

(On)mogelijkheden van verpanding van onderhanden werk

Enkele beschouwingen over verpanding van onderhanden werk onder de geneeskundige behandelingsovereenkomst en de overeenkomst tot aanneming van werk

M.R. van der Zee

1 Inleiding

Op 17 november 2017 heeft de Hoge Raad een voor de praktijk belangrijk arrest gewezen over de mogelijkheden van verpanding van het onderhanden werk onder de geneeskundige behandelingsovereenkomst (het arrest Famed/Kreikamp q.q.).¹ Het oordeel van de Hoge Raad komt erop neer dat zorgaanbieders hun ‘onderhanden werk’-positie onder omstandigheden rechtsgeldig kunnen verpanden, bijvoorbeeld ten behoeve van externe financiers. Het arrest geeft aanleiding voor een algemene beschouwing van het begrip ‘onderhanden werk’. Een positie uit onderhanden werk bestaat immers niet alleen onder de geneeskundige behandelingsovereenkomst, maar in ieder geval ook onder de overeenkomst van aanneming van werk en de ‘gewone’ overeenkomst van opdracht. In dat kader kan worden afgevraagd of de rechtsregel van de Hoge Raad uit het arrest ook toepasselijk is op een andere soort overeenkomst, namelijk de overeenkomst van aanneming van werk.

In dit artikel zal ik eerst stilstaan bij de vraag wat onderhanden werk precies is en wat, bij de verpanding van dat onderhanden werk, het onderwerp van verpanding is. Voorts zal ik uitgebreid ingaan op het arrest Famed/Kreikamp q.q. Tot slot behandel ik, mede aan de hand van twee arresten van de Hoge Raad van 2 december 2016,² de (on)mogelijkheden van verpanding van onderhanden werk onder de overeenkomst tot aanneming van werk. In dat kader zal ik ook ingaan op de eventuele toepasselijkheid van het arrest Famed/Kreikamp q.q. op de overeenkomst tot aanneming van werk.

1 HR 17 november 2017, ECLI:NL:HR:2017:2901 (Famed/Kreikamp q.q.).

2 HR 2 december 2016, NJ 2017/19 (De Krom c.s./Logtestijn) en HR 2 december 2016, NJ 2017/20 (Poot c.s./Peters q.q.).

M.R. van der Zee

2 Verpanding van onderhanden werk

2.1 *Wat is onderhanden werk?*

De term ‘onderhanden werk’ heeft geen vastomlijnde, civielrechtelijke betekenis.³ Het Burgerlijk Wetboek (BW) bevat geen definitie van ‘onderhanden werk’. Toch komt voor dat ten behoeve van geldverstrekkers een (stil) pandrecht wordt gevestigd op ‘het onderhanden werk’ of ‘de onderhanden werk-positie’ van een gefinancierde vennootschap, zonder dat een definitie van het begrip wordt opgenomen. Uit de juridische literatuur kunnen aanknopingspunten worden ontleend voor een definitie. Ook de Dikke Van Dale bevat een definitie van onderhanden werk: het gaat om ‘werk dat in uitvoering is maar waarvoor nog geen factuur is ingediend’. In deze niet-juridische definitie is derhalve doorslaggevend of een factuur door de aannemer of opdrachtnemer is ingediend om het werk als onderhanden aan te duiden. In zijn proefschrift maakt Schuijling⁴ geen koppeling met het al dan niet factureren van de werkzaamheden. Hij duidt, onder verwijzing naar Verstijlen⁵ en Franken,⁶ het begrip onderhanden werk aan als bestaande, maar nog niet volledig uitgevoerde overeenkomsten van opdracht en aanneming van werk. Franken definieert het onderhanden werk in het kader van een faillissement:

‘Van onderhanden werk is sprake, indien een ten tijde van de faillietverklaring bestaande wederkerige overeenkomst, waarbij de gefailleerde, in het kader van zijn normale en gebruikelijke bedrijfsvoering, optrad als verkoper of aannemer of opdrachtnemer (en zijn wederpartij als koper, principaal of opdrachtgever), op het moment van zijn faillietverklaring aan de kant van de gefailleerde nog niet geheel is uitgevoerd.’

De verschillende definities hebben als gemeenschappelijke deler dat ‘onderhanden werk’ ziet op werkzaamheden die de opdrachtnemer of aannemer heeft verricht onder een overeenkomst, welke overeenkomst nog niet is afgerond. Ik kan mij hierbij aansluiten. Of de factuur voor die reeds verrichte werkzaamheden al dan niet is ingediend, acht ik niet doorslaggevend voor het definiëren van het begrip onderhanden werk. Naar mijn mening moet het begrip ‘onderhanden werk’ feitelijk worden beschouwd, en ziet het onderhanden werk op de werkzaamheden die worden uitgevoerd maar nog niet zijn afgerond. Voor de definitie van onderhanden werk acht ik niet relevant of de tegenover de uitgevoerde werkzaamheden staande prestatie van de wederpartij reeds verschuldigd is, dat speelt echter wél een belangrijke rol indien een pandrecht is gevestigd op het ‘onderhanden werk’.

3 Dit geldt anders voor het begrip ‘onderhanden werk’ in het fiscaal recht en jaarrekeningenrecht.

4 B.A. Schuijling, *Levering en verpanding van toekomstige goederen*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 148.

5 F.M.J. Verstijlen, ‘De verpanding van onderhanden werk’, *WPNR* 2013, p. 121-127.

6 M.J.M. Franken, ‘De curator en het (pand)recht op onderhanden werk’, in: J.G. Princen & A. van der Schee (red.), *De ondernemende curator (INSOLAD Jaarboek 2011)*, Deventer: Kluwer 2011, p. 39-59.

2.2 *Pandrecht op onderhanden werk*

De verschuldigdheid van de tegenprestatie voor het onderhanden werk is mijns inziens van belang in het kader van de verpanding van het onderhanden werk. Een pandrecht op het onderhanden werk is immers geen pandrecht op de verrichte werkzaamheden, maar een pandrecht op de vergoeding die verschuldigd is voor de verrichte werkzaamheden. Dit betekent dat de verpanding van onderhanden werk in feite de verpanding inhoudt van de vordering die de aannemer of opdrachtnemer op zijn opdrachtgever heeft tot vergoeding van de reeds uitgevoerde werkzaamheden.⁷ Ik zal deze vorderingen in het vervolg aanduiden als de vorderingen uit hoofde van onderhanden werk.⁸ Wanneer wordt gesproken over een pandrecht op onderhanden werk, gaat het dus om een pandrecht op de vorderingen uit hoofde van onderhanden werk, oftewel op de vorderingen tot vergoeding van de reeds verrichte werkzaamheden onder een nog niet afgeronde overeenkomst (van opdracht of aanneming van werk).

