

228

Voorzieningenrechter Rechtbank
Noord-Nederland z.p. Leeuwarden
2 mei 2018, rolnr. KG ZA 18-76,
ECLI:NL:RBNNE:2018:1599
(mr. Los)
Noot mr. M.N. de Groot

Retentierecht. Retentor veroordeeld tot afgifte container aan curator zonder voorafgaande vergoeding voor opslagkosten.

[BW art. 3:293; Fw art. 60 lid 2]

Partijen zijn het erover eens dat gedaagde sub 2 de container aan de curator moet afgeven, hetzij op grond van het bepaalde in art. 60 lid 2 Fw, hetzij omdat gedaagde sub 2 de container zonder recht of titel onder zich heeft. In zoverre is de vordering van de curator toewijsbaar. In discussie is of gedaagde sub 2 aanspraak kan maken op voorafgaande betaling van € 862,61 aan opslagkosten. Gedaagde sub 2 stelt dat hij als retentor recht heeft op een redelijke vergoeding voor de opslag van de container. Het is onvoldoende aannemelijk dat een bodemrechter zal oordelen dat gedaagde sub 2 recht heeft op (voorafgaande) vergoeding van opslagkosten. Ingevolge art. 60 lid 2 Fw behoort de schuldeiser die een retentierecht heeft het goed aan de curator af te geven. Die afgifte kan de schuldenaar niet beletten door voorafgaande betaling te eisen van in art. 3:293 BW bedoelde kosten die na de faillietverklaring zijn ontstaan. Die kosten behoren op de gebruikelijke wijze als boedelschulden in aanmerking te worden genomen en te worden afgewikkeld. Het is bovendien twijfelachtig of gedaagde sub 2 daadwerkelijk een retentierecht heeft en dus kosten heeft gemaakt als bedoeld in art. 3:293 BW. Gebleken is dat gedaagde sub 2 de container is gaan ophalen in de wetenschap van het (aanstaande) faillissement van failliet, terwijl hem de toegang tot het bedrijfsterrein van failliet was ontzegd. Hij is daartoe mede overgegaan omdat hij ermee rekening hield dat in de container goederen waren opgeslagen die hij aan failliet ter beschikking had gesteld. Hoe begrijpelijk dat ook mag zijn, onder deze omstandigheden valt niet vol te houden dat gedaagde sub 2 op grond van de eerder uitgeschreven algemene werkbond voor het laden en lossen op 10 oktober 2017 redelijkerwijs heeft mogen menen dat hij op 18 oktober 2017 deze specifieke container in opdracht van failliet ging

ophalen. Het moet er daarom voorshands voor worden gehouden dat gedaagde sub 2 zonder opdracht van failliet de container onder zich heeft genomen. Dat levert geen retentierecht op. Het voorgaande leidt ertoe dat de vordering tot afgifte van de container zal worden toegewezen.

Mr. W.H.M. Cnossen te Heerenveen, in zijn hoedanigheid van curator in het faillissement van BSB Staalbouw BV,
advocaat: mr. W. Schoo,
tegen
1. X BV,
2. Y,
gedaagden,
advocaat: mr. A.J. Elema.

(...; red.)

2. De feiten

2.1. [gedaagde 2] heeft in opdracht van BSB Staalbouw B.V. (hierna te noemen: BSB) diverse (transport)werkzaamheden uitgevoerd. [gedaagde 2] heeft daartoe diverse facturen opgesteld die (deels) onbetaald zijn gebleven. Op 5 oktober 2017 heeft BSB aan [gedaagde 2] blijkens een werkbond opdracht gegeven om op 10 oktober 2017 "pallets met onderdelen, diverse containers etc." van een terrein van Rijkswaterstaat (Rs) in de omgeving van Arnhem te vervoeren naar het bedrijfsterrein van BSB te Sumar.

