

Het retentierecht van de (onder)aannemer



Het retentierecht is een machtig wapen voor een aannemer. Zeker in tijden van economische crisis waarin de betalingen van opdrachtgevers onder druk staan. Het retentierecht verschaft een aannemer de bevoegdheid om bij de in de wet aangegeven gevallen nakoming van een verplichting tot afgifte van een zaak, zowel roerend als onroerend, aan een niet-betalende opdrachtgever op te schorten totdat de vordering is voldaan.¹ Van belang is daarbij dat het retentierecht niet alleen een hoge voorrangspositie bij verhaal verschaft, maar dat het ook bij een eventueel faillissement van de opdrachtgever in stand blijft. Maar wat te doen wanneer een aannemer in opdracht van een niet-betalende huurder/opdrachtgever een inbouwpakket realiseert in een pand, welk inbouwpakket door natrekking eigendom van de verhuurder/eigenaar wordt? Heeft de aannemer dan nog steeds een retentierecht? In dit artikel wordt ingegaan op de mogelijkheden en onmogelijkheden van het retentierecht bij aanneming van werk, en meer specifiek in combinatie met huur.

1. Kenmerken retentierecht

Het retentierecht is een species van het genus opschortingsrecht.² Het retentierecht heeft evenwel een ruimer toepassingsgebied dan de algemene opschortingsrechten. Deze hebben namelijk betrekking op verbintenissen, terwijl het retentierecht betrekking heeft op nakoming van verplichtingen. Daarnaast kwalificeert het retentierecht zich niet als een beperkt recht.³ Het is dus niet afgeleid uit een meer omvattend recht welke is bezwaard met een beperkt recht. Het is een recht dat verbonden is aan

de vordering van de retentor. Tevens heeft het retentierecht, in tegenstelling tot beperkte rechten, absolute werking omdat het onder voorwaarden ook tegen anderen met een ouder recht werkt. Het retentierecht is daarnaast ondeelbaar in die zin dat de gehele vordering van de retentor moet zijn voldaan alvorens het retentierecht teniet gaat.

Uit de omschrijving van het retentierecht volgt niet direct voor wie een retentierecht bestaat. Artikel 3:290 BW spreekt slechts over 'de bij de wet aangegeven gevallen'. Voorbeelden van dergelijke bij de wet geregelde gevallen zijn: de bezitter te goeder trouw, een koper en een vervoerder.⁴ Voor een aannemer is er in de wet opmerkelijk genoeg geen regeling getroffen. Uit de parlementaire geschiedenis vloeit evenwel voort dat in dergelijke situaties gekeken dient te worden naar de algemene regeling van opschortingsrechten om te bezien of een schuldeiser een bevoegdheid tot terughouding toekomt. Via die omweg bestaat het retentierecht ook voor aanneming van werk.⁵

Alhoewel de wetgever het retentierecht beschouwt als leges specialis van het algemeen opschortingsrecht, is de regeling niet opgenomen in Boek 6 maar in Boek 3 BW, meer specifiek in afdeling 10 getiteld 'verhaalsrecht op goederen'. De wetgever achtte dit legitiem omdat een retentor de bevoegdheid toekomt om de vordering met voorrang op de zaak te verhalen.⁶ Ondanks de titel doet vermoeden dat het retentierecht ziet op goederen – alle zaken en vermogensrechten – is het retentierecht een bevoegdheid om de nakoming van een verplichting tot afgifte van een zaak op te schorten. Een zaak is een voor menselijke beheersing vatbaar stoffelijk object.⁷ Een retentierecht kan derhalve niet op een vordering worden uitgeoefend.

* Mr. R.M. Rijpstra MRICS is werkzaam als advocaat bij Dirkzwager advocaten & notarissen te Arnhem.

** Mr. L.M. Scheuter is werkzaam als advocaat bij Dirkzwager advocaten & notarissen te Arnhem.

1. Zie art. 3:290 BW.

2. *Parl. Gesch.* Boek 3, p. 881.

3. Zie ook HR 12 juni 2009, *RvdW* 2009, 726 (*Heembouw/Fortis*).

4. Zie art. 3:120 lid 3 respectievelijk art. 7:29 BW en art. 8:30 BW.

5. In art. 1652 BW (oud) was wel een specifieke regeling omtrent het retentierecht van een aannemer opgenomen. Bij de invoering van het Nieuw BW is in de titel 7.12 inzake 'aanneming van werk' een dergelijke specifieke bepaling niet opnieuw opgenomen. Voor het geval waarin een aannemer zich geconfronteerd ziet met een niet-betalende opdrachtgever moet ook worden bekeken of de aannemer ingevolge afdeling 6.1.7 BW een algemeen opschortingsrecht toekomt, waarna kan worden bezien of dit opschortingsrecht een retentierecht betreft in de zin van art. 3:290 BW. Omdat in art. 6:52 BW slechts wordt geeïst dat tussen beide verbintenissen voldoende samenhang bestaat om de opschorting te rechtvaardigen, kunnen aannemers in het algemeen aan dit artikel hun retentierecht ontleen. Voor de inhoud van het retentierecht van aannemers zijn dan ook de regels van zowel afdeling 6.1.7 BW als de regels van afdeling 3.10.4 BW van toepassing, waarbij de *lex specialis* van afdeling 3.10.4 BW op grond van art. 6:57 BW leidend is.

