorgkantoor/Scholtes q.q.*).

indien de betaler tijdens het faillissement op rechterlijk bevel een bedrag betaalt aan de boedel en na betaling dit vonnis wordt vernietigd. Dat de betaler een vordering uit onverschuldigde betaling op de boedel heeft en dus sprake is van een boedelschuld, staat voorop. Maar, zo oordeelt de Hoge Raad, deze vordering is 'slechts' een concurrente boedelvordering en valt niet onder het regime van *Ontvanger/Hamm q.q.*, aldus de Hoge Raad in *Komdeur q.q. / NN*.⁴ In de zaak *CZ Zorgkantoor/Scholtes q.q.* (2014) werd verduidelijkt dat als de betalingen op het eerste gezicht een voortzetting lijken van een eerdere rechtsverhouding en de curator pas na enige correspondentie met de betaler moet concluderen dat zijn eerdere veronderstelling dat er voor de desbetreffende betalingen mogelijk wél een rechtsgrond bestond, onjuist is zodat voor de curator niet onmiskenbaar van een vergissing sprake was, het arrest *Ontvanger / Hamm q.q.* niet van toepassing is.⁵

Wel werd het vereiste van 'onmiskenbare vergissing' in de rechtspraak nader gepreciseerd; ook als er een rechtsverhouding bestond kan de betaling toch onmiskenbaar onverschuldigd zijn, namelijk als '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'. Hierbij kan worden gedacht aan een debiteur die per abuis tweemaal betaalt of per abuis een zodanig afwijkend bedrag betaalt dat de ontvanger daaruit zonder enige twijfel kan afleiden dat sprake is van een verschrijving of andere vergissing.⁶ Ook werd door de Hoge Raad verduidelijkt dat het vereiste van een 'onmiskenbare vergissing' niet betekent dat de vergissing steeds aanstonds en op het eerste gezicht aan de curator duidelijk dient te zijn, maar ze moet wel "als zodanig wel door de curator 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".⁷

Het arrest *Ontvanger / Hamm q.q.* heeft veel pennen in beweging gebracht.⁸ In de rechtsgeleerde literatuur werd vooral de vraag gesteld hoe het arrest te rijmen valt met het stelsel van het goederen- en insolventierecht, maar ook met het verbintenissenrecht. Degene die iets geeft of doet zonder rechtsgrond, heeft tegenover de ontvanger van de prestatie aanspraak op terugbetaling. Deze aanspraak uit onverschuldigde betaling (art. 6:203 e.v. BW) is zuiver verbintenisrechtelijk van aard. Daarom is de *revindicatie* (art. 5:2 BW) een krachtiger middel om in te roepen, maar dat kan alleen als het gaat om een identificeerbare *zaak* die zonder rechtsgrond is gegeven en zich nog in dezelfde staat bevindt bij de ontvanger. Als men geld heeft betaald via girale overschrijving, dan is geen sprake van de overdracht van een goed maar van een zuiver verbintenisrechtelijke rechtsverhouding waarbij het creditsaldo bij de betaler afneemt en het saldo bij de ontvanger toeneemt.⁹

Omdat degene die onverschuldigd betaalt, geen goederenrechtelijke aanspraak op het betaalde heeft maar slechts een verbintenisrechtelijke aanspraak op teruggave van een gelijk bedrag (met evt. wettelijke rente), is zijn vorderingsrecht een concurrente aanspraak die alleen te gelde kan worden gemaakt indien en voor zover het vermogen van de debiteur verhaal biedt. Als de betaling is

⁴ HR 7 juni 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE3796, NJ 2002/608 (*Komdeur q.q./NN*).

⁵ HR 31 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:3080, NJ 2014/484 (*CZ Zorgkantoor/Scholtes q.q.*).

⁶ HR 8 juni 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ4569, NJ 2007/419 (*Van der Werf q.q./BLG*).

⁷ HR 8 juni 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ4569, NJ 2007/419 (*Van der Werff q.q./BLG*); HR 31 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:3080, NJ 2014/484 (*CZ Zorgkantoor/Scholtes q.q.*).

⁸ Zie voor een overzicht bijv. B. Bierens, *Revindicatoire aanspraken op giraal geld (diss. Tilburg)*, Deventer: Kluwer 2009, p. 95 e.v.

⁹ HR 19 november 2004, ECLI:NL:HR:2004:AR3137, NJ 2005/199 (*ING/Gunning q.q.*); HR 3 december 2004, ECLI:NL:HR:2004:AR1943, NJ 2005, 200 (*Mendel q.q./ABN Amro*). Zie W.H. van Boom, *Verhaal, uitwinning en rangorde*, 3^e druk, Den Haag: Boomjuridisch 2020, par. 5.9.

gevallen in een afgescheiden vermogen zoals een faillissementsboedel, dan kan de actie uit onverschuldigde betaling worden gericht tot de beheerder en vereffenaar van deze boedel. Afhankelijk van het tijdstip waarop de betaling werd gedaan, kan de vordering (a) een pre-faillissementsschuld opleveren die ter verificatie moet worden ingediend en dus volgens de rangregels wordt gerangschikt indien en voor zover de faillissementsboedel voldoende opbrengt om te verdelen volgens de wettelijke rangorde, of (b) een boedelschuld zijn die als vordering bij de curator ingediend wordt buiten de verificatieprocedure en met voorrang vóór de faillissementsschulden genoemd onder (a).