2.2. [gedaagde 2] heeft naar aanleiding van deze opdracht vervoerswerkzaamheden uitgevoerd. Op 17 oktober 2017 heeft [gedaagde 2] vernomen dat BSB in betalingsproblemen verkeerde. Hem is de toegang tot het bedrijfsterrein van BSB ontzegd. Op 18 oktober 2017 heeft [gedaagde 2] nog een container van het terrein van RWS opgehaald en op zijn bedrijfsterrein in Drachten neergezet. BSB heeft op die dag aangifte van diefstal/verduistering van de container tegen [gedaagde 2] gedaan. [gedaagde 2] heeft zich vervolgens op 19 oktober 2017 met betrekking tot de container jegens BSB beroepen op de uitoefening van een retentierecht. Hij heeft ook goederen uit de container gehaald.

2.3. Bij vonnis van 23 oktober 2017 van de rechtbank Noord-Nederland, locatie Leeuwarden, is BSB failliet verklaard. [gedaagde 2] heeft daarna het retentierecht ook jegens de curator ingeroepen.

2.4. De curator heeft de container op 31 oktober 2017 van [gedaagde 2] opgeëist op grond van artikel 60 Faillissementswet (Fw) en [gedaagde 2] verzocht om de container naar het terrein van BSB te brengen.

2.5. Tussen de curator en de advocaat van [gedaagde 2] is vervolgens diverse malen contact geweest. [gedaagde 2] heeft de curator op 15 januari 2018 laten weten dat de container kon worden afgehaald, onder de voorwaarde dat de container door de boedel zelf zou dienen te worden geladen, alsmede dat medewerkers van BSB niet op het terrein van [gedaagde 2] zouden worden toegelaten.

2.6. Op 7 maart 2018 heeft een door de curator ingeschakelde taxateur, na daartoe een afspraak met [gedaagde 2] te hebben gemaakt, het bedrijfsterrrein van [gedaagde 2] bezocht teneinde de container te inspecteren. [gedaagde 2] had de container toen geplaatst op een (hoge) stapel buizen. Deze taxateur heeft onder meer in zijn inspectierapport vermeld:

“In verband met de wijze van opslag (zie foto’s) is een gebruikelijke inspectie onmogelijk gebleken. Van de container is op deze wijze nog wel een redelijke inschatting te maken, echter van de inhoud niet. (...)”

2.7. Vervolgens is er wederom contact geweest tussen de curator en de advocaat van [gedaagde 2]. [gedaagde 2] heeft zich op 5 april 2018 op het standpunt gesteld dat de container pas kon worden afgehaald na betaling van een bedrag van € 862,61 in verband met stallingskosten.

3. Het geschil

3.1. De curator vordert samengevat – om [gedaagde 2] te bevelen dat de container binnen 24 uur na betekening van het te wijzen vonnis zal afgeven, op straffe van verbeurte van een dwangsom. Verder vordert de curator (hoofdelijke) veroordeling van [gedaagde 2] tot betaling van de proceskosten en de nakosten.

3.2. [gedaagde 2] voert verweer.

3.3. De voorzieningenrechter zal de stellingen van partijen hierna bespreken, voor zover die van belang zijn voor de beslissing in deze zaak.

4. De beoordeling

4.1. Het spoedeisend belang van de curator bij zijn vordering is voldoende gegeven omdat de curator op korte termijn over de container wil beschikken voor verkoop en de koper de goederen die zich in de container moeten bevinden, nodig

heeft voor de uitvoering van werkzaamheden in het kader van het project te Maurik waarbij BSB was betrokken.

De omstandigheid dat de curator mogelijk reeds in november 2017 een bieding voor de container heeft ontvangen en niet eerder rechtsmaatregelen heeft genomen, doet hieraan niet af.

4.2. Partijen zijn het erover eens dat [gedaagde 2] de container aan de curator moet afgeven, hetzij op grond van het bepaalde in artikel 60 lid 2 Fw, hetzij omdat [gedaagde 2] de container zonder recht of titel onder zich heeft. In zoverre is de vordering van de curator toewijsbaar. Het geschil gaat om de voorwaarden die [gedaagde 2] stelt aan de afgifte.