6. Zie art. 3:292 BW.

7. Zie art. 3:2 BW.

Zaken kunnen zowel roerend als onroerend zijn. Hierbij maakt het voor het uitoefenen van het retentierecht op roerende zaken niet uit of deze roerende zaken van enige financiële waarde zijn. Ook bijvoorbeeld het dossier van een advocaat – hoewel niet van financiële waarde – kan namelijk van essentieel belang zijn voor de rechthebbende en door terughouding door de retentor voor hem werken als een pressiemiddel om de vordering te voldoen.⁸ Voor wat betreft onroerende zaken is het daarentegen niet (altijd) mogelijk om de zaak onder je te houden totdat de vordering is voldaan. De Hoge Raad heeft in 1991 echter geoordeeld dat het retentierecht ook op onroerende zaken kan worden uitgeoefend, welk oordeel nadien diverse malen door de Hoge Raad is bevestigd.⁹

2. Vereisten voor het bestaan van een retentierecht

Alvorens de aannemer een retentierecht rechtsgeldig kan uitoefenen dient er aan drie vereisten te zijn voldaan. In de eerste plaats dient er sprake te zijn van een opeisbare vordering op de schuldenaar. Een ingebrekestelling of in verzuim zijn is hiervoor niet per definitie een vereiste.¹⁰

In de tweede plaats volgt uit artikel 6:52 BW dat de bevoegdheid tot opschorting enkel bestaat indien tussen vordering en verbintenis ‘voldoende samenhang’ bestaat. Een zodanige samenhang kan ingevolge het tweede lid van dit artikel onder meer worden aangenomen indien de verbintenissen over en weer voortvloeien uit dezelfde rechtsverhouding of uit zaken die partijen regelmatig met elkaar hebben gedaan. Voor wat betreft aanneming van werk wordt in het algemeen de samenhang aangenomen, omdat bij het aannemen van werk ex artikel 7:750 BW de aannemer zich per definitie jegens de opdrachtgever verbindt om buiten dienstbetrekking een werk van stofelijke aard tot stand te brengen en op te leveren, tegen een door de opdrachtgever te betalen prijs in geld. De verplichting tot afgifte van de zaak en de betaling hebben derhalve eenzelfde juridische grondslag.

De vereiste samenhang voor een aannemer mag overigens niet altijd zonder meer worden aangenomen. Een sprekend voorbeeld van een situatie waarin de aannemer geen retentierecht toekwam wegens het ontbreken van de vereiste samenhang vormt een zaak behandeld door de Rechtbank Arnhem.¹¹ In deze zaak speelde een rol dat de aannemer na oplevering en afgifte van de zaak, de zaak wederom onder zich kreeg uit hoofde van een verstrekte garantie waardoor hij verplicht was tot herstel van de gebreken. Omdat de aannemer niet uit hoofde van de aannemingsovereenkomst maar uit hoofde van de garantieverplichting het werk weer onder zich had gekregen, werd hij door de rechtbank niet bevoegd geacht om zijn

retentierecht uit te oefenen voor het (nog) niet voldoen van zijn vordering door de opdrachtgever.

De samenhang tussen de vordering en de verbintenis dient wel dermate voldoende te zijn dat deze de opschorting kan rechtvaardigen. Het invoeren van het retentierecht mag derhalve niet in strijd zijn met de maatstaven van de redelijkheid en billijkheid. Of hier sprake van is, hangt af van de omstandigheden van het geval. De weigering van een advocaat om een dossier niet aan een in faillissement geraakte cliënt af te geven omdat deze de facturen van de advocaat niet had voldaan, rechtvaardigde volgens de Hoge Raad het opschorten van de afgifteplicht niet nu de curator het dossier in het belang van de boedel nodig had.¹²

Naast de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid kent artikel 6:54 BW nog enkele uitzonderingen op het bestaan van het retentierecht. Er bestaat geen retentierecht (1) voor zover de aannemer als schuldeiser zelf in verzuim is en daarmee de voldoening van de vordering verhindert; (2) voor zover het voldoen van de vordering door de schuldenaar blijvend onmogelijk is; en (3) voor zover op de vordering van de schuldenaar geen beslag is toegelaten.

