

Feitelijke macht en kenbaarheid van het retentierecht op een onroerende zaak nader beschouwd

Inleiding

Op de valreep van het jaar 2003 deed de Hoge Raad opnieuw uitspraak in een zaak die handelde over het retentierecht op een onroerende zaak.¹ De zaak Rabobank/Fleuren betrof een aannemer die door zijn opdrachtgever niet werd betaald voor de aanleg van een golfterrein en een bank (derde) met een hypotheekrecht. In het arrest zet de Hoge Raad de ontwikkeling die hij sinds het arrest van Agema/WUH² heeft ingezet ten aanzien van de begrippen feitelijke macht en kenbaarheid van het retentierecht in verband met derdenwerking voort.

In het onderhavige arrest stonden twee vragen centraal: wanneer is er sprake van uitoefening van feitelijke macht over de onroerende zaak door een schuldeiser (en het spiegelbeeld daarvan: wanneer verkrijgt de schuldenaar deze macht weer), en in hoeverre is het kenbaarheidsvereiste van belang voor een derde met een ouder recht op de onroerende zaak waarop het retentierecht wordt uitgeoefend.

In het navolgende zal eerst een korte uiteenzetting worden gegeven over het retentierecht op onroerende zaken. Daarna zullen de vereisten van houderschap – feitelijke macht – en kenbaarheid van het retentierecht in verband met derdenwerking aan de orde komen. Vervolgens zal het arrest Rabobank/Fleuren worden besproken met de daaruit op te maken conclusies.

Retentierecht op onroerende zaken

Voorzover het om verbintenissen over en weer tussen partijen gaat, is het retentierecht van artikel 3:290 e.v. BW een *lex specialis* van het algemene opschortingsrecht van artikel 6:52 e.v. BW. Retentierecht is de bevoegdheid die in de bij de wet aangegeven gevallen aan een schuldeiser toekomt, om de nakoming van een verplichting tot afgifte van een zaak aan zijn schuldenaar op te schorten totdat de vordering wordt voldaan. De Hoge Raad heeft in Agema/WUH voor het eerst uitgemaakt dat retentierecht op een onroerende zaak mogelijk is. Uit artikel 6:52 BW en Agema/WUH volgt dat het retentierecht bestaat als de aannemer een opeisbare vordering jegens de opdrachtgever heeft, die voldoende samenhangt met de verplichting tot afgifte van de onroerende zaak, en de onroerende zaak zich in de feitelijke macht van de aannemer bevindt.

De Hoge Raad bracht in Agema/WUH voor het rechtsgeldig invoeren van het retentierecht op een onroerende zaak echter de beperking aan dat de aannemer op een ook voor derden voldoende duidelijke wijze de feitelijke macht over de onroerende zaak moet uitoefenen. De Hoge Raad heeft in zijn arresten Deen/Van der Drift³ en Winters/Kantoor van de Toekomst⁴ dit criterium versoepeld. Uit Deen/Van der Drift volgt, dat het op voldoende kenbare wijze uitoefenen van het retentierecht door de aannemer niet meer van belang is voor de vraag of er feitelijke macht over de onroerende zaak wordt uitgeoefend. Dit is wel van belang voor de werking van het retentierecht tegen derden die hun recht op de onroerende zaak hebben verkregen nadat het retentierecht is ontstaan.

Houderschapsvereiste; feitelijke macht

De huidige jurisprudentie laat zich wat betreft het houderschapsvereiste als volgt samenvatten.

Een schuldeiser kan slechts een retentierecht op een onroerende zaak uitoefenen, indien hij houder van die onroerende zaak is – dat wil zeggen daarover direct of indirect de naar verkeersopvatting, wet en uiterlijke omstandigheden te beoordelen feitelijke macht uitoefent – zodat daadwerkelijke afgifte (veelal ontruiming) van de onroerende zaak nodig is om de onroerende zaak weer in de macht van de schuldenaar of de rechthebbende te brengen. Het retentierecht van de schuldeiser eindigt doordat de onroerende zaak in de feitelijke macht van de schuldenaar komt (art. 3:294 BW en Deen/Van der Drift).