4.3. Tegen de wens van [gedaagde 2] dat bij de afgifte geen voormalige medewerkers van BSB aanwezig zijn en dat het laden twee dagen vooraf wordt aangekondigd, heeft de curator geen bezwaar. Er is verder geen verschil van mening dat de container bij afgifte op de grond behoort te staan en voor de vervoerder toegankelijk behoort te zijn om op te laden.

4.4. In discussie is of [gedaagde 2] aanspraak kan maken op voorafgaande betaling van € 862,61 aan opslagkosten. [gedaagde 2] stelt dat hij als retentor recht heeft op een redelijke vergoeding voor de opslag van de container.

4.5. Naar het voorlopige oordeel van de voorzieningenrechter is het onvoldoende aannemelijk dat een bodemrechter zal oordelen dat [gedaagde 2] recht heeft op (voorafgaande) vergoeding van opslagkosten. Ingevolge artikel 60 lid 2 Fw behoort de schuldeiser die een retentierecht heeft, het goed aan de curator af te geven. Die afgifte kan de schuldenaar niet beletten door voorafgaande betaling te eisen van in artikel 3:293 BW bedoelde kosten die na de faillietverklaring zijn ontstaan. Die kosten behoren op de gebruikelijke wijze als boedelschulden in aanmerking te worden genomen en te worden afgewikkeld.

4.6. Het is bovendien twijfelachtig of [gedaagde 2] daadwerkelijk een retentierecht heeft en dus kosten heeft gemaakt als bedoeld in artikel 3:293 BW. Ter zitting is gebleken dat [gedaagde 2] de container is gaan ophalen in de wetenschap van het (aanstaande) faillissement van BSB, terwijl hem de toegang tot bedrijfsterrrein van BSB was ontzegd. Hij is daartoe mede overgegaan omdat hij ermee rekening hield dat in de container goederen waren opgeslagen die hij aan BSB ter beschikking had gesteld. Hoe begrijpelijk dat ook

mag zijn, onder deze omstandigheden valt niet vol te houden dat [gedaagde 2] op grond van de eerder uitgeschreven algemene werkbond voor het laden en lossen op 10 oktober 2017 (zie 2.1) redelijkerwijs heeft mogen menen dat hij op 18 oktober 2017 deze specifieke container in opdracht van BSB ging ophalen. Het moet er daarom voorschijns voor worden gehouden dat [gedaagde 2] zonder opdracht van BSB de container onder zich heeft genomen. Dat levert geen retentierecht op.

4.7. Het voorgaande leidt ertoe dat de vordering tot afgifte van de container zal worden toegewezen. De voorzieningenrechter gaat daarbij ervan uit dat partijen omtrent de praktische gang van zaken ten aanzien van de afgifte zelf afspraken zullen maken op basis van hetgeen daarover onder 4.3 hiervoor is weergegeven. Dit brengt mee dat het gevorderde aldus zal worden toegewezen dat [gedaagde 2] de container twee werkdagen na de dag waarop de curator het laden van de container heeft aangekondigd, aan de curator dient af te geven. Daarbij wordt onder het afgeven aan de curator verstaan dat [gedaagde 2] aan een of meer personen die de curator daartoe zal aanwijzen, de gelegenheid zal geven om de container te laden en vervoeren.

4.8. [gedaagde 2] c.s. heeft ter zitting verklaard dat hij vrijwillig zal voldoen aan een veroordeling tot afgifte van de container, zodat geen dwangsom behoeft te worden opgelegd. De bereidheid van [gedaagde 2] om aan een veroordeling te voldoen, laat onverlet dat de curator belang heeft om zich van de voldoening te verzekeren door middel van een dwangsom. [gedaagde 2] wordt door de dreiging van een dwangsom ook niet benadeeld, omdat de dwangsom immers alleen verschuldigd is als hij niet aan de veroordeling voldoet.

4.9. [gedaagde 2] zal als de grotendeels in het ongelijk gestelde partij hoofdelijk in de proceskosten worden veroordeeld. De kosten aan de zijde van de curator worden vastgesteld op:

(...; red.)

Dit bedrag zal worden verhoogd met de wettelijke rente volgens artikel 6:119 BW.