Tot slot is vereist dat de aannemer de feitelijke macht – en dat is essentieel – over de onroerende zaak dient uit te oefenen, in die zin dat afgifte nodig is om de zaak weer in de macht van de schuldenaar of de rechthebbende te brengen.¹³ Dit betekent dat de aannemer houder moet zijn van de zaak. Daartoe dient de aannemer direct of indirect naar verkeersopvattingen, de wet en de uiterlijke omstandigheden, de feitelijke macht te hebben over de zaak.¹⁴ Bij roerende zaken levert dit geen problemen op. Bij onroerende zaken is het lastiger. De feitelijke macht zal zich dan manifesteren in een weigering tot ontruiming over te gaan of een weigering om anderen toegang tot de zaak te verschaffen, bijvoorbeeld door de bouwplaats met een hek te omheinen en op een voor derden duidelijk zichtbare wijze borden te plaatsen waarop staat vermeld dat het retentierecht wordt uitgeoefend. Ook kunnen bouwmaterialen en werktuigen op een zodanige wijze geplaatst worden dat geen normaal gebruik kan worden gemaakt van de onroerende zaak. Wanneer de zaak voor anderen toegankelijk blijft en de getroffen maatregelen door de retentor geen verhindering vormen maar slechts hinder opleveren, dan loopt de aannemer het risico dat er geoordeeld wordt dat er niet is voldaan aan het vereiste van de feitelijke macht.¹⁵

8. Zie HR 15 april 1994, *NJ* 1995, 640.

9. HR 15 februari 1991, *NJ* 1991, 628 (*Agema/WUH*); HR 23 juni 1995, *NJ* 1996, 216 (*Deen/Van der Drift*); HR 6 februari 1998, *NJ* 1999, 303 (*Winters/Kantoor van de Toekomst*) en HR 5 december 2003, *NJ* 2004, 340 (*Rabobank/Fleuren*).

10. Zie uitvoeriger hierover mr. J.E. Fesevur, *Voorrechten en retentierecht* (Monografieën Nieuw BW), Deventer: Kluwer 1992, p. 38-40.

11. Zie Rb. Arnhem 27 mei 1994, *BR* 1995, 157.

12. HR 15 april 1994, *NJ* 1995, 640.

13. Zie o.a. HR 6 februari 1998, *BR* 1999, 809, r.o. 5.2.

14. Art. 3:108 BW.

15. Zie Rb. Zwolle 24 mei 1994, *KG* 1994, 314; *BR* 1995, p. 155, waarin de aannemer slechts een bouwkeet/container naast het bouwwerk had achtergelaten maar niet tevens had verhindert dat anderen de bouwplaats konden betreden. De rechtbank oordeelde dat daarmee niet werd voldaan aan het vereiste van feitelijke machtsuitoefening.

Overigens is het naar onze mening niet relevant of de aannemer het houderschap middellijk of onmiddellijk uitoefent. In de literatuur wordt overigens bij roerende zaken in het algemeen aanvaard dat zij ook middellijk kunnen worden gehouden doordat een ander de zaak voor de retentor onder zich houdt. Hierbij moet worden opgemerkt dat het vanzelfsprekend is dat degene die de zaak voor de retentor houdt niet de schuldenaar of een rechthebbende op de zaak mag zijn. Immers, in een dergelijk geval is er geen sprake meer van feitelijke macht over de zaak die tegen de schuldenaar of de rechthebbende kan worden gehandhaafd. Tevens mag de ander ook geen contractuele relatie zijn van de schuldenaar (zoals de verhuurder van een huurder) omdat tussen de retentor en de ander geen rechtsband bestaat, die de ander wel heeft met de schuldenaar. Ook in een dergelijk geval kan immers geen sprake meer zijn van feitelijke macht over de zaak.

Bedacht dient te worden dat een aannemer op grond van paragraaf 6 lid 20 UAV 1989 verplicht is om toegang te verlenen tot de bouwplaats aan diegenen die daartoe gemachtigd zijn, voorzover de aannemer daartegen geen redelijke bezwaren heeft. Naar onze mening staat deze juridische verplichting er niet aan in de weg dat de aannemer geen feitelijke macht kan uitoefenen over de bouwplaats. Dat zou evenwel anders kunnen zijn indien de directie ingevolge paragraaf 6 lid 2 UAV 1989 de aannemer voorafgaand aan het uitoefenen van het retentierecht de nadrukkelijke instructie geeft om de bouwplaats niet langer te betreden. Naar onze mening bevindt de aannemer zich in dat geval niet langer in de positie dat hij rechtmatig de feitelijke macht over de bouwplaats kan uitoefenen. Het is dan ook zaak voor de aannemer om het uitoefenen van het retentierecht niet op voorhand aan te kondigen bij de opdrachtgever.