Met Winters/Kantoor van de Toekomst is voor een tweetal situaties ondervangen dat de schuldenaar onbedoeld de feitelijke macht over de onroerende zaak verkrijgt. Door afgifte van de onroerende zaak aan toekomstige gebruikers die geen contractuele wederpartijen van de schuldeiser zijn (bijvoorbeeld huurders van de schuldenaar), kan de schuldenaar de feitelijke macht over de zaak verkrijgen, waardoor het retentierecht telooft. De schuldeiser heeft daarom een rechtens te respecteren belang om ingebruikneming door toekomstige gebruikers te beletten, zelfs wanneer zij daardoor nadeel ondervinden. Voorts is hierin bepaald dat het enkele toelaten van installatie- of afwerkwerkzaamheden aan een teruggehouden onroerende zaak door een onder- of nevenaannemer niet behoeft te betekenen dat de schuldenaar de feitelijke macht over deze zaak verkrijgt.

Bovendien is het niet uitgesloten dat een retentierecht op een onroerende zaak blijft bestaan, indien de feitelijke macht voor een korte tijd wordt onderbroken en terstond weer wordt hersteld, zodat aan de eis van voldoende duidelijkheid van de feitelijke situatie voor derden niet wezenlijk afbreuk wordt gedaan (Agema/WUH).

1. HR 5 december 2003, RvdW 2003, 187 (Rabobank/Fleuren).
2. HR 15 februari 1991, NJ 1991, 628 (Agema/WUH).

3. HR 23 juni 1995, NJ 1996, 216 (Deen/Van der Drift).
4. HR 6 februari 1998, NJ 1999, 303 (Winters/Kantoor van de Toekomst).

Kenbaarheidsvereiste; derdenwerking

Ten aanzien van het kenbaarheidsvereiste van het retentierecht in verband met derdenwerking is in de wet en jurisprudentie het volgende bepaald.

In artikel 3:291 BW is een regeling opgenomen over de derdenwerking van het retentierecht. Daarbij wordt een onderscheid gemaakt tussen derden die een recht op de zaak hebben verkregen nadat de vordering van de schuldeiser was ontstaan en de zaak in zijn macht was gekomen (lid 1), en derden die een ouder recht op de zaak hebben dan de schuldeiser, indien de vordering van de schuldeiser voortspuit uit een overeenkomst die de schuldenaar bevoegd was met betrekking tot de zaak aan te gaan, of hij geen reden had om aan de bevoegdheid van de schuldenaar te twijfelen (lid 2).

Een retentierecht op een onroerende zaak kan (in verband met de niet-kenbaarheid uit de openbare registers) jegens een derde met een jonger recht slechts worden ingeroepen, als de schuldeiser op een ook voor de derde voldoende duidelijke wijze de feitelijke macht over de onroerende zaak uitoefent. Daarbij dient mede rekening te worden gehouden met hetgeen aan de derde ten tijde van diens rechtsverwerving omtrent het retentierecht (bijvoorbeeld door mededeling van de schuldeiser) bekend was (Deen/Van der Drift).

In *Winters/Kantoor van de Toekomst* is overwogen dat een schuldeiser die in staat wil blijven het retentierecht uit te oefenen op een door hem gebouwde, maar nog niet aan de opdrachtgever opgeleverde, onroerende zaak, het risico loopt dat de voor derden op voldoende kenbare wijze uitoefenen van het retentierecht verloren gaat, indien hij werklieden in het gebouwde toelaat om daarin, in opdracht van de schuldenaar of toekomstige gebruiker, werkzaamheden te verrichten ter voorbereiding van ingebruikneming van het gebouw. De schuldeiser wordt daarom tegemoetgekomen door het niet-toelaten van de (werklieden van de) gebruiker in beginsel niet onrechtmatig jegens de gebruiker te achten.

