

Het retentierecht en de relatie tot ouder gerechtigden

*Mr. S.H. Wiggers**

Inleiding

Met het retentierecht biedt de wet in bepaalde gevallen een sterk middel aan schuldeisers om hun vordering te verhalen. Het retentierecht kan er zelfs toe leiden dat een schuldeiser verhaal kan nemen op een zaak die geen eigendom van zijn schuldenaar is. Het is echter de vraag of het in alle gevallen gerechtvaardigd is dat een schuldeiser aan zijn retentierecht vasthoudt.

In deze bijdrage wordt een algemene beschouwing van de achtergrond en werking van het retentierecht gegeven en meer in het bijzonder van de situatie waarin de in retentie gehouden zaak aan een ander dan de betreffende schuldenaar toebehoort. Het zal blijken dat in situaties waarin de schuldeiser die zich op het retentierecht beroept (ook wel retentor), zich niet kan verhalen op de zaak en de schuldenaar ook geen verhaal biedt, er geen gerechtvaardigd belang voor de retentor overblijft om zijn retentierecht te handhaven.

Eerst zullen de achtergrond en het wettelijk kader van het retentierecht worden besproken, vervolgens komt het doel van het retentierecht aan bod. Tegen deze achtergrond zal ten slotte de situatie worden besproken waarin de in retentie gehouden zaak niet toebehoort aan de schuldenaar.

Het retentierecht

Retentierecht, wettelijk kader en criteria

Het retentierecht is geregeld in een bescheiden aantal artikelen in afdeling 4 van titel 10 van Boek 3 van het Burgerlijk Wetboek (art. 3:290-295 BW) en betreft ten eerste de bevoegdheid van een schuldeiser om in de bij de wet aangegeven gevallen de verplichting tot afgifte van een zaak aan zijn schuldenaar op te schorten totdat zijn vordering is voldaan. In de meeste gevallen vormt het retentierecht een species van het opschortingsrecht, zoals geregeld in artikel 6:52 BW. Uit artikel 3:290 BW volgt dat de schuldeiser het retentierecht kan inroepen door de feitelijke macht over de betreffende zaak uit te oefenen. Het retentierecht eindigt dan ook als de in retentie gehouden zaak weer in de macht van de schuldenaar of rechthebbende komt (art. 3:294 BW).

Het opschortingsrecht bestaat alleen als er voldoende samenhang is tussen de vordering en de verplichting tot afgifte van de zaak (art. 6:52 BW). Dit kan in ieder geval worden aangenomen als de vordering en de verplichting voortvloeien uit dezelfde rechtsverhouding. Het is niet altijd eenvoudig om vast te stellen of aan dit vereiste van samenhang is voldaan. Het gaat het kader van deze bijdrage echter te buiten om dit samenhangvereiste uitgebreid te behandelen.¹

Het is van belang dat het retentierecht niet alleen kan worden ingeroepen tegen derden met een later verkregen recht (art. 3:291 lid 1 BW), maar ook tegen derden met een ouder recht (art. 3:291 lid 2 BW).

De tweede component van het retentierecht is het recht van de retentor om zich op de in retentie gehouden zaak te verhalen met voorrang boven allen tegen wie het retentierecht kan worden ingeroepen (art. 3:292 BW). Indien de in retentie gehouden zaak eigendom van zijn schuldenaar is, heeft de schuldenaar op basis van artikel 3:276 BW de mogelijkheid om zich op de zaak te verhalen. Artikel 3:292 BW geeft de schuldeiser in dat geval een voorrangrecht als hij zich op de zaak verhaalt. Indien de in retentie gehouden zaak geen eigendom van de schuldenaar is, zou de schuldeiser zich in beginsel niet mogen verhalen op die zaak. Artikel 3:292 BW geeft de schuldeiser in dat geval dus niet alleen een voorrangrecht, maar ook het recht om zich op de zaak te verhalen.² Hier ga ik later nader op in.

Voor het vervolg van deze bijdrage is het van belang om deze twee componenten van het retentierecht – ten eerste de bevoegdheid tot opschorting van een verplichting tot afgifte en ten tweede de voorrang bij verhaal op de zaak – in het oog te houden. Deze twee componenten worden in rechtspraak omtrent het retentierecht ook als uitgangspunt genomen.³

Het moge duidelijk zijn dat het retentierecht een vergaande bevoegdheid voor de schuldeiser creëert. Een retentierecht hoeft niet van tevoren door de schuldeiser te worden bedongen – zoals andere zekerheidsrechten – maar vloeit voort uit de aard van de overeenkomst, waarbij een zaak tijdelijk wordt

* Mr. S.H. Wiggers is advocaat bij Loyens & Loeff te Amsterdam.