3. Inschrijving van het retentierecht in de openbare registers

Het retentierecht van de aannemer werkt niet alleen tegen de schuldenaar, maar ook tegen de schuldeisers van de schuldenaar. Daarnaast kan de aannemer het retentierecht ook inroepen tegen een derde die een recht op de zaak heeft verkregen nádat de vordering van de aannemer was ontstaan en de zaak in de macht van de aannemer is gekomen.¹⁶ De wetgever heeft daarmee willen voorkomen dat het retentierecht wordt gefrustreerd doordat de schuldenaar de zaak aan een derde zou overdragen of met een beperkt recht zou bezwaren.¹⁷ Voorwaarde is daarbij dat de aannemer op een ook voor deze derde voldoende duidelijke wijze de feitelijke macht over de onroerende zaak uitoefent.

Een mogelijkheid om derden duidelijk te maken dat het retentierecht wordt uitgeoefend is het inschrijven van het retentierecht in de openbare registers. De Hoge Raad heeft in het arrest *Rabobank/Fleuren* echter geoordeeld dat het retentierecht *naar zijn aard* niet kenbaar is uit de openbare registers.¹⁸ Daarmee oordeelt de Hoge Raad in feite dat het retentierecht geen inschrijfbaar feit is.¹⁹ Opmerkelijk genoeg plegen de bewaarders van de openbare registers een retentierecht wél in te schrijven. Sterker nog, de Dienst voor het Kadaster en de openbare registers heeft daarvoor standaard modelakten opgesteld die notarissen kunnen hanteren om een retentierecht ingeschreven te krijgen. Daarbij dient de notaris in deze akten een oordeel te geven waaruit blijkt dat hem genoegzaam is aangetoond dat het retentierecht bestaat op grond van aan de akte aangehechte bewijsstukken. Hierbij kan gedacht worden aan correspondentie waaruit het retentierecht voortvloeit, een foto van de bouwplaats met een bord waaruit het retentierecht volgt, eventueel aangevuld met getuigenverklaringen. Hieruit volgt dat de bewaarders van de openbare registers niet zozeer het ontstaan van het retentierecht inschrijven, dat is namelijk geen rechtshandeling en dus op grond van artikel 3:17 lid 1 BW geen inschrijfbaar feit, maar daarmee wel het retentierecht en het inroepen daarvan door de retentor voor derden kenbaar maken.

Het kenbaar maken van een retentierecht en de inroeping daarvan door inschrijving is zinvol. Een verkrijger van een onroerende zaak die te goeder trouw is, wordt ingevolge artikel 3:24 BW namelijk beschermd tegen onvolledigheid van de openbare registers. Door in de openbare registers kenbaar te maken dat het retentierecht is ingeroepen op de onroerende zaak, neemt dit ten tijde van de verkrijging door een derde diens goede trouw weg, zodat het retentierecht op die grond tegen derden werkt, ook al zou het feitelijk niet zo duidelijk zijn dát het retentierecht wordt uitgeoefend.²⁰ Het inschrijven van het retentierecht in de openbare registers heeft dan te gelden als een extra stok achter de deur. Overigens neemt de kenbaarheid van het uitoefenen van het retentierecht niet weg dat de aannemer te allen tijde over de feitelijke macht van de onroerende zaak dient te beschikken.²¹

4. Retentierecht op een gedeelte van een onroerende zaak

Sinds de Hoge Raad in 1991 nadrukkelijk heeft uitmaakt dat een retentierecht op een onroerende zaak kan worden uitgeoefend, komt logischerwijs de vervolgvraag of het retentierecht ook kan worden uitgeoefend op een

16. Zie art. 6:57 jo. 6:53 jo. 3:291 lid 1 BW. Daarnaast werkt het retentierecht ook tegen diegenen die derdenbeslag leggen onder de retentor ongeacht of dit een schuldeiser met een voorrangrecht is.

17. *Parl. Gesch.* Boek 3, p. 883.

18. Zie noot 9.

19. Dit past ook in het beeld van art. 3:17 BW. Het is in wezen een obligatoire rechtsverhouding (art. 3:17 lid 2 BW) en geen rechtshandeling, die voor het registergoed van belang is (art. 3:17 lid 1 onder a BW).

20. Hoewel de feitelijke macht vereist is, hoeft het voor derden namelijk niet duidelijk te zijn dat de feitelijke macht ook daadwerkelijk door een ander wordt uitgeoefend. Immers, wanneer de retentor van een onroerende zaak door middel van het vervangen van de sloten zijn retentierecht uitoefent is dit niet aan de buitenkant zichtbaar en dus niet kenbaar voor derden.