Zolang de aannemer of opdrachtnemer de werkzaamheden uitvoert en uiteindelijk netjes afrondt, is er niets aan de hand en speelt de verpanding van het onderhanden werk geen rol. Ervan uitgegaan kan worden dat na afronding van het werk de tegenprestatie daarvoor in het geheel verschuldigd is. Het onderhanden werk is afgerond, de overeenkomst is van de zijde van de aannemer of opdrachtnemer voltooid. De vordering van de aannemer of opdrachtnemer op de opdrachtgever is geen vordering uit hoofde van onderhanden werk, maar een vordering uit hoofde van een voltooid werk, de afgeronde overeenkomst.

De vraag of vorderingen uit hoofde van onderhanden werk kunnen worden verpand, wordt echter relevant als de overeenkomst nog niet is afgerond en de aannemer of opdrachtnemer tijdens de werkzaamheden failliet gaat. Ongeacht of de curator het werk na faillietverklaring laat afronden, zal moeten worden beschouwd of voor faillietverklaring vorderingen uit hoofde van onderhanden werk zijn ontstaan, waarop al dan niet een rechtsgeldig pandrecht is gevestigd.

Een verpandbare vordering uit hoofde van onderhanden werk is niet vanzelfsprekend. Of deze vordering bestaat – of ontstaat – is geheel afhankelijk van de overeenkomst op grond waarvan de werkzaamheden worden verricht. Mijns inziens ontstaat onder een overeenkomst geen vordering uit hoofde van onderhanden werk, indien de tegenprestatie voor de werkzaamheden op basis van partijafpraak of de aard van de overeenkomst pas verschuldigd wordt na afronding van de werkzaamheden. De tegenprestatie voor het (onderhanden) werk ontstaat immers niet, er ontstaat slechts een tegenprestatie voor voltooid werk. Dat laat onverlet dat partijen kunnen overeenkomen, of dit kan voortvloeien uit de aard van de overeenkomst, dat gedurende de uitvoering van de werkzaamheden deelprestaties als tegenprestatie voor verrichte maar nog niet afgeronde werkzaamhe-

7 Zie ook Verstijlen 2013, p. 121.

8 Hoewel het wellicht juist zou zijn om te spreken over de vorderingen tot vergoeding van het onderhanden werk.

M.R. van der Zee

den verschuldigd worden. In deze situatie meen ik dat onder een dergelijke overeenkomst wel degelijk vorderingen uit hoofde van onderhanden werk ontstaan. Voor de verpanding van een vordering uit hoofde van onderhanden werk is dus doorslaggevend of, en op welk moment, deze vordering ontstaat. Indien onder de overeenkomst geen tegenprestaties voor verrichte werkzaamheden verschuldigd worden, ontstaan geen vorderingen uit hoofde van onderhanden werk, zodat een pandrecht op onderhanden werk geen doel treft. Indien onder de overeenkomst tegenprestaties tussentijds verschuldigd worden, en die tegenprestaties zijn gekoppeld aan bepaalde termijnen of de stand van het werk, dan ontstaat na afloop van de betreffende termijn of bij die stand van het werk een vordering uit hoofde van onderhanden werk. In dat kader kan in de facturatie van het verschuldigde bedrag de bevestiging worden gevonden dat de vordering daadwerkelijk is ontstaan, maar naar mijn mening is de facturatie als zodanig niet doorslaggevend voor het ontstaan van de vordering. Dat is de overeengekomen afloop van de bepaalde termijn of het bereiken van de bepaalde stand van het werk.

De vordering uit hoofde van onderhanden werk zal bij het aangaan van de overeenkomst doorgaans toekomstig zijn.⁹ Een stil pandrecht op toekomstige vorderingen kan op grond van art. 3:239 lid 1 BW bij authentieke of geregistreerde akte worden gevestigd, mits de vorderingen rechtstreeks zullen worden verkregen uit een dan reeds bestaande rechtsverhouding. Het pandrecht kan bij voorbaat worden gevestigd op grond van art. 3:98 jo. art. 3:97 BW.

Een faillissement van de aannemer of opdrachtnemer verhindert dat een bij voorbaat gevestigd pandrecht op toekomstige vorderingen daadwerkelijk ontstaat op de vorderingen die pas na faillissementsdatum ontstaan. Indien de aannemer of opdrachtnemer faillieert, vallen vorderingen die de aannemer of opdrachtnemer verkrijgt na faillissementsdatum onbezwaard in de boedel. Dit volgt uit art. 35 lid 2 van de Faillissementswet (Fw), dat bepaalt dat de goederen die door de schuldenaar voor de dag van faillietverklaring bij voorbaat zijn geleverd, maar na faillietverklaring worden verkregen, in de boedel vallen.¹⁰ Oftewel: als vorderingen bij voorbaat zijn verpand, maar worden verkregen – lees: ontstaan – na faillietverklaring, kan daarop geen rechtsgeldig pandrecht meer tot stand komen.

Dit betekent dat aan de hand van het ontstaansmoment van de vordering uit hoofde van onderhanden werk moet worden beoordeeld of sprake is van een rechtsgeldig gevestigd pandrecht op het onderhanden werk. Ontstaat de vordering niet, of pas na faillissementsdatum, dan is gelet op art. 35 lid 2 Fw geen rechtsgeldig pandrecht tot stand gekomen. Als de vordering voor faillissements-

9 Dit is anders als bij het aangaan van de overeenkomst (gedeeltelijke) vooruitbetaling is overeengekomen.

10 Art. 35 lid 2 Fw spreekt letterlijk van levering van goederen, en niet van de vestiging van een beperkt recht op die goederen. Uit de parlementaire geschiedenis volgt echter dat de bepaling eveneens van toepassing is op vestiging van beperkte rechten op toekomstige goederen; zie Parl. Gesch. Inv. Wijziging Rv e.a.w. (Inv. 3, 5 en 6) (MvT Inv.), p. 381 en S.C.J.J. Kortmann & N.E.D. Faber, *Geschiedenis van de Faillissementswet. Wijzigingen (Serie Onderneming en Recht, deel 2-III)*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995, p. 82.

datum tot stand is gekomen, dan zal het pandrecht – mits aan de overige vereisten voor verpanding is voldaan – rechtsgeldig zijn gevestigd.