Voor toewijzing van wettelijke handelsrente, zoals door de curator is gevorderd, is geen grondslag. De nakosten zullen worden toegewezen zoals gevorderd.

5. De beslissing

De voorzieningenrechter

5.1. veroordeelt [gedaagde 2] de container aan de curator af te geven, op de wijze zoals hiervoor onder 4.7 is overwogen, twee dagen na de dag waarop de curator aan [gedaagde 2] heeft meegegeeld dat de container zal worden opgehaald, op straffe van hoofdelijke verbeurte van een dwangsom van € 3.000,00 voor elke dag, een dagdeel daaronder begrepen, dat [gedaagde 2] niet aan deze veroordeling voldoet, met een maximum van € 30.000,00,

5.2. veroordeelt [gedaagde 2] hoofdelijk, in die zin dat bij voldoening door de een, de ander in zoverre zal zijn gekweten, in de proceskosten (...; red.),

5.3. (...; red.),

5.4. verklaart dit vonnis tot zover uitvoerbaar bij voorraad,

5.5. wijst het meer of anders gevorderde af.

NOOT

1. In dit geschil komt de vraag aan de orde of de retentor bij afgifte van een teruggehouden zaak aanspraak kan maken op voorafgaande betaling van opslagkosten door de curator nadat de curator de zaak heeft opgeëist op grond van art. 60 lid 2 Fw. De voorzieningenrechter komt tot de conclusie dat in deze zaak geen sprake is van een geldig retentierecht. Maar ook indien de schuldeiser bevoegd is een retentierecht uit te oefenen, moet deze vraag negatief worden beantwoord.

2. X heeft in opdracht van BSB Staalbouw BV ("BSB") diverse (transport)werkzaamheden uitgevoerd. In verband met deze werkzaamheden heeft X aan BSB diverse facturen gezonden welke (deels) nog niet zijn voldaan. Op 5 oktober 2017 verstrekt BSB aan X de opdracht om op 10 oktober 2017 pallets en containers van een terrein van Rijkswaterstaat te vervoeren naar het bedrijfsterrein van BSB. Deze transportwerkzaamheden zijn door X uitgevoerd. Op 17 oktober 2017 verneemt X dat BSB te kampen heeft met betalingsproblemen en wordt hem de toegang tot het bedrijfsterrein van BSB onzegd. Op 18 oktober 2017 heeft X nog een aan BSB in eigendom toebehorende container van het terrein van Rijkswaterstaat opgehaald en op zijn bedrijfsterrein in Drachten neergezet. BSB heeft op diezelfde dag aangifte van diefstal/verduistering van de container tegen X gedaan. Op 19

oktober 2017 heeft X aangegeven zijn retentierecht uit te oefenen ter zake van de container. BSB wordt op 23 oktober 2017 failliet verklaard. De curator heeft de container opgeëist op grond van art. 60 lid 2 Fw, maar X weigert afgifte. X stelt zich op het standpunt dat hij de container pas hoeft af te geven na voldoening van een bedrag van € 862,61 aan opslagkosten. Partijen zijn het erover eens dat X gehouden is de container aan de curator af te geven op grond van art. 60 lid 2 Fw (opeisingsrecht van curator) dan wel op grond van art. 5:2 BW (revindicatievordering) ingeval geen sprake is van een geldig beroep op een retentierecht. Het geschil in dit kort geding spitst zich uitsluitend toe op de vraag of X betaling van de opslagkosten als voorwaarde voor afgifte van de container aan de curator mag stellen.

3. Het retentierecht is de bevoegdheid van een schuldeiser om de nakoming van zijn verplichting tot teruggave van een zaak op te schorten totdat zijn vordering wordt voldaan (art. 3:290 BW). Het retentierecht kan ook worden uitgeoefend voor de kosten die de retentor heeft moeten maken voor de zorg die hij krachtens de wet ten aanzien van de zaak heeft moeten betrachten (art. 3:293 BW). Op grond van art. 6:27 BW is de retentor verplicht tot de afgifte zorg te dragen voor de teruggehouden zaak op de wijze waarop een zorgvuldig schuldenaar dit in de gegeven omstandigheden zou doen. Blijkens de wetsgeschiedenis zijn de omstandigheden van het geval bepalend voor de vraag welke zorg van de schuldenaar (hier dus: de retentor) kan worden geëist, waaronder de inhoud en strekking van de verbintenis, de gewoonte, de aard van het door de schuldenaar uitgeoefende beroep of bedrijf en de middelen waarover een schuldenaar die een zodanig beroep of bedrijf uitoefent, pleegt te beschikken (MvA II, Parl. Gesch. 6, p. 154 en 155).