21. HR 23 juni 1995, NJ 1996, 216, m.nt WMK (*Deen/Van der Drift*).

gedeelte van een onroerende zaak in beeld.²² Kan bijvoorbeeld een onderaannemer die slechts een gedeelte van een nieuw te bouwen pand realiseert een retentierecht op dit deel van het gebouw uitoefenen? Of kan een aannemer die een inbouwpakket aanbrengt in een pand zijn retentierecht uitoefenen op (slechts) dat inbouwpakket? Tot op heden heeft de Hoge Raad deze vraag niet principieel beantwoord.

Wel heeft de Hoge Raad in de zaak *Rabobank/Fleuren* het uitoefenen van het retentierecht op een gedeelte van een onroerende zaak nadrukkelijk opgehouden.²³ De casus was als volgt. Door de aannemer is een golfbaan in Hengelo (Gld.) gerealiseerd. De aannemer gaat op enig moment over tot het uitoefenen van zijn retentierecht door een gedeelte van het terrein af te bakenen met behulp van paaltjes en draad, alsmede door middel van het plaatsen van diverse verbodsborden om het afgepaalde terrein te betreden wegens uitoefening van zijn retentierecht. De Hoge Raad constateert dat het retentierecht in feitelijke zin enkel wordt uitgeoefend over de onvoltooide delen van de golfbaan en niet over de reeds voltooide delen. De Hoge Raad leidt daar evenwel niet uit af dat de aannemer geen retentierecht toekomt. De Hoge Raad heeft het in deze zaak overigens niet nodig geacht om wel te oordelen over de precieze omvang van het retentierecht omdat de precieze omvang van het retentierecht pas aan de orde komt in het stadium waarbij de omvang van de schade wordt vastgesteld. En aan dit laatste kwam de Hoge Raad niet toe.

Desondanks zijn wij van mening dat het mogelijk moet zijn om een retentierecht op een gedeelte van een onroerende zaak uit te oefenen. De vraag is alleen of een (onder)aannemer daar iets mee opschiet. Niet alleen valt een gedeelte van een gebouw niet te executeren, maar tevens zal het lastig zijn om de vereiste feitelijke macht te verkrijgen over een gedeelte van een onroerende zaak. Er zijn echter situaties denkbaar dat het voor een (onder)aannemer wel degelijk mogelijk is om de feitelijke macht over een gedeelte van een onroerende zaak uit te oefenen. Daarvan is bijvoorbeeld sprake op het moment dat het gedeelte van de onroerende zaak als een bouwkundig en functioneel zelfstandige eenheid te beschouwen is, zodat het praktisch werkbaar is om de feitelijke macht uit te oefenen op een gedeelte van een gebouw.²⁴

Met Fesevur zijn wij evenwel van mening dat het criterium van de feitelijke macht over een gedeelte van een

gebouw weer niet zover gaat dat de feitelijke macht daadwerkelijk dient te zien op de materialen dan wel werkzaamheden die de (onder)aannemer concreet heeft geleverd, respectievelijk verricht.²⁵ Het gaat er uiteindelijk om of deze (onder)aannemer de feitelijke macht heeft over de bouwplaats of een gedeelte daarvan. Zo kan immers ook een fietsenmaker die een wiel vervangt een retentierecht uitoefenen op de hele fiets en niet slechts op het wiel.

Een en ander laat onverlet dat een (onder)aannemer vervolgens wordt geconfronteerd met een retentierecht dat praktisch niet uitwinbaar is. Het retentierecht fungeert dan veel meer als drukmiddel om de opdrachtgever tot betaling te dwingen. Mocht de (onder)aannemer echter besluiten om tot uitwinning van het retentierecht over te gaan, dan doet zich de vraag voor of de (onder)aannemer dan nog wel de hoge voorrangspositie als bedoeld in artikel 3:292 BW toekomt. In de literatuur is bepleit dat de (onder)aannemer dan geen voorrangrecht toekomt, simpelweg omdat een voorrangrecht met betrekking tot een gedeelte van een zaak niet mogelijk is.²⁶ Het praktisch gevolg van deze opvatting is dat de waarde van het retentierecht op een gedeelte van een gebouw in geval van uitwinning nihil of zelfs negatief is. De (onder)aannemer kan zijn vordering immers niet met voorrang op andere schuldeisers verhalen, terwijl hij wél eerst allerlei kosten zal moeten maken om het gehele gebouw te mogen verkopen. Hiervoor dient de onderaannemer namelijk eerst over een executoriale titel te beschikken.²⁷ Daartoe zal hij executoriaal beslag onder zichzelf moeten gaan leggen, aangezien de retentor zonder beslaglegging ex artikel 551 Rv niet meedoet in de rangenregeling betreffende de verdeling van de executieopbrengst.^{28, 29}

Het voorrangrecht van artikel 3:292 BW werkt ook tegen een beslaglegger of hypotheekhouder die tot executie overgaat, mits de noodzakelijke feitelijke machtsuitoefening voortduurt. In dat geval kan het retentierecht bij een executieveiling zelfs tegen de veilingkoper worden uitgeoefend, omdat het retentierecht, anders dan de op de onroerende zaak rustende hypotheek en beslagen, dan niet gezuiverd wordt en dus ook niet teniet gaat. De veilingkoper zal dan eerst de vordering van de retentor moeten voldoen wil hij toegang krijgen tot het door hem gekochte pand.