1. Zie voor een bespreking van het samenhangvereiste Asser/Van Mierlo & Van Velten 3-VI* 2010/498.
2. Vgl. Asser/Van Mierlo & Van Velten 3-VI* 2010/515.
3. Vgl. Rb. Zwolle 16 mei 2011, JOR 2012/9, r.o. 7.8.

ondergebracht bij de schuldeiser om deze in de gelegenheid te stellen de overeengekomen dienst te verrichten.

Het doel van het retentierecht

Pressiemiddel jegens schuldenaar

De opschortingscomponent van het retentierecht geeft de schuldeiser een middel in handen om zijn schuldenaar onder druk te zetten om de vordering te voldoen. De schuldenaar krijgt de zaak pas terug als hij de vordering voldoet. Deze component heeft dezelfde functie als het opschortingsrecht uit artikel 6:52 BW.

Er kunnen zich situaties voordoen waarin de schuldenaar geen verhaal biedt voor de betreffende vordering en dus ook niet betaalt ondanks het dreigement dat de in retentie gehouden zaak niet zal worden afgegeven. Het is de vraag wat het gevolg is van die situatie. Het invoeren van het retentierecht kan niet als resultaat hebben dat de zaak in handen blijft van de retentor. Het retentierecht geeft immers geen basis waarop de retentor uiteindelijk over de zaak kan gaan beschikken, en daarom zal de uitoefening van het retentierecht steeds uitzicht moeten hebben op een mogelijk einde van de feitelijke macht van de retentor over de zaak. Alleen hieruit blijkt al dat, als dat uitzicht er niet is, het soms ongeoorloofd kan zijn om het retentierecht uit te (blijven) oefenen.

Verhaalsrecht ter voorkoming van een impasse

De uitoefening van het retentierecht hoeft niet altijd uit te monden in een scenario waarin de schuldenaar de vordering voldoet en de zaak wordt afgegeven. Zoals gezegd is wettelijk geregeld dat de schuldeiser zich met voorrang kan verhalen op de zaak. Uit de wetsgeschiedenis blijkt het doel van deze regeling: zonder artikel 3:292 BW kunnen zich gevallen voordoen waarbij de schuldeiser weliswaar de verplichting tot afgifte mag opschorten, maar zich niet op de zaak kan verhalen. Indien een derde met een ouder recht (denk aan de eigenaar of een pand- of hypotheekhouder) aanspraak maakt op de zaak maar niet bereid is de vordering van de schuldenaar te voldoen, kan een impasse ontstaan. Om die impasse te voorkomen is voor de retentor het verhaalsrecht met voorrang in het leven geroepen.⁴

Om daadwerkelijk verhaal te nemen op de in retentie gehouden zaak zal de schuldeiser, buiten het geval van faillissement van de schuldenaar, de 'gewone' weg van beslag en executie moeten volgen.⁵ Dat houdt in dat de schuldeiser een executoriale titel moet verkrijgen, om daarmee vervolgens executoriaal verhaalsbeslag onder zichzelf op de zaak te leggen. Het retentierecht geeft de retentor dus geen recht van parate executie. Dát een executoriale titel vereist is, is algemeen aanvaard. Tegen wie de executoriale titel zich moet richten, is echter niet altijd even duidelijk. Hierop kom ik later terug.

4. Zie MvA II Parl. Gesch. Boek 3, p. 889 en Asser/Van Mierlo & Van Velten 3-VI* 2010/515. Zie ook Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2012/940.

5. Vgl. Asser/Van Mierlo & Van Velten 3-VI* 2010/515.

In het geval van faillissement van de schuldenaar heeft de curator overigens de mogelijkheid om de in retentie gehouden zaak op te eisen als deze eigendom van de schuldenaar is. De schuldeiser behoudt dan nog wel zijn voorrang op de verkoopopbrengst (art. 60 lid 2 van de Faillissementswet, Fw).