In de volgende paragrafen zal ik aan de hand van recente jurisprudentie uiteenzetten of, en in hoeverre, verpanding van onderhanden werk onder de geneeskundige behandelingsovereenkomst en onder de overeenkomst tot aanneming van werk mogelijk is. Vanzelfsprekend zal ik daarbij ingaan of, en zo ja wanneer, een vordering uit hoofde van onderhanden werk op de opdrachtgever ontstaat.

3 Verpanding van onderhanden werk onder de geneeskundige behandelingsovereenkomst

3.1 *Algemeen – de geneeskundige behandelingsovereenkomst*

De geneeskundige behandelingsovereenkomst is een species van de overeenkomst van opdracht ex art. 7:400 BW met een eigen afdeling in Boek 7 BW. De geneeskundige behandelingsovereenkomst staat gedefinieerd in art. 7:446 lid 1 BW. Het betreft – vereenvoudigd weergegeven – een overeenkomst tussen een hulpverlener en een opdrachtgever, op grond waarvan de hulpverlener zich jegens de opdrachtgever verbindt tot het verrichten van geneeskundige handelingen bij een patiënt. Doorgaans zullen opdrachtgever en patiënt dezelfde persoon zijn, maar dat is niet noodzakelijk het geval.

Op grond van art. 7:461 BW is de opdrachtgever loon verschuldigd aan de hulpverlener, 'behoudens voor zover deze voor zijn werkzaamheden loon ontvangt op grond van het bij of krachtens de wet bepaalde, dan wel uit de overeenkomst anders voortvloeit'. Aangezien de hulpverlener doorgaans zijn declaratie voor verleende geneeskundige handelingen geheel of gedeeltelijk kan indienen bij de zorgverzekeraar van de patiënt, en dus niet bij de opdrachtgever, is het zinsdeel 'bij of krachtens de wet bepaalde' opgenomen.¹¹ De opdrachtgever zal slechts loon verschuldigd zijn voor zover de zorgverzekeraar de geneeskundige handeling niet of niet geheel vergoedt. Art. 7:461 BW biedt voorts de mogelijkheid om een afwijkende contractuele regeling overeen te komen, een toevoeging die noodzakelijk is, aangezien de gehele afdeling van dwingend recht is.¹²

3.2 *Onderhanden werk onder de geneeskundige behandelingsovereenkomst*

Voor een goed begrip van het onderhanden werk onder de geneeskundige behandelingsovereenkomst wordt eerst globaal ingegaan op de vormgeving van de financiering van de zorg.

Ten eerste is daarbij de driehoeksverhouding tussen patiënt/verzekerde, zorgaanbieder en zorgverzekeraar van belang.

De *patiënt/verzekerde* sluit een zorgverzekering af bij een zorgverzekeraar naar keuze. Art. 11 lid 1 van de Zorgverzekeringswet (Zvw) bepaalt dat de zorgverzekeraar jegens zijn verzekerden een zorgplicht heeft, die inhoudt dat de verzekerde

11 Zie Kamerstukken II 1989/90, 21561, 3, p. 42 (MvT).

12 Zie ook Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV 2014/448.

bij wie zich het verzekerde risico voordoet (1) recht heeft op prestaties die bestaan uit de zorg waaraan hij behoefte heeft, of (2) recht heeft op vergoeding van de kosten van deze zorg alsmede activiteiten gericht op het verkrijgen van deze zorg. De verzekerde/patiënt kan kiezen uit een naturaverzekering, die een 'recht op zorg' biedt, of een restitutieverzekering, die een 'recht op vergoeding van de zorg' biedt.

De *zorgverzekeraar* zal ter invulling van zijn zorgplicht overeenkomsten sluiten met de zorgaanbieders die de zorg (gaan) verlenen aan zijn verzekerden. Dit kunnen zorgovereenkomsten zijn, op grond waarvan de betreffende zorgaanbieder in algemene zin gehouden is zorg te verlenen aan verzekerden met een naturaverzekering bij de zorgverzekeraar en op grond waarvan de zorgverzekeraar zich jegens de zorgaanbieder verplicht te betalen. Dit kunnen ook betaalovereenkomsten zijn. Die overeenkomsten hebben doorgaans betrekking op verzekerden met een restitutieverzekering en bepalen dat de zorgverzekeraar de aan de behandeling verbonden kosten rechtstreeks aan de zorgaanbieder voldoet.¹³ De betaalovereenkomsten kunnen ook worden gesloten met zorgaanbieders ten behoeve van verzekerden met een naturaverzekering waarvan de zorgverzekeraar de behandeling deels vergoedt.

De *zorgaanbieder* verleent zorg aan een verzekerde, een patiënt, op grond van een geneeskundige behandelingsovereenkomst als bedoeld in art. 7:446 BW.

Ten tweede is kenmerkend aan de financiering van verschillende vormen van zorgverlening de zogenoemde DBC-systematiek.¹⁴ De DBC-systematiek houdt in dat zorgaanbieders niet per verrichting declareren, maar per 'Diagnose Behandel Combinatie', oftewel per DBC. DBC's zijn zorgpakketten, opgebouwd uit verschillende zorgactiviteiten en de daarmee samenhangende kosten. Eén DBC staat voor de complete behandeling van een patiënt, welke behandeling in feite een samenstel van verschillende verrichtingen is. Voor alle diagnostiek, consulten, behandelingen, operaties, therapie, verzorging en opnames die een patiënt moet ondergaan, wordt door de zorgaanbieder uiteindelijk één DBC (of anders gezegd: het tarief dat is gekoppeld aan de betreffende DBC) gedeclareerd bij de zorgverzekeraar.