22. HR 15 februari 1991, *NJ* 1991, 628 (*Agema/WUH*).

23. HR 5 december 2003, *JOR* 2004, 92, r.o. 3.5.4.

24. Zie Rb. Arnhem 24 december 1997, *KG* 1997, 802, waar een aannemer een bedrijfscomplex bestaande uit tien bedrijfsunits heeft gebouwd en vervolgens zijn retentierecht uitoefent op acht van deze bedrijfsunits. Vergelijk ook het Gemeenschappelijk Hof van Justitie van de Nederlandse Antillen en Aruba 25 november 1997, *BR* 1998, 257, waar een aannemer een appartementencomplex heeft gebouwd en vervolgens zijn retentierecht uitoefent op een vijftal appartementen.

25. J.E. Fesevur, *Retentierecht van aannemers op onroerende zaken en de botsing met hypotheek*, *BR* 1999, p. 765.

26. Fesevur, t.a.p., p. 764.

27. Zie art. 430 lid 1 Rv jo. art. 479h-479k Rv.

28. *Parl. Gesch.* Boek 3, p. 889 (MvA II).

29. Zie in dit verband HR 12 juni 2009, *JOR* 2009, 273, waarin de retentor twee vorderingen op zijn schuldenaar had en slechts voor één van de vorderingen over een executoriale titel beschikte en beslag had gelegd. Voor wat betreft de tweede vordering kan de retentor naar het oordeel van de Hoge Raad dan ook niet batig worden gerangschikt aangezien voor die vordering geen executie maatregelen zijn getroffen en hem tevens geen recht van parate executie toekomt.

5. Retentierecht werkt ook tegen pand- en hypotheekhouders

Een retentierecht werkt op grond van artikel 3:291 lid 2 BW ook tegen derden met een ouder (beperkt) recht, zoals een pand- of hypotheekhouder of zelfs een eigenaar van een onroerende zaak. Ook een ouder beslag valt hieronder. Het retentierecht is dan wel afhankelijk van de verhouding van de schuldenaar tot de derde met een ouder recht. Het retentierecht kan namelijk alleen worden ingeroepen tegen een schuldeiser met een ouder recht: (1) indien de vordering voortspruit uit een overeenkomst die de schuldenaar bevoegd was met betrekking tot de zaak aan te gaan; of (2) waarvan de retentor geen reden had om aan de bevoegdheid van de schuldenaar te twijfelen. Hieruit volgt dat de schuldenaar gelet op zijn verhouding met de derde bevoegd diende te zijn tot het aangaan van de overeenkomst met de schuldenaar of dat de schuldenaar niet had hoeven te begrijpen dat de schuldenaar de overeenkomst niet had mogen aangaan.³⁰

Hypotheekhouders (banken) trachten hierop in te spelen door bij de nieuwbouw van panden in de hypotheekakten op te nemen dat de schuldenaar slechts na voorafgaande toestemming van de bank bevoegd is om een aannemingsovereenkomst te sluiten. Doordat de hypotheekakte in de openbare registers wordt ingeschreven, wordt beoogd om een beroep van de aannemer op zijn retentierecht te frustreren. In de praktijk blijkt dit argument niet te slagen als de totstandkoming van de aannemingsovereenkomst in overeenstemming is met een normale exploitatie van het te realiseren gebouw. Veelal zal het dan gaan om gebruikelijke werkzaamheden van aanneming van werk die strekken tot behoud van de waarde van het gebouw of zelfs de waarde van het gebouw verhogen. De aannemer heeft dan geen plicht om onderzoek te doen naar de bevoegdheid van de schuldenaar om de aannemingsovereenkomst aan te gaan.³¹ Echter, hoe uitzonderlijker de werkzaamheden van de aannemer zijn, des te eerder heeft de aannemer die onderzoeksplicht wel gekregen.³²

Zo zal bijvoorbeeld een koper van een casco woning die een financiering heeft verkregen van zijn hypotheekhouder, bevoegd zijn om na de levering een aannemer een badkamer te laten plaatsen in de woning. De waarde van de woning zal dan immers stijgen. In een dergelijk geval zal het retentierecht vóór het oudere hypotheekrecht gaan. De koper zal echter op basis van het doel van de hypotheek niet zonder meer bevoegd zijn om de woning te laten slopen ten behoeve van de bouw van een nieuwe woning. Hier loopt de aannemer het risico dat zijn retentierecht niet werkt tegen het oudere recht van hypotheek.