Gevalen waarin schuldenaar geen eigenaar is

Zoals gezegd kan het retentierecht ook worden ingeroepen in het geval waarin de schuldenaar niet de eigenaar van de betreffende zaak is. Er rust dan een ouder recht van een derde op de zaak. Artikel 3:291 lid 2 BW eist wel dat de schuldenaar de overeenkomst waar de vordering van de schuldeiser uit voortspuit, bevoegd met de schuldeiser is aangegaan, of de schuldeiser geen reden had om aan de bevoegdheid van de schuldenaar te twijfelen. De ratio achter deze eis is dat het ten eerste recht doet aan de belangen van de schuldeiser, van wie niet kan worden verwacht dat hij naar elke wederpartij grondig onderzoek doet, en ten tweede dat het recht doet aan het belang van de eigenaar dat de schuldenaar (de huurder/leaser/beheerder van de zaak) vlot overeenkomsten kan aangaan met betrekking tot diensten die aan de zaak verricht moeten worden.⁶

Het invoeren van het retentierecht jegens derden met een ouder recht is in beperktere mate toegestaan dan jegens de schuldenaar zelf of jegens derden met een jonger recht. De schuldeiser kan het retentierecht immers niet tegen een derde met een ouder recht invoeren voor vorderingen tot behoud van de zaak of vorderingen die weliswaar uit dezelfde overeenkomst met de schuldenaar voortvloeien, maar zien op een andere zaak, waar de derde met het oudere recht niets mee van doen heeft. Het zou bijvoorbeeld zo kunnen zijn dat een schuldenaar een enkele overeenkomst is aangegaan ten aanzien van meerdere zaken van verschillende derde-eigenaren. De schuldeiser kan dan alleen een retentierecht tegen de eigenaar van een zaak uitoefenen als de vordering ten aanzien van de aan die eigenaar toebehorende zaak onbetaald blijft.⁷ Als dit anders zou zijn, zou de bescherming van de retentor haar doel ook voorbijschieten. De ouder gerechtigde derde heeft immers geen controle over de vorm waarin zijn schuldenaar de overeenkomst ten aanzien van de betreffende zaak met de schuldeiser aangaat.

Een voorbeeld van een situatie waarin de schuldenaar niet de oudste rechthebbende is, is die waarin de huurder van een woning een verbouwing laat uitvoeren met toestemming van de eigenaar. Een ander voorbeeld is de situatie waarin iemand die zijn auto heeft geleased, de auto bij een garage achterlaat om deze te laten repareren.

Er zijn ook andere gevallen mogelijk waarin een derde een ouder recht – anders dan een eigendomsrecht – op de zaak heeft, zoals het geval waarin de betreffende zaak reeds was verpand of verhuypothekeerd. Ook in die gevallen kan het reten-

6. Zie NvW Parl. Gesch. Boek 3, p. 887.

7. Zie HR 5 maart 2004, JOR 2004/6.

tierecht tegen de derde worden ingeroepen.⁸ Dit kan vervelende situaties opleveren voor een hypotheek- of pandhouder die zich heeft voorgenomen een in retentie gehouden zaak executoriaal te verkopen. Deze zou de zaak weliswaar bezwaard met het retentierecht kunnen verkopen (mits het retentierecht expliciet door de koper wordt aanvaard), maar dat zal de verkoopbrengst over het algemeen aanzienlijk verminderen. Het retentierecht vervalt niet na de parate executie door bijvoorbeeld een hypotheekhouder. De hypotheek- of pandhouder zal er om deze reden voor willen zorgen dat het retentierecht wordt opgeheven. Laat een hypotheekhouder het retentierecht bestaan zonder expliciete instemming van de koper, dan riskeert hij dat hij door de koper wordt aangesproken op het feit dat de geëxecuteerde zaak bezwaard is met een retentierecht.⁹

De schuldeiser zal in een normaal geval het recht hebben om zich met voorrang op de zaak te verhalen ex artikel 3:292 BW. In het geval dat de schuldenaar niet de eigenaar van de zaak is, creëert het retentierecht dus de bevoegdheid om een vordering te verhalen op een zaak die toebehoort aan een derde. Zoals gezegd zal de schuldeiser – bij het gebrek aan een recht van parate executie – een executoriale titel moeten halen om dit verhaal te nemen. Deze titel zal in ieder geval moeten worden verkregen tegen de schuldenaar. Tussen de retentor en de schuldenaar bestaat een verbintenis, op basis waarvan een dergelijke titel verkregen kan worden. Wel wordt in de literatuur betoogd dat een derde-eigenaar mee zal moeten worden gedagvaard en van hem moet worden gevorderd dat hij de executie van zijn zaak duldt.¹⁰ Ten slotte werpt Oudelaar de vraag op of er in het geheel wel een titel tegen de schuldenaar nodig is om beslag te leggen ten laste van de derde, of dat er niet slechts tegen de derde-eigenaar een titel moet worden verkregen. Daarbij wordt in mijn ogen ook terecht opgemerkt dat het probleem zich dan voordoet dat de rechter over de toewijsbaarheid en verhaalbaarheid van de vordering moet oordelen zonder dat de schuldenaar partij is in het geding.¹¹

In het geval dat de schuldenaar failliet is en de in retentie gehouden zaak geen eigendom van de schuldenaar is, zal de curator de zaak niet kunnen opeisen, maar zal de schuldeiser ook een executoriale titel moeten verkrijgen om zich op de zaak te verhalen. Het proces-verbaal van de verificatievergadering waarin de vordering van de schuldeiser definitief is erkend, levert in dat geval een executoriale titel tegen de schuldenaar op (art. 196 Fw).