Op grond van art. 37 lid 1 van de Wet marktordening gezondheidszorg kan de Nederlandse Zorgautoriteit (NZa) regels vaststellen omtrent de wijze waarop en de voorwaarden waaronder de aan geneeskundige behandelingen verbonden kosten ('tarieven') in rekening worden gebracht. Op basis van de door de NZa vastgelegde declaratiebepalingen kan een zorgaanbieder verleende zorg declareren, nadat een DBC met betrekking tot de patiënt is afgesloten.¹⁵ Een DBC wordt afgesloten bij afsluiting of beëindiging van de behandeling, maar ook na verloop van een bepaalde termijn. Gedurende de looptijd van de DBC (een 'lopende DBC') ver-

13 Deze betaling wordt gekwalificeerd als een betaling door een derde als bedoeld in art. 6:30 BW.

14 De DBC-systematiek wordt gebruikt in de medisch specialistische zorg, geriatrie revalidatiezorg, gespecialiseerde ggz en de forensische zorg. Voor elke sector gelden eigen sectorspecifieke regels omtrent de DBC-systematiek. De bespreking daarvan laat ik in dit artikel achterwege.

15 Zie bijv. art. 4.2 van de Regeling declaratiebepalingen DBC-bedragen en overige bedragen medische specialistische zorg door of vanwege de zorginstelling.

leent de zorgaanbieder alle geneeskundige handelingen binnen de DBC aan de patiënt. De zorgaanbieder declareert zijn kosten, het tarief, pas nadat de DBC wordt afgesloten omdat de behandeling is afgerond of om een andere reden voor afsluiting.

Alle werkzaamheden die zijn verricht binnen een niet-afgesloten DBC worden beschouwd als onderhanden werk. Een vordering uit hoofde van onderhanden werk zou dus inhouden de tegenprestatie voor alle werkzaamheden die de zorgaanbieder binnen de lopende DBC heeft verricht. Gelet op de publiekrechtelijke regeling is het voor de zorgaanbieder niet mogelijk om het onderhanden werk onder een lopende DBC te declareren. De vraag die in het hierna te bespreken arrest *Famed/Kreikamp q.q.* aan de Hoge Raad werd voorgelegd, hield in of deze voorgeschreven wijze van declareren invloed heeft op het al dan niet ontstaan van de vordering uit hoofde van onderhanden werk.

Deze vraag is relevant voor de praktijk, omdat zorgaanbieders door de regulering genoodzaakt zijn de te verlenen zorg voor te financieren. In dat kader worden afspraken gemaakt tussen zorgaanbieder en zorgverzekeraar. Zorgaanbieder en zorgverzekeraar kunnen overeenkomen dat de zorgverzekeraar de zorg voorfinanciert, bijvoorbeeld door verstrekking van een voorschot, waarmee declaraties uit hoofde van afgeronde DBC's worden verrekend. Het is ook mogelijk dat de zorgaanbieder externe financiering aantrekt, waarbij de externe financier een zekerheidsrecht in de vorm van een pandrecht kan bedingen op alle bestaande en toekomstige vorderingen van de zorgaanbieder op de zorgverzekeraars, waaronder de vorderingen uit hoofde van onderhanden werk.

3.3 *Het arrest Famed/Kreikamp q.q.*

Famed is een financiële dienstverlener in de zorgsector. *Famed* verzorgt voor medische zorgaanbieders onder andere de facturatie en incasso van declaraties en doet de voorfinanciering van dergelijke declaraties. Zorgaanbieder *Better Life* maakte gebruik van de diensten van *Famed*. *Better Life* hield zich bezig met behandelingen van (jong)volwassenen en kinderen met ADHD, ADD, het syndroom van Asperger of PDD-NOS. Dit zijn doorgaans langdurige behandeltrajecten.

Better Life had ten behoeve van *Famed* een pandrecht gevestigd op al haar vorderingen. Op grond van de tussen *Famed* en *Better Life* van toepassing verklaarde algemene voorwaarden omvatten deze vorderingen onder meer het onderhanden werk, gedefinieerd als 'het totaal van de waarde van de geleverde zorg met betrekking tot DBC's vanaf de startdatum tot aan de einddatum (de afsluiting van de DBC)'.¹⁶

Better Life is op 12 maart 2013 failliet verklaard. Op dat moment had *Famed* een vordering van € 2.383.691 op *Better Life*. De waarde van het onderhanden werk bedroeg op faillissementsdatum € 1.265.697,93. Dit betekent dat onder lopende DBC's voor een bedrag van € 1.265.697,93 aan werkzaamheden was verricht, maar nog niet gedeclareerd omdat de betreffende DBC's nog niet waren afgesloten.

16 Zie r.o. 3.1 onder (iv).

M.R. van der Zee

Famed stelde zich op het standpunt dat zij een rechtsgeldig pandrecht had verkregen op de vordering van Better Life op de zorgverzekeraars uit hoofde van onderhanden werk. De curator van Better Life was daarentegen van oordeel dat op grond van art. 7:461 BW door de patiënten geen loon verschuldigd was aan Better Life, omdat het verzekerde behandelingen betrof waarop het DBC-systeem van toepassing was. Aangezien op grond van het DBC-systeem pas na afsluiting van de DBC kan worden gedeclareerd, bestaat volgens de curator tot die tijd geen vordering. Omdat Better Life voor de afsluiting van de DBC's is gefailleerd, zou Better Life geen vorderingen hebben verkregen op de zorgverzekeraars uit hoofde van onderhanden werk, die rechtsgeldig aan Famed konden zijn verpand.

Het gerechtshof volgde de stellingen van de curator van Better Life en oordeelde dat de vorderingen van Better Life op de zorgverzekeraars pas ontstonden na afsluiting van de DBC. Het gerechtshof oordeelde dat, aangezien Better Life en de zorgverzekeraars een werkwijze volgden die overeenstemde met de eisen van het DBC-systeem, waarbij ook het sluiten van de DBC voorwaarde is voor het kunnen declareren van de DBC, moet worden aangenomen dat de vorderingen van Better Life op de zorgverzekeraars ontstonden zodra aan deze voorwaarden was voldaan. De stelling van Famed dat al vóór het sluiten van de DBC een vordering op de zorgverzekeraar bestond, verdraagt zich volgens het gerechtshof niet met het DBC-systeem, waarvan niet kan worden afgeweken. Famed is in cassatie gegaan tegen het arrest van het gerechtshof.