6. Constructies in de praktijk

Hypotheekhouders trachten de werking van het retentierecht ook te frustreren door de betalingstermijnen van de aannemer rechtstreeks en in tranches uit het bouwde-

pot van de hypotheekgever te voldoen. Dit bouwdepot houdt echter geen of onvoldoende rekening met eventueel door de hypotheekgever aan de aannemer opgedragen meerwerk. Meerwerk waarvoor achteraf vaak blijkt dat er geen financiering voor is. En als dit meerwerk niet wordt betaald, dan zal de aannemer alsnog zijn retentierecht inroepen, welk retentierecht in de regel dus voorrang heeft op het oudere hypotheekrecht. Bij nieuwbouw eisen hypotheekhouders de laatste jaren dan ook steeds vaker van hun hypotheekgevers dat zij met de aannemer overeenkomen dat er afstand wordt gedaan van het retentierecht. De aannemer wordt bovendien verplicht om met zijn onderaannemers evenzeer overeen te komen dat deze contractueel afstand doen van hun retentierecht. Deze constructie is mogelijk omdat het retentierecht van regulerend recht is. Voor (onder)aannemers is dat een gevaarlijke ontwikkeling aangezien zij daarmee op voorhand hun belangrijkste zekerheid uit handen geven. Om commerciële redenen blijken (onder)aannemers hiertoe toch bereid te zijn. In dat geval verdient het voor de aannemer de aanbeveling om daarvoor bij de opdrachtgever ten minste een risicopremie in rekening te brengen dan wel anderszins zekerheden te verlangen van de opdrachtgever.

Die zekerheden worden in de praktijk ook gegeven. Wij zien in onze praktijk steeds vaker dat meerpartijenovereenkomsten worden gesloten tussen de financier/hypotheekhouder, de opdrachtgever/hypotheekgever en de aannemer. In deze overeenkomst doet de aannemer afstand van zijn retentierecht terwijl de hypotheekhouder aan de aannemer garandeert, bij wijze van zelfstandige verplichting, om alle kosten van goedgekeurd meerwerk en overeengekomen kostenoverschrijdingen te voldoen die de opdrachtgever/hypotheekgever aan de aannemer verschuldigd is.

7. Huur en faillissement

Het retentierecht werkt niet alleen tegen de oudere pand- en hypotheekhouder, maar ook tegen de eigenaar van een pand die het pand heeft verhuurd en waarvan de huurder in gebreke blijft om de aannemer te betalen die in het pand bijvoorbeeld een inbouwpakket realiseert. Voor het aanbrenge van een dergelijk pakket is in ingevolge artikel 7:215 BW toestemming van de verhuurder/eigenaar nodig, tenzij het gaat om veranderingen en toevoegingen die bij het einde van de huur zonder noemenswaardige kosten ongedaan kunnen worden gemaakt en/of verwijderd kunnen worden.

Zoals hiervoor uiteengezet dient het retentierecht voor de aannemer in dat geval louter als pressiemiddel omdat een inbouwpakket in de regel niet zelfstandig executabel is, met name daar waar roerende zaken door natrekking, vermenging of zaakvorming onroerend zijn geworden en daarmee eigendom worden van de verhuurder/eigenaar. Een eventueel eigendomsvoorbehoud op de roeren-

30. Zie ook HR 16 juni 2000, NJ 2000, 733.

31. De gedachte van de wetgever hierachter is dat er geen reden is om de retentor de bescherming van het retentierecht tegenover een ouder gerechtigde te onthouden wanneer het gaat om een vordering uit een overeenkomst die de schuldenaar jegens de derde bevoegd was af te sluiten of ten aanzien waarvan de schuldeiser zich redelijkerwijs niet in die bevoegdheid hoefde te verdiepen, omdat de overeenkomst met een normale exploitatie van de zaak in overeenstemming was. Zie: *Parl. Gesch.* Boek 3, p. 887.

32. *Parl. Gesch.* Boek 3, p. 887.

de zaken kan de aannemer dan niet baten.³³ Er resteert voor de aannemer een recht op schadevergoeding op grond van onrechtmatige daad of ongerechtvaardigde verrijking. Het zal evenwel van de omstandigheden van het geval afhangen of een vordering tot betaling van schadevergoeding slaagt, aangezien veelal niet aan de stringente vereisten om tot ongerechtvaardigde verrijking te komen zal worden voldaan. Zo is het niet per definitie zo dat de eigenaar/verhuurder verrijkt wordt door het aangebrachte inbouwpakket. Integendeel, de eigenaar/verhuurder wordt veelal geconfronteerd met sloopkosten om het pand weer in de oorspronkelijke staat terug te brengen.

