

De curator en het (pand)recht op onderhanden werk

Mr Mart J.M Franken¹

Dit artikel is verschenen in de INSOLAD Congresbundel 2011 "De Ondernemende Curator", uitgegeven door Uitgeverij Kluwer B.V (ISBN 9789013097818)

Inleiding

In het faillissement van een ondernemer kan de curator te maken krijgen met het "onderhanden werk" van de betreffende onderneming. Verschillende vragen dienen zich dan aan. Wat is eigenlijk onderhanden werk? Wat dient te worden verstaan onder "het recht" op onderhanden werk? Kan onderhanden werk onderdeel uitmaken van de zekerheidspositie van de financier? Kortom, hoe kunnen we het onderhanden werk nader duiden. In dit artikel zal daartoe een poging worden gedaan.

Wat is onderhanden werk?

In de wet komt dit begrip tweemaal voor:

- a. Artikel 2:369 BW, behorende tot titel 9 van het BW en regelende de jaarrekening en het jaarverslag, bepaalt dat onder de tot de vlottende activa behorende voorraden afzonderlijk worden opgenomen: (a) grond- en hulpstoffen, (b) *onderhanden werk*, (c) gereed product en handelsgoederen, (d) vooruitbetalingen op voorraden. Er wordt verder geen definitie van het onderhanden werk begrip gegeven.
- b. Artikel 3:29b van de Wet Inkomstenbelasting 2001 zegt dat de waardering van *onderhanden werk* wordt gesteld op het gedeelte van de overeengekomen vergoeding voor het aangenomen werk, dat is toe te rekenen aan dat onderhanden werk. Lid 2 bepaalt dat het eerste lid van overeenkomstige toepassing is met betrekking tot *onderhanden opdrachten*. Ook deze wet geeft geen nadere definitie.

Jaarrekeningrechtelijk wordt het begrip nader uitgewerkt en gedefinieerd in "accountants-regelgeving":

- a. IAS 11² geeft een definitie van *onderhanden project*. Dat is dan een in opdracht van derden specifiek onderhandelde overeenkomst voor de constructie van een actief of combinatie van activa.³
- b. RJ 221.105⁴ geeft evenzeer een definitie van het begrip *onderhanden project*, zijnde: een project dat is overeengekomen met een derde, voor de constructie van een actief of combinatie van activa, waarbij de uitvoering zich gewoonlijk uitstrekt over meer dan één verslagperiode.

¹ Advocaat bij Van Iersel Luchtman Advocaten te Breda.

² International Accounting Standard regelgeving, opgesteld door The International Accounting Standard Board (IASB), een onafhankelijk internationaal orgaan belast met het opzetten van standaarden ten behoeve van jaarrekeningen.

³ Het kan dan gaan om zowel een contract tegen vaste prijs als een zogeheten kostprijs-plus-contract, waarbij in regie wordt gewerkt.

⁴ RJ staat voor Richtlijnen voor de Jaarverslaggeving, zoals deze zijn opgesteld door de Raad voor de Jaarverslaggeving, die richtlijnen uitvaardigt, waaraan Nederlandse bedrijven zich in hun externe verslaggeving zouden moeten houden.

Het in de fiscale wetgeving gehanteerde begrip onderhanden werk wordt niet in verdere regelgeving geduid, maar in jurisprudentie van de fiscale rechter wordt daaraan wel nader inhoud gegeven. Voor de fiscale rechter⁵ is vooral het onderscheid tussen voorraad en onderhanden werk van belang. Doorslaggevend daarbij is of iets voor eigen rekening wordt geproduceerd (dan is het voorraad gereed product of half-fabriekaat) of dat iets geproduceerd wordt in opdracht van een afnemer, in welk geval de definitie “onderhanden werk” toepasselijk is.

Zoals blijkt is zowel jaarrekeningrechtelijk als fiscaal het dragende criterium voor onderhanden werk dat het gaat om activiteiten *in opdracht van derden*. Het produceren ten behoeve van de eigen voorraad hoort daar niet toe. Daarnaast moeten we ons realiseren dat het zowel in het jaarrekeningrecht als in fiscalibus vooral gaat om waarderingsproblematiek. De verschillende soorten vlottende activa kennen hun eigen waarderingsvoorschriften en daarom is het van belang deze verschillende categorieën te onderscheiden. Bedacht dient tevens te worden dat het bij dergelijke waarderingsproblematiek uitsluitend gaat om *reeds verrichte* activiteiten. Werkzaamheden die nog verricht moeten worden blijven buiten de waardering. De duiding van het onderhanden werk begrip wordt in fiscaal- en jaarrekeningrechtelijke zin dus vooral gevoed door enerzijds het onderscheid tussen de verschillende soorten vlottende activa en anderzijds het gegeven dat het gaat om waardering van werkzaamheden die al hebben plaatsgevonden.

Ik zou menen dat in een faillissementsrechtelijke context een andere definitie van het begrip onderhanden werk gehanteerd zou kunnen worden. Het criterium van de *opdracht van een derde* is daartoe wel relevant, maar het gaat bij een juridische afbakening niet primair om de bedrijfseconomische of fiscale waardering, terwijl die ook niet beperkt hoeft te worden tot de al daadwerkelijk verrichte werkzaamheden.

Ik doe dan de navolgende poging tot een definitie, althans ingeval van 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.

Ter toelichting op deze poging tot een definitie wordt het volgende opgemerkt:

- a. Het lijkt wellicht wat op hetgeen in artikel 37 Fw is geformuleerd, maar verschilt daarvan op diverse wijzen:
 - In artikel 37 Fw gaat het om overeenkomsten, die zowel aan de kant van de gefailleerde als aan de kant van zijn wederpartij niet of slechts gedeeltelijk zijn nagekomen, terwijl de hiervoor geformuleerde definitie van onderhanden werk kan inhouden dat de wederpartij van de gefailleerde al integraal heeft (vooruit) betaald en slechts de gefailleerde nog het nodige moet doen.⁶
 - Het gaat in de betreffende definitie slechts om wederkerige overeenkomsten, waarbij gefailleerde optreedt als verkoper respectievelijk aannemer of opdrachtnemer van zijn wederpartij. Het gaat dus niet om die overeenkomsten –

⁵ Hoge Raad 17 april 1957, BNB 1957/238; Hoge Raad 29 november 1989, BNB 1990/38; Hof 's-Hertogenbosch 17 juni 1987, BNB 1988/313.

⁶ In een dergelijke geval heeft het onderhanden werk vanuit de boedel gezien geen waarde meer en zal een curator natuurlijk niet snel geneigd zijn de overeenkomst na te (doen) komen.

ook vallend onder de artikel 37 Fw – waarbij gefailleerde zelf optrad als koper/principaal of opdrachtgever.