De Hoge Raad neemt in zijn arrest de geneeskundige behandelingsovereenkomst als uitgangspunt, op grond waarvan de zorgaanbieder recht heeft op loon. De Hoge Raad overweegt dat noch ten aanzien van de overeenkomst van opdracht, noch ten aanzien van de geneeskundige behandelingsovereenkomst is geregeld op welk moment dat loon verschuldigd wordt. Onder verwijzing naar de parlementaire geschiedenis van Boek 7 BW overweegt de Hoge Raad dat uit de aard van de overeenkomst van opdracht voortvloeit dat de vordering tot betaling van loon (behoudens andersluidende partijafpraak) ontstaat nadat de overeengekomen werkzaamheden zijn verricht. Indien de opdracht behelst dat gedurende langere tijd werkzaamheden worden verricht, of de opdracht betrekking heeft op werkzaamheden die uit meerdere onderdelen bestaan, kan dat meebrengen dat tussentijds, dat wil zeggen voordat de opdracht geheel is uitgevoerd, loonaanspraken ontstaan.¹⁷

In de memorie van toelichting bij art. 7:461 BW, inzake de geneeskundige behandelingsovereenkomst, staat opgenomen dat de verschuldigdheid van loon veelal zal bestaan zodra de overeengekomen handeling is verricht. Bij langdurige behandelingen zal tijdens de uitvoering van de overeenkomsten meermalen loon verschuldigd kunnen zijn. Voorts staat opgenomen dat hulpverlener en opdrachtgever bij het aangaan van de behandelingsovereenkomst veelal geen afspraken zullen maken over het te betalen loon. Onder verwijzing naar deze toelichting overweegt de Hoge Raad dat de wetgever ook ten aanzien van de geneeskundige

¹⁷ Zie r.o. 3.5.3.

behandelingsovereenkomst geen algemene regel heeft willen geven met betrekking tot het moment waarop loon verschuldigd is onder die overeenkomst en niet heeft willen uitsluiten dat bij langdurige behandelingen tussentijds loon verschuldigd zal kunnen zijn.¹⁸

Op de vraag of en op welk moment onder de geneeskundige behandelingsovereenkomst loon verschuldigd is, oordeelt de Hoge Raad het volgende:¹⁹

‘Gelet op de aard van de geneeskundige behandelingsovereenkomst (zie hiervoor in 3.5.1) en hetgeen blijkt uit het stelsel van de wet en de wetsgeschiedenis (zie hiervoor in 3.5.2-3.5.4), brengt een redelijke toepassing van artikel 7:461 BW mee dat ingeval in het kader van een geneeskundige behandelingsovereenkomst meerdere, als zodanig identificeerbare en op geld waardeerbare deelprestaties kunnen worden aangewezen, na verrichting van elk van die deelprestaties een daarmee corresponderende vordering tot betaling van loon ontstaat, tenzij partijen anders zijn overeengekomen. Ingeval voor de desbetreffende geneeskundige behandeling een DBC-regeling geldt, staat die omstandigheid er niet aan in de weg dat aldus, gedurende het DBC-traject, tussentijds loonvorderingen ontstaan. De DBC-regeling bepaalt immers met name de hoogte en declaratiewijze van het tarief van een prestatie, maar heeft geen invloed op het ontstaan van de vordering ter zake (zie hiervoor 3.4.5). De DBC-regeling komt in dit verband echter wel een andere betekenis toe. Zoals hiervoor in 3.4.4 is overwogen, golden krachtens die regeling in de voor deze zaak relevante periode tariefbeschikkingen waarin tarieven voor diverse deelprestaties werden onderscheiden. Die deelprestaties met bijbehorende tarieven zijn binnen een geneeskundige behandelingsovereenkomst aan te merken als identificeerbare en op geld waardeerbare deelprestaties als zojuist bedoeld. Ter beantwoording van de vraag of en op welk moment gedurende een DBC-traject loon verschuldigd wordt, moet dus worden aangesloten bij de binnen dat systeem aangewezen deelprestaties voor zover deze zijn voltooid.’

Het oordeel van de Hoge Raad komt aldus erop neer dat, voor zover uit hoofde van de geneeskundige behandelingsovereenkomst meerdere, afzonderlijk identificeerbare en op geld waardeerbare deelprestaties kunnen worden aangewezen, de loonvordering ontstaat nadat zo'n deelprestatie wordt verricht. Het DBC-systeem heeft geen invloed op het ontstaan van de verschillende deelprestaties, maar is wel van belang bij de identificatie van de verschillende deelprestaties. Daarvoor dient, volgens de Hoge Raad, namelijk te worden aangesloten bij de tariefbeschikkingen waarin de verschillende deelprestaties met bijbehorend tarief worden bepaald.

18 Zie r.o. 3.5.4.

19 Zie r.o. 3.5.5.

M.R. van der Zee

3.4 *Verpanding van onderhanden werk onder de geneeskundige behandelingsovereenkomst*

Voor het ontstaan van tussentijdse vorderingen uit hoofde van onderhanden werk onder de geneeskundige behandelingsovereenkomst is derhalve bepalend of afzonderlijk identificeerbare en op geld waardeerbare deelprestaties onder die overeenkomst zijn afgerond. Bij de identificatie van de deelprestaties kan worden aangesloten bij het DBC-systeem. Na afronding van een deelprestatie wordt de tegenprestatie verschuldigd. Dat de tegenprestatie pas na afsluiting van de DBC kan worden gedeclareerd, doet niets af aan het ontstaan van de vordering. Dit betekent dat onder de geneeskundige behandelingsovereenkomst vorderingen uit hoofde van onderhanden werk kunnen ontstaan en dat deze vorderingen rechts-geldig kunnen worden verpand.

Daarbij merk ik op dat, zolang de DBC niet is afgerond, de (verpande) vordering uit hoofde van onderhanden werk nog niet opeisbaar is. Indien zich echter een faillissement van een zorgaanbieder voordoet, bestaat – na goedkeuring van de NZa – de mogelijkheid van een harde afsluiting van de lopende DBC's.²⁰ Dit betekent dat de op faillissementsdatum lopende DBC's worden afgesloten per de datum van de harde afsluiting. Door de harde afsluiting worden de vorderingen uit hoofde van onderhanden werk opeisbaar.