4. Op grond van art. 60 lid 1 Fw gaat het retentierecht van een schuldeiser niet teniet als gevolg van het faillissement van de schuldenaar. Desalniettemin kan de positie van de retentor in faillissement aanzienlijk worden aangetast als de curator zijn opeisingsrecht uitoefent. Op grond van art. 60 lid 2 Fw heeft de curator de bevoegdheid de teruggehouden zaak op te eisen en te verkopen met inachtneming van de aan de retentor toegekende voorrang (ex art. 3:292 BW) op de opbrengst daarvan. Het behoud van

voorrang op de opbrengst van de verkochte zaak baat de retentor doorgaans echter niet omdat hij zijn vordering ter verificatie moet indienen en op grond van art. 182 lid 1 Fw moet meedelen in de omslag van de algemene faillissementskosten. Deze kosten zijn veelal zodanig hoog dat er geen aan de retentor toekomende opbrengst meer overblijft.

5. In dit kort geding heeft de curator de container opgeëist. X meende echter dat hij aan deze opeising geen gehoor hoefde te geven zolang de opslagkosten in de zin van art. 3:293 BW die na faillietverklaring zijn ontstaan, nog niet waren voldaan. Dit standpunt is echter onjuist. De curator kan op grond van art. 60 lid 2 Fw de teruggehouden zaak opeisen zonder daarvoor eerst de vordering van de retentor – waaronder de vordering van een retentor ter zake van de door hem gemaakt kosten ex art. 3:293 BW – te hoeven voldoen. Terecht oordeelt de voorzieningenrechter dan ook dat het onvoldoende aannemelijk is dat de bodemrechter zal oordelen dat X recht heeft op (vooraf)gaande vergoeding van de opslagkosten. Overigens voegt de voorzieningenrechter daaraan toe dat de opslagkosten die na faillietverklaring zijn ontstaan – ervan uitgaande dat sprake zou zijn van een geldig retentierecht van X – op de gebruikelijke wijze als boedelschulden in aanmerking behoren te worden genomen en behoren te worden afgewikkeld (r.o. 4.5). Het is echter de vraag of de opslagkosten die na datum faillissement zijn ontstaan als boedelschuld kunnen worden aangemerkt. In HR 19 april 2013, «JOR»2013/224, m.nt. Boekraad (Koot Beheer/Tideman q.q.), r.o. 3.7.1 heeft de Hoge Raad geoordeeld dat als boedelschulden kunnen worden aangemerkt slechts die schulden die een onmiddellijke aanspraak geven jegens de faillissementsboedel i) hetzij ingevolge de wet, ii) hetzij omdat zij door de curator in zijn hoedanigheid zijn aangegaan, iii) hetzij omdat zij een gevolg zijn van een handelen van de curator in strijd met een door hem in zijn hoedanigheid na te leven verbintenis of verplichting.

De opslagkosten van X vallen niet onder categorie i. Weliswaar is aan de retentor een voorrang toegekend op de opbrengst van de teruggehouden zaak, maar in de wet is geen bepaling opgenomen waaruit blijkt dat zijn vordering tevens als boedelvordering moet worden aangemerkt. De opslagkosten vallen evenmin onder categorie ii. Onder “het aangaan van een schuld door de

curator" wordt verstaan dat de curator deze schuld op zich neemt bij een rechtshandeling, doordat zijn wil daarop is gericht in de zin van art. 3:33 en art. 3:35 BW (Koot Beheer/Tideman q.q., r.o. 3.7.1). Ook zie ik geen ruimte deze opslagkosten onder categorie iii te scharen nu deze kosten niet zijn ontstaan als gevolg van een handelen van de curator in strijd met een door hem in zijn hoedanigheid na te leven verbintenis of verplichting.