- Voorts ligt er een beperking in de formulering *in het kader van zijn normale en gebruikelijke bedrijfsvoering*. In deze omschrijving van onderhanden werk gaat het om de normale ondernemingsactiviteiten. Als een aannemersbedrijf een overbodige bedrijfsauto aan een handelaar heeft verkocht, dan wordt dit geacht niet onder begrip onderhanden werk te vallen.⁷
- b. De gegeven omschrijving is wel ruimer dan die in fiscaal- of jaarrekeningrechtelijke zin.
- In fiscaal- of jaarrekeningrechtelijke zin ligt er de beperking tot *reeds verrichte werkzaamheden*. In mijn omschrijving valt hetgeen reeds door gefailleerde is gedaan, maar nog niet aan de klant is uitgeleverd, natuurlijk ook onder het begrip onderhanden werk. Daarnaast evenwel vallen ook alle werkzaamheden, die door gefailleerde in het kader van de betreffende wederkerige overeenkomst nog verricht zouden moeten worden, eveneens onder die omschrijving.
 - Bovendien lijkt het er op dat fiscaal- en jaarrekeningrechtelijk het begrip beperkt zou moeten worden tot opdracht of aanneming van werk. In mijn gedachte zouden ook gesloten koopovereenkomsten daaronder kunnen vallen.

Het kan dus zowel gaan om overeenkomsten van koop/verkoop, om overeenkomsten tot aanneming van werk dan wel overeenkomsten tot opdracht of wellicht sui-generis-overeenkomsten, waarbij gefailleerde optreedt als de verkoper/aannemer/opdrachtnemer en zijn wederpartij als de betalende afnemer van de betreffende goederen of diensten. In feite, en kort gezegd, kan het onderhanden werk gekarakteriseerd worden als de *orderportefeuille* of de *lopende orders* van gefailleerde, voor zover belichaamd in gesloten overeenkomsten (onverschillig wat voor soort overeenkomst daaraan ten grondslag ligt) en voor zover gefailleerde nog (geheel of ten dele) aan zijn verplichtingen ter zake dient te voldoen. Voorbeelden van dergelijk onderhanden werk zijn:

- gefailleerde heeft aan een afnemer zaken verkocht, die hij nog dient te leveren. Het maakt daarbij niet uit of gefailleerde die al op voorraad heeft liggen, nog moet produceren of nog moet inkopen;
- gefailleerde heeft in het kader van aanneming van werk op zich genomen een gebouw (of machine) te vervaardigen dat nog niet af is;
- als makelaar heeft gefailleerde opdracht gekregen om te bemiddelen bij de verkoop van iemands huis;
- de notaris heeft op zich genomen werkzaamheden te verrichten in het kader van een nalatenschap of ten aanzien van het oprichten van een besloten vennootschap.

Wat is het recht op/uit onderhanden werk?

Het belangrijkste recht wordt gevormd door het recht van de gefailleerde op de met zijn wederpartij afgesproken prijs, voor zover die nog onvoldaan is. Een vorderingsrecht derhalve. Daarnaast zal, onder omstandigheden, er ook een mogelijkheid kunnen bestaan om alle rechten en verplichtingen uit de betreffende overeenkomst aan een derde over te

⁷ Hoewel je hierover wellicht ook anders zou kunnen oordelen.

dragen (contractsoverdracht). De curator kan dus, kort gezegd, óf de order afmaken óf trachten die te verkopen, bijvoorbeeld in het kader van een doorstart.⁸

De boedel kan het vorderingsrecht jegens de wederpartij uitoefenen, mits de boedel er voor zorgt dat die wederpartij de overeengekomen prestatie krijgt geleverd. Dit heeft de boedel in beginsel zelf in de hand. De door de gefailleerde vóór het faillissement gesloten overeenkomst blijft immers na faillietverklaring in stand en als de curator, al dan niet na daartoe krachtens artikel 37 Fw door de wederpartij te zijn uitgenodigd, zich bereid verklaart de overeenkomst gestand doen (en daartoe eventueel zekerheid stelt) en vervolgens ook daadwerkelijk de overgekomen prestatie levert, dient de wederpartij te betalen. Als uitgangspunt heeft te gelden dat de wederpartij niet van de overeenkomst af kan. Deze heeft te accepteren dat de boedel de afgesproken prestatie nakomt, waarna men tot betaling gehouden is. Dat is slechts anders, indien bij de overeenkomst uitdrukkelijk is bedongen dat de wederpartij bij faillissement gerechtigd is de overeenkomst te beëindigen.⁹ De boedel heeft dus zowel het “recht” om het onderhanden werk af te maken/te leveren als het recht om vervolgens de overeengekomen prijs te incasseren.

Indien de curator het onderhanden werk niet in de boedel wil of kan afmaken, maar (bijvoorbeeld in het kader van een doorstart) aan een derde wenst over te dragen, is hij in beginsel wel afhankelijk van de medewerking van de wederpartij/klant. Immers, krachtens artikel 6:159 BW is voor contractsovername, waarbij de rechten en verplichtingen op een derde overgaan, niet alleen een (nieuwe) overeenkomst met deze overnemende derde nodig, maar ook de medewerking van de wederpartij bij de oorspronkelijke overeenkomst noodzakelijk. Een dergelijke medewerking is niet (meer) aan de orde als de wederpartij bij de overeenkomst bij voorbaat zijn toestemming heeft gegeven tot zo'n contractsovername. Artikel 6:156 BW zegt dat het dan voldoende is dat deze wederpartij van deze overdracht kennis neemt. Overgang van de rechten en verplichtingen vindt dan plaats zodra die wederpartij daarvan kennis heeft gekregen. Wil de curator dus onderhanden werk aan derden overdragen dan is hij afhankelijk van de toestemming/medewerking (bij voorbaat of tijdens faillissement) van de betreffende klant. Is die er niet dan kan hij een dergelijke contractsoverdracht niet uitvoeren.¹⁰

Geconfronteerd met onderhanden werk kan de curator dus, als uitgangspunt, besluiten tot nakoming en, onder omstandigheden, ook tot overdracht daarvan aan een derde.

Is een pandrecht op het onderhanden werk mogelijk?

De vraag laat zich stellen of op de rechten op/uit onderhanden werk pandrecht gevestigd kan worden.

In de financieringspraktijk pogen banken dat regelmatig te doen. In voorkomende gevallen pleegt de ABN Amro bank een pandrecht te bedingen op “een huidig en toekomstig

⁸ Daarnaast kan de curator natuurlijk trachten hetgeen daadwerkelijk al geproduceerd is, voor zo ver de boedel daarop rechthebbende is, te gelde te maken, indien en voor zo ver de overeenkomst door hem niet wordt of kan worden nagekomen of een verkoop van het onderhanden werk project in het kader van een doorstart niet mogelijk is, daarbij zo nodig rekening houdend met een mogelijk pandrecht van derden op de betreffende geproduceerde goederen. Doch dit element blijft hierna in beginsel buiten beschouwing.

⁹ Of artikel 37 lid 3 Fw (bedongen persoonlijk te verrichten handelingen) toepasselijk is.

¹⁰ In die gevallen pleegt de curator met de overnemende partij/doorstarter af te spreken dat in de relatie tot de wederpartij de boedel de overeenkomst nakomt, maar dat de daarmee feitelijk gemoeide werkzaamheden door de overnemende partij worden verricht.