4 **Verpanding van onderhanden werk onder de aannemingsovereenkomst**

4.1 *Onderhanden werk onder de aannemingsovereenkomst*

Waar onder de geneeskundige behandelingsovereenkomst het onderhanden werk kan worden gezien als werkzaamheden die zijn verricht na opening, maar voor afsluiting van een DBC, bestaat met betrekking tot de overeenkomst tot aanneming van werk het onderhanden werk uit alle werkzaamheden die de aannemer voor afronding van het werk heeft verricht. De overeenkomst tot aanneming van werk houdt, ingevolge art. 7:750 lid 1 BW, in dat de ene partij, de aannemer, zich jegens de andere partij, de opdrachtgever, verbindt om buiten dienstbetrekking een werk van stoffelijke aard tot stand te brengen en op te leveren tegen een door de opdrachtgever te betalen prijs in geld. In het algemeen wordt aangenomen dat deze betalingsverplichting van de opdrachtgever pas ontstaat op het moment dat het werk waartoe de overeenkomst verplicht, tot stand is gebracht en is opgeleverd.²¹ Dit lijkt slechts uitzondering indien partijen anders overeenkomen. In de praktijk wordt vaak afgesproken dat de betaling zal geschieden in termijnen, waarbij het tijdstip van de verschuldigdheid van de onderscheiden termijn wordt gekoppeld aan het bereiken van een bepaalde stand van het werk.²²

20 Een harde afsluiting heeft onder andere plaatsgevonden bij de faillissementen van zorginstellingen Ruwaard van Putten Ziekenhuis en De Sionsberg (Pasana Cure).

21 Zie Asser/Van den Berg 7-VI 2017/157, waar wordt verwezen naar W.A.M. Cremers, Bouwrecht, Arnhem: Gouda Quint 1931, p. 170 en naar Asser/Kortmann, De Leede & Thunnissen 5-III 1994/607.

22 Asser/Van den Berg 7-VI 2017/157.

Op 2 december 2016 heeft de Hoge Raad twee arresten gewezen waar sprake was van niet-afgeronde overeenkomsten van aanneming van werk, op grond waarvan de gefailleerde aannemers reeds werkzaamheden hadden verricht, maar waarvoor de wederpartij (nog) niet geheel had betaald.²³ Hoewel beide arresten zagen op de uitleg van art. 37 Fw, zijn deze arresten naar mijn mening ook van belang voor de vraag of een vordering uit hoofde van onderhanden werk onder de aannemings-overeenkomst kan worden verpand. Alvorens de arresten te bespreken, zal ik eerst kort ingaan op art. 37 Fw.

4.2 Art. 37 Fw – wederkerige overeenkomsten in faillissement

Art. 37 Fw treft een regeling voor wederkerige overeenkomsten die op het moment van faillissement nog niet (geheel) zijn nagekomen door zowel de gefailleerde als zijn wederpartij. Vast uitgangspunt in faillissement is immers dat het faillissement op zichzelf geen invloed heeft op lopende, wederkerige overeenkomsten. Om de onzekerheid bij de wederpartij van de gefailleerde weg te nemen over het lot van de overeenkomst na het faillissement geeft art. 37 Fw aan de wederpartij, indien zij een wederkerige overeenkomst heeft gesloten met de gefailleerde en die overeenkomst op het moment van faillissement nog niet (geheel) is nagekomen door de schuldenaar en haarzelf, de mogelijkheid om de curator een termijn te stellen, waarbinnen hij moet verklaren of hij de overeenkomst al dan niet gestand doet. Verklaart de curator zich bereid de overeenkomst gestand te doen, dan is de curator op grond van art. 37 lid 2 Fw verplicht zekerheid voor de nakoming te stellen. Verklaart de curator zich niet bereid de overeenkomst gestand te doen, dan bepaalt het artikel dat de curator het recht verliest nakoming van de overeenkomst te vorderen.

Indien de curator zich niet bereid verklaart de overeenkomst gestand te doen, kan de wederpartij de overeenkomst conform art. 6:265 BW (gedeeltelijk) ontbinden en ontstaan op grond van art. 6:271 BW ongedaanmakingsverbintenissen. Voor zover de aard van de prestatie uitsluit dat zij ongedaan wordt gemaakt, treedt ingevolge art. 6:272 BW daarvoor een vergoeding in de plaats. Voor zover de gefailleerde aannemer onderhanden werk heeft verricht en de wederpartij de overeenkomst ontbindt, ontstaat op grond van art. 6:272 BW op dat moment een vordering tot vergoeding van de waarde van het onderhanden werk. Deze vordering valt onbezwaard in de boedel, en is niet bezwaard met het pandrecht van de pandhouder.

4.3 Arresten Hoge Raad van 2 december 2016

In beide casussen die ten grondslag liggen aan de arresten van 2 december 2016 had de curator van de gefailleerde aannemer verklaard de overeenkomst niet gestand te doen, maar had de wederpartij de overeenkomst niet ontbonden. Er ontstonden derhalve geen ongedaanmakingsverbintenissen (ex art. 6:271 BW) dan wel waardevergoedingsverbintenissen (ex art. 6:272 BW). De curator drong aan op betaling van de werkzaamheden die de gefailleerde vóór faillissementsda-

²³ HR 2 december 2016, NJ 2017/19 (De Krom c.s./Logtestijn) en HR 2 december 2016, NJ 2017/20 (Poot c.s./Peters q.q.).

M.R. van der Zee

tum had verricht. De wederpartij weigerde te betalen met een beroep op de letterlijke tekst van art. 37 Fw: de curator had door niet-gestanddoening zijn recht op nakoming verloren.

