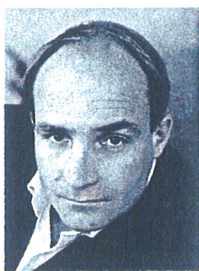


Bouwrecht



Jeroen Berlage
CMS Derks Star Busmann



Thomas de Leeuwe
CMS Derks Star Busmann

Het verhaal van het retentierecht

Inleiding

Hoewel het retentierecht altijd al een dankbaar onderwerp is geweest in

bijdragen zoals deze, valt op dat veelal de wettelijke vereisten ex art. 3:290 BW e.v. centraal staan en meer in het bijzonder het 'feitelijke machts criterium' de aandacht geniet; dat terwijl het uitoefenen van het retentierecht geen doel op zich is.¹ Enerzijds fungeert het achterhouden van de zaak als pressiemiddel om de schuldenaar tot nakoming te dwingen, anderzijds strekt de achtergehouden zaak tot meerdere zekerheid van verhaal indien de schuldenaar onverhoopt niet meer wil of kan nakomen. In het huidige tijdsgewricht komt aan het laatste doel, het verhaal van het retentierecht, een steeds grotere rol toe. In het hiernavolgende wordt kort een aantal zaken geschetst dat daarbij van belang kan zijn.

Executie

De retentor behoeft een executoriale titel om executoriaal beslag te kunnen leggen op de achtergehouden zaak teneinde diens retentierecht te kunnen uitwinnen; de retentor heeft, anders dan een hypotheekhouder, in beginsel geen recht van parate executie. De wetgever heeft willen voorkomen dat het retentierecht al te lichtzinnig zou worden gebruikt als ver-

haalsmiddel.² Uiteraard kan de retentor beschikken over een executoriale titel op grond van een notariële akte, bijvoorbeeld een akte van schuldbekentenis. Een schuldenaar zal daar heel wel mogelijk mee in willen stemmen indien deze daarmee enig respijt krijgt om alsnog aan diens verplichtingen te voldoen en daarmee mogelijk de executie kan voorkomen. Ook een aannemingsovereenkomst met een boekenbeding kan notarieel worden verleden, zodat de retentor a priori het recht van parate executie heeft indien de opdrachtgever tekortschiet in de nakoming van diens betalingsverplichtingen. Dat zal met name het geval kunnen zijn indien partijen overeenkomen dat de retentor termijnen c.q. (delen van) het werk voorfinanciert en de retentor derhalve niet pro rato voortgang werk zal worden voldaan.

De retentor kan het retentierecht in beginsel tegenwerpen aan derden met een jonger of een ouder recht, daaronder begrepen hypotheekhouders. Nadat de retentor executoriaal beslag heeft gelegd, dient deze eventuele hypotheekhouders wél gelegenheid te bieden om de executie over te ne-

men. De retentor behoudt zijn voorrangspositie ten opzichte van de hypotheekhouders voor wat betreft de verkoopopbrengst. Wanneer de hypotheekhouder de overnamemogelijkheid niet tijdig benut, staat het de retentor vrij de executie zelf ter hand te nemen.

Indien de schuldenaar in staat van faillissement is verklaard en de curator niet binnen een door de retentor te stellen redelijke termijn heeft bevestigd te zullen executeren, dan kan de retentor – op straffe van verval van de mogelijkheid daartoe – binnen veertien dagen na het verstrijken van de gestelde termijn per exploit aan de curator aanzeggen zelf tot executie over te zullen gaan; alsdan heeft de retentor geen executoriale titel meer nodig en heeft deze de facto een recht van parate executie verkregen.

Verdeling

De notaris stelt, in overleg met de executant, de veilingvoorwaarden vast en doet daarvan mededeling aan de belanghebbenden bij de verkoop. De retentor kan bij het opstellen van de veilingvoorwaarden rekening houden met (de wensen van) eventuele beperkt gerechtigden en beslagleggers in een poging de kans op geschillen over die voorwaarden zo veel mogelijk te voorkomen.

De koopprijs wordt betaald ‘in handen’ van de notaris, opdat deze de executieopbrengst overeenkomstig het bepaalde in art. 551 Rv zal kunnen verdelen. In het veelal onwaarschijnlijke geval dat er geen andere schuldeisers zijn, kan de notaris de netto-opbrengst van de executie aan de retentor uitkeren ten belope van het bedrag waarvoor executoriaal beslag werd gelegd. In geval van hypotheekrechten en/of beslagen stort de notaris de netto-opbrengst echter bij een bewaarder, die het bedrag onder zich houdt tot de aanspraken van de verschillende schuldeisers vaststaan. Als schuldeisers geen consensus bereiken, dan kan ieder van hen verzoeken om vaststelling van een gerechtelijke rangregeling.