Onderhanden Werk”, waarbij in de Algemene Bepalingen van Verpanding van deze bank¹¹ het Onderhanden Werk wordt gedefinieerd als:

Vorderingen wegens onderhanden werk uit hoofde van een overeenkomst van opdracht, alsmede rechten van de Pandgever uit hoofde van een dergelijke overeenkomst voor zover nog niet uitgevoerd alsmede alle huidige en toekomstige daaraan verbonden bevoegdheden en rechten.

In een andere kredietovereenkomst werd een pandrecht op onderhanden werk geformuleerd als:

Pandrecht op rechten en vorderingen uit gesloten en te sluiten overeenkomsten van aanneming van werk.

In een Engelstalige overeenkomst (naar Nederlands recht) werd de volgende formulering aangetroffen ten aanzien van pandrechten op “Work in Progress”:

Work in Progress means all work in progress (“onderhanden werk”) of each Pledgor for the time being for which no payment has yet fallen due or no invoice has yet been issued, including but not limited to all present and future building agreements, construction agreements, service agreements and other fee earning agreements entered into or to be entered into by each such Pledgor.

Soms wordt, zonder de term onderhanden werk te gebruiken, een pandrecht gevestigd op:

Alle rechten en vorderingen van Pandgever uit hoofde van met derden gesloten of te sluiten overeenkomsten.

Deze laatste lijkt de meeste ruime formulering, waarvan de door mij bedoelde rechten uit onderhanden werk volledig deel uitmaken. Immers, in de eerste twee geciteerde bankformuleringen was een en ander beperkt tot de overeenkomsten van “opdracht” en van “aanneming van werk”.

Voor de zuiverheid van de discussie moet de samenloop van een mogelijk “pandrecht op onderhanden werk” met andere pandrechten (anders dan een pandrecht op debiteuren) worden vermeden. Als bijvoorbeeld een bank naast een pandrecht op onderhanden werk (hoe dan ook geformuleerd) ook een pandrecht op *voorraden* heeft bedongen en de gefailleerde nog aan zijn koper uit die voorraad dient te leveren, dan is er wel sprake van onderhanden werk in de door mij gebezigde definitie. Omdat de bank al pandrecht op de voorraden heeft is de curator evenwel niet in staat om, anders dan met toestemming van de bank, tot afwikkeling van de betreffende overeenkomst – hetzij door het afmaken van het werk hetzij door een verkoop in een doorstart - over te gaan.

Voor de helderheid van het begrip is het dus gewenst uit te gaan van een zuivere situatie, waarin de bank dus geen andere zekerheidsrechten (dan eventueel een pandrecht op debiteuren) heeft. Ik geef een paar voorbeelden:

- a. De gefailleerde heeft aan zijn klant voor € 50.000 aan schoenen verkocht, die nog tegen een prijs van € 40.000 dienen te worden ingekocht (er is dus geen samenloop met bijv. pandrecht op voorraden).
- b. De gefailleerde aannemer heeft een overeenkomst gesloten tot de bouw van een woonhuis voor € 400.000 op de grond van de principaal, waarbij is afgesproken dat de principaal telkens € 100.000 betaalt, zodra een bepaald stadium in de bouw is bereikt en aan de principaal is opgeleverd (er is -dus- geen hypotheekrecht gevestigd ten gunste van de financier van de aannemer).

¹¹ Zoals toepasselijk in juli 2010.

- c. De gefailleerde heeft een overeenkomst van opdracht gesloten tot ontwikkeling van bepaalde software, waarbij de klant eerst de afgesproken prijs verschuldigd is wanneer het werk geheel af is en geleverd wordt (en, om welke reden dan ook, is er geen pandrecht op mogelijke intellectuele eigendomsrechten).
- d. Een makelaar heeft op zich genomen te bemiddelen bij de verkoop van een huis, waarbij de provisie pas verschuldigd is bij het tot stand komen van de overeenkomst.

In al die gevallen rijst de vraag of er sprake kan zijn van een pandrecht en wat het dan inhoudt. Ik maak daarbij onderscheid tussen de hiervoor bedoelde rechten, te weten het vorderingsrecht enerzijds en het recht om het onderhanden werk over te dragen, na (al dan niet bij voorbaat) verkregen toestemming van de wederpartij, anderzijds.

Vorderingsrecht.

Allereerst het recht om de afgesproken prijs van de klant te vorderen. Uiteraard is dit vorderingsrecht in beginsel verpandbaar. Het doet er niet toe of dit geschiedt onder het begrip “pandrecht debiteuren” dan wel onder het door banken wel gehanteerde criterium “pandrecht op onderhanden werk”.

Laten we ervan uitgaan dat er sprake is van een bestaande rechtsverhouding. Laten we als voorbeeld nemen de hiervoor sub b bedoelde aannemingsovereenkomst, die bestond op het moment dat het (stil) pandrecht werd gevestigd. Laten we in die verhouding tevens aannemen dat per datum faillissement:

- a. de eerste termijn van € 100.000 na voorafgaande oplevering is gefactureerd, maar nog niet betaald;
- b. de tweede fase van het werk inmiddels gereed en opgeleverd is, maar de daarop betrekking hebbende factuur van € 100.000 nog niet is opgemaakt en verzonden;
- c. de derde fase van het werk voor 50% gereed is;
- d. derhalve met de vierde fase nog niet is begonnen;

Ad a: De bank heeft in ieder geval pandrecht op de vordering, voortspruitend uit de eerste termijn. Daar lijkt geen redelijke discussie over mogelijk. Voor dit onderdeel is er in feite geen onderhanden werk meer. Immers, er is door gefailleerde al volledig gepresteerd.

Ad b: Hoewel de tweede termijn nog niet is uitgefactureerd zou ik menen dat er een vordering is van de gefailleerde op zijn principaal en dat ook deze derhalve onder het pandrecht van de bank valt. Dat die vordering nog niet “belichaamd” is in een factuur hoeft er in beginsel niet aan in de weg te staan dat het vorderingsrecht is ontstaan.¹² Dat kan natuurlijk anders zijn als zou moeten worden aangenomen, bijvoorbeeld op grond van de tussen partijen gemaakte afspraken, dat het opmaken en verzenden van een factuur als een (constitutief) vereiste tot het ontstaan van het vorderingsrecht moet worden beschouwd. Dan is van toepassing het hierna sub c vermelde met betrekking tot het begrip “toekomstige vordering”.

Ad c: Er is wel sprake van een bestaande rechtsverhouding, maar per datum faillissement is er nog geen (opeisbare) vordering op de principaal. De betreffende € 100.000 is hij eerst verschuldigd als de derde fase van het werk gereed is. Hoewel die derde fase voor 50% gereed is en de principaal daardoor “economisch” deze prestatie heeft ontvangen, is hij

¹² Zie ook Van der Schee/Knol, Faillissementsgids 2006, sub 3.8.10, p. 51

desalniettemin per faillissementsdatum als uitgangspunt niet gehouden tot enige betaling. Hij is slechts gehouden € 100.000 te betalen op het moment dat de derde fase gereed is. Er is dus geen vorderingsrecht per datum faillissement. Dat betekent dat daarop dus ook geen pandrecht kan zijn gevestigd.