De vraag die in beide arresten aan de Hoge Raad is voorgelegd, is of – en zo ja, op welke grondslag – de curator alsnog een vergoeding kan vorderen van de wederpartij voor de prestaties die de gefailleerde al voor faillissementsdatum heeft verricht, ondanks de niet-gestanddoening. De Hoge Raad overweegt in beide arresten dat de in art. 37 lid 1 Fw bedoelde verklaring van de curator dat hij niet zal nakomen, niet tot gevolg heeft dat de curator ook het recht verliest om van de wederpartij de tegenprestaties te vorderen die op grond van de overeenkomst verschuldigd zijn geworden doordat de gefailleerde reeds vóór het faillissement één of meer prestaties heeft verricht. De Hoge Raad vervolgt dat dit ook niet te rechtvaardigen zou zijn, nu het gaat om een bate die, als tegenprestatie voor een reeds verrichte prestatie, de boedel zonder meer toekomt. Het in art. 37 Fw bedoelde verlies van het recht van de curator op nakoming heeft dan ook alleen betrekking op de door de wederpartij te verrichten prestaties waarvoor de tegenprestatie door de gefailleerde nog verricht moet worden.²⁴

Op grond van deze rechtsoverweging kan aldus worden geconcludeerd dat de curator zijn recht op nakoming niet geheel verliest. Maar op welke grondslag kan de curator betaling vorderen? Kan hieruit tevens worden geconcludeerd dat een vordering uit hoofde van onderhanden werk bestaat waarvan de curator nakoming kan vorderen, of moet betaling op een andere grondslag worden gebaseerd?

In het arrest *Poot c.s./Peters q.q.*²⁵ had het hof vastgesteld dat de overeenkomst door partijen was opgedeeld in verschillende tegenover elkaar staande deelprestaties, namelijk diverse bouwwerkzaamheden en termijnen van de aanneemsom. Het hof had tevens vastgesteld dat, gelet op de door gefailleerde vóór faillissement verrichte werkzaamheden, de wederpartij van de gefailleerde 20% van het te betalen bedrag voor de werkzaamheden reeds verschuldigd was geworden vóór faillissementsdatum. De Hoge Raad oordeelt dat het hof vervolgens terecht heeft geoordeeld dat de curator, ook na niet-gestanddoening, betaling van de wederpartij kon vorderen.²⁶ Dit arrest geeft de curator dus de mogelijkheid een vordering uit hoofde van onderhanden werk te innen, als op basis van de overeenkomst tegenover elkaar staande ‘deelprestaties’ kunnen worden aangewezen, de gefailleerde vóór faillissementsdatum één of meer deelprestaties heeft verricht en de wederpartij nog niet de daartegenover staande deelprestatie.²⁷ Uit dit oordeel lijkt te volgen dat, voor zover partijen overeenkomen dat de tegenprestatie voor onderhanden werk tussentijds verschuldigd wordt, nakoming kan worden gevorderd en derhalve vorderingen uit hoofde van onderhanden werk ontstaan. Dit betekent eveneens dat deze vordering uit hoofde van onderhanden werk rechts-

24 Zie HR 2 december 2016, NJ 2017/19 (*De Krom c.s./Logtestijn q.q.*), r.o. 3.5.3 en HR 2 december 2016, NJ 2017/20 (*Poot c.s./Peters q.q.*), r.o. 3.4.4.

25 HR 2 december 2016, NJ 2017/20 (*Poot c.s./Peters q.q.*).

26 Zie HR 2 december 2016, NJ 2017/20 (*Poot c.s./Peters q.q.*), r.o. 3.4.6.

27 Zie nrs. 4-6 van de noot van F.M.J. Verstijlen bij NJ 2017/20 (*Poot c.s./Peters q.q.*).

geldig is verpand, voor zover de deelprestatie is verricht voor faillissementsdatum. Voor zover de overeenkomst dus de mogelijkheid van tussentijdse verschuldigheid van deelprestaties biedt, kunnen de daartegenover staande vorderingen uit hoofde van onderhanden werk worden verpand.

In het arrest *De Krom c.s./Logtestijn q.q.*²⁸ was juist overeengekomen dat de tegenprestatie van de wederpartij verschuldigd werd nadat de aannemer zijn prestatie onder de overeenkomst geheel had afgerond. Voor een zodanig geval oordeelt de Hoge Raad dat 'reeds de inhoud van de overeenkomst mee[brengt] dat, vanwege het niet voltooid zijn van de prestatie door de gefailleerde, de tegenprestatie niet door de wederpartij verschuldigd is geworden'.²⁹ De curator kan volgens de Hoge Raad dan ook geen betaling voor de verrichte werkzaamheden verrichten. Dit betekent mijns inziens eveneens dat, ongeacht of deelprestaties kunnen worden geïdentificeerd op basis van de overeenkomst tot aanneming van werk, geen vorderingen uit hoofde van onderhanden werk ontstaan. Verpanding van onderhanden werk treft in die situatie derhalve geen doel.

Als remedie voor de curator wijst de Hoge Raad op de mogelijkheid om, in beginsel, jegens de wederpartij een vordering in te stellen uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking met betrekking tot het verrichte gedeelte van de prestatie.³⁰ De Hoge Raad voegt daaraan toe dat de inhoud van de overeenkomst in de weg kan staan aan deze vordering uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking, namelijk wanneer de inhoud van de overeenkomst een zodanige vordering uitsluit of wanneer deze een rechtvaardiging bevat voor de aan de orde zijnde vermogensverschuiving. Het enkele feit dat de overeenkomst inhoudt dat de tegenprestatie voor een prestatie eerst verschuldigd wordt na voltooiing van die prestatie, sluit een vordering uit ongerechtvaardigde verrijking echter niet uit. Dat is volgens de Hoge Raad anders indien de overeenkomst niet slechts ertoe strekt het tijdstip van opeisbaarheid van de tegenprestatie te regelen, maar (ook) ertoe strekt dat bij het niet volledig voltooid zijn van de desbetreffende prestatie geen vergoeding door de wederpartij verschuldigd is.³¹

Deze toevoeging van de Hoge Raad baat de pandhouder met een pandrecht op onderhanden werk echter niet. Indien een pandrecht is gevestigd op het onderhanden werk, of op alle vorderingen die de aannemer heeft of zal verkrijgen op de wederpartij, dan voorkomt ook hier art. 35 lid 2 Fw dat een pandrecht wordt gevestigd op de vordering uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking. Deze vordering ontstaat immers pas na faillietverklaring, omdat op dat moment pas aan alle ontstaansvereisten voor de vordering is voldaan. Voor het faillissement zal door uitvoering van de werkzaamheden wellicht sprake zijn van verrijking, maar deze verrijking is nog niet 'ongerechtvaardigd'. Het ongerechtvaardigde karakter van de verrijking ontstaat pas met de verklaring van de curator tot nietgestanddoening. Dan komt immers vast te staan dat de betalingsverplichting

28 HR 2 december 2016, NJ 2017/19 (*De Krom c.s./Logtestijn q.q.*).

29 Zie HR 2 december 2016, NJ 2017/19 (*De Krom c.s./Logtestijn q.q.*), r.o. 3.6.1.

30 Zie HR 2 december 2016, NJ 2017/19 (*De Krom c.s./Logtestijn q.q.*), r.o. 3.6.3.

31 Zie HR 2 december 2016, NJ 2017/19 (*De Krom c.s./Logtestijn q.q.*), r.o. 3.6.4.

M.R. van der Zee

tegenover de verrijking niet zal ontstaan.³² Dit betekent dat de vordering tot waardevergoeding voor het verrichte onderhanden werk onbezwaard in de boedel valt.