Situaties waarin toch een impasse ontstaat

In sommige situaties kan de schuldeiser zich niet (met voorrang) verhalen op de in retentie gehouden zaak. Voorbeelden hiervan zijn ten eerste de situatie waarin er zeeschepen in

retentie worden gehouden; op grond van artikel 8:210a BW is artikel 3:292 BW niet van toepassing op zeeschepen. Dat betekent dat een schuldeiser zich niet op grond van dat artikel (met voorrang) kan verhalen op in retentie gehouden schepen. Een tweede voorbeeld is de situatie dat er geen mogelijkheid (meer) bestaat voor de schuldeiser om een executoriale titel te verkrijgen die hem in staat stelt om executoriaal beslag te leggen op de in retentie gehouden zaak.

In deze gevallen kan alsnog de impasse ontstaan die de wetgever heeft willen voorkomen door middel van het invoeren van artikel 3:292 BW. Zoals gezegd moet een ouder gerechtigde (zoals een hypotheekhouder) in deze situatie zorgen dat het retentierecht wordt opgeheven. Kan de situatie ertoe leiden dat de hypotheekhouder wordt gedwongen de vordering op de schuldenaar af te lossen? Met andere woorden: kan het zo zijn dat de verhaalsaansprakelijkheid bij de ouder gerechtigde komt te liggen? Dat lijkt niet voor de hand te liggen. Als de verhaalsaansprakelijkheid bij de ouder gerechtigde komt te liggen, zou dat betekenen dat de retentor, ondanks het ontbreken van een executoriale titel of ondanks het feit dat hij zijn vordering niet mag verhalen op de in retentie gehouden zaak, zijn vordering alsnog met voorrang voldaan krijgt door een ander dan zijn schuldenaar. In de rechtspraak is dit vraagstuk ook zo beantwoord. Zo wees de Rechtbank Zwolle op 16 mei 2011 een vordering van een eigenaar tot afgifte van in retentie gehouden containers toe, omdat tussen partijen vaststond dat de retentor tegen de failliete schuldenaar geen executoriale titel meer kon krijgen wegens opheffing van het faillissement bij gebrek aan baten (en dus zonder verificatievergadering). De rechtbank overwoog dat de eigenaar niet uit eigen hoofde gehouden kan zijn tot voldoening van de schuld van de schuldenaar onder het ingeroepen retentierecht. De eigenaar had immers geen enkele contractuele relatie met de retentor. Aangezien in dit geval beide componenten van het retentierecht (het pressiemiddel jegens de schuldenaar en de mogelijkheid van verhaal op de zaak) de retentor niet meer behulpzaam konden zijn, was er volgens de rechtbank ook geen rechtens te respecteren belang meer voor de schuldeiser om aan het retentierecht vast te houden.¹²

In de noot bij deze zaak verwijst Heilbron naar een andere zaak waarin ook werd verwacht dat de retentor geen executoriale titel zou kunnen krijgen, omdat zijn schuldenaar failliet was.¹³ De derde-eigenaar van de – in die casus – in retentie gehouden truck stelde een vordering tot afgifte in tegen de retentor. Deze wilde zich op de truck verhalen om zijn vordering op de huurder van de truck te voldoen. In reconventie vorderde de retentor voldoening van zijn vordering van de eigenaar, die niet de schuldenaar was. De rechtbank oordeelde dat de eigenaar (verhaals)aansprakelijk was voor de vordering, met dien verstande dat deze alleen op de truck mocht worden verhaald. Hiermee bewerkstelligde de rechtbank feitelijk dat, ondanks het faillissement van de schuldenaar, de retentor als-