Stel nu dat, na het verzoek van de principaal ex artikel 37 Fw, de curator besluit het onderhanden werk af te maken en de derde termijn van € 100.000, bij oplevering van die derde fase, opeisbaar wordt. Wie is dan tot opbrengst gerechtigd? Valt de vordering dan geheel of partieel onder het pandrecht van de bank of komt deze de boedel toe?

Het antwoord op deze vraag wordt gevormd door de uitleg van artikel 35 Fw, meer in het bijzonder het tweede lid dat luidt (voor zover hier van belang):

Heeft de schuldenaar voor de dag van de faillietverklaring een toekomstig goed bij voorbaat geleverd, dan valt dit goed, indien het eerst na de aanvang van die dag door hem is verkregen, in de boedel, tenzij.....

De ten deze relevante vraag is: wat is een toekomstig goed? Of in het kader van deze beschouwing: wat is een toekomstige vordering?¹³

Een *toekomstige vordering* moet worden onderscheiden van een vordering onder een opschortende tijdsbepaling of voorwaarde. Dit onderscheid is van belang omdat vorderingen met opschortende tijdsbepalingen/voorwaarden wel onder het pandrecht van de bank vallen, als de voorwaarde na de faillietverklaring wordt vervuld, terwijl indien vorderingen gekwalificeerd moet worden als *toekomstig* artikel 35 lid 2 Fw verhindert, vanwege het ontbreken van een beschikkingsbevoegdheid van de pandgever na datum faillissement, dat daarop een rechtsgeldig pandrecht kan ontstaan. Dat is, voor het eerst, al uitgemaakt in het arrest SOS/ABN.¹⁴ In een reeks van nadere arresten heeft de Hoge Raad, in verschillende casuïstische (faillissements)situaties, nadere invulling gegeven aan dit voor de praktijk zeer relevante onderscheid tussen een toekomstige vordering en een vordering onder opschortende voorwaarde of tijdsbepaling, die dan als bestaande vordering wordt aangemerkt.

In 1985 (Kramer/NMB¹⁵) oordeelde de Hoge Raad dat een vordering op de Staat betreffende een investeringsbijdrage als een bestaande vordering moest worden gekwalificeerd, omdat die vordering rechtstreeks uit de wet voortvloeide en niet afhankelijk was van enige handeling van de belastingdienst. In 1987 (WUH/Emmerig¹⁶) werd geoordeeld dat de aan gefailleerde als verhuurder toekomstige vordering betreffende huurpenningen, voor zover door de huurder na datum faillietverklaring verschuldigd, een toekomstige vordering van gefailleerde was, omdat door de boedel nog een tegenprestatie moest worden geleverd, te weten het verschaffen van huurgenot. In 1988 (Staal/Ambags¹⁷) ging het over een vordering van een maatschaplid op zijn andere maatschapliden, die het maatschapaandeel van de eerstgenoemde hadden overgenomen. De betreffende overnemende maten moesten daartoe eerst nog een verklaring afleggen. De vordering van de eerstgenoemde maat werd door de Hoge Raad als een toekomstige vordering gekwalificeerd, juist omdat die afhankelijk was van de wilsverklaring van de andere vennoten. In 1990 (Dubbeld/Laman¹⁸) werd geoordeeld dat de vordering, die afhankelijk is van de wanprestatie van de debiteur (in casu

¹³ In het kader van dit artikel beperk ik mij tot het bespreken van de toekomstige vordering en laat ik andere (toekomstige) goederen buiten beschouwing.

¹⁴ Hoge Raad 26 maart 1982, NJ 1982/615, m.n. Kleijn.

¹⁵ Hoge Raad 11 oktober 1985, NJ 1986/68.

¹⁶ Hoge Raad 30 januari 1987, NJ 1987/530 m.n. Van der Grinten.

¹⁷ Hoge Raad 25 maart 1988, NJ 1989/200 m.n. Kleijn, Ars Aequi 1989, p.56 m.n. Kortmann.

¹⁸ Hoge Raad 5 januari 1990, NJ 1990/325.

een contractuele boete) eerst door die wanprestatie ontstaat en daarom sprake is van een toekomstige en niet van een bestaande, voorwaardelijke vordering. In 1994 (Frima/Blankers-Van Gennip¹⁹) is vastgesteld dat een vordering tot affinanciering van een pensioenaanspraak eerst is ontstaan door opzegging van de arbeidsovereenkomst door de curator, daarom eerst na faillietverklaring is ontstaan, en derhalve dient te worden gekwalificeerd als een boedelschuld en niet als een reeds bestaande faillissementschuld. In 2004 (Loyalis/Missler²⁰) werd bepaald dat de maandelijkse (uitkerings)vorderingen van een gewezen militair als bestaande vorderingen moesten worden beschouwd, omdat die ontstonden door de eertijds genomen beschikking van de staatssecretaris en de betreffende gewezen militair verder niet meer enige tegenprestatie hoefde te verrichten. Eveneens in 2004 (Van den Bergh/Van der Walle-ABN²¹) was de vraag aan de orde of beslag op kredietruimte mogelijk is. De Hoge Raad oordeelde dat er geen sprake was van een bestaande, voorwaardelijke vordering van de kredietnemer op zijn bank, maar van een toekomstige, omdat die afhankelijk was van het door kredietnemer/crediteur uit te oefenen wilsrecht. Voorlopig sluitstuk in deze serie is een arrest van 2010 (ING/Nederend²²), waarin de Hoge Raad heeft uitgemaakt dat vorderingen tot ongedaanmaking of restitutie, als gevolg van een ontbinding of opzegging van de overeenkomst door de curator, niet als bestaande vorderingen, maar als toekomstige vorderingen dienen te worden beschouwd, als gevolg waarvan dergelijke vorderingen dus niet onder het pandrecht van de bank kunnen vallen.

De Hoge Raad heeft weliswaar voor individuele gevallen, telkens in een specifieke casus, een beslissing gegeven, maar dat neemt niet weg dat er wel een algemene lijn uit die uitspraken te trekken is. Dat is in het verleden al gedaan, en ook nog zeer recent.

Kleijn heeft al in zijn annotatie onder het arrest SOS/ABN een criterium geformuleerd, waar hij schrijft:

Mijns inziens is het onderscheid met een toekomstige vordering zo weer te geven, dat bij een toekomstige vordering nog een element, afkomstig van de debiteur (zoals i.c.) of van de crediteur ontbreekt, terwijl het bij een vordering onder opschortende termijn of voorwaarde om een extern element gaat, wat nog vervuld moet worden, te weten de tijdsbepaling of de voorwaarde.²³

Strikwerda verwoordt het aldus:

Onttrekt die toekomstige gebeurtenis zich aan de invloed van pp., dan is de vordering in het algemeen aan te merken als een reeds bestaande, voorwaardelijke vordering. Is daarentegen de vordering afhankelijk gesteld van een in de toekomst door de debiteur en/of crediteur nog te verrichten handeling, dan gaat het om een nog niet bestaande, toekomstige vordering.²⁴

Kortmann zegt in zijn noot onder Staal/Ambags:

Kenmerkend voor een toekomstige vordering is dat zij nog moet ontstaan. Daarin is het verschil gelegen met een bestaande vordering onder opschortende voorwaarde. Een vordering onder opschortende voorwaarde bestaat wel, maar heeft nog geen werking. De werking van de vordering vindt eerst plaats door het buiten de

¹⁹ Hoge Raad 12 november 1993, NJ 1994/229 m.n. Kleijn.