4.4 Verpanding van de vordering uit hoofde van onderhanden werk onder de aannemingsovereenkomst

Op basis van de arresten van 2 december 2016 kan met betrekking tot de overeenkomst tot aanneming van werk worden geconcludeerd dat de verpanding van vorderingen uit hoofde van onderhanden werk rechtsgeldig kan plaatsvinden als partijen tegenover elkaar staande deelprestaties zijn overeengekomen die tussentijds verschuldigd worden. Voor zover die deelprestaties voor faillissementsdatum verschuldigd zijn geworden, is een vordering uit hoofde van onderhanden werk reeds ontstaan en (mits aan de overige vereisten is voldaan) rechtsgeldig verpand. Zijn partijen daarentegen overeengekomen dat de tegenprestatie pas na voltooiing van het werk verschuldigd wordt, dan kunnen de werkzaamheden niet tussentijds worden afgerekend, waaruit kan worden geconcludeerd dat geen vorderingen uit hoofde van onderhanden werk ontstaan, en dat evenmin verpanding kan plaatsvinden.

Doorgaans zullen partijen afspraken maken over het verschuldigd raken van de tegenprestatie voor de werkzaamheden: in het geheel bij oplevering van het werk of al tussentijds na het voltooiën van deelprestaties. Indien partijen echter niets afspreken, bijvoorbeeld slechts een prijs voor de werkzaamheden, kan worden afgevraagd of verpandbare vorderingen uit hoofde van onderhanden werk ontstaan.

In dat geval kan worden aangesloten bij het algemene uitgangspunt dat de betalingsverplichting pas ontstaat na oplevering van het werk. Strikte toepassing van dit uitgangspunt zou betekenen dat verpanding van onderhanden werk niet mogelijk is, omdat de vordering pas ontstaat bij oplevering: er ontstaan geen vorderingen uit hoofde van onderhanden werk.

Er zou daarentegen ook een parallel kunnen worden getrokken met het oordeel van de Hoge Raad inzake de geneeskundige behandelingsovereenkomst in het arrest *Famed/Kreikamp q.q.* Oftewel, als onder de overeenkomst afzonderlijk identificeerbare en op geld waardeerbare deelprestaties kunnen worden aangewezen (ongeacht of deelprestaties zijn overeengekomen en gedurende de looptijd verschuldigd worden), dan ontstaat na verrichting van een deelprestatie een daarmee corresponderende vordering tot betaling van een prijs. Dit zou betekenen dat ook onder de overeenkomst tot aanneming van werk verpandbare vorderingen uit hoofde van onderhanden werk bestaan. Deze parallel gaat echter al niet op als partijen afspreken dat de prijs verschuldigd is bij de oplevering. Voor die situatie zal moeten worden aangesloten bij het arrest *De Krom c.s./Logtestijn q.q.*

³² Zie ook F.M.J. Verstijlen in zijn noot onder NJ 2017/19 (*De Krom c.s./Logtestijn q.q.*).

5 Conclusie

Of een pandrecht op het onderhanden werk in faillissement rechtsgeldig tot stand is gekomen, is afhankelijk van het ontstaansmoment van de vordering uit hoofde van het onderhanden werk. Dit ontstaansmoment verschilt naargelang de aard van de overeenkomst en hetgeen partijen zijn overeengekomen omtrent de verschuldigheid van de tegenprestatie voor het onderhanden werk. Het is eveneens mogelijk dat in het geheel geen vorderingen uit hoofde van onderhanden werk onder de betreffende overeenkomst ontstaan. Een gevestigd pandrecht zal – met betrekking tot het onderhanden werk – in een dergelijk geval geen doel treffen.

Voor vorderingen uit hoofde van onderhanden werk onder de geneeskundige behandelingsovereenkomst kan na het arrest Famed/Kreikamp q.q. worden geconcludeerd dat – voor zover afzonderlijke deelprestaties kunnen worden geïdentificeerd – tegenprestaties verschuldigd raken en derhalve verpandbare vorderingen uit hoofde van onderhanden werk ontstaan. Dit is daarentegen niet vanzelfsprekend voor vorderingen uit hoofde van onderhanden werk onder een overeenkomst tot aanneming van werk. Of een verpandbare vordering uit hoofde van onderhanden werk ontstaat, hangt af van hetgeen partijen zijn overeengekomen omtrent de verschuldigheid van de tegenprestatie. Indien daarover niets is overeengekomen, zou mijns inziens een parallel kunnen worden getrokken met het oordeel van de Hoge Raad in het arrest Famed/Kreikamp q.q., ook al ziet dat arrest op de geneeskundige behandelingsovereenkomst en niet op de overeenkomst tot aanneming van werk.

Indien een financier een pandrecht op onderhanden werk wenst te verkrijgen, althans op de vorderingen uit hoofde van het onderhanden werk, is het te adviseren de onderliggende overeenkomst waaruit de vorderingen uit hoofde van het onderhanden werk zullen moeten voortkomen, nauwkeurig te bestuderen op het ontstaansmoment van die vorderingen. Zijn er deelprestaties te identificeren en is de opdrachtgever zijn tegenprestatie daarvoor tussentijds verschuldigd? Om zijn positie, juist in een faillissementssituatie, zeker te stellen zal de pandhouder er alert op moeten zijn dat op grond van de onderliggende overeenkomst ook daadwerkelijk vorderingen uit hoofde van onderhanden werk ontstaan.