Hoewel de categorie 'boedelschulden' geen duidelijke regeling kent in onze faillissementswetgeving, is duidelijk dat onverschuldigde betalingen die aan de gefailleerde worden gedaan ná het moment van faillietverklaring en die in handen komen van de curator, als 'batig' voor de boedel hebben te gelden in de zin van art. 24 Fw. Dit betekent dat op de curator in zijn hoedanigheid van beheerder van de boedel een schuld uit art. 6:203 BW komt te rusten.¹⁰ De crediteuren van boedelschulden zijn gelijkelijk gerangschikt en als de boedelactiva ontoereikend zijn om alle boedelschulden te voldoen, vinden de rangregels van art. 3:277 e.v. BW *per analogiam* toepassing.¹¹ Indien bij de slotuitdeling vaststaat dat de boedel onvoldoende actief heeft om een boedelvordering te voldoen, wijst de curator de vordering in zoverre dus af omdat bij de verdeling van het actief geen vorderingen kunnen worden voldaan waarvoor de boedel niet de middelen heeft.¹²

Het arrest *Ontvanger / Hamm q.q.* doorbreekt dit alles. Het geeft de vordering uit onverschuldigde betaling de status van 'superboedelvordering', en sterker nog: het maakt degene die door bij onmiskenbare vergissing betaalde, een 'boedelseparatist'.¹³ Het arrest promoveert een verbintenisrechtelijke aanspraak tot een welhaast goederenrechtelijke revindicatoire aanspraak. Dat is moeilijk te verenigen met de scheidslijn die bestaat binnen ons stelsel van goederen- en verbintenisrecht tussen goederenrechtelijke posities en verbintenisrechtelijke posities. Er is ook overigens geen aanknopingspunt te vinden voor de 'supervoorrang' die de vordering krijgt en ze staat in schril contrast met de positie van degene die bij wijze van onmiskenbare vergissing een bedrag stort op de rekening van de ontvanger die *daarna* failliet gaat. Die betaler is namelijk slechts concurrent faillissementscrediteur.¹⁴

De Hoge Raad heeft in latere rechtspraak de nadruk gelegd op de maatschappelijke betamelijkheid als de bron van gehoudenheid van de curator in zijn hoedanigheid om de terugbetaling onmiddellijk te verrichten.¹⁵ Ook hier is in de literatuur veel over te doen geweest, omdat de motivering van de Hoge Raad een soort 'soep' maakt van de bronnen van verbintenis: de maatschappelijke betamelijkheid (art. 6:162 BW) vergt dat de curator in diens hoedanigheid ertoe overgaat om de verbintenis uit onverschuldigde betaling (art. 6:203 BW) – die reeds op hem rust door het enkele feit van de ontvangst van de onverschuldigde betaling (art. 24 Fw) – onmiddellijk en met voorbijgaan aan alle rechten van andere boedelcrediteuren na te komen. Aldus, zo redeneert de Hoge Raad, eist de redelijkheid (art. 6:2 BW) dat aan degene die als gevolg van een onmiskenbare vergissing heeft

¹⁰ Vgl. de omschrijving van boedelschuld in HR 19 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY6108, NJ 2013/291 (*Koot/Tideman q.q.*).

¹¹ HR 28 september 1990, NJ 1991/305 (*De Ranitz q.q./Ontvanger*): 'Indien het boedelactief ontoereikend is om alle boedelcrediteuren te voldoen, moeten de schulden in beginsel naar evenredigheid van de omvang van elke schuld worden voldaan, behoudens de daarvoor geldende wettelijke redenen van voorrang.'

¹² Aldus letterlijk HR 31 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:3080, NJ 2014/484 (*CZ Zorgkantoor/Scholtes q.q.*), r.o. 3.4.2.

¹³ Deze termen zijn in de literatuur gangbaar geworden om de status van de restitutieprocedure uit *Ontvanger/Hamm q.q.* te duiden.

¹⁴ Vgl. F.M.J. Verstijlen, *Vergissingen in het goederenrecht (oratie Groningen)*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004, p. 23-24; B. Bierens, *Revindicatoire aanspraken op giraal geld (diss. Tilburg)*, Deventer: Kluwer 2009, p. 106-107.

¹⁵ Bijv. HR 31 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:3080, NJ 2014/484 (*CZ Zorgkantoor/Scholtes q.q.*).

betaald aan de curator, de hierdoor voor hem ontstane schade tot het gehele bedrag van die verrijking wordt vergoed (art. 6:212 BW). In essentie geven de leerstukken van de maatschappelijke betamelijkheid en de ongerechtvaardigde verrijking een 'separatistenpositie' aan de crediteur van een vordering uit onverschuldigde betaling (ook wel geduid als een 'revindicatoire aanspraak op giraal geld'¹⁶), buiten de wettelijke regels van rangorde en rangregeling om.¹⁷ Dat is *misschien* billijk qua uitkomst, maar *zeker* discutabel qua redenering.¹⁸

¹⁶ B. Bierens, *Revindicatoire aanspraken op giraal geld (diss. Tilburg)*, Deventer: Kluwer 2009, p. 109.

¹⁷ B.W.M. Nieskens-Isphording, *De Ontvanger/Hamm en het Scheermes van Occam. De muur tussen verbintenissen- en goederenrecht verder geslecht (afscheidscollege Tilburg)*, Deventer: Kluwer 1998, p. 16 e.v. spreekt van de verbintenisrechtelijke pendant van de revindicatie.

¹⁸ Er zij op gewezen dat de Hoge Raad in latere uitspraken het raamwerk van *Ontvanger/ Hamm q.q.* behoudt maar de verwijzing naar de ongerechtvaardigde verrijking niet herhaalt. Zie B. Bierens, *Revindicatoire aanspraken op giraal geld (diss. Tilburg)*, Deventer: Kluwer 2009, p. 101.