²⁰ Hoge Raad 4 juni 2004, NJ 2004/412, JOR 2004/219 m.n. Wessels

²¹ Hoge Raad 29 oktober 2004, NJ 2006/203 m.n. Sniijders.

²² Hoge Raad 3 december 2010, JOR 2011/63 m.n. Schuijling.

²³ Zie zijn annotatie bij dit arrest (vide voetnoot 13) sub 2.d. I

²⁴ Vide zijn conclusie als Advocaat-Generaal voorafgaande aan het arrest Dubbeld/Laman (zie voetnoot 17)

*invloedssfeer van partijen liggende intreden van de toekomstige intreden van de onzekere gebeurtenis, waarvan de werking afhankelijk is gesteld.*²⁵

Wuisman tenslotte onderschrijft als Advocaat-Generaal in zijn conclusie, voorafgaande aan het arrest ING/Nederend, nog eens uitdrukkelijk de hiervoor weergegeven criteria van Kleijn, Strikwerda en Kortmann. Bovendien komt hij tot de conclusie dat het daarbij niet uitmaakt of de nadere (rechts)handelingen afkomstig zijn van de debiteur dan wel de crediteur van de vordering. Bovendien constateert hij een zeer bewuste keuze, sedert 1980, van de Hoge Raad:

*Hierbij heeft, zo schijnt het toe, mede een rol gespeeld de rechtspolitieke wens om tot een evenwichtiger verdeling van de verhaalsmogelijkheden tussen separatisten en niet separatisten in een faillissementssituatie te komen. Door voor het ontstaan van vorderingsrechten een later tijdstip aan te houden en zo meer vorderingenrechten als toekomstig aan te merken, zou met de hulp van de in lid 2 van artikel 35 Fw voorziene bepaling ten faveure van de niet-separatisten kunnen worden bewerkstelligd dat meer activum in de faillissementsboedel terecht komt..... Gelet op de rechtspolitieke achtergrond van die koers, geeft het gegeven dat het toekomstige element een handelen van die crediteur is, onvoldoende aanleiding om een andere koers te varen. Dat de Hoge Raad hiertoe ook niet genegen is, lijkt te volgen niet alleen uit het arrest Van den Bergh/Van der Walle-ABN maar ook uit het arrest Frima qq/Blankers.*²⁶

Ook Schuijling stelt in zijn annotatie bij het arrest ING/Nederend:

*Meer in het algemeen past het binnen de restrictieve koers die de Hoge Raad sinds de jaren tachtig vaart wat betreft het ontstaansmoment van vorderingen. Vorderingen waarvan de opeisbaarheid afhankelijk is van het toekomstig handelen van de crediteur en/of debiteur worden doorgaans aangemerkt als toekomstig.*²⁷

Samenvattend betekent dit dat in alle gevallen, waarin hetzij de crediteur van de vordering hetzij de debiteur van die vordering na faillissement nog enige (rechts)handeling dient te verrichten er sprake is van een toekomstige vordering. Slechts in die gevallen, waarin sprake is van externe elementen (zoals bijvoorbeeld het verlopen van een termijn) is er een bestaande vordering. En bij de toekomstige vordering verhindert artikel 35 lid 2 Fw dat er een pandrecht ontstaat.

Terug dan naar onze derde fase van het aangenomen werk. Als de curator het werk afmaakt ten behoeve van de principaal ontstaat de vordering van € 100.000 dus pas door een dergelijk handelen van de curator (crediteur van de vordering). Voordien was er geen vordering. Er is pas sprake van een vordering doordat het werk wordt voltooid en opgeleverd.²⁸ De vordering van de derde termijn van € 100.000 valt dus niet onder het pandrecht van de bank.

²⁵ Zie zijn annotatie onder Staal/Ambags (voetnoot 16) in *Ars Aequi* 1989 p. 59 sub 5.

²⁶ Wuisman in zijn conclusie onder ING/Nederend (zie voetnoot 21). In deze zaak speelde onder andere de vraag of wellicht uitsluitend een (rechts)handeling van de debiteur van de vordering bepalend was voor het ontstaan van een toekomstige vordering, dan wel dit ook zou gelden voor een (rechts)handeling van de crediteur van de vordering (in casu de curator). Wuisman toont aan dat het voor beide gevallen geldt. De afwijkende positie van regresvorderingen (die in een aantal arresten van de Hoge Raad wel als bestaande vorderingen worden gekwalificeerd) doet volgens Wuisman aan een en ander niet af. Zie zijn conclusie sub 2.8 en 3.6.

²⁷ Zie JOR 2011/63, de noot sub 5.

²⁸ Het spreekt voor zich dat de inhoud resp. uitleg van hetgeen partijen zijn overeengekomen in hoge mate bepalend is voor het antwoord op de vraag wanneer de vordering wordt geacht te (zijn) ontstaan.

Pandhoudende banken menen soms dat, in de casus als geschetst, zij wel gerechtigd zijn tot het bedrag van € 50.000, de mate waarin het werk ten tijde van de faillietverklaring al was verricht. Zij beroepen zich dan op hetzij hun pandrecht op vorderingsrechten in het algemeen (op basis van de bestaande rechtsverhouding) dan wel op het aan hen verpande “onderhanden werk”. Ter rechtvaardiging van dit standpunt beroepen zij zich bovendien op economische argumenten, stellende dat men dat reeds verrichte werk heeft (voor)gefinancierd. Deze gedachten zijn niet juist.

- a. Het vorderingsrecht van € 50.000 bestaat niet op het moment van de faillietverklaring. De principaal is niet tot betaling van dit bedrag gehouden. Met hem is afgesproken dat hij € 100.000 dient te betalen, bij/na *oplevering* van de derde fase. Er ontstaat dus pas een vordering van € 100.000 wanneer die fase wordt opgeleverd, maar er bestaat geen vordering die “mee oploopt” met de voortgang van de werkzaamheden. Nimmer ontstaat er een vordering van € 50.000. En omdat er nimmer een vordering van € 50.000 is, kan die ook niet verpand zijn.
- b. Ook het argument dat de bank recht heeft op de opbrengst van het ten tijde van het faillissement reeds uitgevoerde werk, omdat dat “door de bank gefinancierd is” snijdt geen hout.
 - Natuurlijk is het op de eerste plaats maar zeer de vraag of er daadwerkelijk door de bank gefinancierd is. Want meestal zijn de werknemers de laatste maand niet meer betaald²⁹, terwijl ook verhuurders, leveranciers etc. uit de laatste fase vóór het faillissement in het overgrote deel van de gevallen onbetaald zijn gebleven.
 - Banken plegen dat argument trouwens ook niet te hanteren in omgekeerde situaties. Als een klant van een failliete detaillist zijn televisie voor de volle 100% heeft vooruit betaald, maar levering nog plaats moet vinden, zal de bank zich niet op het standpunt stellen dat het enkele feit dat de failliet (lees: de bank) de volledige koopprijs heeft ontvangen tot gevolg heeft dat zij haar pandrecht op die in voorraad zijnde televisie niet meer zou kunnen uitoefenen. Dat standpunt is begrijpelijk en terecht, want op basis van artikel 35 lid 1 Fw hoeft levering niet meer plaats te vinden en mag de bank zich op die televisie vanwege haar pandrecht verhalen, ook al is die integraal betaald.
 - Uit het laatste voorbeeld blijkt dat enkel en alleen de juridische posities bepalend zijn en niet de beweerdelijke en mogelijke “economische” verhoudingen.