Huurders die niet in staat zijn om het door de aannemer gerealiseerde inbouwpakket te betalen willen echter nog wel eens failliet gaan. Bij een faillissement blijft het retentierecht van de aannemer in stand, ook jegens eventuele pand- en hypotheekhouders.³⁴ Wel dient de aannemer in dat geval zijn vordering en zijn retentierecht ter verificatie in te dienen bij de curator.³⁵ De curator kan de zaak vervolgens opeisen en verkopen met handhaving van het retentierecht en de bijbehorende voorrang die de retentor geniet³⁶, of de vordering van de aannemer voldoen indien dit in het belang is van de boedel. De aannemer kan de curator alsdan een redelijke termijn stellen om een keuze te maken. Indien de curator geen keuze maakt of de termijn ongebruikt voorbij laat gaan, dan verkrijgt de aannemer het recht van parate executie.³⁷ Hij hoeft dan niet eerst over een executorialie titel te beschikken. Wel moet de aannemer voorafgaande aan de executorialie verkoop beslag hebben gelegd op het gebouw waarop hij het retentierecht uitoefent, wil hij zijn voorrangrecht niet verliezen. Dit is het gevolg van het feit dat een retentor in de wet niet als belanghebbende wordt genoemd die bij de verdeling van een executieopbrengst mee kan doen, terwijl een beslaglegger op het gebouw wel expliciet wordt genoemd.³⁸

Voor wat betreft een schuldenaar die in surseance van betaling verkeert, zijn ten aanzien van het retentierecht met name de regels van de artikelen 232 Fw en 257 Fw van belang. Hieruit volgt dat een surseance in beginsel niet werkt ten aanzien van vorderingen waaraan voorrang is verbonden (het retentierecht) en zij komen derhalve ook niet voor indiening in aanmerking. Wordt de vordering wel ingediend, dan gaat het retentierecht verloren.³⁹

8. Tot slot

In tijden van crisis en onzekerheid of een opdrachtgever tot betaling zal overgaan is het retentierecht een belangrijk

middel voor een (onder)aannemer. Het retentierecht verschaft voor zijn vorderingen een pressiemiddel en tevens een verhaalsrecht met veelal een hoge voorrang jegens derden, waaronder oudere hypotheekhouders. Het retentierecht blijft bij een eventueel faillissement van de opdrachtgever ook in stand.

Voor (onder)aannemers is het van belang te weten dat het retentierecht ook op een gedeelte van een onroerende zaak kan worden uitgeoefend. Zo kan een (onder)aannemer die in opdracht van een huurder een onroerende zaak verbouwt een retentierecht uitoefenen tegen zowel de huurder als de verhuurder/eigenaar van die onroerende zaak. Probleem daarbij is dat de (onder)aannemer weliswaar een retentierecht heeft, maar dat dit recht vaak niet zelfstandig kan worden uitgewonnen. Ook kan de (onder)aannemer in de regel niet met succes een vordering tot schadevergoeding op de verhuurder/eigenaar indienen, ook al zijn de door de aannemer betaalde materialen door natrekking, vermenging of zaakvorming eigendom geworden van de verhuurder/eigenaar. Het retentierecht geldt dan voor de (onder)aannemer veelal enkel als belangrijk pressiemiddel om de vorderingen betaald te krijgen. Maar dat is precies waar het hem in tijden van economische tegenspoed om te doen is.

33. HR 5 december 1986, *NJ* 1987, 745 m.nt. WMK.

34. Art. 57 lid 1 Fw jo. art. 3:248 en 3:268 BW en art. 60 lid 1 Fw.

35. Art. 110 Fw.

36. Voor de curator is dit aantrekkelijk omdat hij de retentor ingevolge art. 182 lid 1 Fw kan laten meedelen in de omslag van de faillissementskosten. De aannemer zal hierdoor echter minder ontvangen dan de hoogte van zijn vordering.

37. Art. 60 lid 3 Fw.

38. Zie art. 551 Rv jo. art. 3:270 BW waarin de volgende categorieën schuldeisers genoemd worden die bij de verdeling van de executie-opbrengst kunnen meedoen: (1) schuldeisers die beslag hebben gelegd op de onroerende zaak; (2) schuldeisers die beslag hebben gelegd op de koopprijs; (3) hypotheekhouders; (4) huurders waarvan de rechten zijn vervallen en omgezet in een aanspraak op een schadevergoeding met voorrang krachtens art. 3:264 lid 7 BW; alsmede (5) beperkt gerechtigden waarvan de rechten zijn vervallen en omgezet in een aanspraak op een schadevergoeding met voorrang krachtens art. 3:282 BW.

39. Zie uitvoeriger hierover J.E. Fesevur, *Voorrechten en retentierecht* (Monografieën Nieuw BW), Deventer: Kluwer 1992, p. 73-74.