8. Zie ook HR 1 mei 1964, NJ 1965/339 (Echo).

9. Zoals in Hof Amsterdam 24 april 2008, JOR 2009/58.

10. Vgl. Asser/Van Mierlo & Van Velten 3-VI* 2010/471.

11. H. Oudelaar (red.), *Executie en beslag (Vademecum burgerlijk procesrecht)*, Deventer: Gouda Quint 2001, p. 38.

12. Rb. Zwolle 16 mei 2011, JOR 2012/9 m.nt. M.A. Heilbron.

13. Verwezen wordt naar Rb. Utrecht 17 mei 2005, NJF 2005/278.

nog de benodigde executoriale titel verkreeg om zich op de truck te verhalen. Deze uitspraak is in mijn ogen zwakker dan de eerder besproken uitspraak, juist omdat de titel alleen tegen de eigenaar is verkregen, terwijl de schuldenaar geen partij was in deze procedure. Dit brengt precies het probleem mee dat Oudelaar aanmerkt bij de bespreking van de vraag tegen wie er een titel verkregen moet worden. Hoe kan een eigenaar zich verweren tegen een vordering die voortvloeit uit een overeenkomst waar hij geen partij bij is? De vraag resteert in mijn ogen of in deze situatie geen executoriale titel tegen de failliet verkregen kan worden door middel van een bodemprocedure tijdens het faillissement direct tegen de failliet.

Meer recent heeft het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden uitspraak gedaan in een soortgelijke zaak.¹⁴ In deze zaak was de schuldenaar – een natuurlijk persoon – al failliet. Als het faillissement van een natuurlijk persoon is afgewikkeld, wordt het faillissement opgeheven, waarna, zo overwoog het gerechtshof, in beginsel de mogelijkheid herleeft om de schuldeiser direct in rechte te betrekken en dus om een executoriale titel tegen de schuldeiser te krijgen. Om die reden oordeelde het gerechtshof dat de retentor de mogelijkheid nog had om zich te verhalen op de in retentie gehouden zaak (door middel van een eventueel later te verkrijgen executoriale titel). Het gerechtshof beredeneert dat de retentor belang heeft bij het handhaven van het retentierecht, omdat er nog een mogelijkheid bestaat tot het nemen van verhaal op de in retentie gehouden zaak. Er zou dan ook *a contrario* kunnen worden beargumenteerd dat als die mogelijkheid niet meer zou bestaan (en de schuldenaar, zoals in al deze zaken, niet kan betalen), er geen rechtens te respecteren belang bestaat om het retentierecht te handhaven, en dat de retentor de zaak niet meer op die grond kan vasthouden.

In de noot bij dit arrest van het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden concludeert Heilbron in mijn ogen ten onrechte dat het hof

‘in deze procedure terecht [heeft] aangenomen dat het retentierecht van [retentor] blijft voortbestaan, ook al is niet te verwachten dat zij haar vordering zal kunnen verhalen op haar schuldenaar (...). Daarmee komt de “pijn” van het retentierecht te liggen bij (...) derde-eigenaar van de geleasede zaken.’

Een dergelijke aanname van het gerechtshof is niet terug te vinden in de uitspraak zelf.

Gezien de in deze paragraaf behandelde zaken kan worden gezegd dat er grenzen kunnen zitten aan de geoorloofdheid van het handhaven van het retentierecht over een zaak die niet aan de schuldenaar toebehoort, meer specifiek in het geval dat de schuldenaar niet in staat is te betalen én de retentor zich, om welke reden dan ook, niet kan verhalen op de zaak. In dat

geval kan de retentor het retentierecht niet gebruiken om het hiervoor besproken doel van het retentierecht na te streven. De retentor zal de zaak op enig moment moeten vrijgeven omdat het niet zo kan zijn dat de retentor de zaak vasthoudt en de verhaalsaansprakelijkheid bij een ander (zoals de ouder gerechtigde) legt zonder dat daar een wettelijke basis voor is.

Conclusie

Het retentierecht heeft twee componenten. Enerzijds het opschorten van de verplichting tot afgifte van een zaak, met de functie van pressiemiddel om de relevante vordering te verhalen op de schuldenaar onder die vordering, en anderzijds het verhaalsrecht van artikel 3:292 BW, waarmee de schuldeiser zijn vordering met voorrang kan voldoen. In situaties waarin de schuldenaar duidelijk geen verhaal biedt, zal de schuldeiser alleen nog gebruik kunnen maken van de verhaalsmogelijkheid die het retentierecht in beginsel biedt. Er kunnen zich situaties voordoen waarin het ook onmogelijk is (of wordt) voor de retentor om gebruik te maken van de verhaalsmogelijkheid. Het gaat dan te ver om te stellen dat de ouder gerechtigde eigenaar of pand- of hypotheekouder de vordering zal moeten voldoen om het retentierecht op te heffen. Het retentierecht kan weliswaar worden ingeroepen tegen een dergelijke ouder gerechtigde op grond van artikel 3:291 lid 2 BW, maar dit kent toch zijn grenzen als het retentierecht niet gebruikt kan worden waarvoor het bedoeld is.

14. Hof Arnhem-Leeuwarden 1 juli 2014, JOR 2014/309 m.nt. M.A. Heilbron.