Kortom, als de curator het werk in de derde fase afmaakt en oplevert komt de volle € 100.000 onbezwaard in de boedel. Maakt het dan nog wat uit of ten tijde van de faillietverklaring het werk 50% af is of 90% of wellicht 99,9%? Ik meen van niet. Een vordering is ontstaan of is (nog) niet ontstaan, overeenkomstig het oeroude adagium dat men hetzij zwanger hetzij niet-zwanger is! Aan de hand van de tussen partijen geldende overeenkomst (c.q. de ter zake geldende wettelijke bepalingen) zal moeten worden vastgesteld op welk moment de vordering ontstaat en of deze vordering dus al dan niet als een toekomstige vordering is te beschouwen, zoals hiervoor is aangegeven. Ieder gemarchandeer met percentages is arbitrair en niet terecht!

Ad.d: Gezien al het vooraanstaande is duidelijk wat de conclusie moet zijn ten aanzien van de vordering van de vierde fase van € 100.000. Indien en voor zover de curator het werk afmaakt en oplevert komt dit bedrag onbezwaard in de boedel.³⁰

²⁹ Men zou eens moeten turven hoeveel faillissementen er op/of kort na de gebruikelijke datum van loonbetaling worden uitgesproken!

³⁰ Dat alles laat natuurlijk onverlet dat, indien de curator het werk wenst voor te zetten en daartoe een boedelmogelijkheid nodig heeft, tussen boedel en bank in het kader van het verlenen van dat krediet nadere afspraken

Het hierboven vermelde in de literatuur en jurisprudentie aanvaarde criterium is in alle situaties, waarin er sprake is van onderhanden werk³¹, toepasbaar. Als alsnog levering van verkochte goederen na faillissement plaatsvindt valt (als er geen pandrecht op de goederen rust) de opbrengst onbezwaard in de boedel. Dat geldt ook als de gefailleerde makelaar alsnog tot een afronding komt van de verkoop van een anders huis, de failliete notaris alsnog de betreffende besloten vennootschap opricht, het softwarehuis alsnog de ontwikkeling van bepaalde software afrondt enz. enz. In alle gevallen valt de opbrengst onbezwaard in de boedel.

Dat geldt niet alleen voor de overeengekomen (koop)prijs, maar ook voor andersoortige vorderingen.

- Stel dat de opdrachtgever/klant van de gefailleerde vanwege het faillissement niet wenst na te komen, terwijl hij enerzijds niet de contractuele mogelijkheid heeft gecreëerd om in geval van faillissement de overeenkomst te beëindigen en hij anderzijds de curator niet op basis van artikel 37 Fw gevraagd heeft zich uit te laten.³² De opdrachtgever/koper pleegt dan wanprestatie. Hij is schadeplichtig. De schadevergoedingsvordering is te beschouwen als een toekomstige vordering in de zin van artikel 35 lid 2 Fw, want die ontstaat door een (rechts)handeling van de debiteur ná faillietverklaring, t.w. diens wanprestatie.³³ Die vordering valt onbezwaard in de boedel.
- Er hoeft niet altijd sprake te zijn van wanprestatie aan de kant van de debiteur/opdrachtgever. Een overeenkomst tot opdracht kan op grond van artikel 7:408 BW te allen tijde worden opgezegd. Krachtens artikel 7:411 BW heeft de (failliete) opdrachtnemer dan recht op een naar redelijkheid vast te stellen vergoeding. Deze vergoeding valt onbezwaard in de boedel, ook al zijn alle werkzaamheden c.q. gemaakte kosten van vóór de faillietverklaring. De betreffende vordering is toekomstig van aard, omdat die pas ontstaat door de opzegging van de betreffende opdrachtgever.
- Stel dat, in het hierboven gegeven voorbeeld van aanneming van werk, de curator het werk niet wil afmaken of kan afmaken, bijvoorbeeld omdat de principaal heeft bedongen dat de overeenkomst door hem bij faillissement beëindigd mag worden. Stel dan dat, zoals ook in het voorbeeld gegeven, de derde fase voor 50% gereed is, terwijl er nog geen vordering is (de vordering van € 100.000 ontstaat immers eerst bij het gereed zijn en de oplevering van die derde fase). Wellicht kan er dan, afhankelijk van nadere omstandigheden, een vordering uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking jegens die principaal worden ingesteld.³⁴ Ook zo'n (mogelijke) vordering valt niet onder enig pandrecht van de bank. Niet alleen omdat er geen sprake is van een bestaande rechtsverhouding³⁵, maar ook omdat in een dergelijk geval die verrijking eerst na of per datum faillissement ontstaat en derhalve als toekomstig dient te worden beschouwd.

te maken zijn, waaronder bijvoorbeeld de afspraak dat de bank voor dat boedelkrediet het pandrecht krijgt op de betreffende vorderingen.

³¹ Of van vorderingen uit welke andere hoofde dan ook.

³² Of indien hij dat verzoek wel heeft gedaan en de curator daarop positief heeft gereageerd, alsnog van nakoming af wil zien.

³³ Zie daarvoor ook het arrest Dubbeld/Laman, voetnoot 17.

³⁴ Immers, de principaal heeft dan in deze fase voor € 50.000 “waarde genoten”. Het is hier en nu niet de plaats om uit te werken of er wel of niet een dergelijke vordering uit de ongerechtvaardigde verrijking is.

³⁵ De vordering ontstaat niet uit de betreffende overeenkomst tussen de principaal en later gefailleerde, maar uit de wet.

Verkoop onderhanden werk

Met het bovenstaande heb ik een poging gedaan tot beantwoording van de vraag of een van de “rechten” uit onderhanden werk, het vorderingsrecht op de koper/opdrachtgever/principaal kan worden verpand. Resteert de vraag of ook het andere element, de mogelijkheid om het onderhanden werk aan een derde over te dragen, tot zekerheid kan worden gegeven.

Dit “recht tot overdracht” moeten we wel onderscheiden van het vorderingrecht op de overnemende partij, indien een contractsovername daadwerkelijk tot stand is gekomen. Stel dat in het hiervoor gegeven voorbeeld van aanneming van werk, waarin de eerste en tweede fase opgeleverd zijn en oplevering van de derde en vierde fase nog moet plaatsvinden, de curator met een andere aannemer afsprekt dat die (met instemming van de principaal) het werk afmaakt en de curator daarvoor een prijs bedingt, dan ontstaat er een vordering van de boedel op de overnemende partij. Dit vorderingsrecht kan niet onder enig pandrecht van de bank vallen. Nog afgezien van het feit dat ook deze vordering eerst ontstaat na faillietverklaring, was er met die overnemende derde ten tijde van het uitspreken van het faillissement (beter: ten tijde van het vestigen van het pandrecht) geen “bestaande rechtsverhouding”. Als de curator verkoopt valt de opbrengst onbezwaard in de boedel³⁶, tenzij wellicht daarmee de curator een mogelijk pandrecht op enig “overdrachtsrecht” zou hebben geschonden.