In een aan het arrest van de Hoge Raad van 12 juni 2009 (*NJ* 2010, 663) ten grondslag liggende casus had de retentor op basis van een arbitraal vonnis executoriaal beslag gelegd op

een aantal appartementen in aanbouw voor een vordering van circa f 800 000, welke appartementen vervolgens op de executieveiling door (een bestuurder van) retentor werden aangekocht voor een bedrag van circa f 1,2 miljoen; daar is overigens op zich niets op tegen. Na de executieverkoop maar vóór de notariële levering aan de veilingkoper behaalde de retentor nog een tweede veroordelend arbitraal vonnis voor een vordering van circa f 400 000 tegen de schuldenaar, die vervolgens in staat van faillissement werd verklaard.³

De notaris had toegestaan dat de koopsom van f 1,2 miljoen rechtstreeks door de veilingkoper aan de retentor werd voldaan, maar had niettemin verklaard dat de koopsom in diens handen was gestort; dat was – ofschoon rechtens en feitelijk onjuist – noodzakelijk om de veilingkoper als eigenaar van het pand in te kunnen schrijven in de openbare registers. De eigendomsoverdracht aan de koper vindt plaats door inschrijving van het proces-verbaal van toewijzing in de openbare registers en die inschrijving wordt geweigerd wanneer de veilingnotaris geen verklaring overlegt dat de koopprijs in zijn handen is gestort.

Zowel de curator als de hypotheekhouder hebben met succes bezwaar gemaakt tegen deze gang van zaken. Na een mislukte poging om een rangregeling ex art. 551a Rv vast te stellen, oordeelde de Hoge Raad uiteindelijk dat het feit dat de retentor zelf voor zijn eerste vordering executeerde, niet met zich brengt dat hij ook voor de tweede vordering belanghebbende is bij de executieopbrengst. De retentor kon slechts in de netto-opbrengst meedelen ter zake van de eerste vordering waarvoor hij beslag had gelegd. De gewezen retentor had geen executoriaal beslag gelegd ter zake van het tweede arbitraal vonnis.

De retentor kon voor de tweede vordering ook niet alsnog beslag leggen en had daarvoor evenmin als belanghebbende aan de rangregeling kunnen deelnemen, omdat dat beslag alleen het ná de verdeling resterende surplus zou hebben kunnen treffen, ware het niet dat dat surplus onder het faillissementsbeslag viel. Kort en goed, de retentor had het geheel eerst moeten

executeren ná het leggen van executoriaal beslag ter zake van het tweede arbitrale vonnis, dan wel één of meer appartementen kunnen executeren ter zake van de eerste executoriale titel, en het retentierecht op de resterende appartementen moeten handhaven tot meerdere zekerheid van verhaal van de vordering ter zake waarvan de retentor nog niet over een (tweede) executoriale titel beschikte.

De curator kan, met toestemming van de rechter-commissaris, de vordering van de retentor voldoen zodat deze tenietgaat en de teruggehouden zaak terugvalt in de boedel. Vanzelfsprekend zal de curator die mogelijkheid slechts willen benutten wanneer de teruggehouden zaak meer waard is dan de vordering van de retentor. Wanneer de curator de zaak opeist en verkoopt, kan hij de vordering van de hypotheekhouder ‘lossen’ op grond van art. 58 lid 2 Faillissementswet (Fw). De hypotheekhouder deelt in dat geval niet mee in de faillissementskosten.⁴ Dat zou anders zijn indien de curator de zaak verkoopt op grond van art. 58 lid 1 Fw. De retentor deelt wel mee in de faillissementskosten, tenzij de curator de vordering van de retentor voldoet op grond van art. 60 lid 2 Fw, of verwordt tot separatist ex art. 60 lid 3 Fw (art. 182 lid 1 Fw). De retentor heeft, anders gezegd, voor wat betreft de faillissementskosten, een verzwakte positie ten opzichte van de hypotheekhouder in geval van executie door de curator.⁵

Conclusie

Uit het voorgaande volgt dat de retentor bij uitwinning van het retentierecht is gebonden aan de normale executieregels, en zich alleen kan verhalen op de teruggehouden zaak wanneer hij executoriaal beslag heeft gelegd. De executieopbrengst moet worden voldaan aan de veilingnotaris. Constructies die daarvan afwijken, kunnen niet leiden tot nadelige consequenties voor andere rechthebbenden op de zaak. Wanneer de retentor wordt geconfronteerd met een hypotheekhouder of een curator, kan hij niet zonder meer executeren, maar moet hij afwachten of de hypotheekhouder de executie overneemt respectievelijk de curator de zaak opeist of de vordering van de retentor zal willen voldoen. Opeising door de cura-

tor kan de positie van de retentor nadelig beïnvloeden, in die zin dat de retentor in beginsel bijdraagt in de faillissementskosten.

-
1. Hof Leeuwarden 5 februari 2013, *LJN* BZ0824; Hof 's-Hertogenbosch 4 mei 2010, *LJN* BM5195; Rb. Rotterdam (vzr.) 3 mei 2011, *LJN* BQ4141; M. Klein Breteler, 'Retentierecht door toe-eigening van de feitelijke macht?', *NTBR* 2012, 36.
 2. *MvA II, Parl. Gesch.* 3, p. 889.
 3. NB: omwille van deze bijdrage zijn de bedragen gemakshalve afgerond.
 4. HR 3 december 1993, *NJ* 1994, 176.
 5. Zie de noot van A. Steneker bij Rb. 's-Gravenhage 9 maart 2007, *JOR* 2007, 163.