Rabobank/Fleuren

Casus

Tuin- en Cultuurtechnisch Bureau De Enk B.V. was in opdracht van Exploitatiemaatschappij De Stege B.V. bezig met de aanleg van een golfbaan op percelen grond in de gemeente Hengelo. Polygonum Amphibium had een recht van erfpacht op het stuk grond. In het kader van kredietverstrekking door de Coöperatieve RaboBank Graafschap-West U.A. (hierna: de Bank) aan De Stege, waarbij Polygonum zich tot hoofdelijk medeschuldenaar van De Stege heeft verbonden, heeft Polygonum op 18 februari 1993 aan de Bank een eerste recht van hypotheek op het erfpachtrecht verstrekt.

In oktober 1993 heeft De Enk haar machines en gereedschappen van het golfterrein verwijderd en geen personeel

ter plaatse meer ingezet. De aanleg van de golfbaan was op dat moment nog niet voltooid. Wel heeft De Enk een schafteek en twee borden, waarop stond dat daar door De Enk werk werd uitgevoerd, bij de ingang van het terrein laten staan.

De Stege en Polygonum zijn vervolgens hun verplichting uit hoofde van de kredietverlening niet nagekomen, waarna de Bank de financiering heeft opgezegd. Ook heeft De Stege de facturen van De Enk voor het uitgevoerde werk niet betaald.

Begin maart 1994 heeft De Enk een deel van het golfterrein afgezet met paaltjes, draad en circa zes bordjes met daarop de tekst:

‘Werk in uitvoering door Tuin- en Cultuurtechnisch Bureau De Enk B.V. te De Steeg. TOEGANG VERBODEN behoudens toestemming van De Enk B.V. (...) De Enk B.V. heeft een retentierecht op het afgepaalde gebied.’

De Bank wilde haar hypotheekrecht uitwinnen door openbare verkoop van het erfpachtrecht en heeft De Enk tevergeefs gesommeerd de aangebrachte afscheiding en bordjes van het golfterrein te verwijderen. De voorzieningenrechter heeft De Enk in een door de Bank aangespannen kort geding veroordeeld de omheining te verwijderen en De Enk heeft hieraan voldaan.

Op 6 oktober 1994 is De Stege in staat van faillissement verklaard. De Enk kreeg ter zake van haar vordering uit onbetaald gebleven facturen geen uitkering uit het faillissement.

De Enk heeft vervolgens haar vordering gecedeerd aan Fleuren c.s. en zij gaan opnieuw naar de rechter.

Vordering

Fleuren c.s. hebben een verklaring voor recht gevorderd dat de Bank jegens De Enk onrechtmatig heeft gehandeld door De Enk haar retentierecht op de tot de golfbaan in aanleg behorende onroerende zaken te ontnemen door het kortgedingvonnis te executeren. Daarmee zou de Bank De Enk onrechtmatig hebben gedwongen om haar retentierecht prijs te geven.

Rechtbank

De rechtbank wees de vordering af. De rechtbank was van oordeel dat De Enk in oktober 1993 het golfterrein zodanig heeft ontruimd, dat zij daardoor de feitelijke macht over het terrein heeft verloren en daarmee haar retentierecht heeft prijsgegeven. De provisorische afsluiting van het golfterrein in maart 1994 met de borden met de waarschuwing voor het retentierecht, heeft er niet voor gezorgd dat De Enk het terrein wederom in haar feitelijke macht kreeg.

Hof

Het hof wees de vordering wel toe. Het hof overwoog daarbij dat door de Bank tot aan het vonnis in kort geding geen feiten en omstandigheden waren gesteld waaruit volgt dat het golfterrein in de macht van de schuldenaar, De Stege, of een rechthebbende was gekomen. Van belang daarbij was dat het golfterrein niet in gebruik was genomen. Voorts bleek niet dat de onvoltooide werkzaamheden door De Stege, een rechthebbende of derden waren voortgezet. De reeds voltooide *driving range* was echter wel al door de golfclub in gebruik en derhalve was beslissend of De Enk het golfterrein nu heeft ontruimd of niet.