De in dit kader te beantwoorden vragen zijn dan achtereenvolgens:

- a. Is er sprake van een vermogensrecht?
- b. Kan op dit vermogensrecht een pandrecht worden gevestigd?
- c. Hoe dit pandrecht dan te vestigen?
- d. Hoe kan dit pandrecht worden uitgewonnen?³⁷

Ad a: Op grond van artikel 3:6 BW is een vermogensrecht een recht dat overdraagbaar is of ertoe strekt de rechthebbende stoffelijk voordeel te verschaffen of verkregen is in ruil voor verstrekt of in het vooruit gesteld stoffelijk voordeel. Als de mogelijkheid bestaat de rechten en verplichtingen uit dergelijke overeenkomsten, met medewerking van de principaal/opdrachtgever, over te dragen aan een derde, die bereid is daarvoor een bepaald bedrag te betalen, dan lijkt te zijn voldaan aan dat criterium. Een dergelijk recht lijkt dus te kwalificeren als een vermogensrecht.

Ad b: Kan er dan een pandrecht op worden gevestigd? Artikel 3:228 BW bepaalt dat op alle goederen, die voor overdracht vatbaar zijn, een recht van pand of hypotheek kan worden gevestigd. Artikel 3:83 lid 1 BW stelt dat eigendom, beperkte rechten en vorderingsrechten overdraagbaar zijn, tenzij de wet of de aard van het recht zich tegen een overdracht verzet. Het derde lid bepaalt dat alle andere rechten slechts overdraagbaar zijn, wanneer de wet dit bepaalt.

In artikel 6:159 BW wordt gesproken over de mogelijkheid dat een partij haar rechtsverhouding tot een wederpartij aan een derde kan “overdragen”. Men zou kunnen redeneren dat in dit artikel, regelende de contractsovername, de wettelijke bepaling kan worden gevonden, die het derde lid van artikel 3:83 BW vereist. Daaruit zou men kunnen concluderen dat dit betekent dat dergelijke “rechten uit onderhanden werk” overdraagbaar

³⁶ Zie onder andere ook Hof Leeuwarden 9 juli 2008, JOR 2008/250 inzake ING/Verdonk, m.n. Verdaas, rechtsoverweging 10.

³⁷ Zie voor een dergelijke exercitie ten aanzien van goodwill het artikel van Verstijlen “Goodwill in het zekerhedenrecht” Insolad jaarboek “Onzekere Zekerheid” ter gelegenheid van het tweede lustrum van Insolad in 2001, p. 249 e.v.

zijn (mits uiteraard met toestemming van de opdrachtgever/principaal). En daarna zou men dan weer tot de gevolgtrekking kunnen komen dat het vestigen van een pandrecht daarop dan mogelijk zou moeten zijn.

Echter, betwijfeld dient te worden of aan het woord “overdragen” in artikel 6:159 BW die betekenis dient te worden toegekend. Immers, bij overdraagbaarheid in artikel 3:83 BW e.v. gaat het om een *goederenrechtelijke* overdraagbaarheid. Bij contractsovername gaat het niet om goederenrecht. Contractsovername is verbintenisrechtelijk van aard. Contractsovername is geen rechtshandeling, die gelieerd is aan het goederenrecht.³⁸ Niet voor niets wordt in de Toelichting Meijers bij de bepaling over contractsovername opgemerkt:

*Hieruit volgt dat op de overgang van de rechten de bepalingen betreffende overdracht van goederen in het algemeen of van vorderingen in het bijzonder zoals artikel 3 van deze titel en de artikelen 2, 3a en 7 van afdeling 3.4.2 (waaronder het huidige artikel 3:84 BW; MF) niet toepasselijk zijn.*³⁹

Het lijkt er dus op dat het vermogensrecht om, middels contractsovername, rechten en verplichtingen uit een overeenkomst (met medewerking van de opdrachtgever) op een derde te doen overgaan niet overdraagbaar is, zoals bedoeld in de betreffende bepalingen in boek 3 BW. Want overdraagbaarheid ziet op het goederenrechtelijke effect.⁴⁰ Dat zou dus betekenen dat daarop dan ook geen pandrecht kan worden gevestigd.

Ad c: Maar zelfs wanneer aangenomen zou moeten worden dat er sprake is van een overdraagbaar vermogensrecht, waarop in beginsel een pandrecht zou kunnen worden gevestigd, dan nog lijkt het daadwerkelijk vestigen van dat pandrecht lastig. Immers, artikel 3:236 lid 2 BW bepaalt dat op andere goederen (dan die in het eerste lid bedoeld) pandrecht wordt gevestigd op de wijze als voor de levering van het te verpanden goed is bepaald.

Artikel 6:159 BW zegt dat een partij bij een overeenkomst haar rechtsverhouding tot de wederpartij, *met medewerking van deze laatste*, aan een derde kan overdragen bij een tussen haar en de derde opgemaakte akte. Er zijn dus twee vereisten, te weten een akte en medewerking van de opdrachtgever/principaal.

Zijn dit constitutieve vereisten? En wat betekent dat dan?

Zoals bijvoorbeeld ook bij cessie⁴¹ is voor contractsovername een akte⁴² vereist. Daarnaast dient de wederpartij de noodzakelijke medewerking te verlenen. Deze medewerking is niet aan een bepaalde vorm gebonden. Die kan in elke vorm geschieden en zowel vooraf als achteraf worden verleend.⁴³ De contractsovername komt jegens alle drie de partijen (overdragende partij, overnemende partij en de wederpartij) op hetzelfde tijdstip tot stand. Dat tijdstip is hetzij dat waarop de medewerking door de wederpartij achteraf wordt verleend,

³⁸ Zie ook Van Rijssen “Contractsovername”, dissertatie, serie Recht en Praktijk 144, t.a.p. sub 16.2.3, p. 228/229.

³⁹ Parlementaire Geschiedenis van het Nieuwe Burgerlijk Wetboek, boek 6, Algemeen gedeelte van het Verbintenisrecht bij art. 6.2.3.14, p. 585.

⁴⁰ Zie ook Van Engelen in “Onverkoopbare vermogensrechten: artikel 3:83(3) BW nader beschouwd”, serie Onderneming en Recht deel 26, 2003, sub 1:2, p. 2.

⁴¹ Artikel 3:94 lid 1 BW.

⁴² Artikel 156 lid 1 Rv bepaalt: *akten zijn ondertekende geschriften, bestemd om tot bewijs te dienen.*

⁴³ Zie onder andere Asser-Hartkamp-Sieburgh, Asser 6–II, nummer 308: Wibier, “Overgang van vorderingen en schulden en afstand van vorderingen”, monografieën BW nummer B44 sub 57; Van Rijssen “Contractsovername”, diss., serie Recht en Praktijk 144, hoofdstuk 16.4.

hetzij – indien de wederpartij haar toestemming bij voorbaat heeft verleend – dat waarop de overdragende en de overnemende partij schriftelijk⁴⁴ aan de wederpartij van de overneming kennis hebben gegeven.