Het oordeel van de voorzieningenrechter dat de opslagkosten ontstaan na datum faillissement als boedelschulden in aanmerking behoren te worden genomen, lijkt mij dan ook onjuist.

6. Dan blijft over de vraag of deze opslagkosten een niet-verifieerbare vordering opleveren of dat deze kosten (toch) als een (verifieerbare) faillissementsvordering kunnen worden aangemerkt.

In beginsel komen vorderingen die zijn ontstaan tijdens faillissement niet voor erkenning in aanmerking omdat die erkenning in strijd zou zijn met het fixatiebeginsel. In Koot Beheer/Tideman q.q., r.o. 3.7.2 overwoog de Hoge Raad dat ook vorderingen die pas tijdens faillissement ontstaan, voor verificatie in aanmerking komen, mits die vorderingen voortvloeien uit een ten tijde van de faillietverklaring bestaande rechtsverhouding met de schuldenaar. In HR 23 maart 2018, ECLI:NL:HR:2018:424 (*Credit Suisse/Jongepier q.q.*) heeft de Hoge Raad deze overweging genuanceerd en bepaald dat verificatie van vorderingen die tijdens het faillissement ontstaan uitsluitend mogelijk is indien en voor zover zij reeds besloten lagen in de rechtspositie van de schuldeiser zoals die bij het intreden van het faillissement bestond. Dat laatste is het geval indien de nieuwe vorderingen geen uitbreiding opleveren van de aanspraken die deze schuldeiser op grond van die rechtspositie op dat tijdstip al had (zie r.o. 3.5.4 van het arrest). Dit geldt niet alleen voor vorderingen die voortvloeien uit een wederkerige overeenkomst, maar ook voor andere ten tijde van de faillietverklaring met de gefailleerde bestaande rechtsverhoudingen zoals bijvoorbeeld een onrechtmatige daad (zie r.o. 3.5.5 van het arrest). Gelet op deze overwegingen van de Hoge Raad kan naar mijn mening – uitgaande van een geldig voor faillissement geëffectueerd retentierecht – de vordering ter zake van na datum faillissement ontstane opslagkosten (als bedoeld in art. 3:293 BW) als

een faillissementsvordering worden aangemerkt nu de aanspraak van X als retentor op deze opslagkosten reeds vóór het uitspreken van het faillissement van BSB bestond.

7. Een beroep op art. 3:293 BW veronderstelt dat de schuldeiser bevoegd is voor de opslagkosten een retentierecht uit te oefenen. In dit kort geding is daarvan echter geen sprake. Uit de feiten lijkt te volgen dat X, nadat hij had vernomen dat BSB te kampen had met betalingsproblemen, de container zonder opdracht van BSB van het terrein van Rijkswaterstaat heeft opgehaald en op zijn eigen bedrijfsterrein heeft geplaatst om zich vervolgens op een retentierecht te kunnen beroepen. Om het retentierecht te kunnen uitoefenen, is noodzakelijk dat de retentor de macht over de zaak uitoefent; hiervan is sprake als de retentor houder of bezitter van de zaak is. De feitelijke macht over de zaak moet primair zijn verkregen als normaal uitvloeisel van de betreffende overeenkomst of rechtsverhouding. De feitelijke macht mag niet eigenmachtig door de schuldeiser zijn verkregen met enkel de bedoeling om een retentierecht te "creëren" (zie J.E. Fesevur, 'Retentierecht in de dagelijkse bouwpraktijk', *TBR* 2010/60, hoofdstuk 4). Gelet op de feiten komt de voorzieningenrechter dan ook terecht tot de conclusie dat de omstandigheden waaronder X de container in zijn macht heeft verkregen geen retentierecht opleveren en wijst hij de (revindicatie)vordering van de curator tot afgifte van de container toe nu X de container zonder recht of titel onder zich houdt.

M.N. de Groot,
advocaat CMS te Amsterdam