De rechtbank heeft vastgesteld dat tot en met oktober 1993, het moment van de beweerdelijke ontruiming, het retentierecht van De Enk heeft voortgeduurd. Het hof overwoog dat het retentierecht voortduurt, tenzij dit door ontruiming is opgegeven. Niet vereist is dat De Enk na oktober 1993 nog feitelijk de mogelijkheid had derden de toegang tot het golfterrein te ontzeggen. Derhalve komt geen beslissende betekenis toe aan het feit dat De Enk haar machines en gereedschappen heeft verwijderd en geen personeel meer heeft ingezet op het golfterrein. Evenmin is van belang dat het vele hectares grote golfterrein niet was omheind of kon worden afgesloten, zodat het incidenteel betreden van het terrein door derden niet kon worden voorkomen. Door de handhaving van de schaftkeet en de twee borden 'werk in uitvoering' was duidelijk dat geen volledige ontruiming heeft plaatsgevonden. De uiterlijke, permanent aanwezige omstandigheden wezen eerder op mogelijke voortzetting van de werkzaamheden aan het golfterrein dan op een verlaten daarvan. Hiermee kwam volgens het hof vast te staan dat er voldoende basis is om de uitoefening van feitelijke macht over het golfterrein door De Enk aan te nemen.

Ten aanzien van de derdenwerking van het retentierecht deelde het hof de opvatting van de rechtbank, dat ook wanneer het retentierecht met betrekking tot een onroerende zaak jegens een derde met een ouder recht wordt ingeropen, het vereiste geldt dat het houderschap voor derden kenbaar is. Echter, het hof oordeelde dat ook aan dit kenbaarheidsvereiste was voldaan, nu het golfterrein niet in de feitelijke macht van De Stege of een rechthebbende was gekomen, de werkzaamheden nog niet waren voltooid, en De Enk de schaftkeet en de twee borden 'werk in uitvoering' heeft gehandhaafd.

Hoge Raad

De Hoge Raad kon zich vinden in het oordeel van het hof omtrent de feitelijke macht. Daarentegen was de Hoge Raad een andere mening dan het hof toegedaan over de strekking van het kenbaarheidsvereiste. De Hoge Raad heeft bepaald dat het kenbaarheidsvereiste een derde slechts in die zin tegen het retentierecht beoogt te beschermen, dat deze derde – op het moment dat hij een recht op de onroerende zaak wil verkrijgen – bedacht kan zijn op het

bestaan van een retentierecht en aldus (zijn tegenprestatie voor) het verkrijgen van dit recht kan afwegen tegen de mogelijkheid dat een retentierecht aan dit recht in de weg komt te staan. Deze ratio van het kenbaarheidsvereiste brengt mee dat derden met een ouder recht zich niet erop kunnen beroepen. Hun positie wordt beschermd door de bepaling van artikel 3:291 lid 2 BW.

Conclusie

Als verdere uitwerking van zijn eerdere arresten over het retentierecht op een onroerende zaak heeft de Hoge Raad in het onderhavige arrest nu expliciet uitgemaakt dat voor het invoeren van het retentierecht op de onroerende zaak door de aannemer jegens een derde met een ouder recht, zoals hypotheekverstrekkers, het niet terzake doet of de aannemer voor deze derde op voldoende duidelijke wijze de feitelijke macht over de onroerende zaak uitoefende. Het kenbaarheidsvereiste beoogt slechts de jongere rechtsverkrijgers te beschermen.

Als het gaat om een derde met een ouder recht, is de bescherming tegen het retentierecht derhalve in die zin – ten opzichte van derden met een jonger recht – beperkter, dat indien aan één van de voorwaarden van artikel 3:291 lid 2 BW is voldaan, verder slechts het houderschsapsvereiste geldt.

Wat betreft het houderschsapsvereiste, laat het onderhavige arrest zien dat vrij snel sprake kan zijn van uitoefening van feitelijke macht over een onroerende zaak. Immers, in dit specifieke geval was het handhaven van de schaftkeet en de twee borden 'werk in uitvoering' door de aannemer reeds voldoende. Toch zal het sterk casuïstisch blijven of een aannemer wel of niet de feitelijke macht over een onroerende zaak uitoefent.

*Mr. M. Drijgers
Allen & Overy*