De akte, op te maken tussen de overdragende en overnemende partij – de wederpartij van de overdragende partij hoeft dus geen partij te zijn bij deze akte – is een constitutief vereiste. Daarover is geen twijfel. Dat geldt ook ten aanzien van de medewerking van de wederpartij van de overdragende partij, de klant. Er lijkt in de literatuur enige twijfel omtrent de vraag of, in geval van een toestemming/medewerking bij voorbaat, ook de schriftelijke kennisgeving aan de klant als constitutief vereiste dient te worden gezien. Wibier⁴⁵ meent dat het wel zo is, terwijl de bewerker van Asser daar kennelijk anders over denkt.⁴⁶ Ook Van Rijssen lijkt er vanuit gegaan dat er sprake is van een constitutief vereiste.⁴⁷ Dat komt ook logisch voor, mede in het licht van de Parlementaire Geschiedenis. Want in de Parlementaire Geschiedenis⁴⁸ wordt regelmatig een vergelijking getrokken met de cessie, vanwege het feit dat contractsovername een “aangeklede” combinatie is van overdracht van vorderingen en overname van schulden. Waar de mededeling aan de debitor cessus bij een cessie op grond van artikel 3:94 lid 1 BW als een constitutief vereiste heeft te gelden, ligt het dus ook voor de hand dat de schriftelijke kennisgeving van artikel 6:156 BW als zodanig dient te worden beschouwd.

Dat al betekent dus dat, omdat het pandrecht moet worden gevestigd op dezelfde wijze waarop de overdracht dient te geschieden, voor het vestigen van een pandrecht een akte (bij een pandrecht dus tussen de overdragende partij en de pandnemer) vereist is. Dat zal in de praktijk niet het grootste probleem zijn. Wat wel een (praktisch) probleem lijkt is de medewerking van de wederpartij (de klant), terwijl als die klant bij voorbaat tot een dergelijke overdracht toestemming heeft gegeven er sprake moet zijn van een schriftelijke kennisgeving. Het zal duidelijk zijn: omdat het hier om constitutieve vereisten gaat moet deze medewerking respectievelijk kennisgeving hebben plaatsgevonden vóór de faillietverklaring. Na faillietverklaring kan dat niet meer.⁴⁹ Voor zover mij bekend komt het in de praktijk niet voor dat vóór faillietverklaring een dergelijke medewerking van de klant in het kader van het vestigen van een pandrecht wordt gevraagd of verkregen dan wel, als er al toestemming bij voorbaat is, van een dergelijk (eventueel) pandrecht schriftelijke kennisgeving aan de klant wordt gedaan. Bovendien geldt natuurlijk in de praktijk dat de wederpartij/klant, wil die zijn medewerking verlenen, meestal zal willen weten wie dan zijn nieuwe contractspartij wordt. En doorgaans is die vóór de faillietverklaring überhaupt nog niet in beeld.⁵⁰

Als in beginsel al een pandrecht mogelijk zou zijn dan lijkt het daadwerkelijk vestigen van een dergelijk pandrecht, vanwege de daaraan te stellen constitutieve vereisten, een uiterst bezwaarlijke operatie.

⁴⁴ Zulks overeenkomstig het bepaalde in artikel 6:156 BW.

⁴⁵ t.a.p. nummer 56.

⁴⁶ t.a.p. nummer 300.

⁴⁷ t.a.p. nummer 16.5.8.

⁴⁸ Parlementaire Geschiedenis van het Nieuwe Burgerlijk Wetboek, boek 6, Algemeen gedeelte van het Verbintenissenrecht, p. 584 e.v.

⁴⁹ Dit volgt uit artikel 35 lid 1 Fw. Zie bijvoorbeeld ook Hoge Raad 14 juli 2000, NJ 2001/685 (van den Mosselaar/Lagero).

⁵⁰ Enscenering van een dergelijke contractsovername/doorstart aan de vooravond van een faillissement, waarin aan alle constitutieve vereisten is voldaan, is ook hoogst onwaarschijnlijk, vanwege het mogelijke risico dat dit als een overgang van overneming in de zin van artikel 7:662 e.v. BW zal worden gezien, waardoor de werknemers van rechtswege mee overgaan.

Ad d: Als het desalniettemin mogelijk zou zijn een dergelijk pandrecht te vestigen rijst uiteindelijk nog de vraag hoe dit dan uit te winnen. Ook dat lijkt op het eerste gezicht niet makkelijk. Uitgangspunt is dat effectuering van pandrechten middels een openbare verkoop geschiedt (art 3:250 BW). Als alternatief geldt dat verkoop onderhands kan geschieden met toestemming van de curator of van de Voorzieningenrechter (artikel 3:251 BW).

Een openbare verkoop van een onderhanden werk, bestaande uit een constructie van een groot bouwwerk, laat zich nog wel denken. Het lijkt bijna op een openbare aanbesteding van het onafgemaakte werk. Wat zich moeilijker laat indenken is de openbare verkoop van een recht om producten te mogen leveren, laat staan een dergelijke verkoop van makelaars- of notarisdiensten en dergelijke. Wat gemakkelijker te plaatsen is een dergelijke onderhandse verkoop van een "orderportefeuille" met toestemming van curator of Voorzieningenrechter.

Resumerend kan worden geconcludeerd dat het op de eerste plaats ten zeerste de vraag is of überhaupt een pandrecht kan worden gevestigd op de mogelijkheid tot contractsoverneming (zie hiervoor sub b) en dat, voor zover dat al mogelijk is, de sub c bedoelde vestigingsvereisten in de praktijk zullen verhinderen dat een dergelijk pandrecht daadwerkelijk tot stand zal komen.

Tot slot

Het "recht op" onderhanden werk in een faillissement valt uiteen in twee elementen. Enerzijds is er het recht van de boedel om, wanneer de overeenkomst van de gefailleerde met zijn klant door de curator wordt nagekomen, de daarvoor overeengekomen nog onbetaalde prijs te incasseren. Anderzijds bestaat er de mogelijkheid om de rechten en verplichtingen uit die onvoltooide overeenkomst aan een derde over te dragen, mits met medewerking (al dan niet bij voorbaat) van de klant van gefailleerde. Dus: de curator kan het onderhanden werk óf afmaken óf verkopen.

De curator wordt daarbij niet of nauwelijks "gehinderd" door pandrechten van de bank. Dat is slechts het geval indien voor het nakomen van de overeenkomst zaken (bijvoorbeeld voorraden of halffabricaten) onder een pandrecht vallen. Het pandrecht op vorderingen respectievelijk een pandrecht op "contractsoverneming" is verder meestal niet aan de orde. Hetzij omdat er sprake is van toekomstige vorderingen in de zin van artikel 35 lid 2 Fw hetzij omdat de (constitutieve) vereisten voor een "(pand)recht" op overdracht van onderhanden werk in het kader van een doorstart daartoe belemmerend werken.

Ergo: Het onderhanden werk is des boedels!